

- Ruano Mariño, Dr. Rafael. "El aborto en Costa Rica". Edición mimeografiada. Ministerio de Salubridad Pública.
- Saborío Castro, Oscar. "El delito del aborto, su fundamento sociológico y su penalidad en la legislación Iberoamericana". Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1956.
- Zalba, M. "El aborto en la doctrina tradicional de la Iglesia". Revista Folia Humanística N° 122. 1973.

## LA PROHIBICION DE LA "REFORMATIO IN PEIUS" EN EL CODIGO PROCESAL PENAL

*Dr. Francisco Castillo González,  
Profesor de Derecho Penal  
de la Universidad de Costa Rica*

LA PROHIBICIÓN DE LA "REFORMATIO IN PEIUS"  
EN EL CÓDIGO  
PROCESAL PENAL

Dr. Francisco Castillo González,  
Profesor de Derecho Penal  
de la Universidad de Costa Rica

S U M A R I O :

Sección I. — Generalidades

- A - Fundamento de la prohibición de la "*Reformatio in Peius*"
  - 1 - Teoría que deduce la prohibición del principio dispositivo en el proceso penal.
  - 2 - Teoría que explica la prohibición por la cosa juzgada parcial de la sentencia.
  - 3 - Teoría que afirma el carácter político-criminal de la prohibición.
  
- B - Historia de la prohibición de la "*reformatio in pius*"
  - 1 - En el derecho romano.
  - 2. - En el derecho alemán.
  - 3- En el derecho francés.

Sección II. — Presupuestos y campo material de aplicación de la prohibición de la *reformatio in peius*

- A - Presupuestos de la aplicación de la prohibición.
- B - Campo material de aplicación de la prohibición.

## Conclusiones:

### Sección I — Generalidades

El nuevo Código Procesal Penal establece la prohibición de la "reformatio in peius" en el artículo 459, según el cual: "cuando hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio, en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios acordados". El Código procesal penal de 1910 contempló dicha prohibición en su artículo 602. Sin embargo, el campo de validez de la misma fue diferente en la legislación derogada al que tiene en la nueva legislación.

#### A) Fundamento de la prohibición de la "reformatio in peius"

Por qué no puede el Tribunal de Alzada modificar la resolución impugnada cuando el imputado es el único impugnante? La doctrina ha dado diferentes respuestas, que pueden ser agrupadas en tres grandes teorías, cada una de las cuales saca consecuencias diferentes en cuanto a la "ratio legis" de la prohibición y, por tanto, sobre su campo de validez.

#### 1. Teoría que deduce la prohibición de la "reformatio in peius del principio dispositivo en el proceso penal.

Esta teoría parte de la afirmación de que en el proceso penal reina en cierta medida, el principio dispositivo, que produce una limitación de las facultades de conocimiento y decisión del juez de la impugnación. El recurso tiene por finalidad el juicio bajo propuesta, que se expresa en el interés de la parte, que es el punto de partida y causa de todo recurso. Por tanto, conociendo el Tribunal de Alzada únicamente por impugnación del imputado, no puede modificar la resolución en su perjuicio; es decir, contra el interés del imputado. (1)

(1) Siguen esta teoría, entre otros, G. Foschini, "Studi sulle Impugnazioni Penali", Milano Giuffrè, 1955, pág. 108. O. Vannini, *Manuale di Diritto Processuale Pe-*

A esta teoría puede objetarse que confunde el fin del impugnante —obtener un mejor tratamiento del Tribunal de Alzada— con el fin e interés de la impugnación, que es realizar, aunque sea valiéndose del interés y actividad de las partes, una mayor precisión de la justicia (2). Hay autores que niegan que el interés del imputado pueda ser tomado en cuenta en el proceso penal porque —dicen (3)— el interés del imputado a un correcto proceso, en el que haya certera aplicación de la ley, es al mismo tiempo el interés del Estado; el interés del imputado a ser castigado con la menor pena posible, solamente puede encontrar acogida dentro del interés más alto de castigar con la pena legal toda lesión al ordenamiento jurídico. Por último, si se justifica el derecho del acusado a ser castigado con una pena menor, debe justificarse el interés del Ministerio Público —si no se le quiere dejar en una situación de inferioridad— a que la pena, dentro de lo establecido por la ley, sea lo más grave posible.

Pero, además, la teoría en mención no se adecúa a los conceptos de efecto devolutivo y de principio dispositivo que consagra, inspirado en el Código italiano, nuestro Código procesal. En éste existe el principio dispositivo, pero limitado y no pleno como lo supone la teoría. La facultad de las partes de limitar (por medio de la determinación de los "motivos" (art. 459, Cpp.), el conocimiento del juez de la impugnación es actuación del principio dispositivo. Manifestación de éste es el hecho de que las partes pueden establecer y dar entrada al procedimiento de impugnación y hacerlo cesar con el desistimiento (art. 457 Cpp). Las partes, en uso de su poder dispositivo, pueden indicar los puntos de la resolución sobre los que debe caer sobre el poder de Contralor del Tribunal de Alzada (4). Fuera de estos casos no existe en nuestro código procesal penal el prin-

cipio dispositivo: las partes no tienen iniciativa en cuanto a la recolección de pruebas ni pueden determinar el contenido de la resolución (4a).

En materia civil, por el contrario, el juez no puede, a consecuencia del poder dispositivo de las partes, dictar resoluciones de mérito sin petición de los interesados. De ahí que sea la voluntad individual la que determina el objeto de la resolución, en tanto que debe haber una correspondencia entre lo pedido y lo pronunciado ("sententia debet esse conformis lebelli ne eat iudex ultra petita partum").

En materia procesal penal la parte limita los poderes de conocimiento y decisión del juez o Tribunal de Alzada, por medio de la indicación de los "puntos" de la decisión sobre los que debe recaer el examen del juez o tribunal de la impugnación. El efecto devolutivo —esto es, el efecto propio de la actividad procesal, producto de la impugnación, que atribuye el juez superior el poder —deber de examinar la resolución impugnada—, está determinado por el impugnante en cuanto a su extensión, en tanto que determina los límites y el objeto del conocimiento del juez de la impugnación. Pero las partes que condicionan y limitan el objeto de conocimiento del juez de la impugnación, no le vinculan el concreto ejercicio de su poder de decisión (5). Para decidir sobre el punto impugnado, el juez deriva su poder directamente de la ley y es ésta, la que, estableciendo la limitación de reformar en perjuicio cuando el único impugnante sea el imputado, limita sus poderes. Si el "punto" relativo a la pena es impugnado, el juez de la impugnación puede decidir libremente al respecto. No hay ninguna prohibición en el sistema procesal que le impida aumentar la pena. De ahí que el legislador, si quiere prohibir este resultado, debe establecer una disposición que prohíba la "reformatio in peius".

## 2 Teoría que explica la prohibición por la cosa juzgada parcial de la sentencia

De acuerdo con esta doctrina lo que fundamenta la prohibición de la "reformatio in peius" es la entrada parcial en cosa juzgada de la sentencia. Tal fue la tesis de R. Seuffert (6), de Emmanuel Ullmann (7) y de Fr. von Holssendorff (8) Esta visión del problema parte

- (4a) La facultad de las partes de proponer diligencias, que consagra el artículo 196 Cpp.; que el juez puede acoger no implica iniciativa de las partes en la recolección de las pruebas en el sentido en que esta iniciativa existe en el proceso civil.
- (5) Ferrante, Op. cit., pág. 52.
- (6) R. Seuffert *Die reformation in peius im neuerem inbesondere bayr. Strafprozessers*. Dissertation, 1861, pág. 762.
- (7) Emmanuel Ullmann, *Lehrbuch des österreichischen Strafprozessrechts*, 2. Edition, Innsbruck, 1881, pág. 762.
- (8) Fr. von Carl Habel, Berlin, 1879, tomo II, pág. 286. Este autor llama a la prohibición de la reformatio in peius, prohibición de la "reformatio in durius".

nale Italiano", Uten, Torino, 1952, pág. 300; Víctor Fairén Guillén, *Doctrina General de los Medios de Impugnación y Parte del Derecho Procesal*, en "Estudios de Derecho Procesal" Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 361 y 362); Ferdinand Ehrhardt, "L'interdiction de la reformatio in peius", en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Sirey, Paris, 1939, pág. 470.

- (2) En este sentido, Humberto Ferrante, *L'effett devolutivo delle impugnazioni penali*, Milano Giuffrè, pág. 62.
- (3) Hans Gerber "Das Verbot der reformatio in peius im Reichsstrafprozess", Breslau, 1913, págs. 83-84.
- (4) Sobre el poder dispositivo de la parte en el proceso penal, F. Más "Il Principio dispositivo nel processo penale", en *Riv. Ital. di Dire Proc. Pen.*, 1961, pág. 351; M. Pisani, "Fiflessioni sull principio dispositivo nel processo penale di 2 grado", *Ri. Ital. di Dir. Processo, Pen.*, 1959, pág. 892; Ferrante, Op. Cit., pág. 62; Ferdinand Ehrhardt, Op. cit., pág. 249.

del Digesto (Dig. L. 45 § 1.), "de re iudicat", y es el punto de partida del Consejo de Estado francés, en su "avis" de 12 de nov. de 1806, para prohibir la "reformatio in peius": Seuffert explica su posición de la siguiente manera (Op. cit., Loc. cit.): "Cuando es excluyente parcialmente la fuerza legal de una sentencia, por medio de la interposición de un recurso, porque sólo contra una parte de la misma está dirigido, con tal que la división de la sentencia sea posible, las partes no aludidas por el recurso quedan firmes ("rechtskräftig"). En relación con éstas no ha sido autorizada la actividad del tribunal superior, y, por ello, éste no puede, aún cuando encuentre que con relación a esas partes el impugnante debería ser más severamente penado, dictar una resolución desventajosa en su contra". De los autores franceses partidarios de esta tesis, es Hélie<sup>(9)</sup> quien más claramente fundamenta esta posición. Hélie niega que en la apelación pueda el Tribunal de Alzada conocer de todos los puntos "... car il y a chose jugée sur tous le points que l'appel na attaqués, et l'appel du prévenu ne peut attaques que les points qui lui préjudicent...".

Esta teoría llega al mismo resultado que la teoría que deduce la prohibición del principio dispositivo en el proceso penal, pero por caminos diferentes. En la teoría de la cosa juzgada parcial de la sentencia, el juez de la impugnación no puede reformar la resolución en contra del imputado, único impugnante, porque éste no tiene interés procesal para impugnar lo que favorece su situación, sino únicamente lo que le perjudica; en la otra teoría, el juez de la impugnación no puede formar la resolución contra el imputado por el principio general de que los medios impugnativos son concedidos a favor del impugnante y no contra sus intereses.

Contra la teoría de la cosa juzgada parcial de la sentencia se ha dicho que ella supone la posibilidad de divisibilidad de la sentencia, que, como lógica construcción que es, es indivisible. La determinación del tipo legal aplicable, la subsumción de la conducta en la ley, la determinación de la pena y del modo de cumplimiento, forman una sola cadena, cuyos miembros se aseguran entre sí<sup>(10)</sup>.

Siendo esto cierto, la existencia y la necesidad lógica de los miembros de la sentencia, no impiden que la misma pueda dividirse en partes.<sup>(11)</sup>

La teoría de la entrada parcial en cosa juzgada de la relación es bastante lógica y mejor fundamentada que la anterior, pero con relación a nuestro código no funciona. En el actual Código procesal penal no es cierto que adquieran autoridad de cosa juzgada las partes no impugnadas de la sentencia. El artículo 459 Cpp., da competencia al Tribunal de Alzada para "modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado", cuando conozca de un recurso interpuesto

(9) F. Hélie, citado por Gerber, op. cit., pág. 77.

(10) Gerber, Op. cit., págs. 92-93.

(11) Ferrante, Op. cit., pág. 162.

por el Ministerio Público. Es también posible, en cualquier instancia o grado del procedimiento, declarar la inexistencia del delito o la prescripción de la acción penal o de la pena. Por último, la existencia de nulidades absolutas declarables de oficio "...en cualquier estado y grado del procedimiento" (art. 146 Cpp), imposibilita la aceptación de dicha teoría por el actual código procesal.

### 5 Teoría que afirma el carácter político criminal de prohibición

Una gran parte de la doctrina piensa que la prohibición de la "reformatio in peius" se justifica en razones de política criminal y de carácter humanitario ("favor defensionis", "lex favoris"). De no existir la prohibición, el acusado que se cree injusta o severamente juzgado, omitiría el uso de cualquier medio jurídico de impugnación si hubiera la posibilidad de verse más severamente penado por el Tribunal de Alzada. Para evitar ese resultado, el legislador establece la prohibición de la reformatio in peius y con ella protege la libertad del imputado para establecer o no el recurso<sup>(12)</sup>. La prohibición de la reformatio in peius pertenece, entonces, al grupo de disposiciones que protegen la posición y derechos del acusado en el proceso y le aseguran una "par conditio" en relación con el órgano de la acusación. Por consiguiente, ella está en contradicción con el verdadero fin del proceso, que es la investigación de la verdad material. Por esta razón hay autores contrarios a la prohibición de la "reformatio in peius".<sup>(14)</sup>

(12) En este sentido Wolfgang Frisch "Drei Grundprobleme des Verschterungsverbot", en Monatsschrift für deutsches Recht, 1973, pág. 718; Heinz Zipf, "Strafprozessrecht", W. de Gruyter, editor, Berlin 1972, pág. 201; Eduard Kern Claus Roxin, "Strafverfahrensrecht", Beck sche, München, 1974, pág. 163; Peter Gerhardt, "Das Verbot der reformatio in peius bei den Nebenstrafen, Nebenfolgen und Massregeln der Sicherung und Besserung des Strafgesetzbuches". Dissertation, München, 1970, págs. 1-2. Albert Murith, "De la "Reformatio in Peius" en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht-Revue Pénale Suisse, 1953 (Bern. Stampfli & Cie.) pág. 228. Este autor fundamenta la reformatio in peius además de en razones de política criminal y de carácter liberal en la razón de derecho sin la cual, si no hay interés, no hay acción y por tanto, no se puede modificar una sentencia si no hay interés a su modificación. Eberhardt Schmidt, "Lehrkommentar zur Strafprozessordnung", Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1957, teil II, págs. 954; Ernst Beling, en Juristische Wochenschrift, 1935, 2332 zu Nr. 3, quien ilustra el fin de la prohibición diciendo que con ella el legislador garantiza al imputado criterio recurrente que "...él no saldrá del fango para caer en el arroyo..." (...Lo ber nicht regen in diejskommtrufe...").

Nicolla Carulli, L'interesse ad impugnare del seminfermo di mente e il divieto de la reformatio in pius", en Riv., Ital. di Dir. e Proc. Pen., 1961, pág. 226; Ferrante, op. cit., pág. 139.

(13) En tal sentido, Bernd Peter Gerhardt, op. cit., págs. 90-91; Gerber, op. cit., pág. 144.

(14) Tal es la posición, entre otros, de Rudolf Lauckner *uur Geschichte und Dogmatik del reformatio in peius*, Strafrechtliche Abhandlung. Helf, 171, Bleslau,

Siendo éste el fundamento de la prohibición, parte de la doctrina afirma que la misma no tiene lugar cuando el imputado renuncia a su protección <sup>(15)</sup>. No parece acertada esta deducción, porque si la prohibición de la *reformatio in peius* no refleja el principio dispositivo del proceso penal, el imputado no puede renunciar a ella. Pensamos que la prohibición de la *reformatio in peius* es un principio liberal cuyo fin es realizar la "par conditio" en el derecho procesal penal; es decir, la igualdad de posición de las partes en el proceso. La existencia de disposiciones que aseguren la defensa (material y técnica) de el proceso penal, son legalmente necesarias para establecer la antítesis de la acusación del Ministerio Público. Estas disposiciones contrabalanceadoras son necesarias porque mientras el Ministerio Público está dotado de preparación técnica y desenvuelve su función en condiciones que le aseguran eficacia plena en la contradicción, el imputado, normalmente inexperto en derecho y fatigado por el ansia de su propia suerte en el proceso, no puede, sin la existencia de reglas que aseguren jurídicamente su defensa, tutelar eficazmente su derecho a la propia inocencia o su interés a un tratamiento penal más favorable. <sup>(16)</sup>.

## B) Historia de la prohibición de la "reformatio in peius"

La historia de la prohibición de la "reformatio in peius", tiene diferentes puntos de partida. Dos países se disputan la paternidad de la institución: Francia y Alemania. Pero la doctrina de ambos países, de uno u otro modo, se inspiró en el derecho romano.

### 1 En el derecho romano

Muy a menudo se hace derivar la prohibición de *reformatio in peius* del siguiente pasaje de Ulpiano (D-49-1-1§).

1913; Alexander Graf zu Dohna, *Das Strafprozeßrecht*, 3ª ed. Carl Hemanns Verlag, 1929, pág. 188, Erick Fischer *Das Verbot der reformatio in peius in der Reichsstrafprozeßordnung*. Dissertation, Halle, 1934, pág. 26; Heinrich Henkel, *Das deutsche Strafverfahren*, Hawseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1943, pág. 422.

Afirma Karl Peters ("*Strafprozeß*" "*Ein Lehrbuch*", 2, aulf, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1966, págs. 62 y 63) que en tiempos del nacionalsocialismo se desató en Alemania una ola legislativa que tendía fundamentalmente a derogar los principios liberales, entre ellos, el de la *reformatio in peius*.

<sup>(15)</sup> En tal sentido, Kern-Roxin, op. cit., pág. 263; Claus Seibert, *zum Verbot der Schlechterstellung* (331, 358, 373 StPO, *wn Monatschrift für Deutsches Recht*", 1954, pág. 341).

<sup>(16)</sup> En tal orientación, Antonio Cristiani *Difensore* en "*Novissimo Digesto Italiano*", Unione Tipografico-Editrice Torinese, T. V., págs. 610-611.

"Appellandi usus quam sit fresquens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe sum inquietaten iudicantium vel imperitiam recorraat: licet nonnunquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sentetiam laturus est".

Se ha dicho que la intención de Ulpiano en el párrafo citado era señalar, de manera satírica, que el valor de una sentencia no puede medirse por el grado de la instancia que decida y que es posible que una buena sentencia sea desmejorada en la instancia de apelación. El "ius in peius reformare" se refiere al valor de la decisión y no a la situación de imputado <sup>(17)</sup>. Paul Ranser <sup>(18)</sup> vincula el origen de la prohibición al derecho romano y concretamente al Digesto L. 39- C 7, 62, Nov. 49. Leyser, por el contrario, en sus "*Meditationes ad Pandectas*" funda la prohibición de la *reformatio in peius* en la L. 45 § 1, "de re iudicat", del Digesto <sup>(19)</sup>.

El empleo de la expresión se generalizó en Europa en los siglos XVIII y XIX, a consecuencia del prestigio de que gozaba en aquella época el derecho romano y la cita de expresiones latinas. Pero lo cierto es que promoviendo la expresión del derecho romano, la institución como tal no fue conocida en éste.

### 2 En el derecho alemán

Algunos autores alemanes como Gerber <sup>(20)</sup>, sitúan el nacimiento de la institución en Alemania a principios del siglo XVIII. La doctrina de la prohibición de la *reformatio in peius* nació como consecuencia de que se prohibía a las Facultades de Derecho, a las que los Tribunales solían mandar casos para que los resolvieran, apartarse de las actas del expediente que recibían. Para otros la expresión fue por primera vez utilizaba con el sentido que hoy tiene por Gönner en su "*Handbuch des deutschen gemeinen Prozess*". <sup>(21)</sup>. Según Gerber <sup>(22)</sup> la construcción doctrinal de la prohibición de la *reformatio in peius* fue hecha por Quistorp y Stübel.

En Alemania la prohibición de la *reformatio in peius* fue consagrada legislativamente por primera vez en el "*Strafprozeß-Ordnung*" de 13 de agosto de 1855 (art. 351). Posteriormente el artículo 413 de la "*Oldenburger Strafprozeß-Ordnung*" de 2 de Nov. de 1857 consagra también la prohibición.

<sup>(17)</sup> Gerhardt, Op. cit., págs. 5-6.

<sup>(18)</sup> Paul Ranser, "*Strafgerichtsverfallung und das Strafverfahren des deutschen Reichs*". Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1879, pág. 177.

<sup>(19)</sup> Citado por Gerber, Op. cit., pág. 115.

<sup>(20)</sup> Gerber, Op. cit., pág. 114.

<sup>(21)</sup> En tal sentido, Reimer Heinz, "*Für und wider der reformatio in peius im Strafprozeß*". Dissertation. Hamburg, 1948, pág. 7; R. Lauckne <sup>(22)</sup> Gerber, op. cit., pág. 3; Gerhardt, op. cit., pág. 6.

### 3 En el derecho francés

El Código de Instrucción Criminal francés de 1808 no estableció la prohibición. Tampoco lo hicieron el Código Procesal de 8 de Brumario del año IV ni la Ordenanza de Luis XIV de 1670. Punto de arranque de la prohibición de la *reformatio in peius* en el derecho francés fue un "avis du Conseil d'État" de 12 de noviembre de 1806, referente a la interpretación de la ley<sup>(23)</sup>. En la especie resuelta por el Consejo del Estado se trataba de saber si en apelación en materia correccional establecida por la parte civil, la Corte criminal puede conocer del "bien o mal jugé" de toda la sentencia y reformar las disposiciones contrarias a la ley no impugnadas. Para responder, el Consejo de Estado toma como punto de partida dos principios, propios del derecho procesal civil:

- 1) Que un tribunal de apelación solamente puede reformar una sentencia en tanto que haya apelación. En consecuencia, si sólo hay apelación de una disposición (parte de la resolución), el Tribunal no puede reformar las otras, las cuales ni siquiera puede discutir, puesto que respecto a ellas no ha sido "saisi".
- 2) Que un tribunal, sea de apelación o de primer instancia, no puede adjudicar lo que no se pide, pues en tal caso se pronunciaría "ultra petita" y toda sentencia que se pronuncie de ultra petita está viciada esencialmente.

Formalmente el 'avis' del Consejo de Estado de 1806 no se refiere al problema penal. Pero la doctrina y la jurisprudencia lo extienden al campo penal. Ese "avis" tiene en el derecho francés fuerza de ley y vale para todos los casos de apelación<sup>(24)</sup>.

La prohibición de la *reformatio in peius* en Francia es esencialmente jurisprudencial. El nuevo Código de Procedimientos Penales francés establece la prohibición en su artículo 515.<sup>(25)</sup>

#### Sección II Presupuestos y campo material de aplicación de la *Reformatio in Peius*

De acuerdo con el artículo 459 Cpp., son dos los presupuestos de la prohibición de la *reformatio in peius*: la existencia de un recurso y que éste sea establecido solamente por el imputado o a su fa-

(23) Roger Houin, "Les pouvoirs de la juridiction de renvoi après cassation en matière Criminelle" en Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé, Sirey, París 1941, pág. 121.

(24) Ferdinand Ehrhard, Op. cit., pág. 470.

(25) Roger Merle et André Vitu, "Traité de Droit Criminel", ed. Cuyas, 1967, pág. 1176.

vor. Campo material de aplicación de la prohibición son, según el mismo artículo, las penas en cuanto a su especie o cantidad y los beneficios concedidos por la resolución que se impugna.

#### A) Presupuesto de la aplicación de la prohibición

Presupuesto esencial para la aplicación de la prohibición es que la resolución "...hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor...".

Recursos a favor del imputado pueden establecerlos el Ministerio Público (art. 448 Cpp), su defensor (art. 449 Cpp), quien ejerza la patria potestad, guardador o tutor, cuando el imputado fuere menor de edad (art. 449 Cpp.), los coimputados (art. 455 Cpp), pues en el caso de que haya varios inculcados, el recurso establecido por uno de ellos favorece también a los demás, a menos que dicho recurso se base en motivos estrictamente personales.

Sin embargo escriben Lohsing y Serini<sup>(26)</sup> que cuando uno solo de los imputados impugne la sentencia, solamente respecto a éste y no a los otros rige la prohibición.

La prohibición existe cuando el recurso ha sido establecido por el Ministerio Público únicamente, en favor del imputado. Desde luego, en tal caso pierde el Ministerio Público la facultad establecida en el artículo 453 Cpp.<sup>(27)</sup>

La facultad concedida en el artículo 453 Cpp., al que *tenga derecho a recurrir*, de adherirse al recurso establecido por la otra

(26) Ernst Lohsing —Eugen Serini, "Österreichisches Strafprozessrecht", Verlag der österreichischen Staatsdruckerei, Wien, 1952, pág. 529.

(27) Obsérvese que el párrafo 2 del art. 459 Cpp. es pleonástico. Parece evidente que el juez de la impugnación, que conozca por impugnación del Ministerio Público, puede, sin necesidad de ley que lo diga, rebajar la pena o absolver, cuando el delito no se ha cometido. En Francia esta es la posición de la jurisprudencia, que parte de la idea de que la impugnación del Ministerio Público, produce un efecto devolutivo total, que permite, en el caso de la apelación, al juez de la apelación reformar a favor del inculcado la resolución. Quizás la razón de ser del 2do. párrafo del artículo 459 Cpp. sea el que el legislador, que expresamente prohíbe una *reformatio in peius* cuando el único impugnante sea el imputado o la impugnación sea establecida a su favor, quiere establecer lo más claramente posible que no se prohíbe lo contrario, la *reformatio in melius*, cuando el único impugnante sea el Ministerio Público. Según Hermann Roeder, "System des Österreichischen Strafverfahrensrechtes", Universitäts-Verlag Wagner, Innsbruck, 1951, pág. 361, nota 1) el legislador austriaco estableció un artículo (§ 290. Abs. 1, 477 Abs. 1), parecido al segundo párrafo de nuestro art. 459 Cpp., con el objeto de terminar con las discusiones que había en la práctica sobre la prohibición de la *reformatio in melius*.

parte, supone, desde luego, la existencia efectiva de ese derecho. Para que funcione esa facultad es necesario en el caso de la apelación, que el recurso sea dado a la parte que se adhiere. Suele ocurrir en el nuevo Código que el recurso de apelación se dé a una sola de las partes. Cuando el adherente es el Ministerio Público —que es el caso que ahora interesa— tiene que expresar los motivos en que funda su impugnación (art. 453 Cpp.), y fundamentar el recurso (art. 464 Cpp).

Ciertamente, es poco importante el problema con relación a la apelación, porque el problema de la *reformatio in peius* no puede plantearse.

El Ministerio Público para adherirse al recurso de Casación interpuesto por la otra parte debe, desde luego, cumplir con las formalidades propias del recurso extraordinario, y además, encontrarse en alguno de los casos del artículo 473 Cpp.

La referencia concreta del artículo 453 Cpp., a los “motivos” en que el adherente funda su impugnación revela que éste debe tener un “interés” para adherirse. En consecuencia de este “interés” del adherente, la adhesión al recurso no es admisible. (La sanción procesal que el artículo 45 Cpp. establece para la no indicación —y a fortiori— para la no existencia de motivos es la “inadmisibilidad”). De ahí que es posible que el recurso del Ministerio, como impugnante directo o como adherente al recurso, no sea admitido. En tal caso rige la prohibición de la *reformatio in peius* (28). La misma solución es aplicable cuando el Ministerio Público desiste, conforme al artículo 457 Cpp., del recurso por él establecido.

El segundo presupuesto, conforme al artículo 459 Cpp., es la existencia de un recurso. El artículo precitado colocado en las dis-

(28) En tal sentido, Gerhardt, Op. cit., pág. 12; Erich Fischer, Op. cit., pág. 15. La solución de la jurisprudencia francesa a este respecto es bastante particular. Si los jueces cuya decisión fue causada y renviada, resolvían en primera instancia, el juez de renvío puede agravar la pena, aún en el caso de sólo el imputado haya establecida recurso (en otras palabras, se admite la *reformatio in peius*). Pero si el juez de renvío conoce de una resolución casada, pero que había sido dictada por el Tribunal de Apelación, la jurisprudencia distingue según que en el proceso el Ministerio Público haya establecido o no apelación ante el Tribunal que dictó la sentencia. Si el Ministerio Público apeló y su apelación fue admitida, puede “recurrir” (adherirse) en Casación, aunque él no haya establecido recurso y en ese caso, los jueces de renvío pueden agravar la pena. Esta jurisprudencia severa para el imputado fue atenuada por una sentencia de Casación. (Cass. Crim. 13 oct. 1859-D-1859-1-477), que asimiló la no apelación del Ministerio Público al caso de que, habiendo apelado, su recurso hubiera sido rechazado. En tal caso, los jueces de renvío no podían agravar la pena al imputado, único recurrente en Casación. Posteriormente la Casación Francesa estableció que la prohibición de la *reformatio in peius* no era aplicable en la jurisdicción de renvío, lo que implicó una derogatoria de la jurisprudencia citada (Houin, Op. cit., pág. 148).

posiciones generales sobre los recursos, vale para todos ellos, siempre y cuando por la naturaleza del recurso o por la resolución que impugna pueda causarse en perjuicio al imputado “...en cuanto a la especie o cantidad de la pena o a los beneficios acordados”.

De los recursos establecidos por el Código, dos no se relacionan con el problema de la prohibición de la *reformatio in peius*: el recurso de queja que no se relaciona con delitos y penas— y el de revisión —que es concedido únicamente a favor del inculcado, contra una sentencia que posee autoridad de cosa juzgada—. La consulta, llamada por el código procesal derogado recurso—, no es tal sino un simple trámite. Este trámite procesal subsiste en el nuevo Código procesal, arts. 310, 311, 323 y 518); el mismo atribuye al Tribunal de Alzada un pleno efecto devolutivo y por ello mismo, aunque la resolución tenga apelación y ésta sea establecida únicamente por el imputado, no rige la prohibición de la *reformatio in peius*.

El problema de la prohibición de la *reformatio in peius*, en consecuencia solamente se presenta en el recurso de Casación.

La prohibición de la “*reformatio in peius*” no rige en la apelación. Esta se entiende claramente cuando se observa la transformación que este recurso sufrió en el nuevo Código Procesal. A grandes rasgos puede delinearse esta transformación como sigue:

- a) El artículo 463 Cpp., establece que el recurso de apelación procederá contra las resoluciones de los jueces encargados de la instrucción, “...siempre que sean expresamente declaradas apelables o que causen gravamen irreparable”.

Este artículo establece un sistema contrario al del Código procesal de 1910, en el cual el principio era: apelación de toda resolución, excepto disposición en contrario. Además, al hablar el artículo 463 Cpp. únicamente de la llamada apelación instructoria, quiere indicar a las claras que la sentencia no tiene apelación. Ello porque no es cierto que la apelación proceda únicamente contra las resoluciones de los jueces encargados de la instrucción, puesto que pueden apelarse otras resoluciones como las que resuelven el incidente de excarcelación (art. 309 Cpp), que puede ser acordada en cualquier estado del proceso (art. 305 Cpp.) o la resolución que resuelve el incidente de libertad condicional, que dicta el juez de ejecución de la pena (art. 515 Cpp.). La supresión de la apelación de la sentencia obedece a la supresión del doble grado de jurisdicción (29).

(29) Puesto que la Constitución Política prohíbe que un mismo juez pueda serlo en diferentes instancias, pareciera que nuestro Constituyente se inclinó por el sistema del doble grado de jurisdicción en el procedimiento común (es decir), no en procedimientos especiales como el de menores, ni en procedimientos privilegiados, como el de injurias por la prensa). Desde este punto de vista, la validez de la reforma desde el punto de vista constitucional es dudosa.

La fórmula que usa el artículo 463 Cpp., según la cual la apelación sólo procede cuando la resolución es "expresamente declarada apelable" o "causa gravamen irreparable" es sumamente infeliz, pues la determinación de cuáles son las resoluciones que causen un gravamen irreparable, a falta de otro criterio, deberá ser determinado por la jurisprudencia. Siendo la apelación un medio defensa, esa situación es contraria a la seguridad jurídica (30).

b) Característica común a la apelación y a la Casación en el nuevo Código Procesal es, según el artículo 452, la proposición del recurso "...con específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados". El significado de "punto" en este artículo es esencial en la determinación de la extensión del efecto devolutivo atribuido al Juez de la impugnación. Y puesto que de acuerdo con el artículo 459 Cpp., el recurso atribuye al Tribunal de Alzada el conocimiento de los puntos de la resolución a que se refieren los agravios, y objeto de anulación, reforma o renovación solamente puede ser el dispositivo de la resolución en su totalidad o en parte, *puntos* son las particulares manifestaciones de voluntad del juez de las cuales el dispositivo de la resolución costa (31). La Corte de Casación Italiana, que hubo de interpretar un artículo exactamente igual al nuestro art. 459 Cpp., entendió por "punto" toda determinación (statuzioni) sobre cada argumento separadamente examinado por el juez en hecho y en derecho" (32).

c) Aunque el artículo 464 Cpp establece únicamente la obligación para el Ministerio Público de fundamentar el recurso —"a contrario sensu", esa obligación no existe para el imputado—, no es permitida en el nuevo Código una impugnación como simple manifestación de voluntad dirigida a provocar la intervención de otro juez so-

(30) Expresamente son declaradas apelables las siguientes resoluciones: exclusión del actor civil mal admitido (art. 65), el auto de procesamiento y de falta de mérito (art. 290), al auto que resuelve sobre el incidente de apelación (art. 310), el auto de sobreseimiento (art. 322), los autos que resuelven las excepciones (art. 337), el auto de elevación a juicio (art. 345) y la resolución que resuelve el incidente de libertad condicional (art. 515).

Otros autos, de suma gravedad, no tienen apelación expresa. Quizás sean en el futuro declarados apelables por la jurisprudencia. Entre ellos cabe mencionar el auto que declara la suspensión del trámite por enfermedad mental sobreviniente (art. 49), el auto que decreta la incomunicación (art. 291), el auto que ordena la prisión preventiva del imputado a dictarse el procesamiento (art. 291), el auto que declara algunas medidas preventivas restrictivas de la libertad (art. 295), el auto que decreta el internamiento provisional en un establecimiento especial, por presunción de enfermedad mental al momento del hecho (art. 296).

(31) En tal sentido, Ferrante, Op. cit., pág. 48.

(32) Sez. IV de 1º de set. 1959, Giustizia Penale, Giuffrè, 1959 III, pág. 740; Sez. II. 19 de ct. 1955, Giust. Pen. 1956, II 242, 236.

bre la misma materia, como fue el sistema del Código derogado. No permite el nuevo Código —y esto se deduce del sistema de los medios impugnativos—, una impugnación sin motivos; es decir, sin la indicación de los puntos y de los vicios que provocan la censura de la resolución.

La doctrina italiana, con normas semejantes a las del nuevo Código procesal, ha excluido la prohibición de reformatio in peius en la apelación de las resoluciones del juez de instrucción (33). Tres razones dan para ello: el carácter excepcional de la prohibición de la reformatio in peius, la referencia expresa en un artículo del Código Procesal italiano, igual a nuestro artículo 459 Cpp., a la pena y a los beneficios concedidos y la idea de que en la apelación instructoria el juez de la apelación adquiere un total conocimiento de la resolución impugnada (pleno efecto devolutivo). (33a).

En el nuevo Código de procedimientos penales no rige la prohibición de la reformatio in peius en la apelación instructoria. Aparte de las razones doctrinales dadas, el Código establece expresamente un total efecto devolutivo en todas ellas, directamente a través del trámite de consulta. Así ocurre con los autos de procesamiento y de falta de mérito, que "podrán ser revocados y reformados de oficio durante la instrucción" (art. 290 Cpp). El auto de sobreseimiento que el Código llama sentencia es apelable por el imputado en cuanto le imponga una medida de seguridad —respecto a las medidas de seguridad no rige la prohibición de la reformatio in peius— o "cuando por no haberse observado el orden que establece el artículo 320 se le pueda causar perjuicio (art. 322). No rige respecto al mismo la prohibición de la reformatio in peius, porque tiene consulta (art. 323 Cpp). El auto de elevación a juicio, apelable "únicamente por el defensor del imputado" (art. 345 Cpp), no se refiere a penas ni a beneficios concedidos. En lo que respecta a la calificación jurídica del delito —como veremos luego en este campo no rige la prohibición de la reformatio in peius— el artículo 397 Cpp. da al Tribunal expresamente el poder de modificarla en perjuicio del imputado.

Otras elevaciones como las que resuelve la exclusión del actor civil mal admitido (art. 65), no se relacionan con el problema de penas ni beneficios concedidos. Por tanto, tampoco con el problema de la prohibición de la reformatio in peius.

(33) En tal sentido, P. Tolomei, "Sulla Reformatio in peius nel periodo istruttorio". Scuola Positiva, 1940, Giuffrè, pág. 206; Foschini, Op. cit., pág. 237.

(33a) Ferrante (Op. cit., pág. 161) cree que esa tesis no es válida, pues estando la disposición que obliga a indicar los "puntos" de la resolución que se apela (nuestro artículo 459 Cpp) en las disposiciones generales sobre los recursos, nada impide en el Código Procesal italiano una limitación de los puntos de la resolución instructoria que se apela, de parte del impugnante. La Casación italiana, sin embargo, ha afirmado (Sez. I 27 de nov. 1959, Giust. Pen., 1960, pág. 324) que en la apelación instructoria tal limitación no es posible.

Conclusiones semejantes pueden sacarse en lo relativo a la vigencia de la prohibición de la reformatio in peius en la apelación de incidentes. Los principales incidentes admitidos en el Código de procedimientos penales son el de excarcelación (art. 297 ss.), el que resuelve la excepciones (art. 332 Cpp), el de libertad condicional (art. 515 Cpp.) y el incidente de nulidad (art. 148 Cpp.).

El incidente de nulidad no tiene apelación, y aunque la tuviera nada tiene que ver con la prohibición de la reformatio in peius, puesto que no se refiere a penas ni a beneficios concedidos<sup>(34)</sup>. Tampoco rige la prohibición de la reformatio in peius en la apelación del auto que resuelve sobre la excarcelación (puede ser apelado por el imputado aún cuando conceda la excarcelación, por el motivo, por ejemplo, de que la garantía fijada es muy alta, etc.) porque de acuerdo con el artículo 312 Cpp. dicho auto "...será reformable y revocable de oficio" y porque los autos que resuelven con lugar excarcelaciones para delitos de cierta gravedad tienen consulta (art. 310 Cpp.). El auto que resuelve las excepciones tiene apelación, pero en tal caso no rige la prohibición de la reformatio in peius, porque tratándose de excepciones perentorias la declaratoria con lugar de la excepción conlleva a un sobreseimiento y el imputado no tiene interés" —en ausencia de un perjuicio— para impugnarlo (en la especie no puede imponerse una medida de seguridad y no rige el artículo 322 Cpp) y porque tratándose de excepciones dilatorias, tampoco tendría "interés" el imputado en impugnar el auto.

Por último, tampoco juega la prohibición de la reformatio in peius con la apelación del auto que resuelve el incidente de libertad

(34) Particularmente discutido ha sido la relación entre la prohibición de la reformatio in peius y la nulidad proveniente de una incompetencia, sobre todo cuando la misma ha sido declarada en Casación. La incompetencia por razón de la materia puede ser declarada aún de oficio en cualquier estado del proceso (art. 15) y configura una nulidad insubsanable, que produce la apertura del recurso de Casación por la forma (art. 471 inc. 2). Reclamada la incompetencia nada impide que el Tribunal de Alzada, recalificando el delito, anule y declare que el asunto es de conocimiento de un tribunal que conoce de delitos más graves que aquél que dictó la resolución y que puede, por tanto, dictar penas más severas. La jurisprudencia francesa ha dicho, con relación a la apelación, que la jurisdicción de segunda instancia puede declarar la incompetencia, pero que dicha declaratoria no puede acarrear una agravación de la pena del imputado (Ehrhardt, Op. cit., pág. 477). Ullmann (Op. cit., págs. 781, 782) y Lohsing y Serini (Op. cit. pág. 568) piensan que, cuando la nulidad se declare después que una sentencia haya sido pronunciada, no puede reformarse la pena en perjuicio del imputado, único impugnante. Tal tesis en nuestro derecho implicaría que cuando la nulidad haya sido declarada en Casación, la prohibición de la reformatio in peius tiene vigencia. Esta última solución, por lo demás, es seguida en el derecho suizo, que establece la prohibición de la reformatio in peius en el artículo 227 del Código Procesal, que se refiere al recurso de Casación planteado por razones de forma. En tal sentido, Albert Murith Op. cit., pág. 229.

condicional (art. 515 Cpp), pues el mismo tiene consulta, la resolución tiene consulta no vale la prohibición de la reformatio in peius, porque no constituye perjuicio en el sentido de la reformatio in peius la circunstancia de que el Tribunal de Alzada agregue una consecuencia jurídica que posteriormente pueda ser pronunciada en el mismo proceso o fuera de todo proceso<sup>(35)</sup>. La protección de la prohibición de la reformatio in peius tiende a proteger al acusado de un probable desmejoramiento de su situación en una instancia superior. De acuerdo con la "ratio legis" de la institución no hay ninguna razón para la protección del imputado que sabe que posteriormente puede recibir la desmejora. Así la jurisprudencia alemana ha decidido, por ejemplo, que una medida de seguridad de carácter no impuesta, puede serlo por el Tribunal de Alzada, cuando la misma puede ser también impuesta, administrativamente y fuera de juicio.<sup>(36)</sup> La misma solución ha dado el "Reichsgericht" para el retiro del permiso de conducir y la prohibición de ejercer una profesión como pena secundaria.

En nuestro derecho la consulta produce el efecto de otorgar al Tribunal Superior el conocimiento total de la resolución, aún fuera de toda impugnación (arts. 323, 309, 310 y 518 Cpp). Por consiguiente puede reformar en perjuicio o en beneficio.

La prohibición de la "reformatio in peius", rige únicamente en el recurso de Casación. Este es un recurso extraordinario, cuyo establecimiento supone la existencia de motivos de apertura, legalmente establecidos por ley. Por otro lado, existen limitaciones para plantear el recurso en cuanto la cantidad y especie de la pena impuesta, o en cuanto a la medida de seguridad establecida o en cuanto a las resoluciones que pueden impugnarse.

Siendo posible el recurso de Casación por el fondo y por la forma (art. 471 incs. 1 y 2) una parte importante de la doctrina sostiene que no rige la prohibición de la reformatio in peius cuando el Tribunal anula, por recurso del imputado únicamente, la resolución impugnada (art. 483 Cpp). El argumento de fondo es que no pudiéndose mantener, en virtud de la anulación los actos que llevan lógicamente a la resolución, menos podrá mantenerse la pena, punto culminante de aquélla (al respecto, véase infra nota 34).

Lo que en adelante diremos sobre la prohibición de la reformatio in peius, se entiende, entonces, referido al recurso de Casación.

(35) En tal sentido, Joachim Ganske, "Der Begriff des Nachteils bei de strafprozessualen Verschärfungsverboten", en Nuen Kölner Rechtswissenschaftliche des Abhandlungen, Heft 15, Berlin, 1960, págs. 7 y 104; Wolfgang Frisch, Op. cit., pág. 719.

(36) En tal sentido, Frisch, Op. cit., loc. cit.; Gerhardt, Op. cit., pág. 41; Ganske, Op. cit., págs. 77 y 78.

## B Campo material de aplicación de la prohibición

El artículo 459 Cpp prohíbe la modificación de la resolución impugnada únicamente por el imputado a su favor "...en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios acordados", en perjuicio del imputado.

El texto del artículo 459 Cpp. habla de "especie y cantidad" de la pena. Podría pensarse, entonces, que el concepto de pena en el artículo mencionado excluye otras consecuencias del delito, diferentes de las penas, que son: medidas de seguridad, penas accesorias y las llamadas por el Código penal consecuencias civiles del hecho punible. La duda se presenta en todo caso porque el Código procesal no ha constituido una especial clasificación de penas para la aplicación de la prohibición de la reformatio in peius. El Código procesal se contenta con la contenida en el Código penal. Y éste solamente denomina penas a la prisión, al extrañamiento, a la multa, a la inhabilitación (penas principales, y a la ~~sec~~ accesorias inhabilitación especial). Una consecuencia jurídica del hecho punible que el Código penal no clasifica ni como pena principal ni como accesorio, ni como medida de seguridad, ni como consecuencia civil del hecho punible es la contemplada por el artículo 155 Cpp. La publicación del pronunciamiento de la sentencia condenatoria en los delitos contra el honor a petición del ofendido. La naturaleza de esa medida, creemos, es la de ser pena accesoria, aplicable a petición de parte. Otro problema que presenta la aplicación de la prohibición de la reformatio in peius en nuestro Código, es que el legislador no reglamente las relaciones entre las penas, conforme su gravedad. El único criterio de comparación entre las penas es el del artículo 56 Cód. Pen., que reglamenta las relaciones entre la pena de prisión y la pena de multa. Este criterio es inaplicable al problema de la reformatio in peius porque "a priori" la pena de multa es más favorable que la de prisión<sup>(37)</sup>.

La doctrina alemana interpretando el término "Strafe" (pena), que aparecía en el Código procesal alemán, concluyó que el mismo cubría penas, medidas de seguridad, accesorias de ley ("Nebenstrafe") y consecuencias secundarias del hecho punible ("Nebenfolge"), para efectos de la prohibición de la reformatio in peius. A tal criterio, se atiende, por lo demás, la jurisprudencia alemana, que aplica la prohibición de la reformatio in peius incluso al derecho de menores.<sup>(38)</sup> Primero la jurisprudencia y la doctrina hicieron la salvedad de que la prohibición de la reformatio in peius no valía en las

(37) En tal sentido, Ganske, Op. cit., pág. 56; Gerhardt, Op. cit., pág. 35.

(38) En tal sentido, entre otros, R. Maurach, Anm. Urteil des B. G. H. v. 25, 10 1972-2 Str. 422 72, en Juristische Rundschau, Jahrgang, 1973, pág. 163; Hangs-Jürgen Bruns, "Sicherungsmaßnahmen und Verschlechterungsverbot", en Juristenzeitung, 1954, pág. 733; Kern-Roxin, Op. cit., pág. 264; Gerhardt, Op. cit., págs. 3 y 22; Seibert, Op. cit., pág. 340; W. Frisch, Op. cit., pág. 715.

medidas de seguridad tales como el depósito en una casa de salud o de cuidado, el internamiento en un sanatorio para alcohólicos o en un establecimiento de educación. Tal limitación a la prohibición fue establecida a partir de la "ratio legis" de estas medidas, que son benéficas y no perjudiciales para el imputado. Pero la prohibición tenía total validez en aquellas medidas de seguridad en las que no se encontrara esta "ratio legis". Posteriormente el § 358 fue modificado y el legislador alemán estableció que la prohibición de la reformatio in peius se aplica a las medidas de seguridad, pero no a la orden de internamiento en un hospital psiquiátrico o casa de corrección. En enero de 1978 entrará en vigencia el siguiente agregado a dicho párrafo: "o en establecimiento socialterapéutico según el parágrafo 65, inciso 3 del Código Penal" ("...oder einer sozialtherapeutischen anstalt nach § 65 Bbs. 3 des Strafgesetzbuches").

Solución similar a la alemana, esto, es, introducción del término "Strafe" en un sentido amplio, comprensivo de medidas de seguridad, penas accesorias y otras consecuencias del hecho punible, ha sido la de la doctrina y jurisprudencia austriacas<sup>(39)</sup>. La doctrina italiana interpretó, con un texto igual al nuestro, en una primera época que la prohibición de la reformatio in peius se refería a la pena en sentido propio, pero no a las medidas de seguridad ni a las penas accesorias<sup>(40)</sup>. La exclusión de las penas accesorias fue justificada por la doctrina, afirmando que, por derivar "ope legis", las mismas no son impuestas por el juez, sino que sigan de pleno derecho, a consecuencia de la aplicación de la pena principal.

La Corte de Casación italiana, cambiando su anterior jurisprudencia, estableció que la prohibición de la reformatio in peius se aplica también a las medidas de seguridad<sup>(41)</sup>. La nueva solución juris-

En cuanto a la aplicación de la prohibición de la reformatio in peius al derecho de menores, Helmut Petersen, "Die reformatio in peius im Jugendstrafrecht", en Neue Juristische Wochenschrift, 1961, págs. 249 y 349; Gerhardt Potrikus, "Jugendstrafrechtliche weifelsfragen", en Neue Wochenschrift, 1967, pág. 185; del mismo autor y en la misma revista, "Das Verbot der reformatio in peius und das Jugendstrafrecht", N JW, 1955, págs. 929-930 y "Aussetzung des Jugendarrestes trotz § 87 Abs. I. I. G. G.", n N. J. W., 1961, pág. 863. Friedrich Schaffstein, "Jugendstrafrecht", Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 1966, págs. 139-40, quien expresa que la aplicación de la prohibición de la reformatio in peius al derecho de menores ha causado y causa enormes dificultades a causa de que en esta rama del derecho las consecuencias del punible son, sobre todo, medidas de corrección y educación.

(39) En tal sentido, Lohsing-Serini, Op. cit., pág. 569.

(40) En tal sentido, Ferrante, Op. cit., pág. 146; Vannini, Op. cit. pág. 300; Vincenzo Manzini, "Manuale di Diritto Processuale Penale italiano", 5a. Ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1956, tomo III, pág. 585.

(41) En tal sentido, Cas. Ital. Sez. III, 7 dic. 1957, Guist Pen., 1958, III, pág. 290; Sez. I del 16 de giugno 1959, Giust Pen. 1960, III, pág. 160.

prudencial ha sido aprobada por la doctrina, que ve en ella un paso adelante en la unificación de penas y medidas de seguridad <sup>(42)</sup>.

23 En nuestro derecho la prohibición de la reformatio in peius vale únicamente para penas, sean principales o accesorias. Las accesorias son también penas (art. 50 Cód. Pen.), distinguibles en especies (inhabilitación absoluta y especial), susceptibles de cuantificadas, puesto que tienen un mínimo y un máximo (arts. 57, 58 del Cód. Pen.) <sup>(43)</sup>. Por consiguiente, están comprendidas en el concepto del art. 459 Cpp.

La prohibición de la reformatio in peius existe también en nuestro derecho para las llamadas por el Código Penal consecuencias civiles del hecho punible (art. 103 Cód. Pen.) y para la publicación reparatoria del dispositivo de la sentencia, que el legislador permite al ofendido solicitar (art. 155 Cód. Pen.) <sup>(44)</sup>. Independientemente del hecho de que esas consecuencias del hecho punible puedan ser consideradas penas en el sentido que usa la expresión en el artículo 459 Cpp., lo cierto es que su naturaleza de consecuencia civil implica, respecto a la reformatio in peius, la aplicación del principio civilístico "sententia debet esse conformis libello; ne eat iudex ultra petita partum".

Pero el artículo 459 Cpp., al hablar de pena no involucra a las medidas de seguridad. El legislador no distingue, como si lo hace en otros artículos (art. 518, 474, inc. 3, 322 Cpp.), entre penas y medidas de seguridad, en el artículo 459 Cpp. Debe aplicarse, por tanto, el viejo adagio interpretativo "Ubi lex non distinguit, nec no distiguere

(42) En tal sentido, F. Marucci, "Pene e misure di sicurezza, ancora un passo avanti", en *Giust. Pen.*, 1958, III, pág. 481.

(43) En nuestro derecho de inhabilitación absoluta, como pena accesoria no existe, por un descuido del legislador, que la suprimió. Solamente el artículo 456 Cód. Pen. faculta al juez para imponer inhabilitación absoluta o especial cuando se trate de delitos contra la autoridad pública, contra la Administración de Justicia o contra los deberes de función pública, si el delincuente es funcionario público.

La inhabilitación especial existe en algunos artículos del Código Penal (por ejemplo arts. 117 Cód. Penal y 128 Cód. Pen.), aunque en estos casos más cabría hablar de medidas de seguridad ni enumeradas e ni la parte general del Código.

(44) En cuanto se refiere a la publicación reparatoria del artículo 155 Cód. Pen., el problema de la prohibición de la reformatio in peius tiene poca importancia, porque el mismo solamente puede plantearse en el recurso de Casación. El artículo 474 Cód. Pen. condiciona el recurso de Casación del imputado en los delitos sancionados con días-multa a que el Tribunal de Juicio o el Jue Penal imponga una pena de 180 días-multa o más, cantidad a la que ninguno de los delitos contra el honor, sancionados con multa, llega. Puede darse el caso de que dicha suma alcance por aplicación de las reglas del concurso real o ideal (arts. 75 y 76 Cd. Pen.) en una sentencia que condene por delitos contra el honor. Planteando recurso de Casación únicamente el imputado o alguien a favor de éste, rige la prohibición de la reformatio in peius.

debemus". Que la prohibición de la reformatio in peius no rige para criterio un poco simplicista de nuestra jurisprudencia, aplicado para las medidas de seguridad, es una conclusión que está apoyada por el resolver el conflicto de leyes en el tiempo, según el cual, las medidas de seguridad son, por definición, menos severas que las penas, pues se suponen establecidas ~~establecidas~~ en beneficio del imputado.

Para determinar cuál pena es más severa, para efectos de la prohibición de la reformatio in peius, el juzgador debe abstenerse a un criterio objetivo <sup>(45)</sup>. Pena más o menos severa es un concepto que no depende de criterios subjetivos como el gusto del imputado, la observación de la vida común o el criterio discrecional del juez <sup>(46)</sup>. La gravedad del perjuicio en cuanto a la especie de la pena se mide con relación al bien jurídico atacado por la misma: las penas que atacan la libertad personal (pena de prisión) o de tránsito (pena de extrañamiento) son más graves, la de multa, que ataca la propiedad, es la menos grave, mientras son intermediarias las penas de inhabilitación, que atacan o el honor o la libertad de ejercicio de una profesión o actividad. <sup>(47)</sup>.

Para preservar al imputado de perjuicios adicionales (sobre todo de penas accesorias) supone W. Frisch <sup>(48)</sup> que las penas sean valoradas entre sí conforme a un modo de observación comparativo ("vergleichende Betrachtungsweise"). Según este criterio, el Tribunal de Alzada debe medir en qué situación (peor, mejor o igual) se encontraría el imputado si no hubiera planteado la impugnación de la resolución. No cabe duda, sin embargo, que este criterio es difícil llevar a la práctica, porque el mismo ve las relaciones entre penas como una cuestión de hecho, mientras que un criterio válido para la gravedad de las penas solamente puede ser normativo. <sup>(49)</sup>.

(45) En tal sentido, Heinrich Jagusch, "über die Strafaussetzung zur Bewährung §§ 23-25 StGB", en *Juristenzeitung*, 1953, pág. 689; R. Murach, Op. cit., pág. 163; Bruns, Op. cit., pág. 743; R. Lauckner cree, al contrario, que el problema de la resolución en perjuicio debe verse subjetivamente, caso por caso.

La doctrina francesa remite al Cód. Penal (arts. 7 a 9 y 464), que fija la gravedad de las penas (Ehrhardt, Op. cit., pág. 474).

(46) Jagusch Op. cit., 689, 690) cree que la opinión del inculcado puede decidir si las condiciones de suspensión de la pena, por ejemplo, son más gravosas que el cumplimiento de ésta.

(47) Gerhardt, Op. cit., págs. 26 y 31; Eb Schmidt, Op. cit., pág. 949.

Este criterio no puede ser, sin embargo, absoluto en nuestro derecho. Supóngase que, bajo una impugnación del imputado, el Tribunal de Alzada cambie una pena de un mes de prisión en 100 días multa. Que tal modificación sea en beneficio del reo, cuando éste no puede pagar la multa, es de dudar en vista de los artículos 56 y 69 del Cod. Penal.

(48) W. Frisch, Op. cit., 719.

(49) La doctrina que admite que la prohibición de la reformatio in peius vale también para las medidas de seguridad, topa con la dificultad de encontrar respecto a ellas un criterio objetivo, similar al de las penas. La

En tratándose de un solo delito, la prohibición de la reformatio in peius vale para la pena base, pero no para aquella que en definitiva haya sido impuesta por el primer juez después del cómputo de los aumentos y disminuciones. Por ello el Tribunal de Alzada que conceda atenuantes o excluya agravantes no está obligado a disminuir la pena <sup>(50)</sup>. Pero cuando se trata de una pena impuesta por un concurso de delitos o por un delito continuado, la situación cambia: si la pena impuesta por la sentencia impugnada es el resultado de un cúmulo de delitos, el Tribunal de Alzada que eliminara uno de ellos, de la precedente pena compleja <sup>(51)</sup>. En nuestro derecho, empero, esta no podría aumentar la pena para los otros, aún dentro de los límites de la medida en que la presencia del delito que afirma es cierta en la medida en que la presencia del delito que suprime el Tribunal de Alzada, haya influido en la oposición de la pena total de los delitos en concurso o en continuación. <sup>(52)</sup>.

dificultad estriba en que las medidas de seguridad no se dejan descomponer en unidades de tiempo o de valor (Jagusch, Op. cit., pág. 690). Tal descomposición es necesaria para poder aplicar un criterio objetivo que debe ser general y abstracto. Por ello, la doctrina alemana ha ensayado, sin éxito, una clasificación de las medidas por su gravedad conforme a un criterio objetivo. Gerhardt (Op. cit., págs. 86 y 87) intenta una clasificación de las medidas por su gravedad, según el bien jurídico que ellas ttaquen, pero falla en su intento, porque las medidas de seguridad restrictivas de la libertad, de carácter educativo no ecajan en su sistema (Maurach, Op. cit., pág. 163). A nuestro entender no es posible encontrar un criterio objetivo para clasificar las medidas de seguridad conforme a su gravedad. Ello porque el único criterio válido es el valorativo, que consiste en preguntarse qué ventaja tiene la medida de seguridad con relación a la susceptibilidad del imputado para la misma. Por consiguiente, el problema se desplaza hacia el efecto de la medida sobre el imputado y esto solamente puede resolverse por medio de la prognosis criminal, que siendo un pronóstico sobre el caso concreto, no puede determinarse en abstracto (Maurach, Op. cit., págs. 163, 14).

- (50) Ferrante, Op. cit., pág. 147.  
(51) En tal sentido, Ferrante, Op. cit., pág. 145; Vannini, Op. cit., pág. 302; Graf zu Dohna, Op. cit., pág. 188; Ehrhardt, Op. cit., pág. 476.  
(52) Ello porque conforme a los artículos 75, 76 y 77 del Cód. Pen., las penas que castigan el concurso ideal, real y delito continuado no siempre son la suma de las penas de los delitos particulares que entran en concurso o en continuación. Por ejemplo, la sentencia impugnada declaraba la existencia de un concurso ideal y el Tribunal de Alzada, estableciendo un concurso aparte de normas (art. 23 Cód. Pen.), determina la existencia de un único delito. El Tribunal de Alzada solamente debe modificar la pena para no violar la prohibición de la reformatio in peius en la medida el delito más grave sea el suprimido o en que, siendo el delito menos grave el suprimido, el primer juez o Tribunal haya acordado, a consecuencia del concurso ideal, un aumento de pena (véase art. 75 Cód. Pen.).  
Similares consideraciones valen para el concurso real y para el delito continuado. En el caso del concurso real, por ejemplo, cuando cuatro delitos, cada uno castigado con una pena de un año de prisión, sean juzgados y condenados por una sola sentencia, al pena no puede ser mayor del triple de la mayor (art. 76 Cód. Pen.). La supresión de uno de los delitos por el Tribunal de Alzada, conociendo de una impugnación planteada únicamente por el imputado o a su favor, no le obliga a modificar la pena.

El artículo 459 Cpp. prohíbe la modificación de la resolución, conocida por el Tribunal de Alzada bajo impugnación únicamente planteada por el imputado o a su favor, en perjuicio de aquél, en cuanto a "los beneficios acordados..."

El Código Procesal Penal no enumera cuáles son estos beneficios. El Código penal enumera en el artículo 96, los siguientes beneficios: amnistía, indulto, rehabilitación, perdón judicial, condena de ejecución condicional y la libertad condicional. Esta enumeración, hecha por el legislador penal con el objeto de establecer que esos beneficios no afectan la responsabilidad civil ni el comiso, es incompleta. A ello hay que agregar otros beneficios que el legislador permite. Tales son la conmutación (art. 69 Cód. Pen.) y la excarcelación (art. 297 y sigtes. Cpp.), son también beneficio, que no se puede revocar bajo única impugnación del imputado o a su favor, las circunstancias atenuantes concedidas por el primer juez o tribunal, aún en el caso de que haya sido erróneamente concedidas <sup>(53)</sup>.

Con la prohibición de la reformatio in peius no se relacionan la amnistía concedida por la Asamblea Legislativa (art. 89 Cód. Pen.), ni el indulto, que concede el Consejo de Gobierno (art. 90 Cód. Pen.). Tampoco vale la prohibición para libertad condicional (artículos 64, 65, 66 y 67 Código Penal), beneficio que concede el juez de aplicación de la pena, pues la resolución que lo concede tiene consulta (art. 518 Cód. Proc. Pen.). Tampoco la excarcelación porque el auto de excarcelación es reformable y revocable de oficio (art. 312 Cpp.). No se plantea el problema de la prohibición de la reformatio in peius en la rehabilitación (art. 70 Cód. Pen.) que le concede al Juez o Tribunal que "ejecutó" (impuso) la inhabilitación absoluta o relativa (art. 520 Cpp.). El auto que resuelve la petición —la concede o la deniega— es apelable ante el Tribunal de Apelaciones (art. 522 Cpp.). Si la concede no puede ser apelante el imputado, pues carece de interés jurídico —perjuicio personal— para apelar.

Los otros beneficios, conmutación, perdón judicial, condena de ejecución condicional y circunstancias atenuantes) son concedidos en sentencia. Por consiguiente, solamente puede plantearse el problema de la prohibición de la reformatio in peius en la medida en que la sentencia que los concede tenga recurso de Casación (arts. 474, inc. 1 y 2 Cpp.).

Solamente con apelación a cambios o modificaciones de la resolución en perjuicio del imputado en cuanto "especie o cantidad prohibición de la reformatio in peius. Fuera de estos dos campos el de la pena" o a "los beneficios concedidos" (art. 459 Cpp.) vale la juez de la impugnación (en nuestro caso, Casación) puede hacer los

<sup>(53)</sup> Tal ha sido la tesis reiterada de la jurisprudencia francesa. En tal sentido Ehrhardt, Op. cit., pág. 477.

cambios que la conformidad a derecho de resolución impugnada exija. Particularmente los siguientes:

- a) Cambios en la calificación jurídica de los hechos. La doctrina y la jurisprudencia de varios países han establecido que no se viola la prohibición de la reformatio in peius cuando el Tribunal de la impugnación da a los hechos una calificación más grave <sup>(53a)</sup>, a condición de que la pena o los beneficios concedidos no sean modificados en perjuicio del imputado. Al hablar de "perjuicio" en la prohibición de la reformatio in peius, el legislador entiende por tal no un concepto jurídico por ejemplo, calificación más grave), sino de hecho. Una resolución que condena por hurto, puede ser transformada en una resolución que condena por robo, sin violación de la prohibición; igualmente puede cambiarse la calificación del hecho de delito tentado en delito consumado, mientras la pena no sea aumentada ni sean suprimidos beneficios.
- b) No existe ninguna dificultad ni prohibición en agravar la culpabilidad del imputado, mientras la pena no sea aumentada ni beneficios sean suprimidos. Generalmente, un cambio de calificación en perjuicio del acusado implica una agravación de la culpabilidad, pero no siempre (por ejemplo, se reconoce una circunstancia agravante no impuesta por el primer juez). Tal aumento de la culpabilidad es válido, aún el caso de que produzca al inculpado un perjuicio indirecto, como puede ser que haga valer su culpa más grave para el resarcamiento del daño <sup>(54)</sup>.
- c) La prohibición de la reformatio in peius vale solamente "rebus sic stantibus"; es decir, solamente bajo la condición de que el imputado tenga solamente la carga de uno o va-

<sup>(53a)</sup> En tal sentido, en la doctrina alemana, Seibert, Op. cit., pág. 340; Gerhardt, págs. 55-56; Kern-Roxin, Op. cit., pág. 263; H. Zipr, Op. cit., pág. 201; E. Schmidt, Op. cit., pág. 947, entre otros, Ferrante, Op. cit., pág. 109. En la doctrina francesa, Houin, Op. cit., pág. 147; Ehrhardt, Op. cit., pág. 476. En la doctrina suiza —ha sido también la tesis de la jurisprudencia suiza— Murith, Op. cit., pág. 234.

<sup>(54)</sup> En tal sentido Mazini, Op. cit., pág. 581; Ulurich Stock, "Strafprozebrecht". I.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1952, pág. 167. Karl Jeters (Op. cit., pág. 586) admite en principio. Pero advierte que un cambio de calificación puede violar la prohibición de la reformatio in peius, porque "El significado de la pena es definido a menudo a través de la decisión sobre la culpabilidad. Por ejemplo, dice, las contravenciones tienen un carácter diferente a los delitos, por lo que la misma pena de multa para un delito y para una contravención no tienen el mismo significado. Según el mismo autor, no es permitido un cambio de lesiones corporales en robo, porque ambos delitos tienen diferente contenido y producen diferentes efectos sobre la reincidencia.

rios hechos y del mismo o los mismos hechos <sup>(55)</sup>. Por ello la prohibición no vale cuando aparezcan nuevos no castigados en el mismo proceso.

- d) Por último, tampoco rige la prohibición de la reformatio in peius cuando se corrige la pena impuesta, en cuyo cómputo hubo un simple error de cálculo. <sup>(56)</sup>. Tal principio establece, por lo demás, expresamente el legislador en el artículo 484 Cpp.

<sup>(55)</sup> Lohsing-Serini, Op. cit., 571.

<sup>(56)</sup> Seibert, Op. cit., pág. 341).

## CONCLUSION

Como conclusiones de lo dicho anteriormente podemos sacar las siguientes:

- a) El nuevo Código procesal restringe, de hecho, la prohibición de la reformatio in peius, al suprimir la apelación de la sentencia. También los autos que tienen apelación, y en los que podría plantearse el problema, o pertenecen a la instrucción (pleno efectivo devolutivo) o tienen consulta pleno efecto devolutivo) o son revocables de oficio. Si a esto se agrega que, conforme a la letra del artículo 459 Cpp. y al espíritu del Código Penal la prohibición de la reformatio in peius no existe en tratándose de medidas de seguridad, debe comprobarse un claro retroceso de la prohibición en el Nuevo Código Procesal, con relación al Código Procesal de 1910. La teoría de la prohibición de la reformatio in peius ha pertenecido, tradicionalmente, a la doctrina sobre la apelación. Sólo tardíamente dicha teoría fue extendida a los otros medios impugnativos.
- b) La prohibición de la reformatio in peius solamente puede darse en el recurso de Casación. Ello implica que, por la índole extraordinaria de este recurso, la prohibición juega únicamente con relación a algunas sentencias, aquéllas que tienen Casación. El respeto de la prohibición quedará confiado a la buena voluntad de nuestro Tribunal de Casación, pues el particular no tiene posibilidad de reclamar contra la violación.
- c) Siendo ésta la situación, parece innecesario el artículo 453 Cpp., ideado originalmente por el legislador italiano como un medio preventivo contra los efectos de la prohibición de la reformatio in peius, en un sistema en el que hay apelación de la sentencia. En nuestro Código procesal, pierde sentido, porque el legislador suprimió la apelación de la sentencia —supresión que es, como dijimos, inconstitucional—, porque ese derecho de adhesión, tratándose del recurso de Casación, debe ser restrictivamente interpretado y porque la facultad de adhesión no sirve para nada al imputado, pues cuando el Ministerio Público impugne la sentencia, al artículo 459 Cpp. permite al tribunal de la impugnación, modificar o revocar la resolución a favor del imputado.

## LA ACUMULACION DE ACCIONES Y DE AUTOS EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

*Dr. Enrique Rojas Franco*