

Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca

Vicerrectorado

Centro de estudios de posgrado e investigación



El rol del precedente contradictorio en el argumento jurídico de la impugnación de los recursos de casación y apelación restringida

Trabajo en opción a la maestría en proyectos de investigación científica

**Freddy Lupa Totola
Tutor: Dr. Pablo cruz**

**Sucre – Bolivia
2006**

Al presentar este trabajo como uno de los requisitos previos para la obtención del Certificado de Magíster de la Universidad mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, autorizo al centro de Estudios de Postgrado e Investigación o a la Biblioteca de la Universidad que se haga de este Trabajo un documento disponible para su lectura, según normas de la Universidad.

Asimismo, manifiesto mi acuerdo en que se utilice como material productivo dentro del Reglamento de Ciencia y Tecnología, siempre y cuando esa utilización no suponga ganancia económica ni potencial.

También cedo a la Universidad, Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca los derechos de publicación de este trabajo o parte de él, manteniendo mis derechos de autor hasta un periodo de 30 meses posterior a su aprobación.

Freddy Lupa Totola
Sucre, abril de 2007

Índice

	Pag.
Resumen	1
Introducción	1
Problema	3
Importancia	3
Justificación	7
Situación problemática	9
Definición del problema	10
Sub-problemas	10
Objeto general	11
Objetos específicos	11
Actividades	11
Revisión bibliográfica	11
Documentos jurídicos	12
Resoluciones constitucionales	12
Formularios para entrevistas	12
Encuestas a litigantes	12
Línea jurisprudencial de transporte de sustancias controladas	13
Organización de Seminarios-Talleres	13
Antecedentes de la investigación	13
Marco Teórico y Conceptual	15
El recurso como medio de impugnación	15
El recurso de casación y el precedente contradictorio	22
La contradicción jurídica en el recurso de apelación restringida	29
Diseño metodológico	37
Recolección de datos	37
Instrumentos para obtener mayor información	39
Técnicas de comprensión	40
Factibilidad	41
Viajes a los asientos judiciales	43
Recursos humanos y materiales	43
Presupuesto	46
Resumen de costos estimados	46
Personal	47
Servicios técnicos	47
Equipo	48
Compra de equipos	48
Uso de equipo	49
Infraestructura	49
Alquiler y servicios	49
Materiales e insumos	50
Viajes	51
Estadía (Alojamiento, alimentación y transporte local)	52
Cronograma	53
Bibliografía citada	54
Jurisprudencia constitucional consultada	55
Jurisprudencia penal examinada	55
Bibliografía a revisar	56

Resumen

El presente trabajo de investigación pretende establecer la función que desempeña el precedente contradictorio en el fundamento jurídico de las impugnaciones de los recursos de apelación restringida y casación.

Palabras clave: Jurídico, impugnación, apelación, casación.

Abstract

The present research aims to establish the role of the previous contradictory to the legal basis of the objection of limited resources and cassation appeal.

Keywords: Juridical, objection, appeal, cassation.

Introducción

El argumento es un derecho, voluntad o una acción, que una persona en ejercicio de su “libertad” manifiesta; dicho fundamento, lleva en sus razonamientos propósitos diversos que cambian según la ocasión y las circunstancias. Dentro un proceso penal, el argumento es un derecho o acción, es la parte sustantiva de la voluntad del recurrente; mientras que, el recurso es la acción o medio formal que otorga la Ley para que las partes formulen sus argumentos con el único fin de lograr justicia en el litigio que sostienen.

Los argumentos expuestos en los recursos de casación y apelación restringida, en el sistema procesal penal boliviano, no están logrando los fines propuestos, encontrar mayor justicia, ya que muchos de ellos han sido declarados inadmisibles, vale decir, que ni siquiera cumplen los requisitos formales de admisibilidad, de manera que los argumentos jurídicos planteados en los recursos no llegan a ser considerados por el Tribunal de Apelación o Tribunal de Casación.

Entonces, para conocer la clase de argumentos jurídicos de los recursos de apelación restringida y casación, se va estudiar las teorías de la argumentación jurídica, de ellas con mayor énfasis la teoría de la hermenéutica y la teoría de la acción comunicativa, con el propósito de conocer el razonamiento de los abogados de las partes litigantes y de los Tribunales de Apelación y Casación; asimismo, para saber la clase de comunicaciones que practican los sujetos procesales mencionados.

Por otro lado, se analizará la ratio decidendi de las Sentencias Constitucionales pronunciadas en los Recursos de Amparo Constitucional, que establece la línea jurisprudencial, donde señala, que cuando el precedente contradice a la sentencia, se debe invocar el mismo en el recurso de apelación restringida; de otro lado, se estudiará los argumentos jurídicos de 15 casos seleccionados de los Juzgados y Tribunales de Sentencia de los asientos judiciales de Sucre, Potosí, La Paz, Cochabamba y Santa Cruz; finalmente, se revisará la Doctrina Legal Aplicable de los Autos Supremos que conforman la línea jurisprudencial que determinó: que no existe tentativa en delitos de transporte de sustancias controladas.

Problema

Importancia

El estudio de la contradicción jurídica, entendida como parte fundamental de la argumentación de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Apelación y Casación, reivindica dos aspectos de suma importancia: 1) que el argumento del recurso de casación se basa en el precedente contradictorio, y 2) que la motivación jurídica del recurso de apelación restringida también se basa en la contradicción jurídica establecida entre la sentencia y el precedente invocado.

Al parecer, en los argumentos de los recursos de casación interpuestos a las Salas Penales de la Corte Suprema invocan precedentes sin establecer la contradicción jurídica; asimismo, en los argumentos de los recursos de apelación restringida ni siquiera invocan precedentes, o algunos recurrentes citando precedentes tampoco establecen la contradicción jurídica, no cumplen con el mandato de la Ley. Las dos situaciones expuestas, si continúan en ese ritmo de omitir la contradicción jurídica, los argumentos jurídicos de dichos recursos afectaran de sobremanera las decisiones tomadas por las autoridades de la jurisdicción penal.

Por lo que en primer lugar planteamos la siguiente pregunta: ¿Qué son y que rol desempeñan los precedentes en el recurso de apelación restringida y recurso de casación? Los precedentes son resoluciones pronunciadas por autoridad judicial de la jurisdicción penal. Ahora bien, los Autos de Vista emitidos por el Tribunal de Apelación y los Autos Supremos emitidos por el Tribunal de Casación, dichas resoluciones son las que se invocan como precedentes en los recursos de apelación restringida y casación, el precedente invocado¹ sirve, necesariamente, para establecer la contradicción jurídica.

Ahora bien: ¿Qué es una contradicción jurídica? Es la norma aplicada en la resolución impugnada en un sentido jurídico distinto a la empleada en la resolución invocada. Esta contradicción jurídica debe precisarse sobre una base fáctica, que se constituye en la comparación de las características más relevantes de hechos identificados en la resolución impugnada y el precedente invocado. Esta definición coincide con el que se encuentra en el artículo 416 parte in fine del Código de Procedimiento Penal (CPP), que señala: “Se entenderá que existe contradicción cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el Auto de Vista recurrido no coincida con el del precedente, sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance”². La contradicción jurídica señalada sirve tanto para interponer recursos de apelación restringida como recursos de casación.

De modo que, la sola invocación del precedente, no basta para cumplir con el argumento jurídico del recurso, sino que se debe determinar la contradicción jurídica en el recurso de casación. Para ese efecto, el recurrente debe individualizar características relevantes de hechos similares identificados en el Auto de Vista objeto de la impugnación y en el precedente invocado; asimismo, debe identificar la norma o normas adjetivas y/o sustantivas aplicadas con diverso sentido y/o alcance jurídico contradictorio en el Auto de Vista objeto de la impugnación y el precedente invocado. El precedente contradictorio es parte esencial del fundamento jurídico de los recursos de casación y apelación restringida.

Asimismo, para plantear el recurso de apelación restringida, el recurrente no se limita a citar el precedente, sino que debe seleccionar las propiedades más relevantes de hechos identificados en la sentencia impugnada y el precedente invocado; del mismo modo, debe precisar la norma o preceptos legales aplicados con sentido jurídico distinto y/o alcance jurídico diverso, aspecto que coinciden con el segundo párrafo del artículo 416 del CPP que dispone: “El precedente contradictorio deberá invocarse por el recurrente a tiempo de interponer la apelación restringida”³. La invocación del precedente contradictorio, sirve para precisar la contradicción jurídica en el recurso de apelación restringida⁴.

¹ Las resoluciones utilizadas como precedentes en el recurso de casación y recurso de apelación restringida, éstas necesariamente deben encontrarse ejecutoriadas o pasadas en autoridad de cosa juzgada para ser utilizadas en el argumento jurídico.

² Cortes, Ana María de Soriano y Edgar Montaña Pardo Coordinadores: *Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Paz Bolivia, 1999, Art. 416

³ Cortes, Ana María de Soriano y Edgar Montaña Pardo Coordinadores: *Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Paz Bolivia, 1999, Art. 416

⁴ El artículo 416 del CPP no prescribe que sólo se debe invocar el precedente, sino que dispone que el precedente contradictorio se debe invocar en el recurso de apelación restringida. El sentido jurídico de dicha norma lleva la necesidad de establecer la contradicción jurídica en el recurso de apelación restringida.

Para establecer la contradicción jurídica en el recurso de apelación restringida, primeramente, el recurrente debe identificar características importantes de hechos similares emanadas de la sentencia impugnada y del precedente invocado, para luego contrastar la norma adjetiva y/o sustantiva aplicada en la Sentencia y el precedente invocado. La contradicción constituye para esencial del argumento jurídico del recurso de apelación restringida.

En caso de que la parte procesal considere pertinente, en el recurso de apelación restringida, puede solicitar audiencia, con el objeto de complementar la fundamentación jurídica. Los integrantes del Tribunal de Apelación podrán interrogar a las partes que interpusieron el recurso de apelación restringida, sin que esa actividad jurisdiccional se considere prejuzgamiento, la interpelación se referirá sobre los aspectos insuficientes de la fundamentación o sobre la solución propuesta, la doctrina que sustenta las pretensiones de los recurrentes o la jurisprudencia que se utilizó, según dispone el artículo 412 del CPP⁵. Esta norma indica que el fundamento del recurso de apelación se respalda en la doctrina o la jurisprudencia.

La parte recurrente mediante la contradicción jurídica establecida en el recurso de apelación restringida controla, directamente, la actividad jurisdiccional de puro derecho del Juez o Tribunal de Sentencia; a su vez, el Tribunal de apelación, mediante la contradicción jurídica precisada en el recurso de apelación, controla la actividad del Juez o Tribunal de Sentencia. Como también, con la contradicción jurídica precisada en el recurso de casación, la parte recurrente controla, directamente, la actividad jurisdiccional de puro derecho del Tribunal de Apelación; a su vez, a través de la contradicción jurídica establecida en el recurso de casación, el Tribunal de Casación emite la Doctrina Legal Aplicable, mediante la cual uniforma la jurisprudencia penal, formando líneas jurisprudenciales.

En el pasado los recursos de casación y apelación que se regían con el antiguo Código de Procedimiento Penal, respaldaban el fundamento de la impugnación con Autos Supremos dictados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; la invocación contradictoria de los precedentes en los recursos mencionados no eran de aplicación obligatoria, sino una tradición voluntaria de las partes que interponían dichos recursos, como una forma de fortalecer los argumentos jurídicos de la impugnación. Con la vigencia plena del actual Código de Procedimiento Penal la invocación del precedente contradictorio es un deber ineludible para la parte procesal que interpone ya sea el recurso de apelación restringida y/o el recurso de casación. Si entendemos que la contradicción jurídica forma parte esencial del fundamento de los precedentes y de las resoluciones impugnadas.

Justificación

En los recursos de casación interpuestos ante el Tribunal de Casación se han detectado que en las impugnaciones al Auto de Vista dictado por el Tribunal de Alzada, se siguen argumentando como en los recursos de casación que se regían con el Código de Procedimiento Penal abrogado. En algunos recursos de casación no se invoca el precedente contradictorio, otros sólo mencionan el precedente, sin comparar hechos similares, ni establecer la contradicción jurídica. En suma la fundamentación de los recursos de casación no cumplen los preceptos legales que regulan el argumento jurídico de los mencionados recursos.

⁵ Art. 412 del CPP indica: “En la audiencia de fundamentación complementaria, los miembros del tribunal podrán interrogar libremente a los recurrentes, sobre los aspectos insuficientes de la fundamentación o de la solución propuesta, la doctrina que sustenta sus pretensiones o la jurisprudencia que se utilizó, sin que implique prejuzgamiento”.

Por otro lado, en los recursos de casación, algunos recurrentes no acompañan, como prueba, copia del recurso de apelación restringida; mientras, los que adjunta el aludido recurso, este recurso no es tomado en cuenta por el Tribunal de Casación, en cumplimiento de la Sentencia Constitucional, que sólo se adjuntará copia del recurso de apelación, cuando exista un precedente que contradiga a la Sentencia pronunciada por un Juez o Tribunal de Sentencia⁶.

Con lo que se ha afectado seriamente la naturaleza del recurso de apelación restringida, poniendo en duda la facultad del Tribunal de Apelación para conocer asuntos de puro derecho. Asimismo, se ha suprimido el requisito de acompañar copia del recurso de apelación restringida para que el Tribunal de Casación declare la admisibilidad del recurso de casación.

En los recursos de apelación restringida aún habiendo el recurrente precisado la contradicción jurídica, la misma no es tomada en cuenta por el Tribunal de Alzada, o se ha toma en cuenta la contradicción jurídica en raras ocasiones. El recurrente o el Tribunal de Alzada, cumpliendo el mandato del Tribunal Constitucional: el primero no precisa la contradicción jurídica en el recurso de apelación restringida, y el segundo se encuentra impedido de efectuar un control de puro derecho sobre la actividad del Juez y Tribunal de Sentencia. Asimismo el Tribunal de Casación no exige que en el recurso de casación se acompañe copia del recurso de apelación restringida. Consiguientemente, se debe restituir el deber de precisar la contradicción jurídica en el recurso de apelación restringida, y el deber de adjuntar copia de dicho recurso en el recurso de casación, cumpliendo los mandatos legales que regulan a dichos requisitos procedimentales.

Por otro lado, desde el segundo semestre de la gestión 2002 al 2004 en Bolivia se han dictado 870 Autos Supremos, de los cuales el 70% de recursos de casación han sido declarados inadmisibles, 15% fueron declarados infundados, y 15%, de recursos de casación lograron dejar sin efecto el Auto de Vista recurrido de casación; esta situación de por sí es preocupante, por eso es necesario analizar la contradicción jurídica en los recursos de apelación restringida y recursos de casación. Asimismo, de alrededor de 6.000 recursos de casación resueltos por las Salas Penales de la Corte Suprema hasta la gestión de 2006, mas o menos el 10% de dichos recursos lograron dejar sin efecto los Autos de Vista recurridos.

Estudiar la contradicción jurídica en los recursos mencionados, previa matización teórica referida a la interpretación de la normativa legal, dentro de un contexto comunicativo de los sujetos procesales que intervienen en el proceso penal, tratando que los mismos tengan un mínimo de igualdad en el diálogo jurídico, resulta siendo una prioridad, para que las partes que utilicen los recursos de casación y apelación controlen de manera directa la actividad jurisdiccional, a su vez, sean los que construyan la base material justiciable, para lograr que se emita la Doctrina Legal aplicable.

El contenido del trabajo de alguna manera contribuirá a la reflexión teórica y práctica sobre la utilización de la contradicción jurídica, al menos dicho propósito se viabilizará, poniendo a consideración del foro nacional de abogados, los resultados del trabajo de investigación. Estos resultados serán objeto de análisis, críticas y sugerencias, en los Seminario-Talleres que se propiciarán.

⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional 1401/2003-R de 26 de septiembre, <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion7845.html>, tribunal@tc.gov.bo, Sucre, 2007

La Ley N° 1970 cambia cualitativamente el argumento jurídico de los recursos de apelación restringida y casación, al introducir al precedente como un componente esencial en el fundamento jurídico de los recursos mencionados. De lo que se trata, ahora, es de concebir que la contradicción jurídica se constituya en materia justiciable, que de lugar a la construcción de la Doctrina legal Aplicable, a su vez, siendo esta vinculante para las autoridades inferiores, se convierte en fuente específico de derecho, mientras que la Ley siga siendo fuente general del derecho.

Situación problemática

Estando en vigencia la contradicción jurídica, su función en la Doctrina Legal Aplicable adquiere relevancia, porque mediante la contradicción, que viene a ser el argumento jurídico de los recursos de casación y apelación, los recurrentes proporcionan materia justiciable de puro derecho, para que el Tribunal de Apelación pronuncie Autos de Vista que sirven de precedentes contradictorios, y el Tribunal de Casación emite Autos Supremos para uniformar la jurisprudencia creando líneas jurisprudenciales. Los recursos son los medios procesales, por dichos causes las partes recurrente se comunican con la autoridad jurisdiccional o mediante ellos se comunican entre sí, en procura de encontrar justicia. El argumento sirve para interpretar la norma, y comunicar la comprensión del recurrente a la autoridad jurisdiccional, asimismo la autoridad jurisdiccional, mediante la resolución comunica la aplicación de su comprensión e interpretación de las normas a las partes procesales. La acción de impugnar que ostentan las partes recurrentes es de gran importancia en el subsistema de recursos que forma parte del sistema procesal penal.

Las partes recurrentes tropiezan con serias dificultades en la comparación de hechos similares, asimismo estableciendo la contradicción jurídica de normas aplicadas en las resoluciones impugnadas y precedentes invocados, en definitiva no utilizan óptimamente el precedente contradictorio. A la dificultad planteada se suma la práctica de no establecer la contradicción jurídica en el recurso de apelación restringida y la omisión de no acompañar copia de la apelación restringida en el recurso de casación. Para poder definir el rol del precedente en la contradicción jurídica, se requiere de un estudio teórico y práctico de: recursos de casación y apelaciones restringidas.

Definición del problema

¿Qué función desempeña el precedente en la contradicción jurídica en el argumento de la impugnación de los recursos de apelación restringida y casación?

Sub-problemas

¿Qué rol desempeña el precedente contradictorio en la fundamentación jurídica del recurso de casación?

¿Qué función desempeña el precedente contradictorio en el argumento jurídico del recurso de apelación restringida?

Objetivo general

Establecer la función que desempeña el precedente contradictorio en el fundamento jurídico de las impugnaciones de los recursos de apelación restringida y casación.

Objetivos específicos

- Comprender el fundamento jurídico de la impugnación mediante la precisión de la contradicción jurídica en el recurso de apelación restringida
- Entender el argumento jurídico de la impugnación mediante la precisión de la contradicción en el recurso de casación

Para lograr los objetivos específicos mencionados, es necesario identificar las actividades siguientes:

Actividades

Revisión bibliográfica

Revisar por segunda vez la bibliográfica, la misma que servirá para complementar la parte teórica y metodológica.

Documentos jurídicos

Fotocopiar documentos que se encuentran en los 15 expedientes seleccionados de los juzgados y tribunales de sentencia de las ciudades de Sucre, Potosí, La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

Resoluciones constitucionales

Seleccionar las resoluciones constitucionales donde se ubica la línea que rige la obligatoriedad de precisar la contradicción jurídica en el recurso de casación y que solo en algunos casos es necesario invocar el precedente contradictorio en el recurso de apelación restringida.

Formularios para entrevistas

Preparar formularios con las preguntas necesarias, focalizadas en la utilización de los recursos, para entrevistar a los abogados que suscribieron los recursos de casación y apelación restringida, y a las autoridades jurisdiccionales que emitieron resoluciones que fueron objeto de impugnación.

Encuestas a litigantes

Organizar encuestas para litigantes en formularios que contengan preguntas con alternativas de respuestas.

Línea jurisprudencial de transporte de sustancias controladas

Sistematizar la línea jurisprudencial, donde se indica que no existe tentativa en delitos de transporte de sustancias controladas, iniciada con el Auto Supremo N° 417 de 19 de agosto de 2003⁷ pronunciada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

⁷ Corte Suprema de Justicia de Bolivia, Auto Supremo N° 417 de 19 de agosto de 2003, Buscador,

<http://suprema.poderjudicial.gov.bo/>, <http://juris.poderjudicial.gov.bo/jurisprudencia/penal/penal-I/as200311417%20.htm>

Organización de Seminarios Talleres

Los Seminarios-Talleres se efectuarán en la ciudad de Sucre, La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

Antecedentes de la investigación

Las bibliotecas del Instituto de la judicatura, Fiscalía General de la República, Facultad de Derecho de la Universidad de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Centro de Estudios de Posgrado e Investigación CEPI, y Corte Suprema de Justicia, fueron los centros donde se acudió buscando trabajos de investigación y bibliografía relacionadas a estudios sobre recursos de casación y apelación restringida, impugnación y argumentación jurídica. En dicha exploración no se encontró tesis ni monografías relacionadas a los temas mencionados, pero sí se encontró libros que tratan algunos de los temas indicados.

De dicha revisión bibliográfica, se ha estudiado: recursos de casación y apelación, impugnaciones o cuestionamientos jurídicos, teorías de la argumentación jurídica, teoría de la hermenéutica y teoría de la acción comunicativa, cuyos resultados provisionales se encuentran expuestos en el estado del arte, en el subtítulo del marco teórico, que necesita completarse, después de realizar una segunda revisión bibliográfica.

Cabe destacar, en relación al argumento jurídico del recurso de apelación restringida, a más de precisar las normas que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, se debe expresar cuál es la aplicación que se pretende; al respecto, Pedro Gareca Perales señala:

La inobservancia o errónea aplicación de la Ley, merece ser precisada por el Tribunal Superior, entendiendo que la Ley es vulnerada cuando se desconoce su contenido y su finalidad intrínseca y teleológica, obviando su precepto, así como en supuestos en el que se le atribuye un contenido diferente a su continente. Mientras la errónea aplicación de la Ley, más esta dirigida a determinar la inadecuada valoración jurídica del hecho, sea por impropiedad en la definición de la norma aplicable o, por defecto que pudiera derivarse en la interpretación de la misma⁸.

Tanto en la inobservancia o errónea aplicación de la Ley, la impugnación en el recurso de apelación restringida es de puro derecho. El Tribunal de Apelación no se encuentra facultado para apreciar el hecho o valorar las pruebas producidas en el juicio oral y contradictorio, pero tiene atribuciones para: 1) restituir el sentido y/o finalidad de la norma, en caso de incumplimiento de la norma, 2) enmendar errores de puro derecho que derivan de la inadecuada valoración jurídica con respecto a un hecho o conducta particular, y 3) corregir defectos en la interpretación de la norma aplicable.

Las atribuciones jurídicas del Tribunal de Apelación, señaladas anteriormente, clarifican de mejor manera, el porqué de la necesidad de establecer la contradicción jurídica en la apelación restringida, es más, ratifican contundentemente que el Tribunal de Apelación es de puro derecho, no así de puro hecho, impidiendo que exista doble instancia. El argumento del Auto de Vista, pronunciado por el Tribunal de Apelación, es para reponer el sentido de la norma inaplicada o corregir las equivocaciones en la interpretación de los preceptos legales.

⁸ Pedro Gareca Perales: Nueva Doctrina Legal en la Justicia penal Boliviana y el Precedente Constitucional, Talleres Gráficos “Gaviota del Sur” S.R.L. Sucre Bolivia, p. 109

El trabajo investigativo que nos brinda Pedro Gareca Perales, nos ha servido para sostener con mayor rigor la necesidad de que en el argumento de la apelación restringida se debe precisar la contradicción jurídica. Otro trabajo similar o referido a la argumentación jurídica, a la impugnación y a los recursos de casación y apelación restringida, no se ha podido encontrar. La nueva experiencia en la aplicación de dichas instituciones, recién comienza hacer surgir trabajos de investigación relacionados a la justicia penal en Bolivia.

Marco teórico y conceptual

El recurso como medio de impugnación

Antes de entrar al tema propiamente dicho, es necesario comprender qué se entiende por recurso, de inicio el recurso es un medio jurídico que sirve para impugnar una resolución judicial que afecta el interés de una o más partes procesales. De otro lado, para efectos del trabajo de investigación, denominaremos recurso a la acción prevista y regulada por Ley, supuesto de hecho que prevé la acción ejercida por uno de las partes procesales, según el trabajo de investigación, dicha acción necesariamente se encuentra dirigida a entablar comunicación con la autoridad jurisdiccional que emitió la resolución objeto de la impugnación, asimismo junto a la impugnación deberá proponerse una solución del conflicto penal a la autoridad jurisdiccional que resolverá dicho cuestionamiento.

El subsistema de recursos, es el espacio óptimo del proceso penal, donde la Ley con claridad prevé la comunicación de las partes procesales, mediante un intermediario llamado juez o tribunal, quien ejercita la comunicación con cada uno de las partes procesales, que a su vez, resuelve el conflicto penal que es de interés de las partes. La resolución judicial es la culminación del acuerdo logrado por las partes con la autoridad jurisdiccional, para alcanzar dicho acuerdo, necesariamente, las partes procesales se valen de los argumentos jurídicos planteados en los recursos previstos por Ley.

Ahora bien, para que las partes se encuentren en igualdad de condiciones, es necesario que los abogados que representan al Ministerio Público, o a la defensa pública, o defensores de oficio. Estos abogados que ostentan poder personal y posicional⁹, es necesario que atenúen el poder posicional que les brinda el cargo que ejercen, y practiquen el poder personal producto de la preparación y desarrollo de la personalidad. Por lo que, el abogado en el ejercicio libre de la profesión que patrocina a la víctima o actúa como defensor no ostenta poder posicional solo despliega poder personal. Esta desigualdad de posiciones, donde los abogados se encuentran situados, es necesario poner en igualdad de condiciones. Los abogados de las partes procesales se encuentran en igualdad de condiciones a partir de hacer valer el argumento jurídico que cada uno de ellos emplazan a la impugnación contra una resolución judicial.

No olvidemos que los abogados que ocupan un cargo estatal remunerado o prestan sus servicios ad honorem ejercitan poder posicional, o los abogados en el ejercicio libre de la profesión que patrocinan a víctimas o defienden a imputados también ostentan poder posicional que proviene de su condición profesional con relación a sus ocasionales clientes, pero no en relación a los otros sujetos procesales que responden a la responsabilidad que requiere el cargo que ocupan, mientras el abogado que ejerce la profesión responden a intereses particulares o privados. Los abogados que expresan intereses estatales y particulares, se encuentran frente a frente en la substanciación de los recursos, con el único afán de lograr justicia en la resolución del conflicto penal, si el fin es único, porque no lograr consensos jurídicos.

⁹ Lair Ribeiro: La Comunicación Eficaz, Ediciones Urano, Barcelona, 1994, p. 71-72

Anteriormente se ha señalado que el recurso es el medio que sirve para impugnar una resolución; al respecto, Manuel N. Ayan propone la siguiente definición:

Desde un punto de vista sustancial, el recurso es una manifestación de voluntad de quien ataca una resolución jurisdiccional, que considera ilegal y agravante, a fin de que el Tribunal que la dictó u otro de grado superior (Alzada), mediante un nuevo examen, la revoque, modifique o anule.

Bajo el aspecto formal, es la instancia o solicitud que contiene dicha manifestación de voluntad, y que determina un procedimiento encaminado a lograr esta finalidad; es decir, que provoca un nuevo juicio lógico o una nueva fase procesal¹⁰.

Precisamente, se resalta la parte sustancial del recurso, es decir la acción que puede ser planteada por una de las partes procesales que impugna mediante el recurso una resolución judicial y propone otra solución al conflicto penal, que se encuentra pendiente de resolución

Sin embargo, aunque en la doctrina es discutible la palabra remedio, Clariá Olmedo citado por Ayan, comparte el siguiente criterio: “remedio se alude más bien al acto jurisdiccional que subsana, elimina o corrige el vicio o error y no, en cambio, al poder acordado a las partes para atacar la decisión que consideran gravosa a sus intereses”¹¹. Al respecto, si bien el remedio es un acto final de la autoridad jurisdiccional, no es menos cierto que la impugnación no se reduce a atacar y contrastar la resolución, sino que mediante el fundamento se propone el remedio o la solución sobre la objeción planteada, aspecto que es vital para entablar la comunicación entre la parte que interpone el recurso y la autoridad jurisdiccional que decidirá la resolución del conflicto penal.

Aunque los autores citados no comparten, que la propuesta de solución sea parte de la impugnación, de lo que se trata es de restablecer la facultad de las partes recurrentes a que no sólo se limiten a objetar o contrastar resoluciones que afectan sus derechos, sino a que propongan las soluciones; aspecto que requiere de los abogados un cambio de aptitud, no se necesita acciones tendentes al éxito personal sino como indica Jürgen Habermas: “Desde la perspectiva de los participantes, entendimiento (...) es un proceso de recíproco convencimiento, que coordina las acciones de los distintos participantes a base de una motivación por razones. Entendimiento significa comunicación enderezada a un acuerdo válido”¹². Ejercitar acciones dirigidas a entendimientos mutuos, no esperar a que la autoridad jurisdiccional resuelva las impugnaciones por el poder posicional que ejerce. El recurso entonces como medio para la impugnación puede llevar el remedio para solucionar el conflicto penal.

Si los abogados se despojaron de los poderes posicionales dentro del proceso penal, o si esos poderes posicionales sólo se redujeran al ejercicio de la impugnación en función a contrastar la resolución judicial con otro dictado con anterioridad en procura de buscar la solución mas justiciera, dichos poderes posicionales dejarían de ser tal, entonces se estaría ejerciendo el poder personal, la razón y la experiencia, despojándose de ciertos poderes posicionales eventuales.

¹⁰ Manuel N. Ayan: *Recursos en materia penal*, Editora Córdoba, s/f, p. 40

¹¹ Manuel N. Ayan: *Recursos en materia penal...*, cit., p. 35

¹² Jürgen Habermas: *Teoría de la acción comunicativa, I Racionalidad de la acción y Racionalización social*, Taurus Humanidades, Madrid España, 1999, p. 500

Si bien la primera batalla consiste poner en igualdad de condiciones a la partes recurrentes, de éstas con la autoridad jurisdiccional que pronuncia la resolución impugnada, ese poder personal de los recurrentes expresada en el recurso debe librar una segunda batalla frente al Juez o Tribunal que resuelve la impugnación planteada; de manera que, el recurrente se enfrenta contra el poder posicional del Juez o Tribunal que dictó la resolución objeto de la impugnación, señalando los agravios de la resolución objetada, a su vez, proponiendo solución al Juez o Tribunal que resolverá el conflicto penal.

Las partes recurrentes al interponer el recurso, limitan la impugnación a ciertos puntos conflictivos que presenta la resolución judicial, si una de las partes no recurre la resolución, esa omisión da entender su conformidad con la resolución, o en su caso las partes al sentirse agraviadas pueden impugnar simultáneamente la resolución. La impugnación ataca la resolución de un tercero imparcial que dio solución al conflicto penal, para lograr otra solución del mismo juez o de otro superior. En consecuencia la resolución impugnada con relación a la resolución nueva es de carácter vertical; sin embargo, la relación de las partes con la autoridad jurisdiccional es horizontal, en cada grado jerárquico, esté aspecto es de suma importancia, porque las partes se encuentran en igualdad de condiciones al momento de la impugnación y de la resolución del conflicto penal.

La acción impugnativa lo ejerce el abogado a nombre de la parte agraviada, desde el momento en que acepta el patrocinio o la defensa, actividad profesional que debe ser ejercida con responsabilidad, Jorge A. Claría Olmedo, indica que:

Recurrir implica afirmar la existencia de un vicio. Éste puede consistir en un juicio incorrecto contenido en la decisión impugnada, o en un pronunciamiento irregular en su obtención. El error de juicio puede manifestarse en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. El defecto de procedimiento puede radicarse en la construcción de la resolución o en el trámite para llegar a ella¹³. El mismo autor señala que: “Las partes tienen el poder de impugnación cuando dentro del proceso o después de él persiguen la corrección o eliminación del error o defecto (...) Es un poder de naturaleza procesal por su origen y contenido, ya que emana de normas procesales y sirve para hacer valer pretensiones de ese mismo carácter”¹⁴. De lo que se trata es no revestir a la acción impugnativa de un poder otorgado por la Ley, sino de comprender que dicha facultad es una acción un derecho ejercido por las partes recurrentes. La solución del problema no es cuestión de ejercer poder, sino de acciones encaminadas a entendimientos mutuos.

Los abogados cuando interponen la acción impugnativa en el recurso, buscan una nueva resolución del conflicto penal, con la certeza que esa solución sea justa, entonces los propósitos de los sujetos procesales es buscar justicia, por eso se afirma que sus acciones dentro del proceso penal no deben tener una finalidad de éxito personal, sino que sus acciones deben estar dirigidos al entendimiento mutuo para lograr una resolución justa.

Ahora bien, para lograr el entendimiento entre el recurrente y la autoridad jurisdiccional que resuelve el recurso, es necesario que la impugnación lleve un fundamento jurídico mediante el cual se logre entendimientos con la autoridad que resolverá el conflicto penal. El Tribunal de casación o apelación para aceptar o desestimar el fundamento jurídico, debe considera la variedad de argumentos jurídicos que se utilizan en los recursos. Hasta antes y después de la vigencia del nuevo CPP, los argumentos de los recursos de casación y apelación restringida no se regían en el precedente contradictorio.

¹³ Jorge A. Claría Olmedo: *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe Argentina, 2001, p. 284

¹⁴ Jorge A. Claría Olmedo: *Derecho Procesal penal...*, cit., p. 283

Como se dijo antes, el estudio se circunscribe en el subsistema de los recursos, no así en el subsistema de las resoluciones, se va concentrar el análisis en el fundamento del recurso, porque es ahí donde se debe ser incisivo, depende mucho de la capacidad argumentativa del recurso apoyado por otras resoluciones y por la doctrina penal. El argumento jurídico se encuentra enclaustrado en la resolución judicial, su carencia o debilidad es motivo de impugnación mediante el fundamento del recurso. La institucionalidad de la resolución es casi impermeable al cambio; mientras que el recurso es más permeable a las influencias de la doctrina y la jurisprudencia, porque se origina en el agravio, la búsqueda de la justicia sin ataduras institucionales es más fructífera que la formalidad institucional.

La búsqueda de la justicia en el proceso penal, con el nuevo ordenamiento procesal penal, el fiscal no se reduce a ejercer con exclusividad la persecución penal, sino que está conminado legalmente a buscar la justicia, aún a favor del imputado, esta legalidad rompe la regla de la exigencia de formular recursos por cualquier motivo, esto es bueno, dicha previsión contribuye a que no exista un ganador en la contienda penal, sino que mediante el argumento jurídico compartido por los sujetos procesales se alcance la realización de la justicia.

El fundamento del recurso esta relacionado al agravio, este a su vez se relaciona a la inobservancia o errónea aplicación de la ley adjetiva o sustantiva. Estas omisiones o incorrectas aplicaciones de las normas jurídicas, en la doctrina estas fallas se encuentran denominadas como vicios in iudicando o de puro derecho, o vicios in procedendo o de puro hecho: los primeros se refieren a razonamientos o juicios resultantes de la interpretación, comprensión y aplicación de preceptos legales sustantivos; mientras que, el segundo grupo de vicios se encuentra ligado a la interpretación, comprensión y aplicación de normas que regulan la actividad procesal o la resolución judicial; de manera que, el agravio afecta el derecho adjetivo o sustantivo de una o de ambas partes procesales; el agravio se origina en la acción u omisión de la actividad jurisdiccional.

El recurso de casación y el precedente contradictorio

El recurso de casación es un medio jurídico formal que regula la acción de la parte recurrente, el campo de acción de la presente investigación es el argumento jurídico de la parte recurrente que formaliza mediante el recurso de casación ante el Tribunal de Apelación, quien hace conocer al Tribunal de casación, para que éste atienda y entienda el argumento donde se solicita dejar sin efecto el Auto de Vista impugnado. Para cumplir con las normas que regulan el argumento jurídico, es necesario comprender la utilización del precedente en la contradicción jurídica planteada en el recurso de casación.

Ahora bien, para abordar el estudio del precedente contradictorio, es necesario previamente hacer un repaso de algunas teorías referidas a la argumentación jurídica, no sin antes referirnos a la definición hecha de la contradicción jurídica establecida en el artículo 416 del CPP, de dicha definición legal se desprende los siguientes aspectos: 1) la precisión de una situación fáctica de comparación de hechos similares, 2) la atribución de un sentido o alcance jurídico de una norma o varias normas, 3) la aplicación contradictoria de normas jurídicas en la resolución impugnada y el precedente invocado, 4) la utilización del precedente como fundamento del recurso de casación, 5) la impugnación del Auto de Vista y 6) la propuesta de solución del conflicto penal.

Este marco normativo de la argumentación jurídica en el recurso de casación, es necesario matizarlo con algunas perspectivas teóricas: Es así que, Gerardo Ribeiro Toral señala que: “La argumentación jurídica, concebida clásicamente, se compone, entonces, por un primer paso que consiste en interpretar un proposición jurídica (atribuir significados); y por un segundo paso, justificar esa atribución”¹⁵. En la forma el argumento jurídico en el recurso de casación boliviano es muy parecido al concepto clásico, pero en el fondo se diferencia sustancialmente, la legislación boliviana se refiere a atribuir un sentido o alcance jurídico a la norma, mientras que el argumento clásico asigna significados al precepto jurídico; el concepto clásico de argumentación facultada a los sujetos procesales (sin especificar a quien) a que asigne un significado al precepto legal, mientras la normativa boliviana faculta a la parte recurrente a que atribuya un sentido o alcance jurídica a los preceptos aplicados en la resolución impugnada y resolución invocada como precedente.

Siguiendo con las teorías de argumentación jurídica es necesario referirnos a los grandes modelos jurídicos, dado que ellos caracterizan el método, Gerardo Ribeiro Toral señala:

Así, en el sistema inglés los precedentes son la fuente predominante del derecho, mientras que la legislación es la fuente predominante en otros modelos legales. En el primer caso, los precedentes son el paradigma del razonamiento jurídico que se expresa en el “razonamiento por vía de ejemplos”, Las técnicas de argumentación en este modelo son aquellas que permiten mostrar los parecidos y las diferencias que presentan los casos y, por otra parte, sostener que las diferencias son o no relevantes.

En el segundo caso, en donde la legislación es la fuente predominante, el método se caracteriza por interpretar un texto dotado de autoridad. La técnica de argumentación en este modelo se caracteriza por establecer la relación de pertinencia o impertinencia entre una formulación lingüística dada y un complejo específico de hechos. La técnica de argumentación, entonces, se encamina a descubrir el significado de la Ley y a sostener que los hechos presentados están comprendidos o no dentro de la Ley¹⁶.

El argumento jurídico en la legislación boliviana, en materia penal, se sustenta en el precedente, en el que identifica una situación fáctica y la aplicación de normas jurídicas: la primera es comparada con otro hecho similar, y las segundas sirven para establecer la contradicción con preceptos aplicados en la resolución impugnada; sin embargo, mantiene la facultad de interpretar la Ley a la autoridad jurisdiccional. La legislación penal nacional otorga mayor importancia al argumento jurídico de los recursos de apelación restringida y casación.

De modo que, para mantener mayor coherencia con el sentido de la norma jurídica que regula el precedente contradictorio, se toma en cuenta algunos de los presupuestos conceptuales de la Teoría de la Hermenéutica de Hans-Georg Gadamer citado por Gerardo Ribeiro Toral, al respecto, es necesario conocer el punto de partida de la hermenéutica:

La hermenéutica deja de preocuparse por la preceptiva técnica para interpretar textos y se ocupa de la experiencia existencial del intérprete en sí mismo. La interrogación deja de ser por el significado del texto y ahora la interrogación es por el sentido en donde la verdad se presenta ocultándose y develándose alternativamente. Así, el problema a trabajar no son las normas para interpretar sino dar cuenta de las condiciones en las cuales se produce el acto interpretativo¹⁷.

¹⁵ Gerardo Ribeiro Toral: *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Plaza y Valdez Editores, México, 2003, p. 69

¹⁶ Gerardo Ribeiro Toral; *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 175

¹⁷ Gerardo Ribeiro Toral: *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, cit., p. 227

La interpretación, como indica Gadamer “No se trata, entonces, de descubrir el sentido original de la proposición legal a fin de poder aplicarlo en el caso presente, Interpretar jurídicamente significa considerar la historicidad y la tradición del intérprete y proyectarla sobre la proposición legal”¹⁸. Esta perspectiva teórica tiene bastante relación con la definición de contradicción jurídica otorgada por el legislador, si se atribuye mayores facultades a la parte recurrente para que asigne un sentido o finalidad jurídica a la norma aplicada por la autoridad jurisdiccional.

La legislación penal boliviana otorga mayores facultades al intérprete, vale decir a la parte que interpone recursos de casación y apelación; asimismo, el intérprete, según Gadamer, tiene mayor importancia, por lo que manifiesta:

La norma, entonces, se aparece ante el intérprete no como un texto único, sino en el esplendor de sus múltiples interpretaciones. Cuando se lee el texto legal se están leyendo, en la precomprensión, todas las interpretaciones posibles que se han hecho sobre el texto. Este entrecruzamiento de experiencias de los intérpretes (comprensiones) constituyen la tradición (jurisprudencia) de la norma y condicionan la nueva interpretación¹⁹.

De manera que la hermenéutica es considerada por el autor citado: “como un proceso unitario en donde conviven la comprensión, la interpretación y la aplicación, en donde la aplicación es un momento del proceso hermenéutico tan esencial e integral como la comprensión y la interpretación”²⁰. Con lo que se resalta la importancia del intérprete, tomando en cuenta sus prejuicios en sus precomprensiones, con lo que otorga nuevas perspectivas hasta establecer la unidad de sentido.

Finalmente, el mencionado autor mencionado, hace prevalecer la tarea de interpretación del juez, al respecto indica:

La tarea de la interpretación jurídica consiste en concretar la ley ante cada caso específico, por lo tanto, la interpretación jurídica es, y sólo es, aplicación. La interpretación jurídica es, y sólo es, productividad. Pero esta productividad esta enmarcada dentro del principio de legalidad, es decir, bajo los parámetros de la ley vigente y vinculante lo que permite, prima face, hacer predecible la productividad del juez²¹.

Esta teoría de la hermenéutica, con los componentes descritos, tiene bastante similitud con la norma que regula el precedente contradictorio en la legislación penal boliviana, con la salvedad de que en el presente trabajo, se hace el estudio del argumento jurídico no desde la interpretación del juez, sino desde la comprensión de la parte recurrente que interpone recursos de apelación restringida y casación..

La parte procesal que plantea el recurso de casación ejerce control sobre la contracción jurídica, otorga no sólo un sentido nuevo apoyado en la línea jurisprudencial que utiliza, sino que a su vez proyecta una propuesta de solución del conflicto penal, que comunica a través del recurso al Tribunal de Casación. Otro de los aspectos que trae consigo la interpretación del precedente, que viene a ser el argumento jurídico, es la necesidad de comunicar el fundamento a la autoridad jurisdiccional, para que resuelva la impugnación.

¹⁸ Gerardo Ribeiro Toral: *Teoría de la Argumentación...*, cit., p. 228

¹⁹ Gerardo Ribeiro Toral: *Teoría de la Argumentación...*, cit., p. 239

²⁰ Gerardo Ribeiro Toral: *Teoría de la Argumentación...*, cit., p. 236

²¹ Gerardo Ribeiro Toral: *Teoría de la Argumentación...*, cit., p. 243

En este tema de la comunicación, el trabajo se va sostener en los componentes conceptuales de la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, el primer componente es el referido al contexto de la argumentación:

No podemos evaluar la fuerza de los argumentos ni entender la categoría de las pretensiones de validez a cuyo desempeño han de contribuir, sino entendemos el sentido de la empresa a cuyo servicio está en cada caso la argumentación: ¿Qué es lo que da a los argumentos jurídicos su fuerza en el contexto de la vista de una causa?... El status y fuerza de esos argumentos –en tanto que argumentos jurídicos– sólo pueden ser plenamente entendidos si los situamos en sus contextos prácticos y tenemos en cuenta las funciones que cumplen y los propósitos a que se enderezan en la empresa concreta que es el derecho²².

Jürgen Habermas es más amplio con respecto a la utilización del argumento jurídico, el propósito del trabajo de investigación se sitúa en un contexto de análisis de casos de delitos de transporte de sustancias controladas, queriendo establecer la función de la argumentación jurídica en los recursos de casación y apelación restringida.

El compartir criterios teóricos de la hermenéutica y de la acción comunicativa, no es por una simple casualidad, sino es una oportuna visión donde ambas teorías coinciden en algunas de sus concepciones o se complementan en otras, ya habíamos señalado que el argumento surge del diálogo, según la hermenéutica: “Esta nueva comunidad, expresada en el nuevo acuerdo que se manifiesta en el diálogo, es la transformación hacia lo común, donde cada una de las partes ya no serán lo que eran, es decir, ya no reivindicarán sus proposiciones sino una nueva proposición común”²³. En este entendido, la teoría de la acción comunicativa manifiesta: “De ahí que todas las argumentaciones, ya verse sobre cuestiones de derecho o de moral, sobre hipótesis científicas u obras de arte, exijan la misma forma de organización básica de búsqueda cooperativa de la verdad que subordine los medios de la erística al objeto de obtener convicciones intersubjetivas basadas en los mejores argumentos”²⁴. Ambas perspectivas coinciden, asimismo estos concuerdan con la norma que regula la contradicción jurídica que sostiene el argumento jurídico de los recursos de casación y apelación restringida.

²² Jürgen Habermas: *Teoría de la acción comunicativa I*, Taurus Humanidades, Madrid España, 1999, p., 55

²³ Gerardo Ribeiro Toral: *Teoría de la Argumentación...*, cit., p. 241

²⁴ Jürgen Habermas: *Teoría de la acción comunicativa I*, Taurus Humanidades, Madrid España, 1999, p., 60

Jürgen Habermas sostiene que la contribución metodológica de la hermenéutica filosófica podemos resumirla en los siguientes puntos:

- el intérprete no puede esclarecer el significado de una manifestación simbólica sino como participante virtual en el proceso de entendimiento de los directamente implicados;
- esta actitud realizativa le vincula a la precomprensión que caracteriza a la situación hermenéutica de la que parte;
- pero la validez de su interpretación no tiene por qué verse menguada por esa vinculación,
- ya que puede servirse de la estructura racional interna de la acción orientada al entendimiento y hacer un uso reflexivo de la competencia de juicio que caracteriza a un participante en la comunicación que sea capaz de responder de sus actos, para
- poner sistemáticamente en relación el mundo de la vida del autor y de sus contemporáneos con su propio mundo de la vida
- y reconstruir el significado del interpretandum como contenido objetivo de una emisión o manifestación susceptible de crítica, que es sometida a un enjuiciamiento por lo menos implícito²⁵.

Esta visto, que existe complementación en lo que refiere a que Gadamer (citado por Gerardo Ribeiro) y Habermas utilizan dos conceptos. El primero cuando señala: “Interpretar jurídicamente significa considerar la historicidad y la tradición del intérprete y proyectarla sobre la proposición legal”²⁶; el segundo utiliza mundo de la vida en el sentido de que: “Un mundo de la vida constituye, el horizonte de procesos de entendimiento con que los implicados llegan a un acuerdo o discuten sobre algo perteneciente al mundo objetivo, al mundo social que comparte, o al mundo subjetivo de cada uno”²⁷. Si dice que existe complementariedad en los criterios mencionados, porque de alguna manera, el primero implícitamente se refiere al mundo de la vida del intérprete; al respecto, Habermas es explícito porque necesariamente para que exista entendimiento, este se suscribe en un proceso comunicativo entre sujetos en función a entendimientos objetivos, subjetivos y sociales.

Ya se dijo que la interpretación de la norma se puede efectuar directamente o mediante un precedente, porque en éste subyace la aplicación de la Ley; al respecto, Robert Alexy señala que: “El uso de un precedente significa la aplicación de la norma que subyace a la decisión del precedente. El Derecho del precedente es también un Derecho de normas”²⁸. Este aspecto, nos recuerda que la Ley es la fuente general del derecho, mientras que la jurisprudencia es la fuente específica del derecho.

Sin entrar ahondar las posiciones teóricas del realismo norteamericano, Colombia ha sido uno de los países Latinoamericanos que ha seguido dicho modelos, con peculiaridades propias, en lo que refiere a los precedentes en materia de Derecho Constitucional, como mera referencia para el presente estudio, en lo que refiere a los precedentes y las formas de argumentación, Diego Eduardo López Medina, indica:

²⁵ Jürgen Habermas: *Teoría de la acción comunicativa I...*, cit., p., 188

²⁶ Gerardo Ribeiro Toral: *Teoría de la Argumentación...*, cit., p. 228

²⁷ Jürgen Habermas: *Teoría de la acción comunicativa I...*, cit., p., 184

²⁸ Robert Alexy: *Teoría de la Argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 266

Es importante notar dos cosas al finalizar este sumarisimo recorrido de la teoría del precedente: estas teorías son modelos más bien abstractos, mientras que en la práctica se combinan de manera constante. De hecho, como hemos visto en la elaboración que hace la Corte, ambos modelos centrales de ratio y dicta (el formalismo y el hermenéutico-reconstrutivo) parecen mezclarse en la práctica: el modelo formalista parece tener preferencia en la definición del precedente, mientras las prácticas de argumentación jurisprudencial (seguir, distinguir, ampliar, estrechar) parecen estar fundadas en la teoría de hechos y resultados con su consiguiente posibilidad de “reconstruir” o de “revisar” las rationes decidendi formalmente presentadas en fallos precedentes²⁹.

Esta situación, nos da una idea del espacio de la argumentación en la Sentencia Constitucional y los propósitos y la función que desempeña en la resolución. Desde ya el objeto de la justicia constitucional difiere del objeto de la justicia penal, sin embargo, tienen algo en común, en Bolivia, ambos se rigen sus argumentos sobre la base de los precedentes, con efectos distintos desde ya.

En ese entendido, la utilización de la teoría hermenéutica y de la teoría de la acción comunicativa tiene un propósito definido y claro, es que se revisará la documentación de los casos, desde una perspectiva, dando relevancia a la acción del intérprete, vale decir, a la interpretación, comprensión y aplicación tanto de las normas como de los hechos efectuados en las resoluciones pronunciadas por autoridades con jurisdicción penal, como a los argumentos expuestos en los recursos de casación y apelación restringida.

La contradicción jurídica en el recurso de apelación restringida

El Código de Procedimiento Penal vigente dispone, para que el recurso de apelación restringida sea admitido por el Tribunal de Alzada es necesario que cumpla los siguientes requisitos: que el recurso debe interponerse en el plazo de 15 días computables a partir de la notificación con la sentencia; el recurso se habilita a partir de la inobservancia o errónea aplicación de la Ley por parte del Juez o Tribunal de Sentencia, se entiende tanto Ley adjetiva como sustantiva. Se consideran defectos relativos: 1) cuando el precepto legal sea incumplido, 2) la norma haya sido aplicada equivocadamente, en estos casos el recurso será admisible siempre y cuando el interesado haya efectuado oportunamente el reclamo o en su caso haya hecho a tiempo la reserva de recurrir la resolución que afecta el procedimiento.

Tratándose de defectos absolutos señalados en el artículo 169 y de vicios de sentencia incurso en el artículo 370 del CPP, en estos casos no se necesita reclamo o reserva de recurso, sino que el recurso de apelación restringida es declarado admisible, a menos que el Tribunal de Apelación considere que existe defecto u omisión de forma, en ese caso concederá tres días al recurrente para que subsane el vicio o amplíe lo omitido, bajo apercibimiento de rechazo del recurso de apelación restringida.

²⁹ Diego Eduardo López Medina: El derecho de los jueces, Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial, Legis, Segunda Edición, Segunda Reimpresión, Colombia, 2006, p. 243

Es necesario indicar que entre los vicios de sentencia, arriba indicados, se encuentran la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva en el numeral 1) del Art. 370 del CPP, vicios que en la doctrina se los denomina in iudicando. Asimismo, entre otros defectos absolutos, se encuentra la inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado previsto por el numeral 3) del Art. 169 del CPP. Tanto los defectos absolutos como los relativos se encuentra dentro de los vicios in procedendo porque afectan la prosecución del proceso penal.

Por otro lado, el recurrente debe invocar el precepto legal que considera violado o erróneamente aplicado, proponiendo la aplicación que pretende, asimismo debe indicar separadamente cada violación con el fundamento correspondiente³⁰, estos requisitos de forma se complementan con el deber del recurrente de citar el precedente contradictorio en el recurso de apelación restringida³¹. La cita de la norma que considera violada en la resolución impugnada y la invocación del precedente contradictorio, estos dos aspectos netamente jurídicos sirven para establecer la contradicción jurídica, que sirve de argumento del recurso de apelación restringida.

En la actualidad, los recursos de apelación restringida interpuestos ante el Tribunal de Apelación que dictó el Auto de Vista objeto de la impugnación, de alguna manera van cumpliendo los requisitos que prescriben los artículos 407 y 408 del CPP; sin embargo, en su generalidad no cumplen con el artículo 416 del CPP que dispone que: “El precedente contradictorio deberá invocarse por el recurrente a tiempo de interponer la apelación restringida”, norma que debe interpretarse en el sentido de que el recurrente no sólo de invocar el precedente, sino que además debe establecer la contradicción jurídica. Seguidamente, se presente el cuadro donde se complementan los requisitos que se exigen para la impugnación con la contradicción jurídica que debe precisarse en el recurso de apelación restringida.

Recurso de apelación restringida	
Requisitos de impugnación	Fundamento jurídico
<ul style="list-style-type: none"> • Citar disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas, • Fundamentar cada una de las violaciones, • Proponer el precepto o normas legales que se pretende aplicar. 	<ul style="list-style-type: none"> • Invocar precedentes contradictorios: Autos de Vista y/o Autos Supremos, • Comparar hechos similares identificados en la resolución impugnada y precedente invocado, • Precisar la aplicación contradictoria de normas en la resolución impugnada y precedente invocado.

Los requisitos de impugnación aluden a la violación de las normas que necesariamente deben estar fundamentadas; asimismo, la solución del conflicto penal debe sostenerse en argumentos jurídicos emanados de la jurisprudencia o la doctrina, debiendo precisarse la contradicción jurídica en la impugnación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, indica que sólo en los casos en que el precedente contradiga a la sentencia, se debe exigir en el recurso de casación como requisito imprescindible que el recurrente haya invocado el precedente contradictorio.

³⁰ Ana María Cortes de Soriano y Edgar Montaña Pardo Coordinadores: *Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Paz Bolivia, 1999, Art. 408

³¹ Ana María Cortes de Soriano y Edgar Montaña Pardo Coordinadores: *Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Paz Bolivia, 1999, Art. 416

¿El recurrente, deberá invocar el precedente contradictorio en el recurso de apelación restringida? Para dar una respuesta a la interrogante planteada es necesario interpretar la ratio decidendi de la Sentencia Constitucional 1401³², que viene a ser la resolución primigenia que inaugura la línea jurisprudencial respecto al deber o no de invocar el precedente contradictorio en el recurso de apelación restringida. Para conocer los pormenores de la línea jurisprudencial inaugurada por el Tribunal Constitucional, entramos a citar fragmentos de la ratio decidendi:

III.2 El primer problema que debemos resolver está vinculado a precisar qué se debe entender por la exigencia contenida en el párrafo segundo del art. 416 CPP, referido a que "...El precedente contradictorio deberá invocarse por el recurrente a tiempo de interponer la apelación restringida." Ahora bien, si se entendiera que lo que la ley exige aquí es la existencia de un Auto de Vista, que se impugna, por haber sido dictado en contradicción con otros Autos de Vista pronunciados por las Cortes Superiores de Justicia o por la Sala Penal de la Corte Suprema, estaríamos frente a una exigencia de realización imposible y, consiguientemente no tendría posibilidad de tener realización material el recurso de casación, dado que en esta etapa del proceso no se tiene aún el Auto que entraría en contradicción con otro fallo preexistente sobre la misma problemática; lo que no se condice con el sentido y fin de todo precepto legal, que nace a la vida jurídica con vocación de realización plena; pues, la norma legal, es el instrumento de que se vale el Estado para posibilitar la coexistencia humana, bajo pautas previsibles y realizables.

El Tribunal Constitucional interpreta literalmente la norma que regula el deber de invocar el precedente contradictorio en el recurso de apelación restringida, de inicio no puede ubicar el Auto de Vista impugnado que ha sido dictado en contradicción a otros Autos de Vista, es decir, que al tiempo de interponer el recurso la apelación restringida no existe Auto de Vista que impugnar, el mandato de la Ley de invocar el precedente contradictorio en el recurso de apelación es de realización imposible.

Sin embargo, el recurso de apelación restringida impugna la Sentencia pronunciada por un Juez o un Tribunal de Sentencia invocando precedentes contradictorios (Autos de Vista y/o Autos Supremos); es así, que el Tribunal de Casación efectúa un control de puro derecho, mediante el precedente, a las autoridades jurisdiccionales que aplican la Ley en la substanciación del juicio oral; mediante la copia acompañada en el recurso de casación controla la actividad del Tribunal de Apelación, si este ha considerado la contradicción jurídica establecida en el recurso de apelación restringida.

El Tribunal Constitucional concibe la idea que en el recurso de casación se debe precisar la contradicción jurídica, y sólo debe invocarse el precedente contradictorio en el recurso de apelación, concepción equivocada, porque mutila el derecho de las partes recurrentes a precisar la contradicción jurídica en dicho recurso, con lo que se impide también que el Tribunal de Apelación base sus resoluciones en la contradicción jurídica establecida en la apelación restringida, finalmente con dicho cercenamiento se vulnera la norma el artículo 416 del CPP donde se indica que el Auto de Vista forma parte del precedente contradictorio.

Vale decir, que existen dos etapas donde se debe invocar el precedente contradictorio: 1) en el recurso de apelación restringida y, 2) en el recurso de casación. Los Autos de Vista y los Autos Supremos constituyen precedentes, una vez invocados, necesariamente deben ser parte de la contradicción jurídica, en ambas etapas. Sin embargo, en dicha resolución constitucional, se anota en el acápite:

³² Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional 1401/2003-R de 26 de septiembre, <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion7845.html>

III.2.3 Consiguientemente, de lo anterior también se extrae, que no será exigible la invocación del precedente contradictorio, en los términos precisados en el anterior punto (FJ: III. 2.2), cuando la sentencia que se impugna no contradiga Auto de Vista alguno, dado que tal supuesto podría surgir, recién, después de pronunciado el fallo sobre la sentencia impugnada, por el Tribunal de Alzada. Esta aseveración, lleva consigo al cercenamiento de la exigibilidad de la invocación del precedente contradictorio, concretamente la precisión de la contradicción jurídica en el recurso de apelación restringida.

Sin embargo, la línea jurisprudencial inaugurada ha tenido sus mejoras mediante la Sentencia Constitucional 0546³³, que delinea dos sub-reglas en el siguiente acápite:

III.2. De los fundamentos jurídicos expuestos en la SC 1401/2003-R de 26 de septiembre, referidos precedentemente, se infiere que este Tribunal, realizando una interpretación de las normas previstas por el art. 416 del CPP, ha extraído dos sub-reglas con relación al cumplimiento del requisito procesal previsto por dichas normas, a saber: 1ª El precedente contradictorio, como requisito para acceder al recurso de casación a que se refiere la ley, no puede ser otro que un Auto de Vista (o Auto Supremo) preexistente, al que la sentencia impugnada contradice, en cuyo caso será exigible la invocación del precedente contradictorio al tiempo de plantear la apelación restringida; y 2ª Cuando la sentencia no contradiga ningún precedente anterior, sino es el Auto de Vista dictado en apelación el que contradice el precedente, la invocación deberá efectuarse a tiempo de presentar el recurso de casación, no al plantear la apelación restringida.

De donde se infiere que si la sentencia pronunciada por el Juez o Tribunal de Sentencia contradice a un Auto de Vista o Auto Supremo, el recurrente debe invocar el precedente contradictorio a tiempo de interponer el recurso de apelación restringida; Asimismo, si la resolución pronunciada por el Tribunal de Apelación contradice a un Auto de Vista y/o Auto Supremo, el recurrente debe invocar el precedente contradictorio en el recurso de casación.

La invocación del precedente contradictorio implica que el recurrente que interponga ya sea el recurso de apelación restringida o el recurso de casación, debe precisar la contradicción jurídica que viene a ser la esencia del argumento de cada uno de los recursos aludidos. La precisión de la contradicción jurídica en el recurso de apelación restringida tiene un objeto claro y rotundo, que el Tribunal de Apelación produzca precedentes, y que mediante el recurso de apelación restringida que se acompaña en el recurso de casación, el Tribunal Supremo controle la actividad jurisdiccional del Tribunal de Apelación, y mediante la Doctrina Legal Aplicable controle la actividad jurisdiccional del Juez o Tribunal de sentencia.

Sin embargo, en la mayoría de los procesos penales, las partes procesales mediante sus abogados no precisan la contradicción jurídica, vale decir, no argumenta con el precedente contradictorio el recurso de apelación restringida, ni acompañan copia de la apelación restringida en el recurso de casación para que éste sea admitido por el Tribunal de casación.

³³ Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional 0546/2004-R de 12 de abril, <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion9135.html>

Siguiendo con la fundamentación jurídica del recurso de apelación restringida, la parte procesal puede solicitar día y hora de audiencia en el recurso, para complementar el fundamento del recurso. Audiencia oral que sirve de escenario para que las partes procesales y los integrantes del Tribunal de Apelación intercambien criterios jurídicos sobre los puntos impugnados, sin que implique para el juzgador prejuzgamiento; desde ya los fundamentos insuficientes a complementarse se referirán a los puntos cuestionados a la sentencia y se sustenta en la jurisprudencia y la doctrina³⁴, asimismo forma parte de la impugnación la solución propuesta, eso quiere decir que el poder de impugnación no es sólo para cuestionar resoluciones del Juez o Tribunal de Sentencia, sino para proponer soluciones al Tribunal de Apelación.

Por otro lado, es necesario referirse, nuevamente, a los defectos relativos de forma y procedimiento, estos no necesitan a que se establezca la contradicción jurídica en el recurso de apelación restringida, aunque se podría utilizar precedentes contradictorios que sobre el tema ha producido bastante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; manteniendo el requisito imprescindible: para que los defectos sean subsanados se debe efectuar el reclamo oportuno y reserva del derecho de recurrir.

Empero, tratándose de defectos absolutos, estos no requieren de reclamo oportuno ni reserva de recurrir, ni precisan de la contradicción jurídica, sin embargo, existiendo jurisprudencia al respecto, por lo que se debe establecer la contradicción jurídica, cumpliendo los requisitos del recurso de apelación restringida.

Activando el requisito de la contradicción jurídica en el recurso de apelación restringida, se iniciaría un nuevo ciclo en la competencia del Tribunal de Alzada que resuelve asuntos de puro derecho, es decir, interpreta normas adjetivas y/o sustantivas aplicadas contradictoriamente por el Juez o Tribunal de Sentencia; de manera que, es necesario restituir el deber de la parte recurrente para que en el recurso de apelación restringida se precise en términos claros la contradicción jurídica, de esta manera el Tribunal de Apelación consolide su competencia de puro derecho controlando la aplicación de las normas que efectúa el Juez o Tribunal de Sentencia.

Diseño metodológico

El trabajo de investigación se circunscribe al estudio del precedente contradictorio (argumento jurídico) en el recurso de casación y apelación restringida, de casos seleccionados de las Cortes Superiores de las ciudades de: Sucre, Potosí, La Paz, Cochabamba y Santa Cruz; mientras que, la doctrina legal aplicable no forma parte del presente estudio, la misma será objeto de otro estudio; sin embargo, para conocer el argumento jurídico de la línea jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de Justicia con respecto al delito de transporte de sustancias controladas, será parte del trabajo de investigación. Para lograr los objetivos propuestos se ha diseñado las actividades siguientes:

³⁴ Ana María Cortes de Soriano y Edgar Montaña Pardo Coordinadores: *Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Paz Bolivia, 1999, Art. 412

Recolección de datos

Acopiar material bibliográfico, referido los elementos teóricos siguientes: argumentación jurídica, discurso y acciones; por otro lado, conseguir material bibliográfico sobre recursos de apelación y casación; asimismo, obtener estudios realizados sobre la impugnación y propugnación; finalmente, adquirir libros concernientes al precedente judicial en materia constitucional y penal. La información teórica será seleccionada mediante fichas mnemotécnicas, donde se registraran las citas largas y cortas, apuntes personales y comentarios; mientras que, las fichas bibliográficas serán llenadas con los datos de los libros, revistas, boletines y otros.

Recoger documentos jurídicos de cada caso, de un total de 15 casos, todos referidos a delitos de transporte de sustancias controladas, tres casos por cada asiento judicial de las ciudades de Sucre, Potosí, La Paz, Cochabamba y Santa Cruz. Los argumentos jurídicos de los recursos de casación y apelación restringida, y de las resoluciones serán acumulados mediante fichas mnemotécnicas, asimismo las fuentes serán ordenadas en fichas bibliográficas. Seguidamente se identificarán los argumentos jurídicos anotados en las fichas mnemotécnicas con algunos elementos teóricos apuntados en las fichas mnemotécnicas obtenidos del material bibliográfico.

Ordenar los fundamentos jurídicos de la línea jurisprudencial que determinó que no existe tentativa en delitos de transporte de sustancias controladas. Ubicar la Doctrina Legal Aplicable primigenia que revela que no existe tentativa en el delito de transporte de sustancias controladas. La información se ordenará en cuatro áreas: 1) recursos de casación que han sido declarados inadmisibles, 2) aquellos que han sido declarados admisibles, 3) otros que han sido declarados infundados y 4) los que han logrado la Doctrina Legal Aplicable.

Acumular Sentencias Constitucionales que resolvieron recursos de Amparo Constitucional, ubicando la resolución primigenia, donde se limita a la parte apelante, que debe invocar el precedente en el recurso de apelación restringida cuando sólo es contrario a la sentencia impugnada. Asimismo se precisará la jurisprudencia constitucional para establecer las técnicas de argumentación que rigen a las Sentencias Constitucionales. Finalmente, se analizarán las ratios decidendis de las sentencias constitucionales, para evidenciar si la línea jurisprudencial ha tenido mejoras o ha cambiado.

Para lograr la comprensión del contenido del material bibliográfico, los argumentos de resoluciones judiciales, recursos de casación y apelación restringida, y de sentencia constitucionales. En cada uno de ellos se efectuará una lectura general para contextualizar el tema, otra específica para detallar las características más relevantes, finalmente otra lectura para identificar el sentido y alcance de las normas aplicadas contradictoriamente, tomando en cuenta o relacionando la parte con el todo y viceversa³⁵, en lo que refiere al caso y a la comprensión de los intérpretes.

Instrumentos para obtener mayor información

Elaborar formularios para entrevistar a los abogados que suscribieron los recursos de apelación restringida y casación, y para las autoridades jurisdiccionales que pronunciaron las resoluciones objeto de análisis. Para las entrevistas focalizadas es necesario elaborar un formulario de preguntas focalizadas en los argumentos expuestos en los recursos y en las resoluciones. Las entrevistas serán transcriptas, textos que serán objeto de análisis y síntesis para obtener el sentido de cada entrevista.

³⁵ Gerardo Ribeiro Toral: *Teoría de la Argumentación...*, cit., p. 231

Preparar encuestas para recoger información de litigantes involucrados en asuntos penales, esta actividad se abocará a formular preguntas a las partes que litigan en procesos penales, quienes se los ubicará en las audiencias de los juicios orales, o en las ventanillas de atención al público de los Juzgados o Tribunales de Sentencia, Tribunales de Apelación y Casación.

Organizar Seminarios talleres en las ciudades de Sucre, Potosí, La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, en los que participaran los operadores de justicia, para analizar el informe del trabajo de investigación. Los que se organizarán en grupos, cada grupo emitirá sus críticas, comentarios y conclusiones al plenario, de donde se obtendrán las conclusiones. Los documentos obtenidos de los Seminarios-Talleres, serán objeto de análisis, el resultado de los mismo enriquecerán el informe final del trabajo de investigación.

El trabajo investigativo tiene un enfoque cualitativo-cuantitativo, se va a interpretar y comprender los recursos de apelación restringida y casación, las resoluciones objeto de las impugnaciones y los precedentes invocados, La actividad interpretativa comprende interiorizarse del sentido y finalidad que tiene la contradicción jurídica establecida en los recursos mencionados.

Técnicas de comprensión

La mayor parte de la información se encuentra en textos bibliográficos, documentos jurídicos y entrevistas transcritas, con excepción de la encuesta; de manera que, para la comprensión del contenido de dichos documentos, se tomará en cuenta el sentido y/o alcance que le otorga el intérprete a las normas aplicadas en el argumento de las resoluciones o en la contradicción establecida en los recursos; asimismo, se considerará el entendimiento que surja de la comunicación que efectúan los sujetos procesales. Es así que en los recursos se analizará la descripción y comparación³⁶ de hechos similares, y el sentido y/o alcance de la norma otorgada por los intérpretes. De manera que si bien se va a utilizar los componentes del método hermenéutico compartido con los elementos de la teoría de la argumentación, estos estarán reforzados con la utilización de los métodos analítico, sintético, comparativo y contrastación, en la interpretación de la norma o normas aplicadas en las resoluciones o en las contradicciones jurídicas establecidas en los recursos de casación y apelación.

Finalmente, en cada caso se irán analizando las resoluciones y recursos de cómo avanza o se estanca el razonamiento jurídico en la argumentación, vale decir, como indica Hans-Gerog Cadamer citado por Gerardo Ribeiro Toral que el: “movimiento de la comprensión va constantemente del todo a la parte y de ésta al todo. La tarea es ampliar la unidad del sentido comprendido en círculos concéntricos. El criterio para la corrección de la comprensión es siempre la congruencia de cada detalle con el todo. Cuando no hay tal congruencia, esto significa que la comprensión ha fracasado”³⁷, dando énfasis en poder encontrar que si existe algunos rasgos de entendimiento para la construcción de argumentos jurídicos en los recursos y las resoluciones objeto de interpretación.

³⁶ María Teresa Serafine: *Cómo se Escribe*, Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 1994, p 142-150

³⁷ Gerardo Ribeiro Toral: *Teoría de la Argumentación...*, cit., p. 231

Si la finalidad de los sujetos procesales es lograr que se haga justicia, dentro de ese proceso intersubjetivo³⁸ no quepa acciones tendentes al éxito, sino entendimientos mutuos, que aseguren la realización de la justicia. El cambio que se propone es trascendental, ya que supone el reto que tienen los operadores de justicia, cambiar los medios y los fines utilizados, por otros que se rigen esencialmente en el entendimiento, procurando que los conflictos penales sean resueltos con sentencias fruto de las interacciones comunicativas, transparentes y leales.

Factibilidad

Parte de la bibliografía a consultar se ha conseguido, el resto se podrá conseguir mediante la librería “Yachahuasi” ya sea mediante E-mail o directamente en su oficina central que se encuentra en la ciudad de La Paz, otra posibilidad de conseguir, es mediante los integrantes de la cooperación española, asimismo, se visitará la biblioteca de la Universidad Gabriel Rene Moreno de la ciudad de Santa Cruz, donde existen lotes de libros españoles, finalmente, se consultará la biblioteca especializada del Proyecto de Reforma Procesal penal GTZ (Cooperación Alemana), con dichas tareas se completará la actividad de la búsqueda bibliográfica.

Para obtener los documentos jurídicos, objeto de estudio, que se encuentran en los expedientes que registran los casos concluidos, se solicitará al Presidente de La Corte Suprema, para que nos conceda una de las siguientes alternativas: La primera consiste en que el Presidente acceda a emitir una circular, instruyendo a cada Corte Superior para que los Jueces y Tribunales de Sentencia de la ciudad que fue clasificado remita fotocopias de los documentos jurídicos señalados en la circular. La segunda, tiene el propósito de obtener una autorización del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, para que el investigador se traslade a las ciudades seleccionadas, para fotocopiar los documentos mencionados.

De otro lado, para estudiar la Doctrina Legal Aplicable que ha creado la línea jurisprudencial, donde se determina que no existe tentativa en delitos de transporte de sustancias controladas. Los Autos Supremos que conforman dicha línea jurisprudencial se encuentran en la página Web de la Corte Suprema de Justicia y en las Gacetas Judiciales, dichas fuentes son de fácil acceso e inmediata obtención de dichas resoluciones supremas.

Asimismo, en lo que refiere a las Sentencias Constitucionales, se está consultando la página Web del Tribunal Constitucional, fuente informática, donde se encuentran todas las resoluciones emitidas por dicho órgano constitucional, de manera que la obtención de dichos documentos constitucionales tiene una fuente de fácil acceso, mediante Internet.

En cuanto a la ubicación de los abogados que interpusieron los recursos de casación y apelación restringida o de las autoridades que pronunciaron las resoluciones judiciales: a los primeros se los podrá localizar en sus bufetes o en su caso se podrá indagar sus domicilios en el Colegio de Abogados del Distrito donde ejercen la profesión de abogado, mientras que a los jueces se los podrá ubicar en sus despachos judiciales, sin más demora que entablar un acuerdo para hacer las entrevistas personales, asimismo previo acuerdo se efectuará las entrevistas a los abogados.

³⁸ Jürgen Habermas: *Teoría de la acción comunicativa I...*, cit., p., 367

Viajes a los asientos judiciales

Con el propósito de efectivizar las tareas planteadas se realizarán los siguientes viajes: Para obtener fotocopias de los documentos jurídicos y conseguir la bibliografía se realizará el primer viaje a las ciudades de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz. Para entrevistar a los abogados y autoridades judiciales, y encuestar a las partes litigantes, se efectuará otro viaje, una vez que se haya concluido con la revisión bibliográfica y análisis de documentos jurídicos. Para realizar los Seminarios-Talleres, se coordinará con los encargados de las instituciones judiciales y/o la cooperación internacional, para financiar cuantos Seminarios-Talleres y en que ciudades se podría realizar.

Recursos Humanos y materiales

Asimismo para garantizar la ejecución de la investigación se necesitan recursos humanos, técnicos, mobiliarios y materiales de escritorio, según el detalle que sigue:

- Un investigador, que analizará el material bibliográfico, documentos jurídicos, transcripciones de entrevistas y encuestas;
- Un asistente para que fotocopie los documentos jurídicos, consiga el material bibliográfico, copie resoluciones judiciales y Sentencias Constitucionales de las páginas Web del Tribunal Constitucional y Corte Suprema de Justicia;
- Dos ambientes para el trabajo del investigador y el asistente que tengan los siguientes muebles: dos escritorios, dos sillones giratorios, una gaveta, un estante, dos muebles para computadoras y una mesa con seis sillas;
- Se utilizarán los siguientes equipos técnicos: dos computadoras, una computadora portátil, una impresora, dos memorias electrónicas, un reflector electrónico (Data Show) y una pantalla; y,
- Material de escritorio: mil hojas bon tamaño oficio, mil hojas bon tamaño carta, dos bolígrafos negros, dos bolígrafos azules, dos bolígrafos rojos, dos lápices negros, dos lápices rojos, dos resaltadores, dos marcadores negros, dos marcadores rojos, una perforadora, una engrapadora, dos archivadores de palanca, doce fólderes de plástico, doce fólderes de cartulina, tres botes de tinta para impresora

Las ciudades de Sucre y Potosí serán los escenarios donde se probará la lista de preguntas de las entrevistas y las encuestas; para luego una vez perfeccionados se utilizarán en las demás ciudades. El investigador y el asistente se encargarán de realizar las entrevistas y encuestas, o para las encuestas se contratará un servicio, asimismo se contratará ocasionalmente a dos personas para que transcriban las entrevistas, trabajo que debe realizarse en el tiempo más breve posible.

Una vez analizada y clasificada la información derivada de los documentos jurídicos, de las entrevistas y encuestas, la fichas se seleccionarán en sujeción al índice provisional propuesto, sujeto a cambio que se registrará en la información obtenida. Elaborado el primer borrador de informe, se propiciará un Seminario-Taller en la Corte Superior de Justicia de Chuquisaca, de duración de un día, donde participaran jueces, fiscales, abogados de la defensa pública y de la profesión libre. Asimismo se planificará llevar a cabo Seminarios-Talleres en la ciudad de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, cada seminario tendrá su propio presupuesto a financiarse por una entidad pública o la cooperación internacional.

El proyecto se encuentra factible de ejecutarse, porque se encuentran concretizadas las actividades y tareas a realizarse, los requerimientos humanos y materiales se encuentran debidamente presupuestados. De lo que se trata es identificar a las personas jurídicas o naturales que financiarán algunas partidas del presupuesto, mientras que el costo de la contrapartida asumirá el investigador o una entidad pública.

Presupuesto

Resumen de Costos Estimados

RUBROS	FUENTES		
	RECURSOS DE CONTRAPARTIDA*	RECURSOS SOLICITADOS	TOTALES EN BOLIVIANOS
1. Personal		26.000	26.000
2. Servicios técnicos		10.000	10.000
3. Equipo			
• Uso de equipo	9.500	6.400	15.900
• Compra de equipo		400	400
4. Infraestructura (Alquiler y servicios)	7.200		7.200
5. Material e insumos	259	1166	1425
6. Viajes		1.310	1.310
7. Estadía (Alojamiento, alimentación y transporte local)		3.600	3.600
TOTAL EN BOLIVIANOS	16.959	48.876	65.835

* Los recursos de contrapartida pueden ser solventados por una entidad pública o una organización no gubernamental o por el investigador.

Personal

Nombres y apellidos	Formación académica	Función en el proyecto	Dedicación de tiempo	Costo en bolivianos		Total en bolivianos
				Contrapart	Solicitado	
Freddy Lupa T.	Abogado Mg. en Ciencias Penales	Investigador principal	Tiempo completo		20.000	20.000
Juan Porcel O.	Abogado	Auxiliar de investigador	Un cuarto de tiempo	*	4.000	4.000
Elsa Cuba	Transcriptora	Transcribir	Un octavo		2.000.	2000
SUB TOTAL EN BOLIVIANOS					26.000	26.000
* Esta partida puede ser suprimida, en caso de que el investigador asuma el costo de la contrapartida						

Servicios técnicos

Concepto	Dedicación de tiempo	Costo en bolivianos		Total en bolivianos
		Contrapartida	Solicitado	
Aplicación de 250 encuestas			3.000	3.000
Digitación y procesamiento de información	Una persona por cuarto de tiempo por un mes		1.000	1.000
Tres Seminarios-Talleres			6.000	6.000
SUB TOTAL EN BOLIVIANOS			10.000	10.000

Equipo

Compra de equipo

Detalle	Justificación de su uso dentro del proyecto	Costo en bolivianos		Total en bolivianos
		Contrapartida	Solicitado	
Computadora portátil Toshiba disco duro (Disco duro de 60 Gigas. Memorial RAM 512 MB	Sistematización de información que se utilizará para los Seminarios Talleres	8.000		8.000
Una computadora	Sistematización de la información		5.600	5.600
Impresora a tinta de 1000	Imprimir formulario de preguntas, fichas, informes parciales y borradores.	1.500		1.500
Grabadora portátil	Gravar las entrevistas		800	800
SUBTOTAL EN BOLIVIANOS		9.500	6.400	15.900

Uso de equipo

Detalle	Justificación de su uso dentro del proyecto	Costo en bolivianos		Total en bolivianos
		Contrapartida	Solicitado	
Proyectora de acetatos	Realización de los Talleres-Seminarios		150	150
Data Show	Realización de los Talleres-Seminarios		250	250
SUBTOTAL EN BOLIVIANOS			400	400

Infraestructura física Alquiler y servicios

Detalle	Costo por mes	Por cuatro meses	Costo de alquiler		Total en bolivianos
			Contrapart	Solicitado	
Ambiente para investigador	800	3.200	3.200		3.200
Ambiente para auxiliar y transcritora	800	3.200	3.200		3.200
Internet	100	400	400		400
Electricidad	50	200	200		200
Agua	50	200	200		200
SUBTOTAL			7.200		7.200

Materiales e insumos

Detalles	Cantidad (unidades)	Costo unitario	Costo total	Fuente		Total en bolivianos
				Contrapart	Solicitado	
Tinta para impresora	3	160	480		480	480
Cassettes	10	30	30	30		30
Memorias electrónicas	2	160	320		320	320
Bolígrafos	9	4	63	63		63
Lápices	6	6	36	36		36
Fólderes plásticos	12	5	60		60	60
Fólderes de cartulina	12	3	33		33	33
Engramadora	1	60	60	60		60
Perforadora	1	70	70	70		70
Papela bon carta	2 rasmus	30	60		60	60

Papel bon oficio	2 rasmus	30	60		60	60
Archivador de palanca	3	25	75		75	75
Resaltadores	6	5	30		30	30
Marcadores gruesos	6	5	30		30	30
Marcadores delgados	6	3	18		18	18
SUBTOTALES EN BOLIVIANOS				259	1166	1425

Viajes

Despla- zamiento	Justificación	N° de personas	Pasaje por persona	N° de viajes	Fuente		Total en bolivianos
					Contrap	Solicitado	
Sucre a Paz (Vía terrestre)	Fotocopias documentos y conseguir bibliografía	1	120	1		120	120
La Paz Cbba	Fotocopias documentos y conseguir bibliografía	1	60	1		60	60
Cbba. Santa Cruz	Fotocopias documentos y conseguir bibliografía	1	80	1		80	80
Santa Cruz Sucre	Retorno	1	120	1		120	120
Sucre Potosí	Fotocopias documentos y conseguir bibliografía	1	70	1		70	70
Sucre La Paz	Entrevistas y encuestas	2	240	1		240	240
La Paz Cbba.	Entrevistas y encuestas	2	160	1		160	160
Cbba. Santa Cruz	Entrevistas y encuestas	2	80	1		80	80
Santa Cruz Sucre	Retorno	2	240	1		240	240
Sucre Potosí	Entrevistas y encuestas	2	140	1		140	140
SUBTOTAL EN BOLIVIANOS						1.310	1.310

Estadía (Alojamiento, alimentación y transporte local)

Lugar	N° de personas	N° total de días	Estadía por día/persona	Fuente		Total en bolivianos
				Contrapart	Solicitado	
La Paz	1	2	200		400	400
Cbba.	1	2	200		400	400
Santa Cruz	1	2	200		400	400
La Paz	2	2	400		800	800
Cbba.	2	2	400		800	800
Santa Cruz	2	2	400		800	800
SUBTOTAL EN BOLIVIANOS					3.600	3.600

Cronograma

ACTIVIDADES	MESES			
	1	2	3	4
Fotocopiar documentos jurídicos y compra de libros	X			
Revisión bibliográfica	X			
Análisis de recursos de apelación y casación	XX	X		
Análisis de Sentencias Constitucionales		X		
Estudio de Autos Supremos sobre delitos de transporte de sustancias controladas		X		
Ordenar y clasificar la información y redactar el borrador de informe		X	XX	
Preparar las preguntas para las entrevistas y encuestas. Entrevistar a los operadores de justicia de Sucre y Potosí y encuestar a litigantes			X	
Entrevistar y encuestar, asimismo efectuar tres Seminarios-Talleres en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz			X	XX
Redactar el informe final				XX

Referencias

- Ayan, Manuel N: Recursos en Materia Penal, Principios Generales, Editora Córdoba, Constitucional, Gaviota del Sur S.R.L. Sucre, 2003
Córdoba, 1985
- Cortes, Ana María de Soriano y Edgar Montaña Pardo Coordinadores: Nuevo Código de Ediciones Cátedra S.A., 3º Edición, Madrid, 1997
Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 1994
Editores S.A., Bogota, 2006
- Gareca Perales, Pedro: Doctrina Legal en la Justicia Penal Boliviana y el Precedente Grupo Santillana, S.A., Madrid, T II, 1999
- Habermas, Jürgen: Teoría de la Acción comunicativa, Crítica de la razón funcionalista,
Habermas, Jürgen: Teoría de la Acción Comunicativa, Racionalidad de la acción y
Habermas, Jürgen: Teoría de la Acción comunicativa: complementos y estudios previos,
López Medina, Diego Eduardo: El Derecho de los Jueces, Segunda Edición, Legis México, 2003
- Procedimiento Penal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Paz Bolivia, 1999, Art. 408
racionalización social, Grupo Santillana S.A. Madrid, T. I, 1999
- Ribeiro Toral, Gerardo: Teoría de la Argumentación Jurídica, Plaza Valdés S.A. de C.V.,
Ribeiro, Lair: La comunicación Eficaz, Ediciones URANO, Barcelona, 1994
- Serafín, María Teresa: Cómo se escribe, Traducción de Francisco Rodríguez de Lecea,

Jurisprudencia constitucional consultada

- <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/>, tribunal@tc.gov.bo, Sucre, 2007
- <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion7845.html>, tribunal@tc.gov.bo, Sucre, 2007
- <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion9135.html>, tribunal@tc.gov.bo, Sucre, 2007
- Tribunal Constitucional República de Bolivia: Página Web,
Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional 0546/2004-R de 12 de abril,

Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional 1401/2003-R de 26 de septiembre,

Jurisprudencia penal examinada

<http://suprema.poderjudicial.gov.bo/>,

<http://juris.poderjudicial.gov.bo/jurisprudencia/penal/penal-I/as200311417%20.htm>, Sucre, 2007

Corte Suprema de Justicia de Bolivia, Auto Supremo N° 417 de 19 de agosto de 2003,

Corte Suprema de Justicia de Bolivia, Página Web,

<http://www.google.com.bo/search?hl=es&q=Corte+Suprema+%22Bolivia%22&btnG=Buscar+con+Google&meta=>, buscador <http://suprema.poderjudicial.gov.bo/>, Sucre, 2007

Referencias a revisar

Alexy, Robert: Teoría de la Argumentación Jurídica, La teoría del discurso racional

Barman, Zygmunt: La hermenéutica y las ciencias sociales, Traducción de Víctor Magno

Boyé, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2002

Claría Olmedo, Jorge A: Derecho Procesal Penal, actualizado por Carlos Alberto Chiara

Claría Olmedo, Jorge A: Derecho Procesal Penal, actualizado por Jorge E. Vásquez

Claría Olmedo, Jorge A: Derecho Procesal Penal, actualizado por Jorge Raúl Montero,

Crisis, Pierre, 2000

Culzoni, Santa Fe, 2001

de Colombia. Bogota, 1999

De La Rúa, Fernando: El Recurso de Casación, En el Derecho Positivo Argentino,

De Midón, Gladis E: La Casación, Control del “Juicio de Hecho”, Editores Rubinzal –

Díaz, Editores Rubinzal – Culzoni, T. II., Santa Fe, 2001

Edición, Buenos Aires, 2001

Editor Víctor P. de Zavalla, Buenos Aires, 1968

Editores Rubinzal – Culzoni, T. III., Santa Fe, 2001

Foucault, Michel: La verdad y las formas jurídicas, Editorial gedisa. Barcelona, 2001

Kaumann, Arthur: Filosofía del derecho, Filosofía del derecho. Universidad Externado

Larenz, Kart: Metodología de la Ciencia del Derecho, Traducción y revisión de

Luhmann, Niklas: Poder, Editorial del Hombre Anthropos. Barcelona, 1995

Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994

Morales de Setién Ravina, Carlos, La Fuerza del Derecho. La racionalidad Jurídica en

Palacio, Lino Enrique: Los recursos en el proceso penal, ABELEDO-PERROT, 2º

Rossi, Editores Rubinzal – Culzoni, T. I., Santa Fe, 2001

Santiago, Alfonso (h) y Fernando Álvarez coordinadores: Función política del a Corte

Suprema, obra en homenaje a Julio Oyhanarte, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000