



© Copyright by
editorial hammurabi s.r.l.

Talcahuano 481 - 4º piso
C1013AAI - Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 4382-3586 — líneas rotativas —
E-mail: info@hammurabi.com.ar - www.hammurabi.com.ar

- twitter.com/hammurabi_srl
- facebook.com/libreriahammurabi
- youtube.com/libreriahammurabi

Producción integral



concept design

de Fernando Lucas Depalma
Tel.: 4382-2080

Esta edición se terminó de imprimir
en el mes de marzo de 2016
en «Docuprint S.A.»
Tacuarí 123, Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723
Derechos reservados
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina / Printed in Argentina
ISBN: 978-950-741-706-1 (obra completa)
ISBN: 978-950-741-747-4 (tomo 2)

Ángela Ledesma *dirección*

• **El debido proceso penal**

1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2016
vol. 2, 344 ps., 23 x 16 cm.
ISBN: 978-950-741-747-4

1. Derecho Procesal Penal. I. Título
CDD 347.05

• Fecha de catalogación: 16/3/2016

Ángela E. Ledesma
dirección

El debido proceso penal

Doctrina ■ Análisis jurisprudencial ■ Fallos fundamentales

2

Desigualdades en el derecho judicial. Plazo de la prisión preventiva. Momentos en que se define la acusación penal. La etapa intermedia en sistemas adversariales. Violencia de género. Casación positiva *contra reo*. Juicio por jurados: *Voir dire*. Derecho probatorio. Libertad condicional. *Ne bis in idem* según la Corte IDH. Principio de oportunidad y acción penal. Desempeño de los ministerios públicos

Mauro Lopardo *coordinación*

Autores: Rubén A. Alderete Lobo – Javier A. De Luca – Eleonora Devoto – Leandro A. Dias E. Matías Díaz – Marco Fandiño – Brian García – Leonel González Héctor M. Granillo Fernández – María Justina Granillo Fernández – Mario A. Juliano Ángela E. Ledesma – Francisco Marull – Pablo Rovatti – Agustín Varela – Nicolás O. Vargas

reflexiones doctrinales de **Pedro J. Bertolino**



hammurabi
JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

§ 2. Regla de trato durante la etapa recursiva posterior al dictado de la sentencia de condena -----	34
a) Caracteres generales de la prisión preventiva como medida de coerción cautelar -----	34
b) Etapa de revisión y regla de trato -----	41
§ 3. Duración de la prisión preventiva -----	42
a) Planteo de la cuestión jurídica conflictiva -----	42
b) Una vigente distinción legal «irrazonable» a la luz de las exigencias constitucionales en el proceso penal -----	45
c) Motivos dados para el mantenimiento de la diferenciación legal -----	54
d) Análisis y crítica de la defensa de la distinción legal -----	56
§ 4. Conclusión -----	61

Capítulo III

Momentos en que se define la acusación penal

■ Ángela E. Ledesma

§ 1. Introducción -----	63
§ 2. ¿Quién determina sobre qué versará el juicio? -----	63
§ 3. Perfeccionamiento de la acusación -----	65
§ 4. La acusación como regla -----	66
§ 5. Acusación y fijación del derecho -----	68
§ 6. Acusación alternativa -----	69
a) ¿Cuándo podría proceder? -----	70
b) Reglas para su aplicación -----	72
c) Conflicto que plantea -----	73
d) Faz problemática -----	74
e) Colofón -----	75
§ 7. Ampliación de la acusación -----	76
a) Circunstancias agravantes de calificación -----	77
b) Hechos que integren el delito continuado -----	79
c) Regla general -----	79
§ 8. Hecho diverso -----	80
§ 9. Síntesis -----	82

Capítulo IV

La etapa intermedia en los nuevos sistemas adversariales.

Aquello que nunca fue y hoy debería ser

■ Francisco Marull

§ 1. Introducción. Lo que debió ser y nunca fue -----	85
§ 2. Estado de situación en los nuevos códigos adversariales. Lo que debería ser y aún no es -----	88

§ 3. La situación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063) -----	91
§ 4. Conclusión -----	100

Capítulo V

Violencia de género y estándar probatorio

■ Mario Alberto Juliano - Nicolás Omar Vargas

§ 1. Introducción. La violencia de género como fenómeno dentro del sistema penal -----	101
§ 2. Acerca de la prueba y el estándar probatorio -----	103
§ 3. Algunos precedentes que tratan la cuestión del estándar probatorio en conflictos de género -----	105
§ 4. Conclusiones -----	111

Capítulo VI

Casación positiva «contra reo». El paradójico derecho de recurrir «condenas sin juicio»

■ Pablo Rovatti

§ 1. Presentación del tema -----	113
§ 2. Casación positiva <i>contra reo</i> y alcance del derecho a recurrir la condena -----	118
a) Derecho al recurso y condenas dictadas en segunda instancia. El criterio de la CSJN en «Felicetti» -----	118
b) ¿Quién revisa las condenas dictadas en segunda instancia? La adopción de medidas de orden interno para garantizar la vigencia del derecho a recurrir del fallo -----	121
c) El requisito de "superioridad" del juez o tribunal revisor. La interpretación de la cláusula "h" del art. 8°2 de la CADH en la jurisprudencia interamericana -----	125
§ 3. Casación positiva <i>contra reo</i> , reconstrucción histórica de los hechos imputados y garantías mínimas en la instancia recursiva -----	129
a) Presentación y aclaraciones. El "juicio con las debidas garantías" como presupuesto de validez de toda condena penal -----	129
b) Casación positiva <i>contra reo</i> , reevaluación probatoria y reconstrucción de la base fáctica. El problema de las condenas sin juicio -----	130
c) El camino recorrido de "Casal" a "Duarte". ¿Parábola involutiva de la intermediación? -----	136
d) Enfoques doctrinarios críticos y la concepción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -----	138
e) Estándares derivados de la jurisprudencia del Tribunal Europeo y pertinencia de su utilización -----	146
f) Algunas conclusiones. Límites constitucionales al ejercicio de casación positiva <i>contra reo</i> -----	152
§ 4. El diseño del sistema de impugnación. Breve análisis del nuevo CPPN (ley 27.063) -----	154

o menos desarrollada—, algunos esfuerzos por reducir los casos de 'falsos positivos' (aquí, en el sentido de condenas de personas inocentes) a un número menor o al mínimo posible".

El derecho penal de excepción, traducido en el recorte de derechos y garantías bajo la alegada excusa de la prosecución de fines legítimos, jamás arrojó resultados positivos y la experiencia demuestra que lejos de contribuir a los fines que proclama, son numerosas las víctimas que deja a su paso. La Argentina es prolífica en este sentido. No creemos, entonces, que el mejor camino para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género lo sea mediante un derecho penal de excepción, traducido en dudosos estándares probatorios.

La valoración de la prueba tiene una centralidad gravitante en el modelo procesal al que aspiremos y, avanzando un poco más en esta línea de razonamiento, la prueba está íntimamente vinculada al principio de inocencia, que debe dejar de ser una fórmula retórica para transformarse en hechos concretos, de forma que la imputación que no ha podido ser probada con certeza debe traducirse en una sentencia absolutoria, aún a riesgo de algún nivel de impunidad.

Casación positiva «*contra reo*». El paradójico derecho de recurrir «condenas sin juicio»

Pablo Rovatti *

§ 1. Presentación del tema

La extendida decisión política de conferir a quienes desempeñan en el procedimiento penal el rol de acusadores la facultad de impugnar la sentencia de juicio que absuelve al acusado, determina un complejo de problemas constitucionales cuya respuesta no es para nada clara y, en nuestro medio por lo menos, tampoco parece de fácil resolución.

El éxito en la instancia de revisión de un recurso de la acusación contra la sentencia absolutoria abre dos posibles soluciones: la casación positiva, esto es, la definición del caso en la instancia revisora, o bien, la anulación y el reenvío para que se dicte una nueva sentencia, lo que por regla implicará la sustanciación previa de un nuevo debate.

Mientras la segunda de las opciones nos enfrenta a la definición de los alcances del *ne bis in idem*, la primera, acaso menos explorada hasta tiempos recientes, genera a su vez un doble orden de problemas. De un lado, la garantía de la "doble conforme", que exige otorgar al condenado la posibilidad de impugnar, a través de un recurso que satisfaga el estándar internacional aplicable¹, la sentencia dictada en su contra, cualquiera sea el tribunal o la instancia que hubiera dictado ese fa-

* Quiero agradecer a Juan Lucas Finkelstein Nappi y a Alan Roberto Limardo por los comentarios, críticas y sugerencias, que me han sido de suma utilidad. También le agradezco, muy especialmente, a Carla Salvatori su paciencia para revisar el texto y su ayuda en las traducciones del francés de varios fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹ Arts. 8º.2.h de la CADH, y 14.5 del PIDCP, "en las condiciones de su vigencia", según indica el art. 75, inc. 22, párr. 2º de la CN. Desde "Giroldi" (CSJN-Fallos, 318:514, consid. 11), se interpreta a esa fórmula como equivalente de: "... tal como la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación".

llo. De otro lado, cuando lo revisado es la reconstrucción histórica del suceso, propia de la sentencia absolutoria —la valoración probatoria que el tribunal de juicio hizo para determinar los hechos probados del caso—, entra en discusión el alcance garantizador de los principios rectores del juicio, esto es, la posible afectación de principios —garantías procesales mínimas— exigidos para dictar válidamente una sentencia de condena. Aquí el problema exige interrogarse por los fundamentos últimos de los principios de inmediación, de la publicidad del juicio y de la garantía de defensa contradictoria.

En las páginas que siguen me ocuparé, brevemente, de esos dos problemas que plantea la casación positiva *contra reo*, para lo cual emplearé, bien a modo de repaso histórico, bien a modo de exposición de una meta u objetivo deseable, algunos estándares de derecho internacional de los derechos humanos en la materia, derivados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No puede obviarse, claro, la estrecha relación que vincula a aquellos problemas con los alcances del principio que veda la múltiple persecución penal, cuando de lo que se trata es de analizar el diseño de un sistema coherente de medios de impugnación de sentencias. En efecto, si no existiesen objeciones constitucionales para reeditar un juicio válidamente cumplido a consecuencia de una impugnación de los acusadores, el segundo de los problemas antes señalados se desvanecería: siempre sería aconsejable², y jurídicamente admisible, que el tribunal del recurso reenvié el caso, en lugar de condenar *in extremis*, para que la sustanciación de un nuevo juicio garantice o preserve los principios de inmediación y contradicción³.

En esa medida, son evidentes las implicancias recíprocas entre el derecho del condenado a una "doble conforme", la garantía de juicio en la instancia revisora y el ámbito de operatividad o alcance que se asigne al principio *ne bis in idem*⁴. Sin embargo, no voy a desarrollar, más allá de algunas referencias tangenciales, la pro-

² Al menos siempre que no se trate de cuestiones de "puro derecho", esto es, aquellas discusiones jurídicas que "dejan intacta" la plataforma fáctica que el tribunal de juicio definió con valor de verdad, caso en el cual ningún sentido parecería tener el reenvío para que otro tribunal se pronuncie "de acuerdo a la doctrina establecida". En estos casos, corresponde el ejercicio de competencia positiva por parte del tribunal revisor. Un ejemplo que integra este grupo de casos en CFCP, Sala I, 5/3/13, "Sarlanga, Luis Eustaquio y otros s/ recurso de casación", causa n° 15.667, reg. 20.697.

³ Muy claro en este sentido, con comentarios sobre la legislación procesal española y alemana, Bacigalupo (*Justicia penal y derechos fundamentales*, ps. 201-224, especialmente ps. 207 y 209). Claro que el autor español no observa ningún problema constitucional en el juicio de reenvío, dados los alcances restringidos del *ne bis in idem* en ese ámbito. Más ampliamente, *infra*.

⁴ Sobre la situación dilemática a la que conduce, si se respetan cabalmente las dos primeras garantías, la asignación de un alcance amplio a la garantía de *ne bis in idem* (Herbel, *Derecho del imputado a revisar su condena*, ps. 618-619; "Los límites impuestos por el 'non bis in idem' al recurso contra el imputado (implicancias del fallo 'Sandoval')", ps. 187-223).

blemática que, de cara al *ne bis in idem*, suscitan los juicios de reenvío⁵, pues pretendo, en parte, analizar el modo en que el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos moldea el entendimiento de los derechos fundamentales implicados en esta materia. Como veremos, mientras el derecho de recurrir el fallo condenatorio ha tenido un amplio abordaje en el sistema regional interamericano, el aseguramiento de las garantías mínimas en la instancia de revisión ha sido objeto de múltiples pronunciamientos del Tribunal Europeo. Ni una ni otra situación es predicable del *ne bis in idem*, por la sencilla razón de que en el ámbito del derecho internacional dicha garantía no tiene un alcance tan amplio como para que de ella puedan extraerse estándares relevantes vinculados a los juicios de reenvío. En tanto no exista una sentencia firme, la garantía no adquiere virtualidad⁶.

⁵ La doctrina nacional ha dedicado ya grandes esfuerzos para construir algún criterio fiable de aplicación de la —poco clara— doctrina elaborada por la Corte Suprema desde "Mattei" (Fallos 272:188). Entre los muchos trabajos recomendables que vinculan *ne bis in idem* y juicios de reenvío, cabe destacar: Núñez (*La garantía del "non bis in idem" en el Código de Procedimientos Penales de Córdoba*); De la Rúa ("Non bis in idem"); Maier (*Derecho procesal penal. Fundamentos*, ps. 632-639 y 705-717); Carrió (*Nullidad, proceso penal y doble juzgamiento (repensando el caso "Mattei")*); *Garantías constitucionales en el proceso penal*, ps. 612-633 y 693-709); Bertelotti ("El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada"); Almeyra (*Nullidad del procedimiento y "non bis in idem"*. *El segundo mordisco a la manzana*), Palacio (*La sentencia penal absolutoria y la garantía de la doble instancia*), Hendler ("Una regla que confirma sus excepciones: *ne bis in idem*"); Díaz Cantón (*El cuestionamiento a la legitimidad del recurso del acusador*); D'Albora —*Facultades recursivas del acusador en los sistemas procesales estadounidense y argentino: el límite de la doble persecución penal*; El fallo "Kang": ¿Hacia una visión amplia del *ne bis in idem* en el ámbito recursivo?; Más sobre los límites recursivos de la parte acusadora (acerca de los fallos "Garrafa" y "Juri" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)—; Ziffer ("El derecho al recurso y los límites del juicio de reenvío"); Márquez Urtubey (*Jurisprudencia sobre "non bis in idem" y "doble jeopardy"*); Hegglin ("Los límites del juicio de reenvío: preclusión, progresividad, 'ne bis in idem' y 'reformatio in pejus'"); Ottaviano (*El recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria. Su legitimidad y su sentido desde la perspectiva de los derechos humanos*); Pastor ("¿Nuevas tareas para el principio *ne bis in idem*?"); Magariños (*Nullidad del juicio, reenvío y ne bis in idem. El caso "Gilio"*); Hopp (*Nuevos lineamientos del proceso penal en la jurisprudencia de la Corte Suprema: la censura al juicio de reenvío en perjuicio del imputado y la necesidad de asegurar el recurso contra la condena de la alzada*); De Luca —*Ne bis in idem (especialmente en el ámbito de las nulidades y recursos)*; "Recurso fiscal contra absoluciones y nuevo debate"; Herbel —"Los límites impuestos por el 'non bis in idem' al recurso contra el imputado (implicancias del fallo 'Sandoval')"; *Derecho del imputado a revisar su condena*, ps. 174-187, 235-248 y 622-628—; Fernández (*Alcance del ne bis in idem y facultad del fiscal para recurrir una sentencia absolutoria*); Vitale (*Derecho al recurso, legalidad penal y prohibición de doble juzgamiento*).

⁶ Cf. art. 8° 4 de la CADH: "El inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos" (énfasis agregado) y, con una redacción distinta, art. 14.7 del PIDCP: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país" (énfasis agregado).

En el ámbito regional interamericano, la Corte IDH se pronunció sobre el punto en "Mohamed v. Argentina" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sent. del 23/11/12, Serie C, n°

En relación a los dos problemas de los que me ocuparé, cabe señalar que, sobre todo después de "Mohamed"⁷, se han publicado trabajos específicos sobre el derecho a impugnar una condena dictada en segunda instancia⁸, aunque pienso que todavía hay lugar para algún comentario ampliatorio, que haré en el segundo apartado. Menos atención ha recibido en la doctrina, y me arriesgaría a decir que prácticamente ninguna en la jurisprudencia nacional⁹, el problema que presenta el grupo de casos en el cual el tribunal del recurso revisa y modifica, sin reenvío, la

255, párrs. 120-126). En esa sentencia reafirmó que "el principio *ne bis in idem*, consagrado en el art. 8º.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia *dotada con autoridad de cosa juzgada*" (párr. 125, destacado agregado) y, en relación a los alegatos de los representantes sobre la prevalencia de la interpretación local más amplia de la garantía —art. 29.b, CADH—, la Corte IDH señaló que "[a]un cuando los expertos Maier y Binder abordaron este tema en sus peritajes, desde una postura doctrinal o haciendo referencia a decisiones de la referida Corte Suprema, no ha sido probado ante este Tribunal con la seguridad que se requiere, que en Argentina el principio de *ne bis in idem* está jurídicamente protegido y debe ser garantizado de forma más amplia que en los términos indicados en la Convención" (párr. 124).

Langevin (*El derecho al recurso en los procesos penales*), comenta ese aspecto de la sentencia de la Corte Interamericana. Se ocupa también del asunto, y defiende esa comprensión limitada de la garantía de *ne bis in idem*: Solimine (*Recurso contra la condena por absolución revocada. Doble instancia. Ne bis in idem*). En contra, especialmente crítico de la sentencia de la Corte IDH en relación al análisis del *ne bis in idem*, y con referencias concretas a los antecedentes del caso, en el que intervino como defensor interamericano en la representación legal de Mohamed (Vitale, *Derecho al recurso, legalidad penal y prohibición de doble juzgamiento*).

⁷ Corte IDH, "Mohamed v. Argentina", sent. del 23/21/12, Serie C, n° 255.

⁸ Sin pretensión de exhaustividad, cabe citar los trabajos de Langevin (*El derecho al recurso en los procesos penales*); Solimine (*Recurso contra la condena por absolución revocada. Doble instancia. Ne bis in idem*); Vitale (*Derecho al recurso, legalidad penal y prohibición de doble juzgamiento*); Freytes (*La casación positiva y el derecho de recurrir el fallo condenatorio. Reseña al fallo "Duarte" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*), Gobbi (*Implementación del caso Mohamed por parte de la CSJN*), D'Albora (*Límites y proyección de los recursos en materia penal*, ps. 213-228), Dias y Fiori (*Derecho al recurso y casación positiva: análisis del caso "Duarte" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*); Coiazet (*El fallo "Duarte" y la nueva legislación procesal nacional: ¿el fin de las deficiencias del sistema bilateral recursivo vigente?*). Mucho tiempo antes, claro: Maier (*Derecho procesal penal. Fundamentos*, ps. 705-733, especialmente 714). En doctrina comparada, sobre el problema de las condenas en segunda instancia de personas absueltas en el juicio, y las paradojas derivadas del doble sistema recursivo español (apelación/casación), ampliamente, Bacigalupo (*Justicia penal y derechos fundamentales*, p. 208 y ss.).

⁹ Aunque en relación al problema que plantearía la reedición completa del juicio (*ne bis in idem*), contiene referencias a este problema el consid. 6º del voto en disidencia de los jueces Petracchi y Bossert en "Alvarado" (CSJN-Fallos, 321:1173, sent. del 7/5/98), retomado por los jueces Lorenzetti, Fayt y el propio Petracchi en "Sandoval" (CSJN-Fallos, 333:1687, sent. del 31/8/10, consid. 6º). De importancia, asimismo, el voto en disidencia de la juez Ledesma en CFCP, Sala III, 20/4/11, "Chabán, Omar Emir y otros s/Recurso de casación", causa n° 11684, reg. n° 473/11, *Infra* me refiero con más detenimiento al asunto.

reconstrucción histórica del suceso hecha en la sentencia absolutoria¹⁰. Este asunto podría sintetizarse en el interrogante acerca de si es posible el ejercicio de casación positiva respetando la vigencia efectiva de garantías del acusado como la presunción de inocencia, el derecho a ser oído y el derecho a interrogar a los testigos y a controlar la prueba de cargo, entre otras, que constituyen requisitos para la validez de un debate y consiguiente condena. A contramano de la referida tendencia, quiero dejar plasmadas algunas ideas vinculadas a ese universo de casos.

Por último, analizaré brevemente la regulación del Código Procesal Penal de la Nación sancionado a través de la ley 27.063, con el objeto de examinar su adecuación a los estándares derivados de los pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos. De otras cuestiones que este nuevo Código introduce en materia de medios de impugnación, como la posibilidad del condenado de introducir nuevos motivos de agravio en la instancia revisora, me he ocupado antes¹¹, mientras que algunos análisis de orden general, sobre la regulación de los medios de impugnación en ese texto, han sido publicados recientemente con observaciones y críticas valiosas, a las que el lector interesado podrá acudir¹².

¹⁰ Si se ocupa específicamente del problema Herbel ("Los límites impuestos por el 'non bis in idem' al recurso contra el imputado (implicancias del fallo 'Sandoval')", ps. 201-215; *Derecho del imputado a revisar su condena*, ps. 288-293 y 619). Con algunas referencias a este problema, también, Freytes (*La casación positiva y el derecho de recurrir el fallo condenatorio. Reseña al fallo "Duarte" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*) y Barbieri Prats ("Algunos problemas en torno al recurso como garantía y el sistema impugnativo bilateral"). Aunque no estrictamente referidos a ese problema específico, pueden hallarse consideraciones relevantes para el estudio de los principios constitucionales aplicables a este grupo de casos, con citas relevantes de pronunciamientos del sistema universal y del sistema europeo de protección de los derechos humanos, Gulco ("El recurso de casación y el concepto de juicio 'público'") y Langevin (*El derecho al recurso en los procesos penales*). En la doctrina española, entre otros, Bacigalupo (*Justicia penal y derechos fundamentales*, ps. 201-224) y Alcácer Guirao (*El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, ps. 33-43).

¹¹ Véase Rovatti (*El recurso como garantía y las reformas procesales no escritas. Una nueva oportunidad para sumar motivos*). Estudiaron este mismo asunto: Devoto (*Otros agravios en el proceso de casación*); Herbel (*Derecho del imputado a revisar su condena*, ps. 209-215); referencias anteriores al tema, en Barresi, Carzolio, Finkelstein Nappi, Grasso y Velo (*La garantía de revisión del fallo condenatorio*).

Sobre la producción de prueba en la instancia de revisión de la condena, con distintos matices: Maier (*Derecho procesal penal. Fundamentos*, ps. 720-723 y 733); De la Rúa (*La casación penal*, p. 70); Pastor (*La casación española y la sentencia integradora compleja. Un caso inteligente de superación de los límites tradicionales del recurso*); Herbel (*Derecho del imputado a revisar su condena*, ps. 544-548).

¹² Con un análisis amplio, y sumamente crítico, véase Pastor (*Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, ps. 105-119). Más breves, con algunas observaciones a la regulación y análisis de antecedentes relevantes: Daray ("Cómo es el nuevo proceso penal", ps. 30 y 31), Niño—"Nota introductoria al Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063)", ps. 7 y 8, 24 y 25—y Solimine (*Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*, ps. 230-233).

§ 2. Casación positiva «contra reo» y alcance del derecho a recurrir la condena

a) Derecho al recurso y condenas dictadas en segunda instancia. El criterio de la CSJN en «Felicetti»

Es curioso y puede despertar cierta perplejidad que hoy se afirme, como si se tratase de una novedad, que una persona condenada en segunda instancia, absuelta

De los casos de competencia originaria de la CSJN se ocupa el art. 17 de la ley 27.146, de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal, que —empero— no deja en claro qué jueces se ocuparían de revisar una sentencia condenatoria.

Sobre el art. 305, inc. c) del nuevo CPPN, que admite un recurso del imputado contra “la revocatoria del sobreseimiento”, pueden consultarse antecedentes relevantes, vinculados más estrictamente a los procesamientos dictados por las Cámaras de Apelaciones —previa revocación de un sobreseimiento o falta de mérito—, en CNCP, Sala IV, 31/5/04, “Farache, Fernando Gabriel s/Recurso de queja”, causa n° 4172, reg. 5731.4, disidencia de la jueza Ledesma; Sala III, 21/9/09, “Rooney, Julián s/Recurso de casación”, causa n° 10.115, reg. n° 1295/09, disidencia de la jueza Ledesma; Sala IV, 30/9/09, “Sorrentini, Franco s/ recurso de queja”, causa n° 10.054, reg. n° 12.400.4, del 30/9/09, voto de los jueces Hornos y González Palazzo; CFCP, Sala II, 8/8/13, “Renzi, Walter Gabriel s/Recurso de casación”, causa n° 15.247, reg. n° 1108/13, voto de los jueces Slokar y Ledesma. Se apela, también en estos casos, al art. 8°.2.h de la CADH “en las condiciones de su vigencia”, con cita de los Informes n° 17/94 (caso n° 11.086, Argentina, “Maqueda”) y n° 55/97 (caso n° 11.137, Argentina, “Abella”) de la Com. IDH. De ellos se deriva, se dice, un alcance más amplio del derecho al recurso, que incluye también a los “autos procesales importantes”. En contra, afirma que ese no es un estándar del derecho internacional de los derechos humanos, el juez David en su voto en “Renzi”. Aunque no se refiere a un supuesto idéntico, sino al control de una decisión que revoca la excarcelación concedida en primera instancia, cabe tener en cuenta, asimismo, el dictamen del entonces Procurador General de la Nación en “Araujo” (A.378.XLV, dictamen del 16/6/10), cuyos fundamentos compartieron “en lo pertinente” los jueces Fayt y Zaffaroni en su voto conjunto en disidencia (CSJN, 21/12/10). En dicho dictamen, si bien se circunscribe el alcance de la cláusula 8°.2.h de la CADH al recurso contra el fallo de condena, y no a otros “importantes”, por los argumentos allí expuestos, se señala que “nada impide, sin embargo, que, en aplicación del principio de desarrollo progresivo, se pueda postular una analogía *in bonam partem* de modo de extender el derecho al recurso también a la decisión que resuelve el encarcelamiento preventivo, teniendo en cuenta que desde el punto de vista de los efectos materiales no se distingue de la privación de libertad a título de condena”. En doctrina, se ocupan del asunto: Wagner (*El derecho del imputado a recurrir el auto de procesamiento. Comentario al caso “Roncati” de la Cámara Nacional de Casación Penal*) y Ziffer (*Límites del recurso de apelación y facultades de las Cámaras*).

Cabría preguntarse, por fin, si el art. 18 de la ley 27.146, de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal, en cuanto señala que la Cámara Federal de Casación Penal “... [p]odrá revisar las decisiones de las Cámaras de Apelaciones únicamente en aquellos casos en los que exista una relación directa e inmediata con una cuestión federal suficiente y su intervención fuera necesaria como tribunal superior de la causa ...”, pone en crisis la legitimación para impugnar del citado art. 305, inc. c) del nuevo CPPN (lo mismo vale para el art. 27, que regula la competencia de la Cámara Nacional de Casación Penal). No parece sensato extraer esa conclusión de una ley de implementación del nuevo ordenamiento procesal, que buscó deliberadamente incluir aquel supuesto entre los recurribles por el acusado, pero es de temer que alguien vea en esas dis-

en el juicio, tiene derecho a que un tribunal distinto del que la condenó revise esa primera condena. Pareciera que incluso el más rebuscado intérprete no tiene demasiado margen de acción frente a las palabras, suficientemente claras, de los arts. 8°.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP, que no contemplan excepciones al derecho de recurrir la condena y la pena impuesta.

Aunque sobra, agregó que, además de la literalidad de esas cláusulas, cualquier intento de construir una excepción a la señalada garantía judicial mínima para dicho grupo de casos, se llevaría bastante mal con el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CM). En efecto, choca con ese principio negar, a quien es condenado en segunda instancia, un derecho que los instrumentos internacionales citados reconocen a quienes se encuentran en circunstancias sustancialmente análogas (primera sentencia adversa).

La única diferencia entre uno y otro caso —el órgano judicial que dicta el fallo— debería fortalecer la idea de que debe admitirse un recurso acorde al estándar internacional aplicable en lugar de conducir a la conclusión contraria: en los casos de condena en segunda instancia el imputado cuenta, a su favor, con una resolución de un juez o tribunal de juicio dictada en el convencimiento de que debe ser absuelto. Negarle la facultad de impugnar el fallo que revierte esa primera decisión favorable conduce forzosamente a aceptar la paradójica conclusión de que la absolución dictada en primer término no solo no lo beneficia, sino que lo perjudica.

Más aún, de aceptarse una tal excepción, deberíamos admitir la legitimidad de un sistema de enjuiciamiento que concede a la acusación —estatal o privada— suficientes herramientas —facultades procesales— para que el fallo que desvincula al imputado pueda ser corregido, al tiempo que niega a éste la posibilidad de cuestionar, una vez, la decisión que lo condena —por regla general—, a una pena de encierro. Ocurre, no obstante, que la garantía de recurso ha sido prevista a favor de quien soporta la persecución penal, y no en su contra¹³.

posiciones una “ley posterior” que deroga parcialmente el Código cuya entrada en vigor está destinada a hacer efectiva, en lugar de asumir el evidente descuido del legislador.

¹³ De ahí las duras —y certeras— críticas de Maier (*¿Es la inmediatez una condición de la condena penal?*, ps. 16 y 17, nota 14) al Protocolo n° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), que, al tiempo que introduce el derecho del imputado a un recurso contra la sentencia de condena —no previsto de origen, en ese Convenio— admite hacer excepción a esa garantía cuando el imputado haya sido condenado en primera instancia por un tribunal máximo en la organización jerárquica, o cuando la sentencia condenatoria provenga de un recurso contra su absolución en primera instancia (cfr. art. 2° del Protocolo n° 7). De este modo, se diluye el fundamento mismo de la regla de garantía, que parece fácil hallar en la necesidad de reducir al máximo el riesgo de error judicial, ante la gravedad de las consecuencias que una condena penal conlleva. Así lo indica Maier en la obra citada, cuando afirma que “la regla general queda desactivada para una enorme cantidad de casos, para los cuales, precisamente, ella nació...” (p. 17, nota 14). Guariglia (“Régimen general de los re-

Pero la imaginación todo lo puede, y algún lector memorioso recordará que nada menos que la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema, en un precedente no tan remoto¹⁴, afirmó que "derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior" no quería decir, como dice, derecho a recurrir, sino derecho a que la condena sea dictada por la más alta instancia judicial¹⁵, y ello a pesar de que el Informe n° 55/97 de la Comisión Interamericana —cuyo alcance se discutía en tal caso— decía exactamente lo contrario¹⁶.

Por supuesto que esa "interpretación", si es que así puede llamarse, mereció las críticas de quienes recibieron el fallo con asombro. Bidart Campos¹⁷, en un breve comentario —no hacía falta más, claro— se vio forzado a observar que "[e]l recurso ante juez o tribunal superior (doble instancia) no queda abastecido por la circunstancia de ser un tribunal de alzada el que dicta la sentencia de condena, porque 'recurso ante juez o tribunal superior' (doble instancia) quiere decir —no solo

curso en el Código Procesal Penal de la Nación", ps. 17 y 18) hizo notar también la inconsistencia de esa regulación y agregó, además, algunas reflexiones sobre el tema en relación a la regulación del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional. Cabe agregar ahora, sobre el derecho del condenado al recurso en el ámbito del derecho penal internacional (o derecho internacional penal, para no ingresar ahora en una disputa terminológica), que la doctrina se ha referido al arduo problema que, por la disparidad de fuentes de derecho internacional de derechos humanos que nutren al sistema de enjuiciamiento propio del Estatuto (cfr. la cláusula de su art. 21.3), plantea la posibilidad de que la "Sala de Apelaciones" condene al revisar un pronunciamiento absolutorio de la "Sala de Primera Instancia" (cfr. arts. 74, 76, 81 y 83 del Estatuto). Así, ampliamente, y con análisis comparativo del alcance del derecho al recurso en el sistema universal, interamericano y europeo, Pons y Dukić (*Perspectives on the interplay between the Inter-american Court of Human Rights and the International Criminal Court*, ps. 166-169).

¹⁴ CSJN, 21/10/00, "Felicetti", CSJN-Fallos, 323:4130, consid. 10 del voto de la mayoría integrada por los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez.

¹⁵ Así se afirmó en el consid. 10 de la sentencia citada en la nota anterior: "lo que el art. 8º, inc. 2º, ap. h), establece, es el derecho del imputado 'de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior', lo que no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta (...) Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del Pacto con el art. 117 de la Constitución, según el cual la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas aun penales, pues ambas tienen sin lugar a dudas igual valor por imperio de lo establecido en el art. 75, inc. 22, ya que la segunda no pertenece a la primera parte de la Constitución. Semejante conflicto carecería de clara solución. Lo que la Convención aseguró, pues, fue que la condena proviniese del tribunal superior en grado y no de uno inferior. Y en la época en que la sentencia fue dictada —en que no había sido aún creada la Cámara Nacional de Casación— los tribunales superiores de las causas penales federales eran las Cámaras Federales de Apelaciones, por lo que al provenir la sentencia de condena de una de ellas, la regla internacional no fue violada".

¹⁶ La solución correcta, y por demás clara, fue expuesta en las disidencias de los jueces Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert.

¹⁷ Bidart Campos, *Formalismos rituales que han eludido la "verdad material" y "lo justo objetivo"*, LL, 2001-B-782.

jurídicamente sino de acuerdo al más elemental sentido común— que la sentencia emitida por un tribunal ha de ser susceptible de recurso ante otro tribunal de nivel superior al que dictó la sentencia". Además aclaró, con precisión bastante, que "[l]a falta de ley reglamentaria del recurso pretendido no pudo ser obstáculo para que, cubriendo la carencia de norma, la sentencia diera cumplimiento al deber que a los jueces (y sobre todo a la Corte) les impone el art. 2º del Pacto cuando, para el caso de derechos que el ordenamiento estatal no ha hecho efectivos, obliga a adoptar medidas de 'otro carácter' (distintas a las legislativas), entre las que sin duda se hallan las decisiones judiciales". Sgro¹⁸ hizo notar, de modo semejante, que el criterio de la Corte en "Felicetti" significaba, más que una restricción al derecho convencional, su negación, al tiempo que señaló lo "curioso" del razonamiento empleado por la mayoría de la Corte, "que reduce todo al modo en que circunstancial y sucesivamente se organiza la justicia".

Sobre el problema de las condenas impuestas en segunda instancia, unos cuantos años antes de "Felicetti", Maier¹⁹ hacía notar que un sistema estrictamente bilateral en materia de medios de impugnación podría conducir a un *regressus in infinitum*, pues siempre sería posible que el acusador consiguiera una condena ante el tribunal de última instancia y contra esa primera condena siempre se deberá respetar el derecho al recurso, a desencadenar la prueba de la "doble conforme" del condenado. Maier²⁰ asumía que idéntico problema se plantea "si el fiscal recurre una sentencia condenatoria, leve en su opinión, para transformarla en otra más grave y logra éxito, pues respecto de esa condena concreta lograda, ella es la *primera condena* (supóngase la transformación de una imputación culposa en una dolosa y la diferencia enorme de la consecuencia jurídica)".

b) ¿Quién revisa las condenas dictadas en segunda instancia?

La adopción de medidas de orden interno para garantizar la vigencia del derecho a recurrir del fallo

El asunto, como se observa, no es demasiado novedoso, pero el hecho de que solo recientemente, dos décadas después de que el constituyente dotara de jerarquía constitucional a aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos, y tras una condena internacional al Estado argentino, la Corte Suprema haya dado respuesta a este problema²¹, me brinda la oportunidad de exponer estas líneas.

¹⁸ Sgro, *Esplendor y derrota de la garantía de recurrir el fallo condenatorio en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema*, en "Nueva Doctrina Penal", 2001/A, 2001, p. 269.

¹⁹ Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2ª ed., 3ª reimp., 2004, ps. 705-733.

²⁰ Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2ª ed., 3ª reimp., 2004, p. 714, nota 433.

²¹ CSJN, 5/8/14, "Duarté, Felicia s/Recurso de casación", D. 429.XLVIII, consid. 6º a 10 (y dictamen de la PGN del 4/10/13). De la misma fecha, "Chambla, Nicolás Guillermo y otros s/Homicidio

Sin más rodeos innecesarios, entonces, cabe señalar que la doctrina que la Corte Suprema fijó en "Duarte" y "Chambla", y repitió luego en otros casos, es consecuente, al menos en este punto, con las "condiciones de vigencia" en el ámbito internacional de las cláusulas 8º.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP. En sustancia, y para no repetir lo que otros han dicho ya²², se admitió la posibilidad de *casación positiva*, pero se reconoció que debe garantizarse, ante una primera condena dictada en instancia de revisión de la sentencia absolutoria, o bien ante una nueva condena, más grave, que la impuesta en juicio²³, el derecho al recurso reconocido en los señalados instrumentos internacionales.

- causa n° 242/2009" C. 416.XLVIII, (y dictamen de la PGN del 4/10/13) "Chabán, Omar Emir y otros s/Causa n° 11.684", C.11.XLIX. Más recientemente incluso, aunque con otros matices y enfoque —excesivo rigor formal de la SCBA—: CSJN, 27/11/14, "Carrascosa, Carlos Alberto s/Recurso de casación", C. 382.XLIX. Nose comprende, sin embargo, por qué la CSJN desestimó el recurso (art. 280, CPCCM) en el caso "Vásquez", cuando la condena a prisión perpetua, en lugar de una a pena temporal de dieciocho años fijada por el tribunal de juicio (arts. 80.1 y 82, CP), constituyó un derivado de la sentencia de casación, que —tras considerar arbitrario, en el punto, el fallo del tribunal oral— excluyó la atenuante de emoción violenta que aquel tuvo por probada (véase CSJN, 4/11/14, "Vásquez, Eduardo Arturo s/Causa n° 15.929", V.529.XLIX; y CFCP, Sala IV, 17/9/13, "Vásquez, Eduardo Arturo s/Recurso de casación", causa n° 15.929, reg. n° 1738/13.4). En este último caso, aun cuando el abogado de Vásquez no hubiera introducido el agravio constitucional, o no lo hubiera hecho correctamente, correspondía a la CSJN, a mi ver, un control de convencionalidad de oficio (cfr. Corte IDH, "Almonacid Arellano y otros v. Chile", sent. del 26/9/06, Serie C, n° 154, párrs. 124 y 125; "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú", sent. del 24/11/06, Serie C, n° 158, párr. 128; "Heliodoro Portugal v. Panamá", sent. del 12/8/08, Serie C, n° 186, párr. 180; "Radilla Pacheco v. México", sent. del 23/11/09, Serie C, n° 209, párr. 339; "Fernández Ortega y otros v. México", sent. del 30/8/10, Serie C, n° 215, párrs. 236 y 237; "Rosendo Cantú y otra v. México", sent. del 31/8/10, Serie C, n° 216, párrs. 219 y 220; "Cabrera García y Montiel Flores v. México", sent. del 26/11/10, Serie C, n° 220, párr. 225 a 233; "Gelman v. Uruguay", sent. del 24/2/11, Serie C, n° 221, párr. 193; "Mendoza y otros v. Argentina", sent. del 14/5/13, Serie C, n° 260, párrs. 221, 257, 323, 331 y 332; "Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile", sent. del 29/5/14, Serie C, n° 279, párrs. 436, 461 y 464, entre otros).

²² Cfr. *supra*, nota 8.

²³ La procuradora general de la Nación se refiere a este asunto en el ap. III de su dictamen en "Chambla". Allí explica que los argumentos expuestos en "Duarte" —que coincide con el supuesto de hecho analizado por la Corte IDH en "Mohamed"— son extensivos al caso en el que, a raíz de un recurso de la acusación, el órgano revisor agrava la condena impuesta en el juicio. En este sentido, la Procuración General de la Nación hizo explícito que "la intervención del a quo trascendió de lo que aún podría ser considerado, en lo sustancial, como una simple revisión y posterior confirmación del fallo del tribunal oral, para proyectarse en el dictado de una sentencia completamente distinta. En efecto, sobre la misma plataforma fáctica, pero atendiendo a los agravios de la parte acusadora, el a quo reconstruyó el hecho de un modo diferente y, como consecuencia, le atribuyó una significación jurídica diversa, dando génesis así a una nueva primera sentencia que (...) habilita su revisión en los términos del art. 8º.2.h de la Convención Americana". Aunque reconoció que la situación no era idéntica a la analizada en "Mohamed", justificó la aplicación de la misma solución, en razón de que "la condena penal que resultó (...) —como consecuencia de los recursos

En cuanto a la vía idónea para garantizarlo, en "Duarte" se fija la doctrina del control horizontal²⁴ y en "Chambla" se establece que el aseguramiento de tal derecho constitucional corresponde a las autoridades de provincia²⁵. Cabe señalar, no obstante, como recuerdan Langevin²⁶ y Gobbi²⁷, que ya se habían ensayado alternativas para no violar la garantía de "doble conforme". Así, Maier, como juez del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, propuso que, tratándose de un órgano revisor integrado por salas, la revisión debía ser realizada por una sala distinta a la que intervino en el pleito²⁸. El juez Díez Ojeda también propuso implementar esta alternativa por vía pretoriana²⁹.

A su vez, en el caso "Argul" (CSJN-Fallos, 330:5212) el juez Zaffaroni —en disidencia— consideró que, frente a la condena dictada en casación, debía ser la propia Corte la que asumiera la revisión integral³⁰. En "Cirilo" (CSJN-Fallos, 331:36)³¹

que también los acusadores dedujeron— es tan distinta de la primera e implica un agravamiento tan significativo de la pena, que no es posible describirla ya sustancialmente como una simple revisión del pronunciamiento anterior, sino como una nueva primera condena que, a los efectos de la doble conformidad que busca asegurar la cláusula convencional, se halla en pie de igualdad con la condena dictada por primera vez por el tribunal revisor que conoce en el recurso contra la absolución que revoca". La Corte Suprema, en cambio, remitió en "Chambla", *mutatis mutandi*, a los fundamentos y conclusiones de "Duarte".

²⁴ Esto es, que se designe a otra sala de la Cámara de Casación Penal para que actúe como tribunal revisor (consid. 10).

²⁵ Cfr. parte resolutive de la sentencia de la Corte Suprema, expresada en estos términos: "... remitir la causa al Tribunal Superior de Justicia de Neuquén para que en la forma que lo disponga se asegure respecto de los recurrentes el derecho consagrado en el art. 8º.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos" (destacado agregado).

²⁶ Langevin, *El derecho al recurso en los procesos penales*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", año III, n° 11, La Ley, dic. 2013.

²⁷ Gobbi, *Implementación del caso Mohamed por parte de la CSJN*, en "DPI Diario", en www.dpicuatico.com/wp-content/uploads/2014/09/doctrina12914.pdf (última consulta: 6/12/14).

²⁸ STJ CABA, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 2— s/Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Moreno, Rodrigo Félix s/Inf. art. 56 del CC —apelación—".

²⁹ CFCP, Sala IV, 26/9/12, "Mansilla, Pedro Pablo s/Recurso de casación", causa n° 11.545.

³⁰ En el consid. 8º de su voto, Zaffaroni expuso: "Esta Corte reconoce que la doctrina de la arbitrariedad no la habilita a actuar como tribunal ordinario de alzada para el análisis y tratamiento de cuestiones no federales. No obstante, en esta oportunidad, deberá invocarse excepcionalmente a actuar como tribunal revisor, ya que de no hacerlo, la nueva sentencia condenatoria dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal no tendría instancia de revisión alguna y se conculcaría la garantía contemplada en el art. 8º, inc. 2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, la que goza de jerarquía constitucional".

³¹ En el consid. 7º de su voto, Zaffaroni señala que "... el [superior tribunal de provincia] no se encontraba habilitado a resolver como lo hizo, toda vez que agotó la jurisdicción provincial con

y "Barisio" (B.82.XLIII, sentencia del 7/10/08), también en disidencia, afirmó que la instancia provincial que agota la jurisdicción en sede local solo podría echar mano de su competencia negativa (reenvío), pues el ejercicio de competencia positiva impediría, de facto, una revisión amplia en tal jurisdicción.

Parte de la doctrina resaltó esta diferencia entre "Argul", por un lado, y "Cirilo" y "Barisio", por el otro, y la interpretó como un cambio de criterio³². Reconozco que se trata de dos vías procesales distintas para alcanzar un mismo objetivo, pero ello obedece, a mi ver, a que el ex ministro de la Corte Suprema advirtió, en "Cirilo" y "Barisio", que una solución como la propuesta en "Argul" importaría una extralimitación de la Corte federal en un ámbito reservado a las provincias, en tanto "[u]na vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y solo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia" en los casos que regulan los tres incisos del art. 14 de la ley 48³³. Si se observan los antecedentes de esos tres casos, se advierte que mientras "Argul" provenía de la justicia nacional (la Sala I de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal), "Cirilo" y "Barisio", en cambio, provenían de la justicia provincial (el primero de la

el dictado de una sentencia condenatoria que cercenó toda instancia judicial local que pudiera garantizarle a la recurrente su derecho al recurso en los términos del art. 8°.2.h de la CADH, prescindiendo de lo estipulado por este precepto convencional que todo superior tribunal provincial se encuentra obligado a garantizar".

³² Así, Langevin (*El derecho al recurso en los procesos penales*, p. 67), en cuanto señala: "[d]e la comparación de tales votos [los del juez Zaffaroni en 'Argul', 'Cirilo' y 'Barisio'] se desprende un cambio de postura, que de una apertura revisora de la CSJN para conocer sobre el fondo del asunto, habría pasado a una revocación con reenvío". Del mismo modo, Díaz y Fiori (*Derecho al recurso y casación positiva: análisis del caso "Duarte" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, p. 253), con cita de Hopp (*Nuevos lineamientos del proceso penal en la jurisprudencia de la Corte Suprema: la censura al juicio de reenvío en perjuicio del imputado y la necesidad de asegurar el recurso contra la condena de la alzada*), quienes señalan: "[e]n razón de la conflictiva descrita [sobrecarga de trabajo de la Corte Suprema y exigentes requisitos de admisibilidad formal del recurso extraordinario federal y de la queja por extraordinario denegado] tan solo unos meses después, el mismo juez Zaffaroni se retractó al plantear una nueva alternativa de solución ...".

³³ Podría señalarse, y creo que con razón, que la solución propuesta por Zaffaroni en "Cirilo" y "Barisio" igualmente interfiere en el diseño del sistema de administración de justicia y en la legislación procesal provincial más de lo que debiera. La posición de ese juez, en efecto, encuentra que el remedio adecuado para que se cumpla el deber de garantizar el derecho al recurso, es prohibir al superior tribunal provincial el ejercicio de casación positiva. Si este fuera el único modo de resolver el problema, nada podría objetarse al fallo de Zaffaroni, pero ocurre que es posible imaginar otras vías procesales para los casos de casación positiva *contra reo* de la máxima instancia local (que sea el pleno del tribunal el que revise la condena dictada por una sala; eventualmente, integración con conjueces). Dado que existen alternativas, corresponde en todo caso al superior tribunal provincial determinar cuál ha de prevalecer, siempre que asegure eficazmente el derecho constitucional en cuestión. Así lo resolvió la Corte Suprema, finalmente, en "Chambla" (véase *supra*, nota 25).

Corte Suprema de Justicia de Tucumán y el segundo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de la Pampa).

Lo anterior explica también, naturalmente, que la Corte Suprema haya indicado una solución procesal *ad-hoc* en "Duarte" (la del control horizontal), mientras que, en "Chambla", se limitara a devolver las actuaciones al superior tribunal de provincia para que éste adopte las medidas necesarias para garantizar la "doble conforme". Este proceder, bueno es recordarlo, condice con las precisiones introducidas por la procuradora general de la Nación en el ap. V del dictamen que antecedió al fallo de la Corte en "Chambla", en lo que respecta a preservar las atribuciones exclusivas de las jurisdicciones provinciales³⁴.

Por último, en cuanto a los antecedentes legislativos del mecanismo procesal establecido de acuerdo a la doctrina de "Duarte", cabe recordar —sin pretensión de exhaustividad— que este modo de control, horizontal, fue receptado por el CPP de la Ciudad de Buenos Aires (art. 290) y que el nuevo CPPN contempla en su art. 316, *in fine* que "... si la impugnación fue promovida por el representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante y fuera adversa para el imputado, podrá solicitar su revisión ante otros tres jueces".

c) El requisito de "superioridad" del juez o tribunal revisor.
La interpretación de la cláusula "h" del art. 8°.2 de la CADH
en la jurisprudencia interamericana

En la búsqueda de soluciones procesales viables para dotar de efectividad al derecho al recurso en casos de casación positiva *contra reo*, podrían plantear alguna dificultad las fórmulas convencionales (arts. 8°.2.h, CADH y 14.5, PIDCP), en cuanto reconocen un derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal "superior".

³⁴ A diferencia de la sentencia de la CSJN, que hizo una nuda remisión a los fundamentos de "Duarte" (aunque ambos casos presentaban diferencias que, a mi ver, hacían aconsejable un pronunciamiento autónomo), el dictamen de la Procuración General de la Nación en "Chambla" desarrolla en ese ap. V las razones por las cuales tan solo correspondía "devolver el caso a la justicia provincial para que allí se garantice a los condenados la posibilidad de impugnar esa sentencia". Es recomendable su lectura íntegra, pero aquí cabe recordar que, con cita de Joaquín V. González, se observó que "la Constitución Nacional prevé un régimen federal de gobierno según el cual los órganos del Estado nacional solo poseen las atribuciones que las provincias le han delegado (arts. 1°, 5°, 121 y 126) y, ciertamente, la atribución de llevar adelante los juicios por delitos ordinarios que tienen lugar en territorio provincial no forma parte de aquellas (arts. 5°, 75, inc. 12, y 116 a 118). La Constitución, por el contrario, ordena que tales juicios sean locales y que han de terminarse en las respectivas provincias, las cuales [fijan] sus formas y procedimientos, como materia de su propio derecho interno, salvo lo dispuesto en salvaguardia de la Constitución, tratados y leyes nacionales, como 'ley suprema'". Precisamente este "régimen de raíz constitucional" es el que "impide considerar la posibilidad de que sea la Corte la que deba intervenir en esta causa como tribunal de revisión ordinaria a fin de garantizar el derecho a recurrir la sentencia de condena", pues "eso importaría aceptar que los juicios por delitos comunes cometidos en territorio provincial pue-

Si se interpreta a esa "superioridad" como equivalente de mayor jerarquía orgánica, propia de las divisiones por instancias de un sistema de administración de justicia de tipo piramidal, el llamado "control horizontal" no satisfaría la exigencia de que la revisión esté a cargo de un juez o tribunal "superior".

El asunto no pasó desapercibido y la Corte Suprema expresó en el considerando 7° de "Duarte", con cita de jurisprudencia de la Corte Interamericana —que analizaremos a continuación—, que "el derecho reconocido que prioriza la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8°.2.h. es el doble conforme en resguardo de la inocencia presumida, aun con la primer[a] sentencia adversa, pues la propia Corte Interamericana excepciona la intervención de un tribunal superior —cuando no existe otro en el organigrama de competencias— aunque exige como único requisito que sean magistrados diferentes a los que ya juzgaron el caso los que cumplan con la revisión amplia".

Si volvemos la mirada al sistema interamericano de derechos humanos, podemos decir, para no cansar al versado lector con un repaso desde "Herrera Ulloa"³⁵, que la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso "Norín Catrimán" sistematiza los requisitos que, de acuerdo a la jurisprudencia anterior de ese mismo Tribunal, debe reunir un recurso para garantizar adecuadamente el derecho reconocido en el art. 8°.2.h de la CADH. Debe tratarse de un recurso ordinario, accesible, eficaz, que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido, que respete las garantías procesales mínimas y, en lo que aquí interesa, que esté al alcance de toda persona condenada³⁶. Esto último quiere decir, básicamente, que

den no terminar ante sus tribunales, en tanto sería la Corte la que dictaría la sentencia definitiva, incluso sobre aspectos no federales, al actuar como tribunal de revisión ordinaria de la condena pronunciada por la máxima instancia local".

³⁵ Corte IDH, "Herrera Ulloa v. Costa Rica", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sent. del 27/04, Serie C, n° 107.

³⁶ Corte IDH, "Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, sent. del 29/5/14, Serie C, n° 279, párrs. 269 y 270. De acuerdo a lo que la Corte IDH expone en el párr. 270, que el recurso sea "ordinario" implica que debe ser garantizado "antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, pues busca proteger el derecho de defensa evitando que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores". Que sea "accesible" significa que las formalidades que los ordenamientos procesales internos exijan para su admisión "deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios". La "eficacia" del recurso se vincula estrechamente con el alcance de la revisión o examen: independientemente del *nomen iuris* que se asigne al medio de impugnación, este debe ser "un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea", para lo cual debe asegurarse "la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida [que incluya] las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas" del fallo de condena. Por último, la Corte IDH agrega que "los regímenes recursivos deben respetar las garantías procesales mínimas que, con arreglo al art. 8° de la Conven-

ese derecho, tal como fue reconocido en la Convención, no admite excepciones y, en consecuencia, debe ser también garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Este último aspecto del estándar interamericano vigente, sistematizado en "Norín Catrimán", se deriva del análisis de los casos "Barreto Leiva"³⁷, "Mohamed"³⁸ y "Liakat Ali Alibux"³⁹.

En el párr. 90 del primero de esos casos, el tribunal interamericano, aunque reconoció el margen de apreciación de los estados parte en la Convención Americana para regular el ejercicio de los medios de impugnación, señaló que no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Así, "[e]l Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (...) Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso".

Años más tarde, en el párr. 92 de "Mohamed", la Corte Interamericana reiteró que "el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado", y señaló que es "contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria", pues aquel —en tanto garantía judicial— busca "que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias". Se recordó una vez más, asimismo, que "[s]e trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados partes de la Convención".

Por último, especialmente en los párrs. 103 y 105 de la sentencia dictada en el caso "Liakat Ali Alibux", la Corte Interamericana analizó una situación similar a la del caso "Barreto Leiva". Allí se advirtió que "no existió ningún recurso ante el máximo órgano de justicia que juzgó al señor Alibux que pudiera ser interpuesto a efectos de garantizar su derecho a recurrir el fallo condenatorio" y que si bien fue la

ción, resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, sin que ello implique la necesidad de realizar un nuevo juicio oral".

³⁷ Corte IDH, "Barreto Leiva v. Venezuela", Fondo, Reparaciones y Costas, sent. del 17/11/09, Serie C, n° 206, párrs. 83 a 91; especialmente, párr. 90.

³⁸ Corte IDH, "Mohamed v. Argentina", cit. *supra*, párrs. 88 a 95; en particular, párr. 92.

³⁹ Corte IDH, "Liakat Ali Alibux Vs. Suriname", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sent. del 30/1/14, Serie C, n° 276, párrs. 89 a 106, esp. párrs. 103 y 105.

más alta autoridad judicial la que lo juzgó y condenó, "el rango del tribunal que juzga no puede garantizar que el fallo en instancia única será dictado sin errores o vicios". En consecuencia, aunque el procedimiento penal en instancia única esté a cargo de una jurisdicción distinta a la ordinaria, el Estado debe garantizar que el condenado cuente con la posibilidad de impugnar la sentencia adversa, dada la naturaleza de garantía mínima del debido proceso que dicho derecho ostenta (cfr. párr. 103). Se añadió luego que, en supuestos como el del caso, "al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo considera pertinente", aunque sin dejar de reconocer al Estado el margen para "organizarse de la manera que considere pertinente a efectos de garantizar el derecho a recurrir el fallo de los altos funcionarios públicos que corresponda" (cfr. párr. 105).

En los referidos pronunciamientos, además, la Corte Interamericana recuerda que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas interpretó el alcance del art. 14.5 del PIDCP del mismo modo, esto es, sin admitir excepciones basadas en la jerarquía del órgano judicial que dicta la condena o en la instancia en la que aquella es impuesta, salvo —claro está— el supuesto de reserva al tratado hecho por el Estado parte⁴⁰.

Es interesante observar, a modo de cierre de este apartado, el giro que se produjo, por influjo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en la doctrina de la Corte Suprema, de "Felicetti" a "Duarte". Si en el primero se privó de todo valor de garantía al derecho a recurrir, sobre la base de la asignación de una indebida prevalencia a la "superioridad" del tribunal en la fórmula convencional, en el segundo —siguiendo los pasos del tribunal interamericano— se recorrió el camino inverso, y se interpretó la regla de garantía de acuerdo a su fundamento material. Ello condujo a poner el acento en la efectividad de la revisión de la condena, y no en la jerarquía del órgano revisor, mientras quede asegurada su imparcialidad y ten-

⁴⁰ Cfr. Comité de Derechos Humanos: Comunicación n° 1095/02, "Gomarriz Valera c. España", CCPR/C/84/D/1095/2002/Rev.1, del 5/3/07, párr. 7° 1.; Comunicación n° 1073/02, "Jesús Terron c. España", CCPR/C/82/D/1073/2002, del 15/11/04, párr. 7° 4.; Observación General n° 32, art. 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, CCPR/C/GC/32 (2007), párr. 47. En este último se señala claramente: "[e]l párr. 5° del art. 14 se vulnera no solo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto".

ga facultades para rever con amplitud suficiente el fallo. Es en este último sentido que el tribunal del recurso es "superior" al que dictó la sentencia: puede revocarla.

§ 3. Casación positiva «contra reo», reconstrucción histórica de los hechos imputados y garantías mínimas en la instancia recursiva

a) Presentación y aclaraciones. El "juicio con las debidas garantías" como presupuesto de validez de toda condena penal

El aseguramiento por las vías señaladas en el apartado anterior de la "doble conforme", sin embargo, no responde todavía al interrogante acerca de si es posible el ejercicio de casación positiva *contra reo* respetando la vigencia efectiva de reglas y principios procesales de raigambre constitucional como la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, el derecho a interrogar a los testigos y a controlar la prueba de cargo, entre otras que integran, en su recíproca interacción, la definición misma de "juicio con las debidas garantías", esto es, que constituyen requisitos para la validez del juicio y de la eventual condena.

Pongo el problema en estos términos—que podrían resumirse en alguna expresión más sintética— para evitar referirme, al menos en la presentación del asunto, a un principio que, por olvido de su génesis y acaso por una vaguedad insuperable⁴¹, parece haber perdido en gran medida su contenido garantizador: el principio de intermediación. En efecto, el problema no se circunscribe estrictamente a la "inmediación", si ésta es interpretada, apenas, como un modo de "acceder al conocimiento" por parte del juez, como contacto inmediato con las fuentes de conocimiento.

Un análisis exhaustivo de la paulatina pérdida de significado de tal principio exigiría un estudio más profundo, pero creo que basta, a nuestros fines, con remitirnos al debate entre Ibañez y Maier sobre el valor de la "intermediación", de donde surge que el alcance y sentido que se reconozca al principio tiene claras proyecciones en materia de medios de impugnación⁴².

Puede concederse a la "intermediación" un alcance acotado y reconocer en ésta un principio empírico referido a la posibilidad de averiguar mejor la verdad. Varios autores le otorgan este significado y nada hay de desdeñable en ello, precisamente

⁴¹ Pone de relieve la vaguedad del concepto y la proyección de esta vaguedad en las teorizaciones que en aquel se basan (v. gr., en el método de la "posibilidad del control casatorio"), Pérez Barberá (*La casación penal y la llamada "capacidad de rendimiento". Con motivo del caso "Casal"*).

⁴² Cfr. Ibañez —*Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)*, ps. 57-66— y Maier (*¿Es la intermediación una condición de la condena penal?*, ps. 13-20). Cfr., también, Bacigalupo (*Justicia penal y derechos fundamentales*, p. 204): "[e]l principio de intermediación tiene, además de su extraordinaria significación en el juicio oral, una trascendencia muy especial en la configuración y amplitud de los recursos contra las sentencias".

porque emplearé mayormente otras fórmulas, quizá más extensas o tediosas. Reconozco, empero, que bien podría encararse el tema que presento desde la óptica de la "inmediación", siempre que, sin pérdida de su valor histórico y político, encontremos en este principio, "base del juicio público y oral [...] un método o, si se quiere, un modo de o para conseguir un enfrentamiento transparente, propio de las sociedades en principio democráticas—los rivales se ven la cara y quienes deciden el litigio dan la cara [cita omitida]—, y, medianamente, de lograr posibilidades parejas para quienes contienden o compiten"⁴³.

b) Casación positiva «contra reo», reevaluación probatoria y reconstrucción de la base fáctica. El problema de las condenas sin juicio

Aclarada esta cuestión terminológica, el asunto del que quiero exponer algunas ideas se circunscribe a los casos de casación positiva *contra reo* que implican un reexamen de la valoración probatoria de la sentencia de grado con incidencia en la reconstrucción de los hechos relevantes del caso.

⁴³ Maier rescata la valoración "histórico-política" del principio y explica: "... aquello que hoy se titula —mal o bien— principio de inmediación no nació para hallar la verdad o, si se quiere, como mejor método procesal para hallarla (...) sino, antes bien y específicamente, para celebrar una contienda, un litigio de intereses, si fuera posible con armas iguales, esto es, como regla de juego prístina, transparente, para un enfrentamiento de personas en pie de igualdad y en torno de la solución de un conflicto entre ellas de cara a quienes cumplen la función de árbitros en él [cita omitida]. Más cierto aún, y más próximo históricamente a nuestra época, resulta ser la afirmación de que, por impulso de la Ilustración, el derecho procesal continental introdujo nuevamente la *inmediación*, y con ella el juicio público y oral, como reacción contra la Inquisición y contra el Estado absoluto y como principio básico de aquello que iba a desembocar en el Estado de Derecho en los procedimientos judiciales: junto a ella aceptó la verdad como una de las metas de la administración de justicia, aunque la volvió a definir como finalidad siempre condicionada, relativa y, quizás, secundaria frente a otras, y transformó el modo de afirmarla, pues pasó de la reglamentación legal minuciosa de la valoración de los actos de prueba a la libre convicción del juzgador, tan libre que, en principio, el modelo básico del jurado no exigía de manera alguna la exposición de los motivos que había tenido el colegio sentenciador de jurados para arribar a la decisión de culpabilidad o de inocencia, afirmación que de manera alguna significaba impulsar la toma de decisión irracional, sino, tan solo, una limitación de su control (...) [Ni] el llamado principio de inmediación, ni el juicio público, representan un desarrollo propio del derecho continental de aquella época, sino, antes bien, el cumplimiento de una de las ideas de la Ilustración, la de reproducir las instituciones políticas inglesas, consideradas como paradigmas de mesura y gobierno civil democrático ..." (*¿Es la inmediación una condición de la condena penal?*, ps. 14 y 15).

Bacigalupo, en *Justicia penal y derechos fundamentales*, reconoce el valor histórico-político de la inmediación, crítico respecto de quienes lo desdeñan (ps. 201-204, especialmente p. 203, cita 8). Entre otros señalamientos valiosos, el autor español señala que "el principio de inmediación no es solo un medio técnico. Tiene, además, una fuerte carga histórica político-institucional. Constituye una clara reacción contra el formalismo de la cultura procesal propia del antiguo régimen (...) La democratización de la justicia penal (...) está históricamente ligada al principio de inmediación y a su corolario: la ponderación de la prueba por el juez según su convicción (racional)" (ps. 202 y 203).

El análisis que propongo no es del todo novedoso, aunque no sobran —al menos en nuestro medio— los trabajos doctrinarios referidos estrictamente al señalado universo de casos. Dejo a salvo, por supuesto, las valiosas excepciones a las que me referiré *infra*. Como veremos a continuación, la jurisprudencia de la Corte Suprema no parece haber examinado suficientemente la cuestión, y ello no ha obedecido, como también explicaré, a que le haya faltado oportunidad para hacerlo.

Claro que los autores más destacados se han referido antes a la garantía de "juicio" como presupuesto de una condena penal pero, sea porque parten de una elaboración teórica que veda a *priori* la impugnación acusatoria de las absoluciones⁴⁴, sea porque no han podido prever este tipo de condenas en la instancia revisora, aquella garantía no fue vinculada directamente al reducido —pero relevante— grupo de casos del que me ocupo. Si no fuera por la imprevisible variedad de la *praxis*, quizá bastaría recordar, con Maier, que el juicio público es el "único fundamento y (...) condición de una condena penal" o que, mientras "[a]bsolver, cuando no hay duda sobre la correspondencia de esa decisión, es posible aun sin el juicio público", "condenar solo es posible, jurídicamente, a través de un juicio público", en tanto "la verdad solo es averiguable, para fundar una sentencia de condena, por intermedio de un juicio público y contradictorio, afirmación que no quiere significar que él sea un método irreprochable o tan solo el único idóneo para descubrirla, sino, tan solo, el único jurídicamente admitido para ello en virtud de otros argumentos político-culturales"⁴⁵.

La práctica indica, sin embargo, que se ha admitido —o al menos no se ha censurado explícitamente— que el tribunal revisor, impugnación del órgano acusador mediante, revoque un fallo absolutorio y, sin reedición del juicio, se pronuncie positivamente sobre la culpabilidad del acusado. Así lo demuestra el propio caso "Duarte"⁴⁶, que utilizaré como ejemplo para empezar a desarrollar el tema.

⁴⁴ Maier, *¿Es la inmediación una condición de la condena penal?*, en "Jueces para la Democracia. Información y debate", n° 49, mar. 2004, ps. 16 y 17.

⁴⁵ Maier, *¿Es la inmediación una condición de la condena penal?*, en "Jueces para la Democracia. Información y debate", n° 49, mar. 2004, p. 19.

⁴⁶ La misma situación se advierte, entre otros casos, en "Carrascosa", cit. *supra*. En este caso, el defensor sometió el agravio a conocimiento de la CSJN (s. reseña el propio fallo y el dictamen del procurador fiscal), pero no fue tratado, dado que la CSJN devolvió el expediente a la SCBA para que diera respuesta a los agravios del recurrente cuyo tratamiento había omitido con un excesivo rigor formal.

De modo todavía más nítido, cabe citar en el ámbito de la Casación Federal el reciente fallo en "Barresi" (CFCP, Sala III, 30/6/15, "Barresi, Maximiliano Carlos s/Recurso de casación", causa CCC 40148/2007, reg. n° 1156/15). En tal caso, tras el pronunciamiento de la CSJN (B.406.XLIX, del 30/9/14) que dejó sin efecto —por arbitraria— la sentencia de casación que había confirmado la absolución del acusado, la Sala III de la CFCP —integrada por los jueces Borinsky, Hornos y Figueroa— lo condenó, mediante ejercicio de casación positiva (art. 470, CPPM). Los jueces afirmaron la culpabilidad del acusado, por primera vez en el proceso, y sin sustanciación de un nuevo juicio (solo

De acuerdo a los antecedentes de ese caso, el tribunal de juicio absolvió a la imputada del delito de contrabando de importación de estupefacientes con fines de comercialización, en grado de tentativa, por el que había sido acusada. Según se lee en el considerando 1° del fallo de la Corte Suprema, "[u]na vez realizado el debate oral y público, los jueces decidieron por mayoría absolver de culpa y cargo a la recurrente porque entendieron que no existían pruebas para endilgarle la perte-

se celebró la audiencia de *visu*). Ninguno de los tres jueces parece advertir el problema que en este trabajo se analiza.

En cambio, se hace cargo del asunto y lo conecta con la "prohibición de *ne bis in idem*" la jueza Ledesma en su voto disidente en CFCP, Sala III, 20/4/11, "Chabán, Omar Emir y otros s/Recurso de casación", causa n° 11684, reg. n° 473/11. Aunque la jueza no consideró arbitraria la apreciación probatoria del tribunal de juicio en la que se fundó la absolución de algunos de los acusados en ese caso y, por ende, no se vio obligada a decidir, en concreto, la solución procesal aconsejable, introdujo no obstante consideraciones de relevancia sobre el tema. Entre otros señalamientos, notó que su tarea, frente a la impugnación de los acusadores del fallo absolutorio, era "determinar (...) si la sentencia adolece (...) de algún vicio de magnitud tal que permita su revisión en contra del imputado y en tutela del derecho de las víctimas". Pero agregó inmediatamente sus reservas de cara al *ne bis in idem*, con cita de los precedentes "Kang" (CSJN-Fallos, 330:2265), "Lagos Rodas" (CSJN-Fallos, 330:4928) y "Sandoval" (S. 219.XLIV), y puntualizó que "si de esa revisión resultara el reenvío para la realización de un nuevo juicio, ante la imposibilidad de analizar los hechos para modificar el decisorio —lo cual ya fue advertido por la CSJN en 'Tarditti, Matías Esteban' (CSJN-Fallos, 331:2077)— nos encontraríamos con el dilema que plantea la prohibición de un segundo juicio en contra de los acusados" (énfasis agregado). Más adelante, la jueza Ledesma señala: "el Tribunal de Juicio, con la intermediación que no cuenta esta instancia revisora, ha concluido de modo razonable que la prueba producida no le alcanzaba para condenar. Me pregunto entonces, si encontrándonos en peores condiciones —sin intermediación— se puede arribar a un resultado contrario" (destacado agregado).

Sin perjuicio de resaltar el valor del voto reseñado, que constituye una notable excepción a la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia de obviar el problema bajo análisis, creo que es discutible el alcance que la jueza Ledesma le atribuye al fallo "Tarditti" de la CSJN. En éste, en el cual la Corte "comparte, en lo pertinente, los argumentos vertidos por el procurador general en su dictamen", no existió un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, pues el entonces procurador general, con el expreso señalamiento de que su opinión no implicaba "emitir juicio sobre lo que deba resolverse en cuanto al fondo de la cuestión", consideró arbitrario el fallo de la casación que, sin dar respuesta al planteo central de la querrela sobre los alcances que "debía darse al recurso de casación interpuesto por la defensa vinculado con los límites impuestos por el principio de intermediación", había fundado parte de su decisión precisamente "en un juicio diferente acerca del modo en que sucedió el hecho". Por esta razón, en el dictamen del procurador general de la Nación (del cual están tomadas las citas anteriores), se indica que las afirmaciones de la casación "acerca de cómo habrían ocurrido (...) los hechos, precisamente, ingresan la cuestión en el ámbito que cuestionaban los apelantes, pero prescindiendo de toda mención a sus objeciones. De tal manera, esta forma de resolver no ha permitido brindar adecuada respuesta al planteo de la querrela acerca de la imposibilidad de modificar la base fáctica bajo la forma del tratamiento de un vicio en la calificación legal de los hechos y la necesidad de realizar un nuevo juicio si se reconocen vicios en la apreciación de las reglas de la sana crítica ante los límites que impone el principio de intermediación".

nencia del estupefaciente ni el consecuente intento de burlar el control de aduanas para importar la mercadería prohibida". El fiscal impugnó ese fallo. En su curso denunció arbitrariedad en la valoración de los hechos y de la prueba, y propuso que se case la sentencia absolutoria y se condene en la instancia a la acusada, o bien, que "se nulifique lo actuado y se reenvíe al tribunal para una nueva sustanciación del proceso en el tramo final"⁴⁷. La Sala IV de la Casación Federal revocó la absolución y condenó a Duarte, como autora de aquel delito, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión. Como se observa, sin que tuviera lugar un nuevo juicio, la casación se pronunció positivamente por la culpabilidad de la acusada.

En el recurso extraordinario federal deducido contra esa sentencia, la defensa hizo notar, por un lado, que "la condena impuesta, al haber sido pronunciada por el tribunal superior de la causa, afectaba el derecho de su asistida a recurrir el fallo en los términos del art. 8°.2.h de la Convención Americana (...) y expuso que ello era así porque el recurso extraordinario federal, por sus limitaciones formales y materiales, no constituía un medio adecuado para lograr una revisión amplia de los agravios relacionados con la valoración de la prueba, el dolo y la imposición de la pena"⁴⁸. De este agravio se hizo eco la procuradora general de la Nación y, luego, la Corte Suprema, como vimos en el punto 2, ap. b) de este comentario.

Sin embargo, lo que me interesa ahora es poner de relieve que ese no fue el único motivo de agravio que la defensa introdujo en su impugnación. En efecto, según el dictamen de la procuradora general, también se quejó de que la casación basara su condena "en la valoración que efectuó de declaraciones [de la acusada y de testigos] que no fueron transcriptas en el acta ni registradas de ninguna otra forma, y cuya apreciación requería intermediación en cualquier caso". La defensa puso de resalto que, "para afirmar que el equipaje pertenecía también a [la imputada] y que ésta conocía su contenido", el tribunal debió reexaminar el mérito de la prueba (las manifestaciones de los testigos) e incluso la verosimilitud del descargo de la acusada, no obstante lo cual los jueces de la casación "solo tuvieron ocasión de escucharla en la audiencia de *visu* que prevé el art. 41 del Código de fondo, lo cual era insuficiente para garantizar el derecho a ser oído". En síntesis, se afirmó claramente en el recurso extraordinario que el ejercicio de casación positiva *contra reo*, en el caso, había significado una afectación "del debido proceso (por infracción de los principios de oralidad, inmediatez y continuidad), del derecho a la defensa en juicio y del principio de inocencia"⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. CSJN, "Duarte", cit. *supra*, consid. 2°.

⁴⁸ La cita corresponde a la reseña de los antecedentes del dictamen de la Procuración General de la Nación.

⁴⁹ La cita corresponde a la reseña de los antecedentes del dictamen de la Procuración General de la Nación.

A pesar de la introducción oportuna de ese agravio constitucional, ni la procuradora general, ni la Corte Suprema se pronunciaron sobre el punto⁵⁰. Empero, eso no es todo lo que puede extraerse del dictamen de la procuradora y de la sentencia de la Corte en "Duarte". Si se observan bien las cosas, al tiempo que el recurso de la defensa fue admitido, la condena de la casación fue validada. En el último apartado de su dictamen, en efecto, aquella propuso que la Corte declare procedente el recurso extraordinario "en lo que se refiere al agravio consistente en la violación al derecho de recurrir la condena", pero aclaró: "no corresponde revocar la decisión del *a quo*, sino devolver el caso a la Cámara Federal de Casación Penal para que, por quien corresponda, se garantice a la condenada la posibilidad de impugnar esa sentencia". La Corte Suprema, a su vez, dispuso "que se designe a otra sala de la Cámara Federal de Casación Penal para que actúe como tribunal revisor", de modo que —aunque sin afirmarlo expresamente, ni dar razones— consideró válida la condena impuesta por la casación.

Todavía puede agregarse algo más. Es cierto que el fallo "Duarte" vino a remediar una situación que le valió al Estado argentino una condena internacional (Corte IDH, "Mohamed"). No obstante, no por ello el fallo debe quedar exento de críticas, cuando las merece. A mi ver, frente a un caso como "Duarte" (casación positiva *contra reo* donde el órgano revisor avanza sobre el mérito de la prueba) el interrogante sobre la validez de la sentencia de condena dictada sin previo juicio oral y público con las debidas garantías precede, en orden lógico, al problema del aseguramiento de la "doble conforme". En efecto, si es correcto —como alegaba la defensa en "Duarte"— que una condena así dictada sea inválida, carece de sentido la pregunta posterior acerca del órgano que debe asegurar la revisión amplia de ésta.

En suma, no creo que sea exagerado afirmar que la procuradora general y los jueces de la Corte Suprema pasaron por alto, en "Duarte", el problema adicional que presentan los casos de casación positiva *contra reo* con reexamen de la valoración probatoria del tribunal de juicio. Pero la prelación lógica de este asunto —en rela-

⁵⁰ Para obviar el tratamiento de la cuestión, en el ap. III del dictamen de la PGN se señala: "si bien el apelante reclama que V. E. revoque el fallo apelado y dicte absolución en el caso, pienso que, tal como ha quedado planteada, la cuestión consiste en dilucidar si, con arreglo a la garantía constitucional invocada, el recurrente tiene derecho a una revisión amplia de la condena impuesta por el *a quo* en autos y, en caso de respuesta afirmativa, cuál sería la vía más idónea y adecuada para materializarla". La CSJN, a su vez, en el consid. 5º de la sentencia, expresó lo siguiente: "... [el recurso] suscita cuestión federal suficiente, pues se encuentra en tela de juicio el alcance del derecho a recurrir el —primer— fallo condenatorio dictado por el superior tribunal de la causa (...) y sin perjuicio de la invocación del cercenamiento de otros derechos de igual índole, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del tribunal apelado, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto en disputa de acuerdo con la inteligencia que rectamente le otorgue" (énfasis agregado).

ción al del aseguramiento de la garantía de recurso— condujo en "Duarte" a una solución paradójica: se garantizó la revisión amplia de una condena sin juicio⁵¹.

Esta desatención de la Corte Suprema en "Duarte" y en otros casos análogos, puede resultar de difícil comprensión si se repara en que, aunque desde otro ángulo (el examen sobre el alcance del *ne bis in idem*), los jueces Petracchi y Bossert en su disidencia en el fallo "Alvarado"⁵² reconocieron el problema de lo que podríamos llamar, sintéticamente, "condenas sin juicio".

En el consid. 6º de esa disidencia Petracchi y Bossert advirtieron, en lo que aquí interesa, que es "[l]a propia estructura de un proceso oral" la que obliga, "cuando en un proceso se da la necesidad de dictar una segunda sentencia en la que se resuelva sobre el mérito de la prueba —esto es, cuando no se cuenta con una reconstrucción histórica de los hechos imputados que haya quedado firme—", a llevar a cabo un nuevo juicio, pues esa es la única manera de ser consecuente con "dos derivaciones directas del denominado principio de inmediación: las formas o reglas llamadas 'identidad física del juzgador' y 'concentración de los actos del debate y la sentencia' ". De acuerdo a la primera, según se señala en aquel voto, la reconstrucción de los hechos imputados en la sentencia "solo puede ser dictada por los mismos jueces que intervinieron en el debate desde el comienzo hasta el fin, que oyeron al acusado, que recibieron la prueba —la única que puede dar base a la sentencia, esto es, la producida durante el juicio—, que escucharon los alegatos de las partes (...) [mientras que] [l]a segunda de las formas o reglas referidas designa un límite temporal para la tarea del juzgador que asegura que la sentencia se dicte inmediatamente después de que sea examinada la prueba que ha de darle fundamento y de la discusión de las partes".

⁵¹ Esta situación paradójica fue advertida antes por Herbel ("Los límites impuestos por el 'non bis in idem' al recurso contra el imputado (implicancias del fallo 'Sandoval')", p. 208), que vincula la cuestión con los alcances del *ne bis in idem*. Del mismo modo, Barbieri Prats con este señalamiento: "al imputado la Corte Suprema lo protege del riesgo a ser condenado en un nuevo debate [cita en apoyo de esta afirmación el fallo "Sandoval" (CSJN, cit. *supra*)], pero no de una condena sin debate ..." ("Algunos problemas en torno al recurso como garantía y el sistema impugnativo bilateral", p. 187).

Herbel ("Los límites impuestos por el 'non bis in idem' al recurso contra el imputado (implicancias del fallo 'Sandoval')", ps. 204-209) se ocupa de analizar críticamente algunos pronunciamientos paradigmáticos de la CSJN, y las consecuencias del reenvío tras la constatación de arbitrariedad en la valoración probatoria (L. 328.XLIII, "Luzarreta", sent. del 16/11/09; T.639.XLII, "Telleldín", sent. del 27/5/09). Más recientemente, en la misma línea, la CSJN anuló por arbitrariedad en la valoración probatoria una "doble conforme" absolutoria (CSJN, P. 308.XLVIII, "Piana, Enrique José y otros s/Causa n° 7668", sent. del 20/8/14).

Sobre los discutibles alcances del fallo "Tarditi" de la CSJN (CSJN-Fallos, 331:2077), con la aclaración de que allí era la querrela la parte que cuestionaba el alcance de la revisión encomendada a la casación a raíz de un recurso del condenado, véase *supra*, nota 46.

⁵² CSJN-Fallos, 321:1173, sent. del 7/5/98.

Es, pues, llamativo que el propio juez Petracchi, en "Duarte", haya optado por el aseguramiento de la "doble conforme" de una sentencia de condena dictada, en casación, sin juicio previo. De ese modo, en efecto, no fue consecuente con los principios afirmados en su disidencia en "Alvarado".

c) *El camino recorrido de "Casal" a "Duarte".*
¿Parábola involutiva de la inmediatez?

La reseña anterior sirve de base, entonces, para afirmar que el problema que presento permanece sin una adecuada respuesta de la Corte Suprema. Los repertorios de su jurisprudencia demuestran que, más por omisión que por acción, se han validado las condenas dictadas por la casación, mediante el ejercicio de competencia positiva frente a un recurso de la acusación, aun en aquellos casos en los que ese órgano avanzó sobre el mérito de la prueba y debió reconstruir la plataforma fáctica (en la faz externa o interna de la conducta enjuiciada) para pronunciarse sobre la culpabilidad del acusado. Se ha soslayado, así, la discusión sobre el alcance garantizador de los principios rectores del juicio, esto es, la posible afectación de las garantías procesales mínimas exigidas para dictar válidamente una sentencia de condena, incluso cuando Petracchi y Bossert, ya en "Alvarado", habían reconocido en buena medida el problema⁵³.

Si en esta área la jurisprudencia y buena parte de la doctrina no han puesto todavía su atención, mucho se ha trabajado, en cambio, sobre el derecho al recurso del condenado y el examen de esta cuestión ha dado lugar, sobre todo después de "Casal" (CSJN-Fallos, 328:3399), a una proliferación de artículos especializados que se interesaron por el estudio de los confines del control encomendado al tribunal de revisión y, con ello, abrieron a la discusión el contenido, valor o alcance de la inmediatez, la posibilidad —o su rechazo— de que el condenado ofrezca y produzca prueba en la instancia del recurso, o incluso de que amplíe, durante la sustancia-

⁵³ Es curioso, no obstante, que la CSJN sí repare en el "derecho a ser oído" del imputado en los casos en que el tribunal revisor individualiza, sin audiencia, la cuantía de la pena que impone al condenado (cfr. CSJN-Fallos, 328:4343, "Maldonado"; CSJN-Fallos, 330:393, "Garrone"; R. 1695.XLI, "Rivero", sent. del 11/8/08 y N. 132.XLV, "Niz", sent. del 15/10/10, entre otros). Claro que, en este último caso, el art. 41, inc. 2°, *in fine* del Código Penal, da expresa apoyatura legal a la solución de la CSJN, pero no puede dejar de advertirse, en todo caso, que la garantía de defensa, bajo los principios de inmediatez y contradicción, rige, en rigor de verdad, la solución de una y otra problemática, pues ésta más específica (determinación de la pena en casación) es apenas una parte (cuantitativa) de la decisión sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. No puede pasarse por alto que, según afirma la CSJN, la regla del art. 41 del CP está "claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de inmediatez. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada" (CSJN, "Maldonado", consid. 19).

ción de la impugnación, los motivos de agravio tradicionalmente fijados con el escrito de interposición del recurso de que se trate⁵⁴.

De tan prolífica producción, a mi entender, se puede rescatar una cierta evolución del modo de pensar la "inmediatez" en relación a las posibilidades de control de la condena por el órgano revisor. Observo que el objetivo de muchos autores, y de nuestra Corte Suprema en "Casal", empeñados en hacer efectivo el derecho al recurso del condenado, condujo a una tendencia que procuró limitar o corregir una "magnificación de la inmediatez" con el argumento de que ésta, en la práctica, operaba como obstáculo o valla a la revisión amplia de las sentencias de condena.

En esa confrontación con la tradicional postura de la casación de acuerdo a la cual las "cuestiones de hecho y prueba" quedaban irremediamente reservadas al tribunal de juicio porque solo éste tenía "inmediatez" con las fuentes de prueba⁵⁵, fue natural que quienes abogaban por un alcance más amplio del control de la condena, asignaran a la inmediatez un contenido más bien deslucido. La "inmediatez" representaba el alegado límite epistémico para el tribunal del recurso, de modo que "inmediatez" y "control amplio de la sentencia" condenatoria se encontraron, pronto, en una relación de proporcionalidad inversa. Al reducir el ámbito de lo "reservado a la inmediatez", se ensancharían las posibilidades de la casación para controlar las "cuestiones de hecho y prueba". Valga como ejemplo la posición de autores como Ibañez⁵⁶: el español, al menos a mi entender, propone en

⁵⁴ *Supra*, nota 11; asimismo, el profundo y clarificador trabajo de Pérez Barberá (*La casación penal y la llamada "capacidad de rendimiento". Con motivo del caso "Casal"*).

⁵⁵ Pérez Barberá (2006) cita un ejemplo paradigmático de sentencia de casación anterior al pronunciamiento de la Corte Suprema en "Casal" (CNCP, Sala III, 20/12/01, "Da Bouza", causa n° 3321). La idea, para sintetizarla, era que salvo arbitrariedad —por la vía de vicio *in procedendo*—, con todo el ámbito de discrecionalidad que esa expresión entraña, las facultades del tribunal de juicio en la selección y valoración de la prueba "escapan al control casatorio", precisamente porque los jueces de casación no tuvieron contacto "inmediato" con las fuentes de prueba.

Más allá de que, después de "Casal", la casación no emplee abiertamente fórmulas como la del fallo que cita Pérez Barberá, debo decir, en honor a la verdad, que al menos de acuerdo a mi experiencia, no son muchos los casos en los que la casación revisa seriamente la valoración probatoria cuestionada por el condenado. En cambio, suelen transcribirse los argumentos o valoraciones de la sentencia del tribunal de juicio, con el agregado de que "los embates del recurrente no logran conmover la decisión del tribunal" u otra fórmula similar, que nada agrega si no se explica adecuadamente el por qué de la afirmación. En este sentido, aprovecho para citar un señalamiento valioso de la Corte IDH hecho en el párr. 279 de la sentencia dictada en "Norín Catrimán" (cit. *supra*): "[l]a simple descripción de los argumentos ofrecidos por el tribunal inferior, sin que el tribunal superior que resuelve el recurso exponga un razonamiento propio que soporte lógicamente la parte resolutoria de su decisión, implica que éste no cumple con el requisito de eficacia del recurso protegido por el art. 8°.2.h de la Convención que asegura que sean resueltos los agravios o inconformidades expuestas por los recurrentes, esto es, que se tenga acceso efectivo al doble conforme".

⁵⁶ Ibañez, *Sobre el valor de la inmediatez (una aproximación crítica)*, en "Jueces para la Democracia. Información y debate", n° 46, mar. 2003.

el trabajo citado desandar un camino de "sobredimensionamiento de la inmediatez" como obstáculo para la revisión de la sentencia por el imputado, y no —en cambio— debilitar el señalado principio para que éste deje de operar como una garantía que debe preceder a toda condena penal.

Con todo, quizá el papel que le tocó jugar a la "inmediatez" en este asunto pueda haber contribuido a minimizar la importancia de preservar la garantía misma de juicio oral y público, del cual la inmediatez —bien entendida— es principio basal, como requisito *sine qua non* de un fallo condenatorio, sea que éste lo dicte el tribunal de primera instancia —como sucede en la mayor parte de los casos—, sea que lo dicte, si se admite esta opción, el órgano que revisa un fallo absolutorio a raíz de un recurso de la acusación.

d) Enfoques doctrinarios críticos y la concepción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Introducido el asunto, cabe ahora señalar que de los problemas que plantean estas "condenas sin juicio previo" —como la validada por la CSJN en "Duarte"— se ha hecho cargo un sector de la doctrina, nacional y foránea, al tiempo que el tema ha sido ampliamente tratado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A continuación retomaré algunas de esas ideas y, luego, buscaré esquematizar brevemente el modo en el que el Tribunal de Estrasburgo, bajo la óptica del derecho a un juicio justo, ha definido los alcances del principio de publicidad del debate y del derecho a ser oído personalmente e intervenir en la defensa propia, en su interacción recíproca⁵⁷.

En nuestro medio, Maier ha puesto de relieve el valor político y cultural de la inmediatez, base del juicio oral y público, a través de un profundo estudio histórico de los sistemas de enjuiciamiento criminal. El autor citado no ve en aquel principio tan solo un método idóneo o aconsejable de alcanzar la verdad, porque no concibe al procedimiento penal a la manera de una máquina epistémica cuya finalidad exclusiva, o incluso preponderante, sea aquella. La inmediatez, con esa carga de valor cultural, es un principio que se erige históricamente como reacción ilustrada a la "justicia registrada". No es, ni debería ser, concebida como garantía epistémica de verdad, sino como garantía política de transparencia, de paridad entre los contendientes, de responsabilidad de los llamados a ejercer la función de árbitros en el enfrentamiento. Maier, en todo caso, ve en la "averiguación de la verdad" una garantía del acusado⁵⁸, y ello explica que, salvo supuestos excepcionales,

⁵⁷ Utilizaré para ello, en muy buena medida, el valioso trabajo de Alcácer Guirao (*El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*).

⁵⁸ Aunque no puedo extenderme en esta cuestión, no puede pasar inadvertida la enorme trascendencia de esta afirmación. Aunque es difícil tomar postura en un asunto ciertamente com-

no conceda al acusador facultades para que una sentencia absolutoria sea revertida, en tanto "la absolución no provoca riesgo alguno para el acusado, ni para su defensa, por infundada e 'injusta' que fuera la solución del caso"⁵⁹.

plejo y espinoso, creo que hay buenos argumentos para discutir si la "verdad" es, o debe ser, definida solamente como una garantía del acusado en el juicio penal. Ciertamente, la averiguación de la verdad reconoce límites claros impuestos por la necesidad de resguardar otros valores o intereses prevaletentes (garantías constitucionales). No obstante, incluso con esas restricciones, la averiguación de la verdad —aun de una verdad "acotada"— parece ser el interés que justifica, para todos los intervinientes (el acusado, la aparente víctima, el Ministerio Público como representante de los intereses de la sociedad en la averiguación y castigo del delito) la existencia de un cauce institucional para dirimir la contienda, esto es, de un juicio en el que se decida, con valor de "verdad", si se ha verificado, o no, la hipótesis acusatoria sobre la existencia de un hecho delictivo y la responsabilidad del acusado en él. Sobre la averiguación de la verdad como objetivo preponderante, en un procedimiento penal concebido como engranaje o maquinaria epistémica, véase Laudan (*Truth Error and Criminal Law: Essays in Legal Epistemology*).

Cafferata Nores conecta la obligación estatal (derivada de la interpretación que de la CADH han hecho la Com. IDH y la Corte IDH) de garantizar a las víctimas el acceso a la justicia (arts. 8º.1 y 25, CADH), de perseguir el delito y, eventualmente, sancionarlo, como garantía de no repetición, con el diseño del sistema de impugnación de las decisiones judiciales. El autor señala: "si por imperio de la normativa supranacional de nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN) que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 25, CADH) [cita omitida] la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de cumplir con su obligación de 'garantizar el derecho a la justicia de las víctimas' [cita omitida] y a éstas además se les reconoce el derecho de que un tribunal competente, imparcial e independiente establezca la existencia de la violación de su derecho (por obra del delito) e imponga 'las sanciones pertinentes' a 'los responsables' [cita omitida], no parece sencillo admitir que los códigos procesales penales priven de la posibilidad de interponer recursos a la víctima constituida en el proceso como acusador (incluso a la posibilidad de hacerlo en interés de ésta, por el Ministerio Público Fiscal), al menos frente a la hipótesis extrema de sentencias que configuren a su respecto una denegación manifiesta de la 'justicia' a la que tiene derecho (v. gr., parcialidad evidente de los jueces; arbitrariedad absoluta de la sentencia absolutoria). Frente a la normativa supranacional y a su interpretación por los organismos regionales de protección de los derechos humanos, quizás se pudiera pensar en estos supuestos como fundamento (y a la vez como límite) de la 'bilateralidad' del recurso..." (*Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, ps. 161-163).

Sobre obligaciones estatales "reforzadas" o "especialmente intensas" en materia de prevención, investigación y sanción de determinados hechos, o de hechos delictivos graves cometidos contra determinados grupos de personas, a simple modo de ejemplo, Corte IDH, "Veliz Franco y otros v. Guatemala", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sent. del 19/5/14, Serie C, nº 277, párrs. 157 y 182 a 190. Desde esta última perspectiva, la averiguación de la verdad se distanciaría bastante de constituir, exclusivamente, una garantía de corrección de la sentencia de condena, aunque —claro está— mediante otro derecho convencional (arts. 8º.2.h, CADH y 14.5, PIDCP) se busque minimizar la posibilidad de error en el dictado de una condena penal, derecho este que, obvio es decirlo, sí ampara solo al condenado penalmente.

⁵⁹ Maier, ¿Es la inmediatez una condición de la condena penal?, en "Jueces para la Democracia. Información y debate", nº 49, mar. 2004, p. 16.

De esas premisas, que quizá he simplificado más de lo que pueda admitirse, se deriva que el juicio público es el "único fundamento y (...) condición de una condena penal", en tanto "la verdad solo es averiguable, para fundar una sentencia de condena, por intermedio de un juicio público y contradictorio, afirmación que no quiere significar que él sea un método irreprochable o tan solo el único idóneo para descubrirla, sino, tan solo, el único jurídicamente admitido para ello en virtud de otros argumentos político-culturales"⁶⁰.

También en nuestro ámbito, Hernán Gullco⁶¹ ha hecho aportes valiosos a la discusión desde la óptica del principio de publicidad de los juicios penales. En uno de sus trabajos, retoma la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo en una serie de pronunciamientos para poner de resalto que la publicidad del juicio, más que la mera existencia de una audiencia oral, supone "la producción y discusión oral y pública de la prueba de cargo y descargo como un requisito indispensable para que el tribunal pueda dictar un pronunciamiento en el caso"⁶².

Si esto es claro para el juzgamiento en la primera instancia del procedimiento penal, cabría preguntarse qué alcance tiene aquel principio en las etapas recursivas. Gullco no se refiere estrictamente a los casos de casación positiva *contra reo* que demandan una reconstrucción del hecho objeto del proceso sino, en términos más amplios, a las derivaciones del principio de publicidad en la etapa recursiva y, particularmente, a los confines del juicio del tribunal revisor que se abre con un recurso del sentenciado contra el fallo de condena⁶³.

En este último sentido, Gullco contrasta, siempre desde el valor "juicio público", el criterio que emerge del precedente "Ekbatani"⁶⁴, en el ámbito europeo,

⁶⁰ Maier, *¿Es la inmediación una condición de la condena penal?*, en "Jueces para la Democracia. Información y debate", n° 49, mar. 2004, p. 19.

⁶¹ Gullco, "El recurso de casación y el concepto de juicio 'público'", en *La cultura penal, homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Gabriel I. Anitua - Ignacio Tedesco (comps.), 2009.

⁶² Gullco, "El recurso de casación y el concepto de juicio 'público'", en *La cultura penal, homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Gabriel I. Anitua - Ignacio Tedesco (comps.), 2009, p. 346.

⁶³ Aunque no estudia estrictamente el tema que nos convoca, los aportes del autor citado son de utilidad para nuestro análisis.

⁶⁴ TEDH, 26/5/88, "Ekbatani c. Suecia", caso n° 10563/83. En este caso, el TEDH afirmó la existencia de una violación del art. 6° 1 de la Convención Europea, en sustancia, por la omisión del tribunal revisor de la condena de llevar a cabo una audiencia oral. Según señala el TEDH, ello resultaba imprescindible, pues el órgano revisor estaba llamado a decidir sobre "la cuestión acerca de la culpabilidad o inocencia" del recurrente. Esa cuestión "no podía ser resuelta adecuadamente, desde la óptica de un juicio justo, sin una evaluación directa de la declaración del acusado, quien alegaba no haber cometido el hecho delictivo, y del denunciante. En este sentido, la revisión de la condena llevada a cabo por la Cámara de Apelaciones debió asegurar una nueva audiencia en la que acusado y denunciante fueran oídos con amplitud" (§ 32, traducción propia).

con el llamado método de la "máxima capacidad de rendimiento" que la Corte Suprema nacional dijo recoger en "Casal"⁶⁵, de acuerdo al cual la publicidad del juicio, y sus corolarios, constituyen un límite legítimo a la capacidad de revisión de los jueces del recurso, a cuyo respecto rige, en palabras de la Corte "un límite real de conocimiento"⁶⁶. De este modo, observa que el fallo de la Corte nacional parece asumir como premisa que "nada hay en la Constitución Nacional que obligue a los tribunales de casación a celebrar audiencias en las cuales las partes puedan producir nuevamente prueba con el objeto de fundar sus agravios en materia probatoria"⁶⁷, mientras que, por el contrario, el pronunciamiento del Tribunal Europeo en "Ekbatani" asigna al principio de publicidad (y al derecho a ser oído personalmente e intervenir en la defensa propia) claras proyecciones en las etapas recursivas⁶⁸.

⁶⁵ Sobre la traducción correcta de *Leistungsmethode* como "método de la posibilidad de control (casatorio)" y sobre el alcance de este en la doctrina alemana, de donde proviene, véase Pérez Barberá (*La casación penal y la llamada "capacidad de rendimiento". Con motivo del caso "Casal"*, especialmente nota 6).

⁶⁶ En su trabajo, Gullco reproduce un fragmento del consid. 24 del fallo "Casal", que —para mayor claridad— cito parcialmente a continuación: "... los textos de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos] y del Pacto Internacional [de Derechos Civiles y Políticos] (...) no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8° 5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8° 2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8° 2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no solo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso".

⁶⁷ Gullco, "El recurso de casación y el concepto de juicio 'público'", en *La cultura penal, homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Gabriel I. Anitua - Ignacio Tedesco (comps.), 2009, p. 351.

⁶⁸ Me permito agregar, del modo más breve posible, alguna referencia al ámbito regional interamericano. En éste, el desarrollo de la Corte IDH sobre el derecho a recurrir la condena no parece haber impuesto, ni descartado, la exigencia de examen directo de los jueces del recurso con la prueba pertinente en relación a los motivos de agravio del condenado. En varios pronunciamientos se ha señalado que "los regímenes recursivos deben respetar las garantías procesales mínimas que, con arreglo al art. 8° de la Convención, resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, sin que ello implique la necesidad de realizar un nuevo juicio oral" (Corte IDH, "Norín Catrimán", cit. *supra*, párr. 270, destacado agregado; del mismo modo, "Mohamed", cit. *supra*, párr. 101, y caso "Mendoza y otros v. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sent. del 14/5/13, Serie C, n° 260, párr. 245). En el párr. 288 de la sentencia dictada en "Norín Catrimán", bajo la óptica de la eficacia y del carácter integral de la revisión, la Corte IDH afirma que "al resolver las inconformidades expuestas por el recurrente, el juez

Tras explicitar esa premisa oculta en el fallo de la Corte Suprema, el autor cita- do invierte el sentido del razonamiento: si la "inmediación", como se acepta, opera como un "límite real de conocimiento" para los jueces del órgano revisor, "en lugar de preguntarse qué cuestiones de hecho pueden ser examinadas a través del recurso de casación partiendo del presupuesto de que en dicha instancia no es posible abrir la causa nuevamente a prueba (tal como hace la Corte), lo que corresponde hacer es determinar cuáles son las cuestiones fácticas que el recurrente pretende acreditar ante el Tribunal de Casación" y, tras ello, asegurar—en los casos necesarios— la realización de una audiencia en la cual se produzca la prueba ofrecida. De este modo, "el carácter 'inmediato' de una prueba (...) no debería ser un obstáculo para su examen por parte del tribunal revisor"⁶⁹.

A mi ver, acierta Gullco cuando invierte el sentido con el que se pensó a la "inmediación" en el fallo "Casal" y, con ello, advierte que negar al condenado la posibilidad de producir prueba o de exponer, ante los jueces, su posición en la instancia de revisión de la condena constituye una restricción que desnaturaliza su garantía de recurso. Más allá de estas reflexiones, no obstante, me interesa destacar ahora que los principios que el autor engloba en la noción de "juicio público" adquieren

o tribunal superior que conoce del recurso a que tiene derecho un condenado bajo el art. 8º.2.h de la Convención Americana debe asegurar que el fallo de condena proporcione una fundamentación clara, completa y lógica en la cual, además de realizar una descripción del contenido de los medios de prueba, exponga su apreciación de los mismos y se indiquen las razones por las cuales los mismos le resultaron, o no, confiables e idóneos para acreditar los elementos de la responsabilidad penal y, por lo tanto, desvirtuar la presunción de inocencia" (destacado agregado). Esta "apreciación" pareciera exigir algo más que la lectura de un acta que documenta lo ocurrido en el juicio oral y público.

La Com. IDH, en sus informes, ha agregado alguna referencia adicional. Así, se ha señalado que "el derecho a recurrir no implica necesariamente un nuevo juicio o una nueva 'audiencia', siempre que el tribunal que realiza la revisión no esté impedido de estudiar los hechos de la causa. Lo que exige la norma es la posibilidad de señalar y obtener respuesta sobre errores que hubiera podido cometer el juez o tribunal, sin excluir a priori ciertas categorías como los hechos y la valoración y recepción de la prueba. La forma y los medios a través de los cuales se realice la revisión dependerán de la naturaleza de las cuestiones en debate así como de las particularidades del sistema procesal penal en el Estado concernido". A esto, la Com. IDH suele añadir que "en el caso de los sistemas procesales penales en los cuales rigen primordialmente los principios de la oralidad y la inmediación, los Estados están obligados a asegurar que dichos principios no impliquen exclusiones o limitaciones en el alcance de la revisión que las autoridades judiciales están facultadas a realizar. Asimismo, el recurrir un fallo ante un tribunal superior no debería desnaturalizar la vigencia de los principios de oralidad e inmediación" (Com. IDH, Informe nº 33/14, caso nº 12.820, Fondo, "Manfred Amrhein y otros", Costa Rica, del 4/4/14, extractos de los párrs. 192 y 194, destacado agregado; del mismo modo, Informe nº 172/10, caso nº 12.561, Fondo, "César Alberto Mendoza y otros (Prisión y reclusión perpetuas de adolescentes)", Argentina, del 2/11/10, párrs. 189 y 191).

⁶⁹ Gullco, "El recurso de casación y el concepto de juicio 'público'", en *La cultura penal, homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Gabriel I. Anitua - Ignacio Tedesco (comps.), 2009, p. 351.

importancia mayúscula frente a la posibilidad del tribunal revisor de transformar en condena una absolución o de agravar la condena impuesta, cuando ello obedece a una diferente reconstrucción histórica del hecho juzgado.

En este universo de casos, para condenar en la instancia de control de la sentencia, tras un recurso acusador que exija el escrutinio o valoración de las pruebas de cargo y de descargo acerca del hecho juzgado, el tribunal del recurso se encuentra obligado a examinar directamente —y no de modo mediato, a través de registros, cualquiera sea su fidelidad— la prueba que las partes ofrezcan, y a garantizar el marco para el debate contradictorio y los alegatos sobre la evidencia que de aquella se desprenda.

En varios trabajos, Herbel⁷⁰ ha estudiado con profundidad este grupo de casos y, más ampliamente, los problemas que presenta el diseño de un sistema de medios de impugnación consistente. El autor observa que "lo sustancial es que el imputado tiene derecho a discutir su acusación en el marco de un juicio oral y público, donde confrontar la prueba de cargo y producir la propia, ante los jueces que por su sentencia aplican pena", de modo que "no hay condena legítima sin inmediación con la prueba, tanto de las partes como de la jurisdicción"⁷¹. En este sentido, del "principio de unidad entre debate y sentencia" deriva que "solo la sentencia basada en la prueba del debate es fuente legítima de la condena"⁷².

Herbel sostiene que, salvo los casos en los que el acusado renuncia a sus derechos o garantías, como en el llamado "juicio abreviado", un juez o tribunal carecen de legitimidad para condenar a una persona en base a prueba con la que no tuvo inmediación en el marco del contradictorio. Según afirma, ello es así no solo por-

⁷⁰ Herbel, "¿Qué debe casar la casación después de 'Casal' (la inmediación y los límites del recurso)?", en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Leonardo G. Pitlevnik (dir.), 2007, t. 3; "Los límites impuestos por el 'non bis in idem' al recurso contra el imputado (implicancias del fallo 'Sandoval')", en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Pitlevnik, Leonardo G. (dir.), 2011, t. 10; y *Derecho del imputado a revisar su condena*, 2013.

⁷¹ Herbel, *Derecho del imputado a revisar su condena*, 2013, ps. 288 y 289. El autor ejemplifica con el caso "Carrascosa", en el cual el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar al recurso del fiscal y, sobre la base de constancias escritas, condenó en la instancia por homicidio doloso. Herbel critica este proceder: "El tribunal revisor, no solo ingresó al análisis de los hechos, sino que revió la prueba cuyo mérito revaloró sin respeto por el derecho del imputado a defenderse en juicio oral ante los jueces que deciden su caso" (p. 290).

⁷² Herbel, *Derecho del imputado a revisar su condena*, 2013, ps. 288 y 289. Cabe recordar que, como adelanté *supra*, éste es el entendimiento que se desprende del consid. 6º de la disidencia de los jueces Petracchi y Bossert en "Alvarado", en la que advierten que cuando no existe una reconstrucción histórica del suceso que haya quedado estable —a raíz del recurso de la acusación que demuestra, por ejemplo, arbitrariedad en el análisis de la evidencia— resulta obligatorio llevar a cabo un nuevo juicio, pues esa es la única manera de ser consecuente con "dos derivaciones directas del denominado principio de inmediación: las formas o reglas llamadas 'identidad física del juzgador' y 'concentración de los actos del debate y la sentencia'".

que el debate constituye un "reaseguro epistemológico, dispuesto por el proceso penal para evitar el error judicial", sino sobre todo porque inmediación y contradicción son, en sustancia, "garantías del imputado para su defensa"⁷³. En definitiva, "la casación positiva que modifica los hechos contra el imputado, conduce a que el tribunal peor informado (por fuera de la contradicción de las partes y de la inmediación con la prueba) afirme hipótesis acusatorias descartadas por el tribunal presente en el juicio, sin dar posibilidad al imputado de ejercer su defensa efectiva (en debate oral y público) ante los jueces de sentencia. Se trata, en resumen, de una condena sin juicio"⁷⁴.

En la doctrina española, aunque allí buena parte de la discusión haya pasado por los problemas derivados de un sistema bipartito de medios de impugnación de sentencias (apelación/casación), Bacigalupo advirtió críticamente que la práctica judicial española admitía, en los casos de "apelación" del órgano acusador, "la revocación de una sentencia absolutoria sobre la base de constancias escritas del acta del juicio"⁷⁵. Al examinar esa práctica, el autor español reconoció que "sería difícil afirmar que esta apelación reúne las características que en el proceso penal liberal se acuerda a las garantías procesales del acusado, pues permite que un tribunal que no vio ni oyó directamente las declaraciones prestadas ante el juez de lo penal, juzgue sobre la convicción en conciencia de éste a través de lo documentado por el secretario judicial en el acta de juicio oral y, eventualmente, por las constancias escritas de las diligencias previas, decida la condena del acusado"⁷⁶.

Más recientemente, Alcácer Guirao⁷⁷ ha examinado el asunto, con un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo digno de ser destacado, y de cómo ésta ha impactado en la práctica judicial española.

Alcácer Guirao circunscribe el problema de las condenas dictadas en segunda instancia, en lo que respecta al aseguramiento de "audiencia personal" y de la garantía de "defensa contradictoria", a los supuestos en los que el órgano revisor, recurso de la acusación mediante, reexamina el *factum*. Como explica, el Tribunal Europeo no ha exigido que se garanticen aquellos principios "cuando la controversia gire exclusivamente sobre la calificación jurídica"⁷⁸. De cualquier modo, cuando

⁷³ Herbel, *Derecho del imputado a revisar su condena*, 2013, p. 293.

⁷⁴ Herbel, *Derecho del imputado a revisar su condena*, 2013, p. 619. Véase también, Herbel, "Los límites impuestos por el 'non bis in idem' al recurso contra el imputado (implicancias del fallo 'Sandoval')", en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Leonardo G. Pitlevnik (dir.), 2011, t. 10, ps. 201-215.

⁷⁵ Bacigalupo, *Justicia penal y derechos fundamentales*, 2002, p. 212.

⁷⁶ Bacigalupo, *Justicia penal y derechos fundamentales*, 2002, p. 212.

⁷⁷ Alcácer Guirao, *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, 2013.

⁷⁸ Cabe citar, apenas como un ejemplo de esta posición general, entre muchísimos otros de la jurisprudencia del TEDH: "Botten c. Noruega" (caso n° 16206/90, sent. del 19/2/96, párr. 39).

analiza una norma del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en 2010 (el art. 636), que veda —en todo caso— al tribunal de apelación "resolver en perjuicio del acusado sin haberle citado para ser oído personalmente en una vista", advierte que ese modo de regular el asunto resulta aconsejable desde dos planos, aunque importe, a su vez, ir incluso más allá de lo que ha exigido el Tribunal Europeo. La primera razón para defender esa disposición estriba en "la dificultad de distinguir lo fáctico de lo jurídico, los hechos del derecho; es decir, la infracción de ley de los errores en la apreciación de la prueba"⁷⁹. La segunda, porque el Tribunal Europeo "ha venido exigiendo la presencia del acusado ante el órgano *ad quem* en supuestos en que, pese a estar limitada la pretensión impugnatoria a combatir la calificación jurídica, el órgano de apelación debía modificar la pena impuesta en la instancia tomando en consideración circunstancias personales del reo"⁸⁰.

En lo que ahora nos interesa, tras analizar múltiples pronunciamientos en los cuales el Tribunal Europeo encontró a España responsable de la violación del derecho a un juicio justo (art. 6° 1 del Convenio Europeo)⁸¹, Alcácer Guirao busca com-

⁷⁹ En este sentido, Alcácer Guirao explica que "[e]jemplo paradigmático de ello es la determinación de los elementos subjetivos del delito, que (...) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) ha venido siendo entendida como una valoración jurídica y revisable por ello, por el cauce casacional de infracción de ley. En cambio [advierte el autor] el TEDH viene entendiendo que la evaluación sobre la concurrencia de los elementos subjetivos forma parte de la valoración sobre los hechos, razón por la que —como se muestra con claridad en el asunto 'Iguual Coll c. España'— su revisión en apelación exige la audiencia al acusado" (*El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, p. 96). En nuestro ámbito, si seguimos el ejemplo que emplea Alcácer Guirao, estimo que puede afirmarse, a la luz de algunos precedentes de la CSJN vinculados al principio de correlación entre acusación y sentencia (congruencia), que la faz subjetiva del hecho típico integra la categoría de "hechos" o la "plataforma fáctica" base de la imputación. Valga como ejemplo el precedente "Espinoza" (CSJN, E. 251.XLIV, sent. del 5/10/10) en el que la mayoría de la Corte observó que "una cosa es haber producido los disparos con la intención de lesionar y otra [es] haberlo hecho con el fin de matar a la víctima", motivo por el cual —en el caso— "no se trataba solo de un cambio de calificación como sostiene el *a quo* sino de una acción distinta en su faz interna" (consid. 7° de la mayoría integrada por los jueces Fayt, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia, Petracchi y Argibay). Con todo, es necesario reconocer que el problema sobre la determinación de lo que el jurista exige de categorías dogmáticas como el "dolo" incide decididamente en la cuestión. Para poner apenas un ejemplo, sobre el dolo como juicio adscriptivo, no descriptivo, véase Pérez Barberá (*El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*).

⁸⁰ Alcácer Guirao, *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, 2013, ps. 96 y 97. El autor español cita, en el sentido indicado, los señalamientos del TEDH en los casos "Botten c. Noruega" (caso n° 16206/90, sent. del 19/2/96, véase párrs. 39 y 48-53) y "Cooke c. Austria" (caso n° 25878/94, sent. del 8/8/00, véase párrs. 40-44).

⁸¹ Alcácer Guirao (*El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, ps. 37-43) analiza con detenimiento los casos "Iguual Coll c. España" (caso n° 37496/04, sent. del 10/3/09), "García Hernández c. España" (caso n° 15256/07, sent. del 16/10/10), "Marcos Barrios c. España" (caso n° 17122/07, sent. del 21/9/10), "Almenara Álvarez c. España" (caso n° 16096/08, sent. del 25/10/11), "Valbuena Redondo c. España" (caso n° 21460/08, sent. del 13/12/11) y, en particular (en ps. 141-

patibilizar el sistema de medios de impugnación de la legislación procesal española con los criterios que emergen de la jurisprudencia de aquel. En este sentido, al examinar el recurso de casación, señala que en los casos de recurso contra un pronunciamiento absolutorio, encarrilados por la vía "de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva", el órgano revisor no se encuentra facultado, cuando verifica la alegada arbitrariedad en la valoración probatoria, para enmendarla "sustituyendo la decisión del órgano a quo, sino únicamente a anular la decisión arbitraria y a retrotraer para que se dicte una acorde al derecho (del acusador) vulnerado"⁸².

Ello se debe, como explica el autor español, "a que una condena arbitraria —lesiva del derecho a la presunción de inocencia— da lugar a la absolución, sin que para ello sea precisa ninguna valoración adicional sobre la prueba: ante la duda, rige la inocencia". Por el contrario, "una absolución arbitraria no da lugar sin más a la condena, sino que para ello es necesaria una valoración adicional sobre la prueba que, superando el estándar de la duda razonable, permita afirmar la culpabilidad; valoración que, de una parte, el recurso extraordinario de casación no tiene encomendada y, de otra, no podría hacer sin respetar las garantías constitucionales de la segunda instancia penal, que exige en todo caso la presencia del acusado y la posibilidad de ejercer una defensa contradictoria, lo que en ocasiones conllevará la necesidad de citar a otros testigos"⁸³.

En definitiva, teniendo en cuenta la configuración del sistema procesal penal español y los pronunciamientos del Tribunal Europeo, Alcácer Guirao entiende que la revisión de un fallo absolutorio en casación, admite solo dos opciones: i) "su confirmación si los eventuales defectos de la sentencia de instancia, aun cuando pudieran ser discutibles, no lesionan derechos fundamentales del acusador", o bien, ii) "la retroacción de actuaciones si se ha conformado a partir de tal grado de arbitrariedad que permite afirmar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusador"⁸⁴.

e) Estándares derivados de la jurisprudencia del Tribunal Europeo y pertinencia de su utilización

Como se observa, parte de la doctrina citada, aun la nacional, ha encontrado en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo una guía para la interpretación y de-

146), el pronunciamiento del TEDH en "Lacadena Calero c. España" (caso nº 23002/07, sent. del 22/11/11).

⁸² Alcácer Guirao, *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, 2013, ps. 145-146.

⁸³ Alcácer Guirao, *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, 2013, p. 146.

⁸⁴ Alcácer Guirao, *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, 2013, p. 146.

finición de los alcances, en las etapas recursivas, de los principios rectores del juicio, como la publicidad y el derecho del inculcado a ser oído e intervenir personalmente en su defensa, que aquel órgano del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales analizó, en múltiples oportunidades, desde la óptica del derecho a un juicio justo.

La búsqueda, en aquel ámbito, de estándares de derechos humanos aplicables a la materia aparece justificada en nuestro medio, porque —por un lado— la Corte Suprema nacional ha validado, sin expresar razones, el ejercicio de casación positiva *contra reo* que avanza sobre la valoración probatoria y la determinación de los hechos, y —por el otro— no existe en el ámbito interamericano, al menos por ahora, una afirmación clara en el sentido de que ese proceder resulte contrario al art. 8º.5 de la CADH⁸⁵⁻⁸⁶. Como señala Gullco, además, es pertinente acudir a la ju-

⁸⁵ Esto no quiere decir, por supuesto, que los órganos del sistema interamericano no hayan resaltado la importancia de la publicidad del proceso penal. Gullco ("El recurso de casación y el concepto de juicio 'público'", ps. 343-345) cita varios casos en los que la Corte IDH destacó el carácter público del proceso penal como una de sus principales características. Así, por ejemplo, se señaló que "[l]a publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen" y que "[e]l derecho al proceso público consagrado en el art. 8º.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediatez con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público" (Corte IDH, "Palamara Iribarne v. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, sent. del 22/11/05, Serie C, nº 135, párrs. 166-168). Estos señalamientos, de innegable importancia, vinculan la publicidad del proceso penal con la exigencia del juicio oral, pero no resultan suficientes, todavía, para analizar el alcance de la exigencia convencional de "publicidad" en el ámbito recursivo. Sobre los pronunciamientos de la Comisión IDH y la Corte IDH en relación al derecho del inculcado a recurrir la condena, y el aseguramiento de las garantías procesales mínimas en la instancia recursiva, véase *supra*, nota 68.

⁸⁶ Cabría preguntarse cuál es la razón, si la hay, que explica la desatención del problema que plantea el resguardo de las garantías judiciales mínimas en la instancia de revisión de la sentencia, que puede observarse en nuestro ámbito. Esta desatención sorprende si se repara que en el ámbito europeo la problemática suscita, desde hace décadas, arduos debates (cfr. Alcácer Guirao, *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*). Es posible que alguna influencia tenga el hecho de que en la Convención Europea no existan, expresados de origen, el derecho del imputado a no ser perseguido múltiplemente, ni el derecho del condenado a un recurso contra el fallo de condena. Ambos derechos fueron introducidos por los arts. 2º y 4º del Protocolo complementario nº 7, de 1984, en vigor desde 1988. En lo que interesa, aun con la previsión del Protocolo señalado, el derecho de recurrir el fallo de condena encuentra excepciones, una de las cuales es, precisamente, que la condena haya sido dictada en segunda instancia, a raíz de un recurso contra su absolución en primera instancia, como se señaló *supra*. Esto quiere decir, lisa y llanamente, que la Convención Europea, aun con el complemento del Protocolo nº 7, no garantiza el doble conforme condenatorio en ese caso de "casación positiva". Esta parece ser una razón determinante para intentar: a) reducir al máximo los casos en los que la casación positiva se admite (dado que tampoco

risprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar el alcance de cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que son similares a las del Convenio Europeo, y así ha sido señalado tanto por la Corte Suprema nacional como por la Corte Interamericana⁸⁷.

El Tribunal de Estrasburgo, desde el caso "Ekbatani"⁸⁸, ha reiterado la doctrina según la cual las garantías del "debido proceso" o "juicio justo" (art. 6.º 1 del Convenio Europeo) son exigibles en la instancia de revisión de la sentencia de grado, bajo el señalamiento de que "el proceso penal constituye un todo y la protección del art. 6.º no termina con el fallo de primera instancia" (§ 24).

Si bien el señalado tribunal de derechos humanos ha indicado que la celebración de una audiencia pública en segunda instancia no es exigible en todos los casos, pues depende de la configuración concreta del procedimiento de que se trate, lo cierto es que, en múltiples pronunciamientos ha ido consolidando las exigencias derivadas de la garantía de defensa contradictoria e intermediación en el ámbito de la etapa recursiva, cuando la sentencia resultante se pronuncia sobre la valoración probatoria y determina circunstancias de hecho de un modo distinto al contenido en la sentencia absolutoria de grado, y contra el acusado⁸⁹.

existen obstáculos en la CE para reeditar un juicio válidamente cumplido); o bien, b) rodear de las "garantías de juicio" a la segunda instancia, de modo que —si no se asegura convencionalmente una amplia revisión ulterior— se aseguren, al menos, el derecho del acusado a ser oído, a intervenir personalmente en la defensa propia, a proponer y examinar testigos.

⁸⁷ Gullco, "El recurso de casación y el concepto de juicio 'público'", en *La cultura penal, homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Gabriel I. Anitua - Ignacio Tedesco (comps.), 2009, p. 342.

⁸⁸ TEDH, caso nº 10563/83, cit. *supra*.

⁸⁹ Cfr. Alcácer Guirao (2013:33/34); TEDH: "Kremzow c. Austria" (caso nº 12350/86, sent. del 21/9/93); "Botten c. Noruega" (cit. *supra*); "Belziuk c. Polonia" (caso nº 45/1997/829/1035, sent. del 25/3/98); "Cooke c. Austria" (cit. *supra*); "Constantinescu c. Rumania" (caso nº 2887/1/95, sent. del 27/6/00); "Helmers c. Suecia" (Gran Cámara, caso nº 11826/85, sent. del 29/10/91); "Golubev c. Rusia" (caso nº 26260/02, sent. del 9/11/06); "Spinu c. Rumania" (caso nº 32030/02, sent. del 29/4/08); "Iguual Coll c. España" (cit. *supra*); "García Hernández c. España" (cit. *supra*); "Marcos Barrios c. España" (cit. *supra*); "Lacadena Calero c. España" (cit. *supra*); "Almenara Álvarez c. España" (cit. *supra*); "Valbuena Redondo c. España" (cit. *supra*); "Serrano Contreras c. España" (caso nº 49183/08, sent. del 20/3/12); "Sainz Casla c. España" (caso nº 18054/10, sent. del 12/11/13), entre otros. De estos pronunciamientos se desprende, en sustancia, que "... una audiencia se revela (...) necesaria cuando la jurisdicción de apelación efectúa una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia y los reconsidera" situándose de esta manera, más allá de las consideraciones estrictamente de derecho. En tales casos, una audiencia se impon[e] antes de llegar a una sentencia sobre la culpabilidad del demandante" (cfr. "Sainz Casla c. España", cit. *supra*, párr. 25). En cambio, cuando el tribunal revisor deba pronunciarse exclusivamente sobre cuestiones de derecho, y no sobre cuestiones de hecho, la garantía de debido proceso (art. 6.º, CEDH) no contiene tales exigencias en la segunda instancia (cfr. TEDH, 16/12/08, "Bazo González c. España", caso nº

Como indica Alcácer Guirao⁹⁰, el Tribunal Europeo ha puesto especial énfasis en la presencia del acusado ante el tribunal del recurso, para garantizar así el derecho de intervenir personalmente en su defensa. Empero, la exigencia de audiencia en la etapa recursiva alcanza también a la producción de prueba —sobre todo, la de convocar e interrogar a testigos— cuando la defensa de la inocencia dependa de ello⁹¹. En este sentido, se ha enfatizado que el ejercicio de la defensa en segunda instancia incluye la prerrogativa de proponer testigos y someterlos a un debate contradictorio⁹². Para Alcácer Guirao, el fundamento de estas concretas exigencias radica en la "garantía de defensa contradictoria", en la medida en que el Tribunal Europeo ha afirmado que "del principio de la celebración de los debates públicos deriva el derecho del acusado a ser oído en persona por los tribunales de apelación. Desde este punto de vista, el principio de la publicidad de los debates persigue la finalidad de asegurar al acusado su derecho de defensa"⁹³.

Cabe agregar, como nota también el autor español, que la noción de "cuestiones de hecho" sobre la "inocencia o culpabilidad" del condenado, que emplea el Tribunal Europeo para delimitar los casos en que es indispensable la celebración de una audiencia, "tiene un significado más amplio que el concreto proceso de fijación de los hechos probados que han de subsumirse en el correspondiente tipo penal, alcanzando también a todas circunstancias atinentes a la personalidad del acusado que sean relevantes para la fijación de la pena"⁹⁴. Sobre la amplitud de la señalada noción, de la cual depende la exigibilidad en las etapas recursivas de la "ga-

30643/04; del mismo modo, Gran Cámara, 29/10/91, "Jan-Ake Andersson c. Suecia", caso nº 11274/84; asimismo, con un análisis de las particularidades de un "procedimiento abreviado", Gran Cámara, 18/10/06, "Hermi c. Italia", caso nº 18114/02).

⁹⁰ Alcácer Guirao, *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, 2013, ps. 33-37.

⁹¹ Cfr. TEDH, "Spinu c. Rumania", cit. *supra*, párrs. 52, 55-64.

⁹² Cfr. TEDH, "Belziuk c. Polonia", cit. *supra*, párrs. 37-40.

⁹³ Cfr. TEDH, 6/7/04, "Donarini c. San Marino", caso nº 50545/99, párr. 27, *in fine*; véanse, más ampliamente, los párrs. 23/28. Cabe recordar, por su innegable valor, el § 25 de este fallo: "... el derecho del acusado a una audiencia pública no representa solamente una garantía de que se hará un esfuerzo por establecer la verdad: contribuye igualmente a convencer al acusado de que ha sido juzgado por un tribunal cuya independencia e imparcialidad pudo controlar. La publicidad del proceso ante los órganos judiciales protege a los justiciables contra una justicia secreta que escapa al control del público; constituye también uno de los medios de preservar la confianza en los tribunales. Gracias a la transparencia que brinda a la administración de justicia, contribuye a alcanzar el objetivo del art. 6.º, § 1: el debido proceso, cuyo resguardo se encuentra entre los principios de toda sociedad democrática en el sentido de la Convención" (traducción propia).

⁹⁴ Alcácer Guirao (*El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, p. 35), con cita de "Botten c. Noruega y Cooke c. Austria", cit. *supra*.

rantía de audiencia", cabe añadir que aquella incluye a todos los casos en los cuales el órgano del recurso reexamina la valoración probatoria del tribunal de mérito, siempre que aquel —a partir de tal reexamen— se pronuncie sobre los hechos. Cabe citar, como ejemplo de esto último, algunos pasajes del fallo del Tribunal Europeo en el caso "Lacadena Calero c. España"⁹⁵:

"1. ... el tribunal es del parecer de que el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de éste último, en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta (dolo eventual) en relación con las personas afectadas. Ahora bien, el Tribunal Supremo concluyó sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos.

2. En opinión del Tribunal, el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. A este respecto, es obligado constatar que, cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado en relación a los hechos que se le imputan.

3. Ciertamente, el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado sobre la base de una inferencia a partir de los hechos acreditados por la instancia inferior (los documentos del expediente). Sin embargo, para llegar a esta inferencia, el Tribunal Supremo no ha oído al acusado, que no ha tenido la oportunidad (inexistente en el recurso de casación) de hacer valer ante el Tribunal las razones por las que negaba haber sido consciente de la ilegalidad de su actuación y tener una voluntad fraudulenta.

4. Como consecuencia, el tribunal considera que las cuestiones que debía examinar el Tribunal Supremo, requerían la valoración directa del testimonio del acusado, o incluso del de otros testigos (...).

5. En definitiva, el tribunal recuerda que se celebró una vista oral ante el Tribunal Supremo, durante la cual, aunque el representante del acusado tuvo ocasión de exponer sus alegaciones, entre ellas las relativas a la valoración

⁹⁵ Un análisis de los antecedentes del caso, de la doctrina que emerge del pronunciamiento del TEDH y de su influencia en la práctica judicial española, en Alcácer Guirao (*El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, ps. 141-146).

jurídica de los hechos del caso, el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad.

6. A la vista del conjunto de las circunstancias del proceso, el tribunal concluye que el esposo de la demandante fue privado de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio. Por consiguiente, ha habido violación del derecho a un proceso equitativo reconocido por el art. 6º, § 1 del Convenio"⁹⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo acerca de la necesidad de celebrar en la etapa recursiva, y como garantía de un juicio justo, una audiencia en la que el acusado pueda ser oído ampliamente y, en su caso, examinar a los testigos en ejercicio de su defensa, no se limita exclusivamente a los casos en los que se debate la revocación de una absolución que habilitaría una condena en segunda instancia, pues se ha establecido la exigencia de asegurar dichas garantías también cuando el acusado es quien acude a la instancia de revisión impugnando la condena⁹⁷. No obstante ello, en relación al universo de casos que aquí nos interesa, el Tribunal Europeo ha considerado especialmente la circunstancia de que fuera el órgano revisor el primero en dictar un pronunciamiento de condena, al afirmar que resultaba indispensable llevar a cabo una audiencia pública en cuyo marco se garantizara el derecho del acusado a ser oído y a producir evidencia⁹⁸.

Como síntesis, y en consonancia con lo que señala Alcácer Guirao, del estándar actual derivado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pueden extraerse al menos tres conclusiones. En primer lugar, la doctrina sobre aseguramiento de las garantías del debido proceso en segunda instancia no se funda exclusivamente en el postulado de la "inmediación" —entendida como presupuesto de conocimiento— sino que atiende a la sustancia de una defensa contradictoria; ergo, alcanza a toda revisión sobre la valoración de los hechos, indepen-

⁹⁶ Traducción de los servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado español. Cabe señalar que argumentos muy similares fueron expuestos, con posterioridad, en "Serrano Contreras c. España" (cit. *supra*, párrs. 32-42).

⁹⁷ Cfr. Alcácer Guirao (*El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, p. 35-37), con cita y análisis de: TEDH, "Ekbatani c. Suecia" (cit. *supra*); "Stefanelli c. San Marino" (caso n° 35396/97, sent. del 8/2/00); "Tierce y otros c. San Marino" (casos n° 24954/94, 24971/94 y 24972/94, sent. del 25/7/00); "Forcellini c. San Marino" (caso n° 34657/97, sent. del 15/7/03); "Dondarini c. San Marino" (cit. *supra*); "Iliescu y Chiforec c. Rumania" (caso n° 77364/01, sent. del 1/12/05); "Sándor Lajos Kiss c. Hungría" (caso n° 26958/05, sent. del 29/9/09).

⁹⁸ Así, TEDH, "Constantinescu c. Rumania", cit. *supra*, párrs. 57/59. También se presentaba este problema en "Sainz Casla c. España" (cit. *supra*), en el cual el peticionario, habiendo sido absuelto en primera instancia, fue condenado por la Audiencia Provincial de Barcelona sin haber sido oído personalmente (véanse párrs. 24-33).

dientemente de si la distinta apreciación recae —o no— sobre prueba "personal". En segundo término, para asegurar la defensa contradictoria, es necesario garantizar la oralidad, el derecho a ser oído personalmente del acusado e, incluso, el derecho a interrogar o contrainterrogar testigos relevantes para la decisión del tribunal revisor. Por último, que cualquiera sea la denominación del medio de impugnación de que se trate o la amplitud que éste confiera al tribunal revisor, la garantía alcanza los casos de reexamen de las inferencias probatorias efectuadas por el órgano de primera instancia, cuando el tribunal revisor —a partir de ese reexamen— se pronuncia sobre los hechos (en su faz externa u objetiva, o en su faz interna o subjetiva)⁹⁹.

f) *Algunas conclusiones. Límites constitucionales al ejercicio de casación positiva «contra reo»*

Para cerrar este apartado, que se hizo algo extenso, pienso que conviene presentar, muy esquemáticamente, algunas conclusiones que es posible extraer de lo expuesto.

Los ordenamientos procesales, nacionales y foráneos, suelen otorgar a la parte acusadora facultades para impugnar una sentencia absolutoria y ello habilita, consecuentemente, la competencia del tribunal del recurso para analizar las quejas de la acusación sobre la valoración probatoria del tribunal de mérito, con mayor o menor amplitud según el diseño del sistema de medios de impugnación de que se trate. No obstante ello, es imprescindible destacar que existe una brecha sustancial entre considerar arbitraria, inmotivada o irracional una absolución (control de motivación) y, en consecuencia, anularla y considerar —yendo más allá— que la irracionalidad del fallo de mérito puede convertirse, sin asegurar el complejo de garantías analizadas, en una primera sentencia de condena que afirma, con certeza, la existencia y el modo de ocurrencia de determinados hechos y la culpabilidad del acusado.

Las posibilidades que abre al tribunal revisor un recurso triunfante del órgano acusador —por ejemplo, por "arbitrariedad" de la valoración probatoria— no pueden ser vistas como un reflejo de las que derivarían de un recurso, aun por la misma causal, del condenado. El tribunal de control puede absolver, aun sin llevar a cabo juicio propiamente dicho, a consecuencia de una impugnación triunfante del inculgado¹⁰⁰. En cambio, por imperio de la máxima constitucional *in dubio pro reo* y

⁹⁹ Cfr. Alcácer Guirao (*El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, p. 145). Luego comenta la influencia de esta doctrina en la configuración del recurso de casación —de acuerdo a la legislación procesal española— con consideraciones que resultan extensibles a nuestro ámbito (ps. 145 y 146).

¹⁰⁰ Esto no significa, por supuesto, que el tribunal del recurso, cuando advierte el acierto de las críticas del condenado contra la sentencia *deba* absolver en la instancia. De adverso, el recur-

de la garantía de defensa contradictoria, no puede transformar, sin juicio previo, una absolución en condena (o una condena en otra condena distinta, más grave)¹⁰¹.

De este modo, queda excluida la posibilidad de "casación positiva", al menos mientras el órgano a cargo de la revisión no esté en condiciones de (o no esté dispuesto a) garantizar, en audiencia pública, el derecho a ser oído y a producir evidencia del acusado, en los términos en los que lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Europeo analizada.

La otra opción del tribunal del recurso, en este grupo de casos, es aquella que comúnmente se emplea: ese órgano está habilitado a ejercer un escrutinio que permita verificar o descartar la arbitrariedad manifiesta¹⁰² que alegue la acusación en su impugnación, pero no más que a esto. Cuando se corrobore la arbitrariedad alegada, corresponderá reenviar el caso a un tribunal encargado de dictar otra sentencia, lo cual implica, en los casos analizados, la realización de un nuevo juicio.

Ciertamente, podría considerarse que esta última alternativa distorsiona también el sistema de garantías del acusado en un proceso penal, de cara a las amplias derivaciones que un sector de la doctrina y de la jurisprudencia nacional han extraído de la regla constitucional *ne bis in idem*. Definir, con argumentos suficientes, los alcances de esa garantía, como adelanté en la introducción, queda por fuera de los márgenes de este trabajo. Sin perjuicio de esta afirmación, en el apartado siguiente-

so triunfante del condenado puede conducirlo a un nuevo juicio. Esto dependerá de la causal o motivo de la impugnación y de las particularidades del asunto. Maier, que ve en el derecho al recurso del condenado "el derecho de provocar un nuevo examen de la sentencia de mérito y, eventualmente, por ese medio, conseguir un nuevo juicio", reconoce que "hay casos (...) en los cuales la corrección es posible sin reenvío" (*¿Es la inmediación una condición de la condena penal?*, p. 18). Y, tras reconocer que la absolución constituye el "paradigma casi exclusivo y típico de la casación sin reenvío", ejemplifica de este modo: "si el recurso verifica con tal certeza que la condena es injusta, bien porque no corresponde conforme al derecho vigente (por ejemplo, atipicidad del comportamiento sometido a examen), bien porque el fundamento real del caso cae abruptamente (falsedad absoluta de las fuentes de información), y conduce sin duda a la absolución, entonces es posible para el tribunal que examina el recurso decidir directamente y así evitar el nuevo juicio" (p. 19).

¹⁰¹ Así, claro, Langevin (*El derecho al recurso en los procesos penales*, p. 77), con cita de Alcácer Guirao (*El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, ps. 145 y 146).

¹⁰² Aunque la cuestión depende, en sustancia, de lo que establezca cada ordenamiento procesal, pienso que el escrutinio debiera ceñirse exclusivamente a estos casos. A favor de esta postura, cabe argumentar que, cuando la cuestión parezca discutible, debería operar el principio *in dubio pro reo* como cláusula de cierre. Ciertamente, por otro lado, que la categoría de "arbitrariedad" presenta una indeterminación difícil de subsanar. Frente a este problema, que reconozco, cabría señalar, como principio regulador, que no debería "magnificarse" el alcance de la arbitrariedad, lo que equivale a reafirmar el carácter restrictivo con el cual la procedencia de una impugnación bajo dicha causal debería ser interpretada.

te haré alguna precisión sobre los alcances de jurisprudencia de la Corte Suprema vinculada a la relación entre *ne bis in idem* y juicios de reenvío, indispensables para examinar la coherencia del sistema de medios de impugnación del Código Procesal Penal de la Nación sancionado a través de la ley 27.063.

§ 4. El diseño del sistema de impugnación. Breve análisis del nuevo CPPN (ley 27.063)

Si negar a los acusadores toda facultad de impugnar la sentencia absolutoria, o restringirla a casos excepcionalísimos¹⁰³ no parece una alternativa posible, ni siquiera como horizonte¹⁰⁴; una propuesta para alcanzar un sistema coherente de medios de impugnación de sentencias requiere, a mi ver, la conjunción de dos factores: la asimetría de las facultades recursivas de los acusadores, de modo tal que, por regla, se excluya su impugnación de los hechos establecidos en la sentencia de

¹⁰³ Maier deja a salvo los supuestos en los que el acusado logró la sentencia favorable "... por coacción, exacción o promesa remuneratoria ejercidas sobre quien juzga, o sobre una fuente de información tal que torne falso el conocimiento ingresado al juicio, o mediante prevaricato de alguno de los integrantes del tribunal de mérito o cohecho de ellos o, en fin, mediante falsificación dolosa de un documento incorporado en él, esto es, dicho de manera general, mediante un delito doloso y grave, cometido por el [acusado] o por terceros que pretenden encubrirlo ..." (*¿Es la intermediación una condición de la condena penal?*, ps. 17 y 18). También señala que ese "parece ser el baremo de la legislación internacional" (p. 18), con cita del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art. 120).

A la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, sin embargo, casos como los que cita Maier, pueden llegar a constituir bastante más que el fundamento para admitir, apenas, un recurso de la acusación que pueda derivar en un juicio de reenvío (cuestión al margen del alcance del art. 8º.4 de la CADH, cfr. "Mohamed v. Argentina", cit. *supra*, párrs. 120-126). El entorpecimiento de la investigación judicial a través de la comisión de "delitos dolosos y graves", en casos de graves violaciones de derechos humanos, y aunque exista sentencia judicial absolutoria firme, puede configurar, en determinadas circunstancias, un cuadro de situación que permita fundar, yendo mucho más lejos, la existencia de *cosa juzgada fraudulenta*, categoría que emplea el tribunal interamericano, y que neutraliza la protección del citado art. 8º.4 de la Convención. Así, de modo particularmente claro, Corte IDH, "Gutiérrez y Familia v. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, sent. del 25/11/13, Serie C, nº 271, párrs. 17, 19, 25, 93/131, 151/154 y punto resolutivo 6º; especialmente, párrs. 128/131, en los cuales la Corte IDH expone, sintéticamente, los argumentos por los cuales "no resulta aplicable en el [se] específico caso lo dispuesto en el art. 8º.4 de la Convención", que extiende a la inaplicabilidad de las reglas de derecho interno sobre prescripción de la acción penal.

¹⁰⁴ Herbel señala: "Si bien la asimetría del recurso es una consecuencia del modelo constitucional, la prohibición del recurso del acusador es una opción plausible, pero no obligatoria. El jurista debe operar con la realidad, y lo cierto es que inmunizar las decisiones judiciales favorables al imputado de todo control, sea cual fuere el error incurrido en el fallo, arriesga la destrucción del propio sistema de garantías, si por sus consecuencias disvaliosas termina por deslegitimarse frente a la sociedad" (*Derecho del imputado a revisar su condena*, p. 620).

juicio, aunada a la fijación de un alcance más restringido o de una definición más clara de la regla que proscribe los llamados juicios de reenvío, que se ha derivado de la garantía contra la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*)¹⁰⁵⁻¹⁰⁶.

Cabría admitir, así, la realización de esos juicios de reenvío, sin observar en ellos un *ne bis in idem* prohibido, al menos en un universo de casos excepcional, que habría que precisar todavía, pero que debería nuclear, básicamente, los supuestos de arbitrariedad manifiesta de la sentencia del tribunal de juicio (v. gr., por absurdo notorio en la valoración probatoria¹⁰⁷, por denegación arbitraria de pruebas de innegable importancia¹⁰⁸) y excluir, en cambio, los casos en los que la absolución se explica a raíz de una defectuosa actuación del Ministerio Público o de la acusación privada (v. gr., errores en la presentación del caso, insuficiencia de la evidencia reu-

¹⁰⁵ Sobre los muchos trabajos doctrinarios que, con posiciones disímiles, vinculan *ne bis in idem* y juicios de reenvío, véase nota 5. Aquí solo puedo poner de relieve que las ideas sobre el asunto son de lo más variadas y pueden despertar la perplejidad, ciertamente justificada, de quien se acerca por vez primera a la discusión. Por un lado, porque la jurisprudencia de la CSJN, cuyo alcance buscan desentrañar muchas de esas teorizaciones, ha dependido, en buena medida, de la distinción, no siempre clara, entre los casos en los que se constatan "vicios esenciales" del procedimiento, para cuya subsanación sería legítimo retrotraer el proceso a etapas superadas, y los casos en los que, de adverso, no se verifica una afectación significativa de alguna de las etapas del "juicio previo" (acusación, defensa, prueba, sentencia), supuestos en los cuales reeditar los actos procesales "válidamente cumplidos" implicaría afectar los principios de preclusión y progresividad (un repaso bastante claro del asunto, en el dictamen de la Procuración General de la Nación que antecede a CSJN-Fallos, 334:1882, "Kang", sent. del 27/12/11). Por el otro, porque incluso partiendo de los mismos argumentos de fondo sobre la razón de ser de la garantía, se le han conferido alcances notoriamente dispares. Hay quienes no ven en los juicios de reenvío ningún obstáculo de orden constitucional porque, más que un *double jeopardy*, se trataría de un *continuing jeopardy*; hay quienes encuentran un escollo cuando el nuevo juicio se desencadena a raíz de la impugnación del órgano acusador, pero no cuando es la consecuencia de un recurso triunfante de la defensa que logra la anulación de la sentencia de condena; hay quienes ven también en este último grupo de casos un problema, si el acusado fue ajeno al error que denunció en su impugnación exitosa; hay quienes proponen que admitir un recurso del Ministerio Público significa dar al Estado más de una oportunidad para poner en riesgo de condena al acusado y ello basta para tener por configurada la afectación de la garantía, aunque no se celebre un juicio de reenvío; en fin, hay tantas posiciones distintas que cuesta sistematizarlas.

No identifico a los autores citados (*supra*, nota 5) con cada una de estas posiciones porque aquí he presentado tan solo algunas, de modo demasiado simplificado y esquemático, lo que no siempre condice con la complejidad de sus respectivos trabajos.

¹⁰⁶ De modo similar, véase Herbel (*Derecho del imputado a revisar su condena*, 2013, ps. 617-629).

¹⁰⁷ Para un ejemplo claro de "arbitrariedad manifiesta", véase el dictamen de la Procuración General de la Nación en "Luzarreta" (cit. *supra*).

¹⁰⁸ Así, de acuerdo a los antecedentes que sintetiza el dictamen de la PGN, el caso resuelto en CSJN-Fallos, 334:1882, cit. *supra*.

nida, etcétera)¹⁰⁹, o que encierran una discusión sobre el mérito de la evidencia que queda cubierta con la regla constitucional *favor rei*.

Una solución de este tenor es la que adopta —aun cuando algún aspecto no quede claro y otros sean susceptibles de críticas¹¹⁰— el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (cfr. arts. 311, 312, 316 y 317, *in fine*). En efecto, la casación positiva *contra reo* por errónea aplicación de la ley (art. 312.b) no genera problemas constitucionales, siempre que se asegure al imputado el doble conforme (art. 316, *in fine*). Por regla, los acusadores no pueden instar la revisión *contra reo* de los hechos sobre la base de una diferente valoración probatoria (art. 312), aunque —en lo que interesa— quedan a salvo las hipótesis de arbitrariedad manifiesta (art. 312.c) y el supuesto poco claro de “... *inobservancia a la tutela judicial de la víctima...*” (art. 312.a), que en buena medida pareciera fundirse con el de arbitrariedad¹¹¹ (art. 312.c).

Constatado alguno de estos supuestos y triunfante el recurso acusador, no cabe sino el reenvío a nuevo juicio, si se trata de arbitrariedad en la valoración de la prueba y reconstrucción histórica del suceso (arts. 316, párr. 2º y 317, párr. 1º) imputable al tribunal de sentencia. Ahora bien, en este universo de casos, acotado por definición, el reenvío es imprescindible, pero esto no conculcaría la garantía que veda la múltiple persecución penal si se la interpreta con el alcance del art. 317, *in fine*, que tendencialmente parece imponerse como regulación modelo¹¹². Esta

¹⁰⁹ Argumentos en esta línea, desde la óptica de un modelo acusatorio de enjuiciamiento, en el voto del juez Zaffaroni en “Sandoval” (CSJN, cit. *supra*; cfr. con su voto en CSJN-Fallos, 334:1882, cit. *supra*, en el cual remite a los fundamentos y conclusiones del dictamen del procurador general). En el consid. 24 del señalado caso, Zaffaroni argumenta que “el reconocimiento del carácter determinante de un nuevo peritaje no autorizaba a la parte querellante a solicitar la revocación del fallo absolutorio por la alegada omisión del tribunal de juicio [de ordenar, *motu proprio*, la realización de aquella prueba], dado que ello, en cualquier caso, implicaría extender en otros sujetos procesales la propia responsabilidad en la presentación del caso” (destacado agregado).

¹¹⁰ Como se señaló *supra* (nota 12), para un análisis crítico de esta regulación puede consultarse la obra de Pastor (*Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, ps. 105-119, especialmente ps. 110 y 111).

¹¹¹ En este sentido, analizando la legislación española y el control de la casación en ese ámbito, Alcácer Guirao se ocupa de la impugnación en casación basada “en el derecho a la tutela judicial del acusador”, bajo el cauce del art. 852, Ley de Enjuiciamiento Criminal española (*El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, ps. 133 y 138). Asimismo, como en la jurisprudencia del TS español, esa infracción a casos de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad que, de constatarse, solo habilitan al tribunal revisor a “devolver las actuaciones al órgano de primera instancia, sin que (...) pueda por ese cauce, a partir de una nueva valoración de la prueba, dictar una sentencia condenatoria” (p. 138).

¹¹² Cfr., también, CPP CABA (ley 2303/07), art. 286: “... Al resolver sobre un recurso interpuesto contra una sentencia, el Tribunal podrá confirmar la absolución, pero si ella imputado la hubie-

disposición tiene la ventaja de encontrarse equidistante de las posiciones más restrictivas —derivadas de los arts. 8º.4 de la CADH y 14.7 del PIDCP, en las condiciones de su vigencia¹¹³— y de las más amplias, tomadas de la jurisprudencia norteamericana, que han seguido algunos jueces de nuestra Corte Suprema¹¹⁴ y parte de la doctrina, pero que parecen de difícil inserción en un modelo de enjuiciamiento criminal que, como el nuestro, ha recogido la tradición continental europea y —salvo algunas excepciones locales— dista mucho del sistema anglosajón de juicio por jurados¹¹⁵⁻¹¹⁶.

Esta alternativa, como señalé antes, no encuentra escollos en las cláusulas de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, ni en los estándares que de ellas han derivado los organismos encargados de su aplicación y control. Tampoco observo obstáculos de orden constitucional que impidan aceptarla. En este

ra sido absuelto en el juicio la Cámara no podrá dictar una sentencia condenatoria motivada en una diferente apreciación de los hechos.

Si el Tribunal entendiera que la sentencia recurrida se apartó de los hechos probados y el derecho aplicable, anulará el fallo y ordenará que se realice un nuevo debate. En tal caso remitirá las actuaciones a la jueza que siga en orden de turno al que dictó el fallo.

Si la nueva sentencia fuera absolutoria, no será recurrible por cuestiones de hecho y prueba”.

¹¹³ En este sentido, como señalé antes, Corte IDH, “Mohamed v. Argentina”, cit. *supra*, párrs. 120-126.

¹¹⁴ Cfr. CSJN, “Kang” y “Sandoval”, cit. *supra*, y sus antecedentes; véase Herbel (“Los límites impuestos por el ‘non bis in idem’ al recurso contra el imputado (implicancias del fallo ‘Sandoval’)”, ps. 187-201).

¹¹⁵ Este señalamiento, claro, nada dice acerca de las bondades de uno u otro sistema. Sólo me refiero a que, correcta o incorrectamente, nuestros sistemas de enjuiciamiento, a nivel federal (más allá de la simple mención a los “tribunales de jurados”, de los arts. 52, inc. c y 249 del CPPN introducido por la ley 27.063) y, mayormente, también en las jurisdicciones provinciales, no han implementado el juicio por jurados.

¹¹⁶ Herbel (*Derecho del imputado a revisar su condena*, ps. 627 y 628), toma en cuenta que “el carácter —en principio— irrevisable de la valoración probatoria que por íntima convicción realiza el jurado en su veredicto”, y lo distingue de nuestro sistema con la afirmación de que “las garantías del imputado en nuestro debido proceso constitucional, comprenden el derecho a conocer las razones de su condena [cita omitida] y a criticarla ante otra instancia [cita omitida]”. Pastor señala: “... en un sistema sin jurados y sin que se haya aceptado todavía la inconstitucionalidad del recurso acusatorio por otras razones, cuesta mucho encontrar argumentos valederos para defender a ‘Kang’ [se refiere al ‘primer Kang’, esto es, al precedente publicado en CSJN-Fallos, 330:2265, sent. del 15/5/07]” (“¿Nuevas tareas para el principio *ne bis in idem*?”, p. 506).

Tal como se expuso *supra*, que el acusado, en tales supuestos excepcionales deba soportar un segundo juicio —en el cual, si es nuevamente absuelto, no cabe “impugnación alguna” (art. 317, *in fine*)—, no quiere decir, en mi opinión, que los acusadores puedan invocar su propia torpeza en la presentación del caso para impugnar la primera sentencia absolutoria. Por el contrario, en estos casos, no cabría admitir la impugnación —véase De Luca (“Recurso fiscal contra absoluciones y nuevo debate”); CSJN, “Sandoval”, cit. *supra*, voto del juez Zaffaroni, consid. 22-24—.

último sentido, no creo que pueda afirmarse que existe, o que haya existido alguna vez, una regla jurisprudencial nítida de la Corte Suprema que proscriba los juicios de reenvío en casos de recursos triunfantes por arbitrariedad manifiesta en la apreciación de la evidencia de la sentencia absolutoria¹¹⁷, ni creo tampoco que aquellos jueces que sí optaron por conferir al *ne bis in idem* un alcance tal hayan presentado argumentos definitorios a favor de la irrevocabilidad absoluta de sentencias irracionales¹¹⁸.

¹¹⁷ En este sentido, creo que acierta De Luca ("Recurso fiscal contra absoluciones y nuevo debate", p. 188), con cita de Fernández (*Alcance del ne bis in idem y facultad del fiscal para recurrir una sentencia absolutoria*), cuando, al comentar el fallo "Kang" (CSJN-Fallos, 334:1882, cit. *supra*) pone de relieve que "[p]ara evitar malentendidos, debe tenerse en cuenta que no existe doctrina afirmada de la Corte (...) sino tan solo la opinión de tres de sus jueces", en referencia a Fayt, Petracchi y Lorenzetti, que—en tal pronunciamiento—votaron por la desestimación del recurso extraordinario del Ministerio Público, por falta de fundamentación suficiente, y con remisión a los fundamentos de "Sandoval" (cit. *supra*). A su vez, Barbieri Prats se pregunta "cuál sería la postura de la Corte con la composición actual, dado que en 'Sandoval' la mayoría fue conformada, de los jueces que aún se encuentran en funciones, solo por (...) Lorenzetti y Fayt ..." ("Algunos problemas en torno al recurso como garantía y el sistema impugnativo bilateral", p. 176, nota 41).

Sin perjuicio de ello, creo que son definitorios los argumentos de Pastor para defender la idea de que el *ne bis in idem*, tal como ha sido empleado en la jurisprudencia de la CSJN, nunca ha sido un principio idóneo para impedir que el acusado sea juzgado nuevamente en un mismo proceso ("¿Nuevas tareas para el principio *ne bis in idem*?", ps. 505-507).

¹¹⁸ Por eso no creo que haya sido correcta, en cuanto respecta a este punto, la decisión de Lorenzetti, Fayt y Petracchi, en "Kang" (CSJN-Fallos, 334:1882, cit. *supra*) que atribuyeron a la queja de la Procuración General de la Nación falta de fundamentación, con este señalamiento: "el Ministerio Público se ha limitado a expresar su discrepancia con la interpretación de la garantía del *non bis in idem* postulada por el *a quo*, extendiéndose en consideraciones relativas a las facultades y función de los recursos interpuestos por el fiscal, pero sin refutar el argumento central del fallo, referido a la inadmisibilidad de que los errores procesales producidos en el caso recaigan sobre el imputado que no los produjo" (consid. 4º). Pienso que es atendible, en cambio, el segundo de los argumentos, relacionado con la falta de fundamentación de la Procuración General de la Nación acerca de "cómo sería posible compatibilizar la solución del reenvío reclamada con el derecho a obtener un pronunciamiento definitivo dentro de un plazo razonable", siempre que el fallo impugnado se hubiera fundado, también, en la afectación de ese derecho, que causaría el reenvío a nuevo juicio. Pero en cuanto a lo primero, creo que el alcance de las funciones del Ministerio Público Fiscal y, particularmente, de la facultad que el ordenamiento procesal le confiere para impugnar sentencias arbitrarias, se encuentra tan estrechamente vinculado al problema de los juicios de reenvío, que cualquier interpretación sobre esta cuestión debe atender suficientemente a la incidencia sobre aquella. Cabe reiterar que, en determinados casos, el recurso triunfante de la acusación determina, *necesariamente*, la realización de un nuevo juicio. Así lo advirtieron, de hecho, Petracchi y Bossert en su disidencia en "Alvarado" (cit. *supra*, consid. 5-7), oportunidad en la cual, en efecto, se preguntaron: "¿Es posible—a la luz de nuestro derecho federal—que, en un caso como el de autos, en el que es el acusador público quien requiere la revocación de la sentencia absolutoria, se someta al imputado a un nuevo juicio íntegro cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes? Pues, si la respuesta fuese negativa, el propio objeto del recurso interpuesto no sería válido ...". Si se admiten esas premisas, se hace evidente la relevancia de "las conside-

Pienso que prohibir los juicios de reenvío en tales casos, implica al mismo tiempo otorgar a la garantía de *ne bis in idem* un alcance algo desmedido, e inclinarse por una de dos alternativas igualmente cuestionables: admitir la posibilidad de que, para evitar el reenvío, el órgano revisor condene *in extremis*, sin asegurar principios y garantías elementales, opción que el Tribunal Europeo ha censurado, o bien vedar *a priori* la facultad que la mayoría de los ordenamientos procesales locales y foráneos confieren¹¹⁹ al órgano acusador—el Ministerio Público o la víctima aparente admitida como parte en el proceso—de impugnar sentencias absolutorias que se basen en una apreciación de los hechos absurda, arbitraria o irracional.

Creo que no sobra aclarar que no ver en tales casos un *ne bis in idem* prohibido, no significa (al menos no necesariamente, y no en mi caso) defender una concepción de paridad entre las facultades recursivas del acusado y las del acusador, público o privado. En relación a la impugnación de una condena, el derecho internacional de los derechos humanos impone al Estado el deber de garantizar un recurso ordinario, accesible, eficaz, que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido, que respete las garantías procesales mínimas y que esté al alcance de toda persona condenada, tal como vimos más arriba. En cambio, existe un amplio margen de apreciación estatal para regular, por vía de la legislación procesal, distintas restricciones o limitaciones a las facultades de impugnación de sentencias por parte de la acusación. Así, creo que es correcto negar por vía de principio la facultad de cuestionar los hechos probados o la apreciación de la evidencia, aunque sin descar-

raciones" de la Procuración General de la Nación sobre "las facultades y función de los recursos interpuestos por el fiscal", en "Kang", pues no parece un argumento desdeñable el de reivindicar una facultad procesal que la ley confiere y que, no obstante, ha sido censurada sin previa declaración de inconstitucionalidad. Es en este sentido que el procurador general señaló que el fallo de la casación, "aun cuando no cuestionó en sí la capacidad del acusador para impugnar, impidió la nueva realización de un juicio en el que se habían verificado vicios esenciales que impidieron por su naturaleza el desarrollo del proceso en la forma que asegura la Constitución Nacional [y, en esa medida] vació de contenido la facultad otorgada a este órgano del Estado para cumplir con aquel cometido. Ello pues (...) no se entiende qué sentido tendría el ejercicio de tal derecho (reconocido por la mayoría del Tribunal en 'Arce', CSJN-Fallos, 320:2145) si no es para sanear el defecto que generó la nulidad, de modo de recomponer el debido proceso legal, de acuerdo con la solución establecida en el art. 471 del CPPN". De ese modo, el entonces Procurador General expresó, correctamente a mi juicio, que la casación se había "limitado a invocar la transgresión al mandato que impide la múltiple persecución penal, sin analizarlo en relación con [las funciones constitucionalmente confiadas al Ministerio Público Fiscal, de controlar la racionalidad de la sentencia—en tanto acto de gobierno—y promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses de la sociedad] y los requisitos que, con igual base constitucional, debe reunir toda decisión judicial para ser considerada tal".

¹¹⁹ Al menos todos aquellos que no han implementado todavía el sistema de juicio por jurados. En estos casos, dadas las diferencias sustanciales que presentan en relación al sistema de jueces profesionales, las discusiones también giran sobre otros ejes.

tar de plano la posibilidad de que en supuestos excepcionales, entre los que incluso los de arbitrariedad manifiesta, la ley procesal habilite a la acusación a impugnar una decisión judicial que se presente a sus ojos, más que como un acto republicano, como un capricho del juzgador. A mi ver, si esta opción legal se reconoce, ha de reconocerse también, como derivación necesaria, la legitimidad del juicio de reenvío, indispensable para el dictado de una nueva sentencia, cuando falta en el caso una reconstrucción histórica que haya adquirido estabilidad.

La posición que propongo, claro, tampoco importa abandonar la posibilidad de poner límites, incluso en tales casos excepcionales, cuando ello resulte necesario para preservar otras garantías del acusado; sobre todo, el derecho de éste de ser juzgado en un plazo razonable¹²⁰, aunque sí implica reconocer, como expuse, que un límite tal no se deriva de la máxima constitucional *ne bis in idem*, cuyo ámbito de operatividad no alcanzaría a los señalados supuestos.

¹²⁰ Pastor señala, en este orden de ideas, que si bien "[l]a incomodidad de la anulación de una absolución con reenvío a nuevo juicio no puede ser alejada satisfactoriamente por la prohibición en análisis [se refiere al *ne bis in idem*] ni por la proscripción *contra legem* del recurso acusatorio" ("*¿Nuevas tareas para el principio *ne bis in idem*?*", p. 507), "una forma apropiada de tratar la cuestión debatida es el conectarla con el derecho del acusado a ser juzgado dentro de un plazo razonable" (p. 510). El mismo autor cita, en ese sentido, a Ottaviano, quien reconoce que lo decisivo es la violación del plazo razonable y señala que "es perfectamente posible que el recurso del fiscal se interponga y se tramite antes de que la duración del proceso, globalmente considerada, llegue a ser irrazonable" (p. 294).

El juicio por jurados y la audiencia de «voir dire»

Héctor M. Granillo Fernández * - María Justina Granillo Fernández **

§ 1. Introducción

El juicio por jurados ya es una realidad en la República Argentina. Quedaron atrás aquellos debates en los que se discutía acerca de la conveniencia o no de su implementación, de las dudas, de los miedos, de las hipótesis negativas. Hay juicio por jurados en Córdoba y en Neuquén como también en Río Negro (cuya entrada en vigencia está prevista para el 2017) y hoy es una realidad que hemos comenzado a saborear desde principios de 2015 en la Provincia de Buenos Aires donde, hasta el momento, se han celebrado ya alrededor de una docena de juicios. En un futuro inmediato se sumarán las leyes de puesta en escena del juicio por jurados que tratan las legislaturas locales de Chaco, La Rioja y Chubut, entre otras tantas que, en su conjunto, autorizan a afirmar que el modelo constitucional ha despertado y se extiende, sin pausa, a lo largo y a lo ancho de la Nación¹.

* Presidente de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ). Vicepresidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro activo del INECIP, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP) y de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal (AAPDPP). Profesor Ordinario de Derecho Procesal Penal de la U.N.L.P. y de posgrado en la U.N. Rosario y en la U.N. del Litoral. Ex-Defensor Oficial en lo Penal y ex-Secretario de primera instancia en el mismo fuero. Director del Instituto de Derecho Procesal Penal del C.A.L.P. Conjuez de la S.C.B.A. y de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Coautor de la ley 14.543 sobre juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires (BO, 27/9/13). Presidente de congresos internacionales y nacionales. Becario de Naciones Unidas en Tokio, Japón (1990), y de la Universidad de Poitiers, Francia (1998). Coautor del *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Anotado y concordado*, La Ley, 2009, con prólogo de Alberto Binder. Autor de *Juicio por jurados*, Rubinzal-Culzoni, 2013, con prólogo de Ángela E. Ledesma. Autor de trabajos y publicaciones, conferencista, disertante y panelista.

** Abogada de la Universidad Nacional La Plata, actualmente trabajando en estudio jurídico particular "Granillo Fernández" y cursando 2º año de la Maestría de Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario. Expanante en National Jury Project, ciudad de San Francisco (2015) y becada de la Universidad de Poitiers, Francia (2011).

¹ Ley de Juicio por Jurados de la provincia de Río Negro, con entrada en vigencia el 1º de enero de 2018; ley 7661 de la provincia del Chaco, de Juicio Penal por Jurados; proyectos de ley en