



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRIA

RECURSO FISCAL CONTRA LA SENTENCIA

Laura Rousselle

Tesista

Dra. María Belén Salido

Directora

Mendoza – 2021



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

RECURSO FISCAL CONTRA LA SENTENCIA

MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Laura Rousselle

Tesista

Dra. María Belén Salido

Directora

Mendoza - 2021

A María Belén Salido, quien no sólo dirigió con tanta dedicación esta tarea, sino que me acompañó y alentó como una gran amiga en el camino recorrido;

A mi compañero Lucas Lecour, por las innumerables charlas que tuvimos que me permitieron enriquecer mi trabajo y por todo el apoyo brindado para poder llevar adelante esta ardua tarea y combinarla armoniosamente con mi rol de madre y magistrada;

A mis hijos Martina y Joaquín, que supieron entender algunas ausencias y me acompañaron con el cariño desinteresado de siempre.

INDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I.....	8
EL RECURSO DEL ACUSADOR POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA	8
“Nuevas” tendencias en torno a la facultad recursiva del Ministerio Público Fiscal.....	8
La postura de Julio Maier	8
La postura de Díaz Cantón.....	12
La postura de Daniel Pastor	17
El recurso fiscal en la jurisprudencia Nacional y de la Provincia de Mendoza	18
Alvarado (CSJN 1998).....	19
Polak (CSJN 1998).....	20
Lagos Rodas (CNCP 2009)	22
Sandoval (CSJN 2010).....	23
Montevidoni (CNCP 2011).....	24
Fallo Kang (CSJN 2011).....	25
Rosales Hegler y Cáceres Molina (SCJMza 2011)	27
Avalos y Porcario Sarmiento (SCJMza 2012)	29
Ahumada Núñez (SCJMza 2016).....	30
Tur Pizarro (SCJMza 2019).....	32
Disidencia del Dr. Yanzón en Porcario Sarmiento y Avalos Díaz (Ex Segunda Cámara del Crimen 2011)	34
Delaguarda Torres (Ex Tercera Cámara del Crimen 2011)	35
Delaguarda Torres (SCJMza 2013).....	36
Algunos interrogantes que es necesario plantearse.....	38
CAPÍTULO 2.....	40
PREVISIÓN NORMATIVA DEL RECURSO FISCAL CONTRA LA SENTENCIA	40
El recurso fiscal en los procesos ante jueces técnicos.....	40
El recurso del Fiscal en los Juicios por Jurados.....	41
Regulación del Recurso Fiscal en las diferentes legislaciones de Juicio por Jurados.....	46
CAPÍTULO 3.....	51
FUNDAMENTOS DEL MANTENIMIENTO DE LA FACULTAD RECURSIVA DEL MINISTERIO PUBLICO FISCAL.....	51
El déficit de legitimidad del sistema de justicia como fundamento de la necesidad del recurso acusador.....	51

El error de invocar la igualdad de armas como fundamento	58
Rol del MPF como custodio de legalidad y representante de los intereses de la sociedad.....	61
¿Entonces cuál es la posición jurídica del MPF?	62
La necesaria separación de las funciones de acusar y juzgar como fundamento del recurso del MPF.....	65
Entonces es un deber y no un derecho para el MPF	68
Necesidad de evitar la responsabilidad internacional del estado por cosa juzgada írrita.....	72
Necesidad de evitar que se configure una cosa juzgada írrita o fraudulenta.....	75
CAPÍTULO 4.....	80
LIMITES AL RECURSO DEL ACUSADOR	80
Cuestiones de hecho y de derecho	80
Limitaciones objetivas a la facultad recursiva del Acusador.....	86
Objeciones constitucionales a los límites objetivos	89
Nuestra propuesta	93
Otras formas de ponerle límite: Control de razonabilidad.....	100
CAPÍTULO 5.....	103
PROBLEMAS QUE GENERA EL RECURSO DEL ACUSADOR Y SUS POSIBLES SOLUCIONES.....	103
Casación Directa.....	103
Posibles soluciones para garantizar la doble instancia	106
Problemas que genera el reenvío. Garantía que prohíbe la persecución penal múltiple	112
Tesis positivas.....	113
Tesis negativas	119
Tesis Intermedia	123
Posibles soluciones al problema de la persecución penal múltiple.....	124
Algunos ejemplos nacionales.....	134
CONCLUSIONES FINALES	137
Bibliografía	142

Abreviaturas

Art./s	Artículo/s
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CN	Constitución Nacional
CNCP	Cámara Nacional de Casación Penal
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal Argentino
CPP	Código Procesal Penal
CPPN	Código Procesal Penal de la Nación
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
Dr./a.	Doctor/a
Ed.	Editorial
INECIP	Instituto de Estudio Comparado de Ciencias Penales y Sociales
MPF	Ministerio Público Fiscal
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Ob. Cit.	Obra citada
Pág.	Página
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
SCJMza	Suprema Corte de Justicia de Mendoza
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

RECURSO FISCAL CONTRA LA SENTENCIA

INTRODUCCIÓN

A diario, nos encontramos con sólidas críticas a la facultad recursiva del acusador, que, al menos para quienes tenemos la necesidad de interpelarnos constantemente, con el auténtico propósito de mejorar el servicio de justicia del que somos parte, nos imponen la necesidad de atenderlas, hacernos cargo de las mismas y trabajar para encontrar una solución, especialmente cuando dichas críticas están vinculadas a la vulneración de garantías constitucionales.

Ese escenario, que se ha extendido a lo largo de los años, en el que, por un lado, se sostiene firmemente que el recurso del acusador es incompatible con la garantía constitucional que prohíbe la persecución penal múltiple y la de ser juzgado en un plazo razonable, pero, al mismo tiempo, se continúa concediendo a este la facultad recursiva, aún en las legislaciones recientemente reformadas, es lo que me impulsó a desarrollar el presente trabajo de investigación.

El primer objetivo, fue repasar las posturas doctrinales y jurisprudenciales que se han pronunciado en contra de la facultad recursiva, con el propósito de dilucidar cuáles son los verdaderos motivos que subyacen a las mismas, procurando definir puntos en común y aquellos que las distinguen entre sí. En especial en la jurisprudencia, ya que, a nivel nacional se muestra –en general- adversa a dicha facultad, pero absolutamente heterogénea en cuanto a los motivos invocados, mientras que la jurisprudencia de nuestra SCJMza, se aleja de la doctrina sostenida por la CSJN, valiéndose de esa falta de coherencia y sistematicidad señalada.

Del mismo modo, se intenta aquí someter a una exhaustiva crítica aquellas posturas que defienden la legitimidad del recurso del acusador, las que intuitivamente siempre avalé, para

de ese modo concluir si resulta posible y compatible, con las garantías constitucionales que están en juego, sostener la vigencia de dicha facultad, y, en caso de que así fuera, analizar si se debe apoyar tal afirmación en las tesis ya existentes o, antes bien, ensayarse un desarrollo teórico nuevo.

Por último, y de la misma manera en que se asumen aquí las críticas al recurso acusador, este trabajo tiene como segundo objetivo, desarrollar cada uno de los problemas que trae aparejado el ejercicio de dicha facultad, para luego ensayar una propuesta de solución a los mismos, que resulte practicable y respetuosa de las garantías constitucionales de doble instancia y *ne bis in ídem*, valiéndonos para ello de interesantes aportes de la doctrina y jurisprudencia local, nacional e internacional.

CAPÍTULO I

EL RECURSO DEL ACUSADOR POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

En el presente capítulo pretendo efectuar un repaso por las diferentes posturas doctrinarias en torno al tema, para intentar dilucidar cuál es la postura que prevalece, si es aquella que entiende que el Fiscal puede tener recurso contra la sentencia absolutoria o bien debe ser despojado de tal poder.

Del mismo modo, éste apartado, tiene por objeto efectuar un análisis razonado y sistemático de la jurisprudencia de la CSJN y la SCJMza a fin de desentrañar si efectivamente los Tribunales Superiores se han pronunciado sobre este punto acordándole tal poder a los representantes del MPF o bien vedando a éstos el mismo.

“Nuevas” tendencias en torno a la facultad recursiva del Ministerio Público Fiscal

Desde hace ya varios años, se advierte entre los procesalistas más destacados, un apartamiento de las posturas tradicionalmente sostenidas por los “clásicos”, quienes no cuestionaban –o al menos no directamente- la facultad recursiva del Ministerio Público Fiscal. Es que, del repaso de estas “nuevas” posturas, fácilmente se advierte que, con diferentes matices, existe un consenso en el sentido de que debe ser vedada la posibilidad de recurrir la sentencia al Ministerio Público Fiscal. Todas estas construcciones doctrinarias, se encuentran vinculadas de alguna manera a la afirmación de que la facultad de recurrir la sentencia es inherente a la garantía del doble conforme que, constitucional y convencionalmente, sólo le corresponde al imputado que ha sido condenado y no al Ministerio Público Fiscal; o bien refieren a las consecuencias que trae aparejadas, para las garantías de *ne bis in ídem* y a ser juzgado en un plazo razonable, la procedencia del recurso, cuando éste tiene como motivo vicios en el procedimiento.

La postura de Julio Maier

Según la opinión del profesor Julio Maier, la cual ha dejado plasmada de manera invariable en diversos trabajos a lo largo de su carrera, existe una errada concepción del recurso contra la sentencia como una facultad bilateral que se le acuerda a todas las partes del proceso penal, incluyendo en ellas, y de aquí lo cuestionable desde su óptica, al acusador público. Tal desacierto, de acuerdo a su análisis viene dado por la permanencia y conservación de la tradición histórica del esquema o concepto recursivo que tenemos en nuestro país, el cual encuentra origen en la tradición continental europea.

El mencionado autor, propugna la concepción del recurso contra la sentencia como una garantía exclusiva del imputado que ha sido condenado, y que tiene como único fin someter a esa decisión judicial a una doble conformidad para su legítima ejecución. En esa línea de pensamiento, sostiene con absoluta convicción, que ese derecho al recurso que tiene el condenado, acordado convencionalmente, es incompatible con la facultad recursiva del acusador público, puesto que la aceptación de ésta última implica como una consecuencia tan ineludible como inaceptable, la privación del derecho al recurso del imputado.

En sus propias palabras, explica con absoluta claridad *“Los recursos de quienes intervienen en un procedimiento para evitar consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales- en pos de intentar demostrar su injusticia (agravio) y, de lograrlo, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso, transformada en otra de sentido contrario, modificada o reformada, o incluso, eliminada - fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del sistema judicial de la Inquisición. Eran, antes bien, instancias de control burocrático, que garantías de seguridad para los súbditos sometidos a una decisión de autoridad. Por supuesto, en este sistema, la posibilidad de impugnar la sentencia pertenece tanto a quien debe sufrir la condena como al acusador, a los órganos públicos que operaban en la persecución penal. El sistema así concebido llegó hasta nuestros días. En la administración de justicia penal, sobre todo, subsistente el sistema de persecución penal estatal, los recursos no significan -en especial el recurso contra la sentencia definitiva-, al menos en primer lugar, una garantía procesal a favor del imputado o del condenado sino, antes bien, un medio de control de tribunales superiores, del grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado.”*¹

¹ Julio Maier. Recurso del condenado contra una sentencia penal. ¿Una garantía Procesal? Página 407/408

Y luego expresa que, de acuerdo a ese análisis, son tres las circunstancias que conducen a esta apreciación básica: la organización judicial vertical, los recursos establecidos en forma de facultad bilateral de la mano de la posibilidad para el acusador de lograr una condena “*in extremis*” (esto es, ante el tribunal de mayor instancia) imposibilitando al condenado a expresar su disconformidad con esa condena y por último, la exclusión del jurado de enjuiciamiento, reemplazado por tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes, funcionarios estatales. De ese modo, señala tal escenario como una especie de ambiente que propicia arribar a la conclusión, desde su óptica errada, de que el acusador público debe tener derecho al recurso contra la sentencia.²

En abono de su postura Maier expresa que el derecho al recurso del condenado regulado y garantizado en las Convenciones Internacionales, más precisamente en la CADH (art. 8.2 h) y el PIDCP (art. 14.5) vinieron a producir una especie de transformación de la base política criminal del concepto de recurso.

En esa línea argumentativa, expresa que dicha transformación se manifiesta en tres sentidos: a) el recurso contra la sentencia de los tribunales se debe elaborar como una garantía procesal del condenado que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior y, al mismo tiempo, debe perder por completo su carácter de medio de control de los órganos judiciales superiores del estado sobre la tarea cumplida por los tribunales inferiores; b) el recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público (fiscal), para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de otros intervinientes distintos del condenado, deberá perder así su carácter bilateral -de ser facultad de todos los participantes- para transformarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, condición de la ejecución de la pena estatal; ello equivale a decir que sólo la condena penal dictada por un tribunal de juicio es recurrible y sólo lo es por el condenado: la absolución -salvo el caso de la aplicación de una medida de seguridad y corrección- y la condena no recurrida a favor del imputado quedan firmes por su solo pronunciamiento, y cualquier persecución posterior debe ser considerada un *bis in ídem*; c) el recurso de casación debe transformarse: se ampliará el ámbito de revisión del

² Ob. Cit. Pág. 409/410.

fallo hasta admitir la máxima posibilidad de crítica permitida por el carácter público y oral del debate que sostiene necesariamente -da fundamento formal y material- a la sentencia.³

Ante el interrogante de a quién corresponde el derecho al recurso contra la sentencia, responde categóricamente que la lectura conjunta de los textos internacionales disipa por completo toda duda de que sólo tiene derecho al recurso el condenado penalmente, y - en su caso- quien resulte absuelto y se disponga en la sentencia una medida de seguridad. Agrega en ese sentido y de manera absolutamente vehemente *“La CADH no se propuso, ni puede proponerse, conceder un recurso al Estado -esto es, a su representante o al órgano estatal competente para la persecución penal pública- para recurrir las sentencias -dictadas por los órganos, también estatales, encargados de administrar justicia- que, desde su óptica, considera injustas, en pos de una condena, cuando el imputado ha sido absuelto, o de una condena más grave, cuando ha sido condenado levemente, según la apreciación del Estado persecutor penal. Me parece claro que, en el párrafo la Convención Regional, no se propone - ni se puede proponer- “defender” al Estado sino, por el contrario, conceder una garantía a quien sufre la coacción estatal. La Convención se refiere, precisamente, a las garantías procesales frente a la acción y a la fuerza aplicada por el Estado. Interpretar estas garantías en perjuicio del garantizado, como naturalmente lo hacen nuestros tribunales en muchos fallos, incluida la Corte Suprema, representa una verdadera hipocresía.”*⁴

En pocas palabras, Maier considera que cualquier otra conclusión diferente caería en el error de desconocer que el sistema penal -salvo escasas excepciones- constituye toda una obra estatal contra una persona, en pos de aplicarle la fuerza pública, cuyo monopolio reside en el Estado.

Y luego apunta *“Conceder un recurso al acusador, en especial, al acusador público, contra la sentencia que no concede aquello que él pretendía de ella, significa, sin duda, una nueva instancia, que, en caso de transformar una absolución originaria en una condena, como lo pretende el acusador, será, sin duda, una condena “de primera instancia”, es decir, la primera condena que, en el procedimiento, soporta el recientemente condenado. Contra esa condena, no hay duda, entra en funcionamiento el “derecho al recurso”, su posibilidad de reclamar la prueba del “doble conforme”. Ello no sólo implica una tercera instancia ante un*

³ Ob. Cit. Pág. 410/411.

⁴ Ob. Cit. Pág. 412/413.

tribunal “más” superior aún, sino, antes bien, algo parecido a un regressus infinitum, pues, con la concepción bilateral del recurso, siempre es posible que el acusador, el Fiscal, recurra y consiga una condena ante el tribunal de última instancia.” ⁵

Lo que aquí se preocupa por señalar Maier, es la imposibilidad de otorgar al imputado un recurso contra esa “primera sentencia condenatoria” que tenga la amplitud que debe tener el recurso para satisfacer la garantía del doble conforme por haber sido emanada ésta del tribunal máximo. De ahí la incompatibilidad que señala entre el reconocimiento de la facultad de recurrir al Fiscal y la satisfacción de la garantía del doble conforme como se encuentra regulada en los tratados internacionales.

En ese orden de ideas, según lo sostenido por el profesor Maier, siendo una garantía del imputado la doble conformidad de la sentencia condenatoria, de ninguna manera debe aceptarse la posibilidad de que el Ministerio Público Fiscal tenga recurso contra la sentencia definitiva.

La postura de Díaz Cantón

Fernando Díaz Cantón, ha ido oscilando entre una y otra posición, intentando por momentos habilitar tal posibilidad recursiva, circunscribiéndola y limitándola a ciertos supuestos determinados, en el entendimiento de que no es posible vedar esa facultad al Ministerio Público Fiscal, pero, al mismo tiempo, y por ser el doble conforme una garantía del imputado, sostener que sólo éste puede casar la sentencia con los alcances del fallo Casal⁶ y su precedente de la Corte IDH Herrera Ulloa⁷, quedando el Ministerio Público Fiscal habilitado sólo para plantear cuestiones de derecho; para finalmente inclinarse por la postura que veda absolutamente el recurso contra la sentencia a esta parte.

El mencionado autor, en un primer momento, si bien refiriéndose al recurso de la víctima contra la sentencia absolutoria, sostenía que encontrándose habilitado el recurso del

⁵ Ob. Cit. Pág. 415/416.

⁶ “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa.” CSJN Causa n° 1681, C. 1757. XL. Año 2004

⁷ “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, Serie C N° 107. Corte IDH. 2 de julio de 2004

querellante contra la sentencia absolutoria, debía entonces preguntarse cuál sería el problema u obstáculo que podría presentarse. Para responder a ello, efectuó una distinción entre dos situaciones que pueden suscitarse, las cuales llevan aparejadas consecuencias diferentes. Por un lado, la casación que pretende la revisión integral de la sentencia extendiéndose la misma a cuestiones de derecho y de hecho y que en consecuencia implica el reenvío de la causa para un nuevo juzgamiento; y por otro aquella que sólo pretende la revisión de cuestiones de derecho en la que no se cuestiona la fijación de los hechos y que por lo tanto el tribunal superior puede dictar la nueva sentencia en forma directa y sin reenvío a nuevo juicio. Hecha esa distinción, Díaz Cantón, en su primera versión sostuvo que el recurso del Querellante debía limitarse solo a las cuestiones de derecho, es decir aquellas que no hacen necesario el reenvío a un nuevo juicio porque el querellante no cuestiona la fijación de los hechos y por lo tanto han quedado consolidados, firmes.⁸

Con posterioridad a ello, en oportunidad de exponer su ponencia en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la Provincia de Córdoba sostuvo con absoluta claridad y rigor científico que la finalidad primordial del derecho procesal es, en una simplificación acaso extrema, el logro de una acertada aplicación de la ley de fondo a unos hechos correctamente determinados, es decir, la corrección material de la sentencia condenatoria. Ese objetivo, procura evitar una condena que no refleje la verdad de lo ocurrido y con ello el error o arbitrariedad, sinónimos de injusticia.

Luego continúa expresando en ese entendimiento, que *“el sistema normativo asume de un modo incontrovertible, como una regla de experiencia, que el juzgador se puede representar los hechos o aplicar la ley sustantiva de un modo inapropiado al condenar a una persona. Por ello, es que se establece un procedimiento destinado a la evitación de error a la hora de presentar los hechos y de subsumirlos en la ley en la decisión final condenatoria. Procedimiento que constituye todo él, una garantía de verdad o de evitación del error en la condena al cual considera de mayor gravedad frente al error en la absolución.”*⁹

⁸ Díaz Cantón, Fernando. “El querellante particular y la revisión de la sentencia” Congreso Nacional sobre la Impugnación en el Proceso Penal, La Plata, 7 al 9 de octubre de 2010.

⁹ Díaz Cantón, Fernando. “La vigencia de la garantía del doble conforme en el proceso penal” Ponencias del XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Córdoba, abril de 2012. Página 142.

Con relación a esa llamada garantía de verdad señala *“antes de la sentencia las garantías de verdad tienen una función preventiva y su finalidad es evitar que se dicte una condena, en tanto que después de una sentencia tienen una función reparadora, carácter que se acentúa todavía más si esa sentencia se encuentra firme. La diferencia de la gravedad del error en la condena frente a la gravedad del error en la absolución hace que el derecho (meramente procesal) del acusador (público o particular) se vea limitado a prevención del error aún no cometido, en tanto que la reparación de error ya cometido incumbe solo al imputado, por su derecho (fundamental) a la revisión íntegra del fallo condenatorio.”*¹⁰

De acuerdo a lo sostenido por Díaz Cantón en este segundo momento de evolución de su planteo, ese derecho fundamental del imputado a recurrir la sentencia condenatoria debe implicar, necesariamente, la cancelación lisa y llana del recurso del acusador a recurrir la sentencia absolutoria, o incluso de la condenatoria cuando pretende lograr una condena más grave que la dictada, ya que, sin esa supresión, aquel derecho del imputado jamás alcanzará a cobrar vigencia plena. En esa línea, Díaz Cantón expresa que, según su entender, el profesor Maier *“supo intuir que la única posibilidad de que el derecho del imputado a la revisión amplia del fallo condenatorio tuviera efectiva vigencia era con la supresión del recurso del acusador”*. Sobre ese punto, señala que, tal afirmación no resulta para nada ajena al derecho constitucional, e incluso encuentra parangón en diversas situaciones que allí se suscitan. Esto es, que el reconocimiento de un derecho muchas veces implica la cancelación necesaria de otro opuesto, con el cual se considera que no puede convivir. En apoyo a tal afirmación y a modo de ejemplo, se refiere al principio in dubio pro reo y el principio in dubio pro víctima.¹¹

Además, señala que la imposibilidad de separar los hechos y el derecho puesta en evidencia en la doctrina sentada por el fallo Casal, que en consecuencia habilita la revisión integral del fallo, si bien fue y es un argumento desarrollado con “buenas intenciones” ya que se encuentra dirigido a lograr la efectiva vigencia de la garantía del doble conforme del imputado condenado, produce lo que él considera una traslación de esa revisión integral al acusador y un aprovechamiento por parte de éste de tal situación, lo que resulta incompatible con la garantía de la inmediación. En ese sentido expresa *“Estos argumentos sirven también para sostener que, si esa división es impracticable, ello vale tanto para el imputado como para el acusador. Se comprende entonces hasta qué punto es necesaria la supresión lisa y llana del*

¹⁰ Ob. Cit. Pág. 143.

¹¹ Ob. Cit. Pág. 143.

recurso del acusador, dado que, si ello no sucede, todos estos argumentos son aprovechados por éste y lo que se gana en amplitud por parte del imputado se pierde por la correlativa amplitud que gana el acusador”. Y continúa “Aquí nos enfrentamos al despropósito de posibilitarse una condena sin respetarse ningunos de los aspectos de este principio (el de inmediación), por parte de jueces que no presenciaron el debate y a una distancia temporal que borra el recuerdo de lo sucedido en él. Ello es inevitable si se mantiene el recurso de los acusadores y la única manera de evitarlo es con su supresión total.”

Ese, es precisamente el motivo que lo llevó a Díaz Cantón a abandonar la posición sostenida en el Congreso Nacional de Derecho Procesal de La Plata en el año 2010, según la cual se habilitaba el recurso a los acusadores, aunque de manera limitada a las cuestiones de derecho, vedándole la posibilidad de plantear las de hecho.

En este si se quiere “segundo momento” del desarrollo de su postura, Díaz Cantón, luego de analizar los fallos “Armas” “Carrascosa” y “Cromañón” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, concluye que no resulta posible habilitar el recurso del acusador, ni siquiera por motivos de puro derecho, sin afectar la garantía de inmediación y de prohibición de doble juzgamiento. Allí, expresa *“En los casos citados los tribunales superiores han revocado absoluciones y han condenado sin reenvío a los acusados, valorándose para ello nuevamente en sede de casación las pruebas que fueron producidas en la instancia de mérito, sin que se planteara siquiera la posibilidad de reproducir pruebas en segunda instancia. Éstos son, a nuestro juicio, casos patológicos de violación de la garantía de inmediación. Sin embargo, por las razones arriba señaladas, creemos que, aunque se renovasen en el ad quem las pruebas personales y se valoraran las pruebas documentales de todos modos se vulneraría dicha garantía, la inmediación pasaría de todos modos a convertirse en una arena movediza, malograda por la casuística, donde se corre el riesgo de que ella sea lo que los jueces (tribunales superiores) dicen que es, con escasas posibilidades de revisión ulterior. Además, se afecta, a nuestro juicio de un modo evidente, la prohibición de doble juzgamiento, en la medida en que la segunda instancia pasa a convertirse en una segunda primera instancia.”*¹²

En efecto, considera Díaz Cantón que en esos casos, en cuanto al examen en Casación, el Tribunal pareció excluir todo análisis de cuestiones de hecho y prueba, salvo arbitrariedad, y

¹² Ob. Cit. Pág. 149.

limitarse sólo a la verificación de la corrección o no de la aplicación de la ley penal sustantiva y, en consecuencia, en cuanto a la procedencia o no del reenvío, sostuvo que no hacía falta reenviar a nuevo juicio por cuanto la ley autoriza a suprimirlo cuando se trata de corregir errores en la aplicación de la ley de fondo sin alterar el *factum*. Sin embargo, si se efectúa un análisis pormenorizado de las consideraciones efectuadas en la Casación se advierte que, pese a invocarse una violación de la ley penal sustantiva como motivo de revisión, intentando de ese modo sortear la necesidad de reenviar, lo que en realidad se hace es la reevaluación de las pruebas.

Luego de todo ese análisis que he intentado resumir en las líneas precedentes, Díaz Cantón concluye *“En algún momento pensé -y así lo sostuve- que se podía salvar un derecho procesal de acusador otorgándole sólo la posibilidad de recurrir por violación de la ley sustantiva, único caso en que no era necesario el reenvío y no se vulneraba, desde el punto de vista que compartimos, el ne bis in idem. La fisonomía del recurso del acusador a partir de la consagración del derecho a la revisión integral de la sentencia del imputado quedaría limitada así, al error de interpretación y subsunción del hecho en la ley de fondo, también denominado en la terminología de Bacigalupo error directo en la aplicación del derecho, excluyendo el error de indirecto (errónea fijación de los hechos). Hoy, a la luz de los acontecimientos, donde la tentación de descender al factum ha calado hondo en la praxis de los tribunales superiores, pienso que el solo hecho de que se reconozca un recurso acusatorio contra la absolución implica una inevitable expansión de este, al ritmo de la necesaria expansión del recurso del imputado. La única solución aceptable desde el punto de vista del derecho fundamental del imputado es, pues, suprimir lisa y llanamente el recurso de su contraparte, o, en todo caso, limitarlo a la producción de los supuestos por los cuales procedería una revisión por cosa juzgada fraudulenta (absolución por producto de cohecho, prevaricato u otro delito) donde el imputado no pudiera invocar que está siendo perseguido doblemente debido a la revocación de una absolución a la que se llegó sin responsabilidad de su parte. Estos serían, por lo demás, los únicos casos en los que un acusador podría invocar arbitrariedad de sentencia para poder llevar un caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.”*¹³

¹³ Ob. Cit. Pág. 156.

La postura de Daniel Pastor

El profesor Daniel Pastor, con la originalidad que lo caracteriza, realiza un planteo transgresor e interesante. Parte cuestionando la doctrina de la CSJN desarrollada en el precedente Kang¹⁴, ya que considera que se reproduce con ella la creencia de que el juicio de reenvío, propio de todo recurso por motivos procesales, implica una violación a la prohibición del doble juzgamiento. Sostiene que, por el contrario, de la misma doctrina se desprende claramente que, si el proceso no ha sido clausurado en firme, todas sus idas y vueltas, no serían más que circunstancias propias del procedimiento, que, en todo caso, podrían considerarse patológicas jurídicamente, pero no una violación del *ne bis in ídem*. Señala enfáticamente que, este principio/garantía, se ha vuelto una especie de “comodín” para fundamentar el cuestionamiento de diversas prácticas penales objetables, tales como, la excesiva duración del proceso, la reincidencia, las nulidades y el derecho al recurso. ¹⁵

En su crítica al precedente Kang, expresa que *“la doctrina consolidada en el mismo tiene la amplitud propia de la mezquindad de todo tribunal supremo, siempre alérgico a tomar decisiones categóricas que lo comprometan hasta el punto de no poder afirmar lo contrario, sin exponerse a objeciones rotundas, cuando resulte conveniente. Y como si eso no fuera suficiente, esta jurisprudencia deja abierta también una salida expresa, una vía de escape, como la llama D’Álhora, para apartarse de ella: sí se puede retrotraer el proceso en el supuesto en que los actos procesales hayan inobservado sus requisitos formales esenciales.”* ¹⁶ y luego concluye preliminarmente que, entonces si en algunos casos, por graves y excepcionales que resulten, se permite anular la absolución y volver atrás para realizar un nuevo juicio, entonces el *ne bis in ídem* no ha sido nunca el verdadero motivo para impedir el recurso del acusador, porque, de otro modo, el principio en cuestión debería impedir el reenvío cualquiera sea el vicio de la absolución. ¹⁷

En consecuencia, Pastor sostiene que es preciso encontrar nuevas alternativas de fundamentación, y, para ello recurre a una línea jurisprudencial constante en nuestra CSJN, la

¹⁴ CSJN “Kang Young Soo”. Año 2011. El cual será analizado más adelante al desarrollar la jurisprudencia nacional.

¹⁵ Pastor, Daniel. “¿Nuevas tareas para el principio *ne bis in ídem*?”. “La cultura Penal”. Libro Homenaje a el Profesor Edmundo Hendler. Editores del Puerto. 2009. Pág 500 y 501.

¹⁶ Ob cit. Pág.503.

¹⁷ Ob. Cit. Pág. 505.

cual sostiene que no deben cargarse a cuenta del imputado los defectos de las autoridades que determinan la invalidez de su absolución y el reenvío a un nuevo juicio. Y luego expresa, “*Al ser éste el verdadero problema, la descalificación procesal del estado es su solución.*”

En su teoría de la descalificación procesal del Estado, sostiene con absoluta claridad que, la legitimidad de la impugnación de la sentencia absolutoria por los acusadores no debería ser analizada desde la óptica del *ne bis in ídem*. Propone otra forma de abordaje. Sostiene que si la ley autoriza al fiscal a recurrir la sentencia (con lo que él no está de acuerdo) entonces esa impugnación promovida por éste es legítima. No puede entonces postularse que la misma sea inconstitucional y tampoco puede sostenerse válidamente que el ejercicio de la misma configure una vulneración de la persecución penal múltiple. Sin embargo, sostiene que dicha impugnación, promovida por el MPF, solo puede generar de manera legítima la confirmación de la absolución, o la transformación de la misma en condena -sin más- por haberse comprobado errores de derecho, ya que de ese modo no habría un bis in ídem. En cambio, si se comprueba que existieron infracciones del procedimiento, las mismas conducen irremediablemente a la pérdida de la potestad represiva del Estado, dejando la absolución inconvencible. Siendo ello así, los vicios del procedimiento, conduzcan o no a un reenvío, no pueden ser invocados legítimamente para revocar absoluciones. Ésta afirmación opera también, según sostiene Pastor, para el supuesto en que sea el imputado el que impugne la sentencia por vicios en el procedimiento, debiendo producirse la absolución inmediata por pérdida de la potestad de persecución del Estado.¹⁸

En ese sentido, señala que siempre que haya una irregularidad procesal imputable a las autoridades, no sólo debe impedirse que el imputado soporte un juicio de reenvío, sino que el mismo no debe soportar ni un paso más del proceso, perspectiva que, según enfatiza, resuelve muy convenientemente y de manera definitiva la cuestión de la excesiva duración del proceso a la que conducen las anulaciones y los reenvíos.¹⁹

El recurso fiscal en la jurisprudencia Nacional y de la Provincia de Mendoza

¹⁸ Ob. Cit. Pág. 511.

¹⁹ Ob. Cit. Pág. 512.

Son pocos los precedentes jurisprudenciales que se pronuncian explícitamente sobre la facultad recursiva del acusador público, ya que en casi la totalidad de los casos en que se ha decidido por el rechazo del mismo, se han esgrimido argumentos que nada tienen que ver con la discusión sobre la posibilidad de otorgarle o no esa facultad, e incluso en ninguno de los pronunciamientos se menciona si quiera las posturas de los procesalistas aquí desarrolladas, a las cuales hubiera sido lógico recurrir por su gran solidez, si los máximos Tribunales tanto Nacional como de la provincia de Mendoza, hubieran tenido la intención de tomar postura abiertamente.

Por el contrario, tal como veremos a continuación, en los casos en que se ha puesto un límite jurisprudencial a la facultad recursiva del MPF, se ha recurrido al fundamento del plazo razonable del proceso, de la imposibilidad de retrogradar el proceso y reeditar etapas válidamente cumplidas y, vinculado con ello, a la garantía de *ne bis in ídem* como límite convencional y constitucional. Sólo encontramos un par de precedentes que hacen referencia específicamente a que el MPF no debe tener recurso contra la sentencia, no obstante, tal postura sólo tienen anclaje en la idea de que el recurso es una derivación de la garantía constitucional y convencional del doble conforme, la cual, por supuesto le corresponde exclusivamente al imputado y no al Ministerio Público Fiscal, argumento que, tal como desarrollaré más adelante, resulta por sí solo insuficiente para vedarle el recurso al MPF, ya que soslaya la circunstancia de que existen otros “camino” argumentativos que permiten sostener válidamente dicha facultad recursiva con independencia de la idea de la misma como garantía constitucional imposible de trasladar al MPF.

Alvarado (CSJN 1998)²⁰

Alvarado, que estaba acusado de retención y omisión de depósito de aportes previsionales fue absuelto por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia. El MPF acudió a la Corte invocando arbitrariedad de la sentencia.

Resulta útil destacar aquí sólo la disidencia de los Dres. Petracchi y Bossert, ya que la misma, ha sido citada con posterioridad en diversos precedentes por lo que es necesario conocer

²⁰ “Alvarado, Julio”. CSJN. 7 de mayo de 1998.

su contenido, su sentido y alcance. Allí los mencionados Ministros expresaron que, en caso de que prosperaran los planteos del MPF, ello conduciría necesariamente a la declaración de nulidad de la sentencia y a la reedición del juicio. Con relación a ello expresaron que, teniendo en cuenta que el MPF no atacó la validez del juicio, sino la de la sentencia por vicios de motivación, se puede inferir que el juicio fue llevado a cabo de modo regular respetando las formas procesales. Allí se preguntan ¿Es posible que el acusador público someta a un nuevo juicio al imputado cuando éste ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes? A ese interrogante contestaron con una negativa categórica, expresando que era jurisprudencia constante de la Corte, a partir del precedente Mattei²¹, impedir que eso suceda, invocando los principios de progresividad y preclusión los cuales impiden que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas cuando éstas se han cumplido observando las formas que establece la ley, principios que además tienen su fundamentos en motivos de seguridad jurídica, administración de justicia en un plazo razonable y la dignidad del hombre que le da derecho a toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación. En ese sentido, entendieron que de acuerdo a la doctrina sentada por Mattei, sólo mediante una declaración de nulidad fundada en la inobservancia de alguna de las formas esenciales del proceso es posible retrogradar el juicio, pero sólo en la medida de las nulidades declaradas. Expresaron que el principio constitucional que impone esa solución es el de *ne bis in ídem*, garantía que entendieron debía interpretarse en sentido amplio, es decir que no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho ya penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a proceso.

Polak (CSJN 1998)²²

En este precedente, la CSJN con voto concurrente de los Ministros Vazquez, Petracchi y Boggiano, hizo lugar al recurso de la defensa contra la decisión del Superior Tribunal de Río

²¹ “Mattei” (Fallos: 272:188) CSJN. 29 de noviembre de 1968. Es una sentencia dictada por nuestra Corte Federal el 29 de noviembre de 1968, siendo un leading case en la medida en que por vez primera se sientan los conceptos del plazo razonable como condición del debido proceso. La cuestión debatida pasaba por la retrogradación a la instrucción que un Tribunal de Juicio hiciera de unas actuaciones que ya estaban para celebrar el debate final, bajo el argumento de la orfandad de pruebas para poder resolver en el mismo. Se tachó de arbitraria tal postura privilegiándose los principios de progresividad y preclusión procesal, estableciéndose concretamente que “(...) *debe reputarse incluido en la garantía de defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.*”

²² “Polak, Federico Gabriel”. CSJN. 15 de octubre de 1998.

Negro que había anulado la absolución y ordenado el reenvío de la causa para la realización de un nuevo juicio.

Lo alarmante en este caso, era que la conducta asumida durante el debate por parte del representante del MPF, quien precisamente planteo el recurso ante el Superior Tribunal de Río Negro que terminó en la decisión del reenvío, fue absolutamente irresponsable y demostrativa de una evidente mala fe procesal. En efecto, durante la etapa crítica se discutió la calificación legal de los hechos, los que el MPF pretendía calificar como Defraudación Agravada por ser cometida contra el estado, mientras que la defensa consideraba que la conducta solo encuadraba en incumplimiento de los deberes de funcionario público porque no se había podido probar el perjuicio económico típico del delito de Defraudación. Tal incidencia se resolvió en favor de la defensa, decisión que no fue recurrida y por lo tanto fue consentida por el MPF. Sin embargo, luego de iniciado el debate frente a la jueza correccional, en el segundo día, y sin que se hubiese producido cambio alguno en el escenario probatorio, el Fiscal reformuló la acusación mutando la misma hacia el delito de Administración Fraudulenta en perjuicio del estado, solicitando además que se declara incompetente la jueza correccional y remitiera la causa al Tribunal de Juicio. Ante tal pedido, la jueza resolvió no hacer lugar al mismo por considerar que no se encontraba acreditado el perjuicio tal como lo había consentido el MPF en la etapa procesal anterior, el que además había incluso dejado tal elemento del tipo fuera de la descripción de los hechos intimados. Asimismo, absolvió al imputado por el delito de Incumplimiento de los deberes de funcionario público por considerar que no se verificaban los elementos típicos del mismo.

El fiscal interpuso recurso de casación contra dicha sentencia absolutoria, el cual fue acogido por el Superior Tribunal de Río Negro, el que, a pesar de todas las contradicciones en la actuación del MPF, anuló la absolución y ordenó el reenvío para una nuevo juicio por el delito de Defraudación por Administración Fraudulenta, invocando como argumentos que no se violentaba el *ne bis in ídem* porque no había una sentencia válida que hiciera precluir la etapa del juicio, que las cuestiones de incompetencia material como la planteada por el MPF eran de orden público y como tales podían ser planteadas en cualquier etapa del proceso y, por último, que no correspondía ampliar la acusación porque eran los mismos hechos solo que con una calificación diferente.

La defensa recurrió ante la CSJN, la que resolvió acoger el recurso invocando principalmente los siguientes motivos: en primer lugar, los principios de progresividad y preclusión del precedente Mattei de la mano con la interpretación amplia de la garantía de *ne bis in ídem*; en segundo lugar, que los vicios del procedimiento fueron provocados por el MPF y no por el procesado, por lo que no pueden ser cargados a él; y, en tercer lugar, que las reglas de la competencia integran la garantía del juez natural y como tales deben ser siempre interpretadas y aplicadas en favor del imputado.

Por su parte el Dr. Petracchi en su voto concurrente, agregó una consideración que merece ser destacada, ya que hizo referencia a que resultaba evidente que la nulidad fue declarada, no por inobservancia de las formas sustanciales del proceso, sino más bien como una respuesta frente a la errática conducta del MPF en la alternancia de las calificaciones legales, que llevó a cabo como un intento del mismo de corregir su propio error.

Entiendo que ese considerando resulta especialmente relevante si se atiende a la circunstancia de que habla de un error del MPF y no del Estado, realizando de ese modo una diferenciación entre los órganos estatales predispuestos para procurar justicia y aquellos que lo están para administrar justicia, distinción que, como veremos más adelante, permite llegar a soluciones más justas.

Lagos Rodas (CNCP 2009)²³

El Fiscal había recurrido la sentencia absolutoria del Tribunal Oral de Menores, por cuanto había absuelto a uno de los co imputados. La defensoría oficial había expresado que en caso de hacer lugar al recurso se afectaría el principio de *ne bis in ídem*. Sin embargo, la Sala II de la por entonces Cámara Nacional de Casación Penal anuló parcialmente la sentencia y ordenó el reenvío de la causa sin tratar el argumento defensivo. Los motivos expuestos por la mayoría integrada por los Dres. García y Yacobucci fueron los siguientes: que la defensa omite mencionar el carácter bilateral del recurso de Casación en nuestro ordenamiento procesal por lo que desatiende el texto expreso de la ley; que, si bien los pactos internacionales no le reconocen recurso alguno al órgano oficial, tampoco lo prohíbe; que, los instrumentos

²³ “Lagos Rodas, Jonathan y otro” CNCP. Sala II. 30 de noviembre de 2009.

supranacionales reconocen un alcance al *non bis in ídem* sólo frente a una sentencia firme; y, por último, que la defensa invoca la regla del *doublé jeopardy* de la jurisprudencia norteamericana sin explicar por qué debe aplicarse un principio de la constitución norteamericana en nuestro país. Por su parte, Mitchel (en minoría) invocando el precedente Polak de la CSJN, consideró que el recurso fiscal debía ser desestimado porque de lo contrario generaría un juicio de reenvío incompatible con la garantía del *ne bis in ídem*, interpretada ésta en sentido amplio.

Sandoval (CSJN 2010)²⁴

Sandoval había sido absuelto por el delito de homicidio agravado por ensañamiento. El Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro anuló la absolución del imputado y reenvió la causa para que se realizara un nuevo juicio. El fundamento de la anulación de la sentencia fue que el Tribunal Oral actuó de manera incorrecta ya que, al advertir que existían pericias contradictorias sobre la presencia o no del imputado en el lugar del hecho, en lugar de ordenar una nueva pericia que permitiera despejar esa duda, resolvió la absolución del imputado por aplicación del principio *in dubio pro reo*. En el segundo juicio Sandoval resultó condenado a la pena de prisión perpetua. Contra ese pronunciamiento la defensa interpuso recurso de casación el cual fue rechazado por el Superior Tribunal, lo que motivó la presentación de un recurso extraordinario cuyo rechazo motivó la presentación de la queja ante la CSJN.

La mayoría conformada por los jueces Petracchi, Lorenzetti y Fayt, luego de expresar que el caso planteaba cuestiones sustancialmente análogas a las examinadas en Alvarado, se remite a los fundamentos desarrollados en la disidencia de Petracchi y Bossert en esa causa y al considerando 17 del Juez Petracchi en Olmos²⁵. Con base en ello, decide hacer lugar al recurso y revocar la sentencia condenatoria. Lo cierto es que Fayt, a pesar de que integra la mayoría y por lo tanto remite a la disidencia en el fallo Alvarado, en dicho precedente no suscribió la disidencia junto a Petracchi y Bossert, sino que integró la mayoría que sí hizo lugar

²⁴ “Sandoval, David Andrés s/Homicidio Agravado.” CSJN. 31 de agosto de 2010.

²⁵ “Olmos, José Horacio” CSJN. 2006 En este precedente la Corte, lejos de pronunciarse sobre la facultad recursiva del MPF, resuelve relacionando la garantía del *ne bis in ídem* con la *reformatio in peius*. En efecto, en el considerando 12 el Ministro Petracchi expresó que la realización de un nuevo debate como consecuencia del recurso del imputado se convertiría en un instrumento para producir una grosera violación del *non bis in ídem*: no solo se lo somete nuevamente a juicio, sino que además, el Estado aprovecha la ocasión para imponerle más pena.”

al recurso acusatorio, sin haber dado ninguna razón en Sandoval para apartarse de la postura que asumió en Alvarado.²⁶

Si a ello le adicionamos que, esa mayoría de Sandoval, que no resiste un análisis retrospectivo, se integró además con el voto concurrente de Zaffaroni que decidió la anulación de la sentencia pero por fundamentos diferentes a la mayoría que él integraba, ya que hizo eje en la vulneración del sistema acusatorio y el *in dubio pro reo*, entonces claramente no estamos frente a una doctrina sentada por la Corte, por ese motivo incluso se lo ha calificado por la doctrina como una “casi mayoría”.²⁷

Montevidoni (CNCP 2011)²⁸

En este caso, el Tribunal Oral en lo Criminal absolvió a Montevidoni de diversos delitos contra la integridad sexual cometidos reiteradamente que se le atribuían en concurso real. La querrela interpuso recurso de casación contra dicha absolucón. La defensa, por su parte, solicitó que el mismo fuera rechazado invocando afectación al principio de *ne bis in ídem* desarrollado en los precedentes Alvarado, Olmos y Sandoval de la CSJN. En esta oportunidad, la sala II de la por entonces CNCP, con el voto preopinante de García al cual adhirieron Yacobucci y Mitchell, reiteró con mayor desarrollo los fundamentos de Lagos Rodas, agregando además algunas consideraciones especiales sobre el precedente Sandoval.

De manera preliminar, hicieron referencia al carácter vinculante o no de la doctrina sentada por la CSJN. Sobre ello, concluyeron que, más allá de las discusiones sobre la obligatoriedad de sus precedentes, los tribunales deben en todos los casos, analizar la existencia de doctrina de la Corte sobre el tema a resolver, para luego determinar su aplicabilidad al caso concreto, debiendo –en caso de apartarse– exponer los motivos por los cuales entienden que deben hacerlo. Luego, refieren que, según su entender, no puede sostenerse que Sandoval haya sentado una doctrina de la Corte, y que en consecuencia su aplicación no resulta obligatoria

²⁶ Resulta llamativo, no sólo eso, sino que además el juez Fayt, en los precedentes Weissbrod (fallos 312:597) y Verberke (fallos 326:1149) también integró la mayoría que sostuvo que el reenvío provocado por el recurso del acusador resultaba admisible constitucionalmente.

²⁷ Diego Martín Vadalá. “La anulación de la sentencia absolutoria a raíz de un recurso acusatorio y juicio de reenvío. Afectación de la garantía del *ne bis in ídem* en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.” Editorial El Dial Express. 15-05-2012.

²⁸ “Montevidoni, Hugo G. s/ Recurso de Casación” CNCP. Sala II. 19 de abril de 2011.

para los demás tribunales, ya que sólo tres de los siete jueces adoptaron el criterio amplio del *ne bis in ídem* y que por el contrario Zaffaroni dijo que el recurso del querellante era compatible con tal garantía, mientras que Argibay y Maqueda ni siquiera se pronunciaron.

Luego, desarrollaron los mismos considerandos que en Lagos Rodas, para concluir que la objeción de la defensa debía desestimarse porque no existía doctrina constitucional firme y claramente establecida por la Corte Suprema que le haya dado al *ne bis in ídem* un alcance tal que cierre la posibilidad de un recurso acusatorio contra la sentencia absolutoria, ya que los argumentos de Petracchi, Fayt y Lorenzetti en Sandoval no permiten sustentar tal inteligencia constitucional, la que tampoco puede derivarse de los artículos 8.4 de la CADH y 14.4 del PIDCyP.

Sin embargo, y sin perjuicio de todo ese desarrollo argumentativo realizado para desestimar lo sostenido por la defensa, en este caso, rechazaron el recurso interpuesto por el querellante por considerar que el derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva que surge de los artículos 8.1 y 25 de la CADH, no impone a los Estados el deber de reconocerles un derecho de recurrir la absolución con autonomía del MPF.

Fallo Kang (CSJN 2011)²⁹

Este precedente fue considerado por gran parte de la doctrina como un pronunciamiento en el sentido contrario a la facultad recursiva del MPF. Sin embargo, luego de efectuar un análisis del voto de la mayoría, su integración y las referencias que se hacen a votos de precedentes anteriores, no resulta en absoluto clarificador sobre la postura del máximo tribunal en torno a la temática, e incluso podría decirse que no se pronuncia efectivamente sobre el particular, o bien lo hace, pero sin que pueda predicarse que haya tenido lugar una verdadera decisión de la Corte en uno u otro sentido. Veamos:

En el mentado precedente, dictado en el año 2011 por la CSJN, el voto de la mayoría se desarrolla sobre tres ejes fundamentalmente: En primer lugar, sobre la idea de que resulta inadmisibles los errores producidos por el Estado -y no por el imputado- puedan recaer

²⁹ “Kang Young Soo”. CSJN. Diciembre de 2011.

sobre él; En segundo lugar, la idea de que conceder el recurso al MPF es incompatible con el derecho al plazo razonable, lo que en el caso en particular resultaba innegable ya que el hecho se había producido en el año 1996, la imputación había tenido lugar en el año 1998, mientras que el pronunciamiento de la Corte estaba teniendo lugar en el año 2011 es decir casi quince años después del hecho; y por último, se entendió que la cuestión a resolver resultaba sustancialmente idéntica a la tratada en el fallo Sandoval del año 2010. Hasta allí, parece haber cierta solidez en la decisión, sin embargo, si se hace un análisis más profundo comienzan a surgir las inconsistencias.

En primer lugar, la referencia a la imposibilidad de cargar al imputado con el error provocado por el Estado y que el imputado no haya contribuido a causarlo, resulta ambigua e imprecisa. Primero, en virtud de que los precedentes que se invocan por la mayoría en el fallo Kang para sostener ésta afirmación³⁰ refieren a situaciones muy particulares en las que la Suprema Corte de los EEUU consideró que se trataba de supuestos en los que el Fiscal maliciosamente había de algún modo “provocado” que la defensa planteara nulidades del proceso, para luego valerse de dicha situación e impedir que se invocara el “*double jeopardy*” por haber vicios en el procedimiento. Teniendo en cuenta ello, trasladar dichos argumentos a situaciones que no son equiparables resulta desacertado y lleva a conclusiones erradas.

Con relación al plazo razonable, es un argumento tan válido como intrascendente en lo que se refiere a la discusión sobre otorgar o no la facultad de recurrir al MPF. En efecto, la vulneración de la garantía constitucional y convencionalmente consagrada a ser juzgado en un plazo razonable, constituye una barrera infranqueable a la continuación de la persecución penal. Sin embargo, nada tiene que ver ello con la decisión de conceder o no facultad recursiva al acusador público, sino que sólo opera a modo de límite objetivo a dicha facultad –la cual se presupone concedida- cuando su ejercicio implica la vulneración de la garantía en cuestión, debiendo por supuesto realizarse -en cada caso- un test de razonabilidad del plazo, conforme a las pautas fijadas por el sistema interamericano de protección de derechos humanos a través de sus precedentes.³¹

Por último, en el tercer eje argumentativo, se hace referencia al fallo Sandoval, remitiéndose a lo allí resuelto por considerar sustancialmente idéntico el caso. El problema que

³⁰ Lockhart vs. Nelson; Oregon vs. Kennedy; Tibbi vs. Florida.

³¹ Corte IDH. Test de razonabilidad del plazo. fallos Genie Lacayo?? Etc....

aquí se advierte es que, en Sandoval, Lorenzetti, Fayt y Petracchi (quienes integran la mayoría en el fallo Kang aquí analizado), sostuvieron su decisión expresando que se remitían a la disidencia de Petracchi y Bossert en el precedente Alvarado. Pero esa disidencia, se apoyó a su vez -en dicha oportunidad- en la disidencia de Petracchi en el fallo Olmos. En ella, Petracchi hizo eje en la imposibilidad de retrogradación del proceso a etapas válidamente cumplidas. Sin embargo, en ese precedente (Olmos) Lorenzetti y Fayt se limitaron a invocar la “*reformatio in peius*” como fundamento de su negativa. Pero además de ello, Fayt, que en Alvarado había integrado la mayoría que sí admitió el recurso, luego en Sandoval se pronunció por el rechazo del mismo sin dar ninguna explicación del cambio de criterio y apoyándose, además -como expresé- en la disidencia del fallo Alvarado, fallo en el que él había sido integrante de la mayoría y no de la disidencia.

Luego de ese repaso, basta con retomar el fallo Kang para poder advertir claramente que no existe consistencia ni coherencia en las posturas asumidas por los integrantes de la mayoría, pues la remisión al precedente Sandoval, que a su vez remite a un voto minoritario en el que no participaron -a excepción de Petracchi- ninguno de los otros Ministros que invocan dicha remisión, aleja cada vez más de la posibilidad de considerar que la Corte efectivamente se haya pronunciado sobre el tema. Por ello, mal puede considerarse que dicho precedente implique asunción de postura alguna por parte de nuestra Corte.

En idéntico sentido a lo que aquí señalo, se ha dicho que con el fallo Kang entonces nada cambió, sino que, muy por el contrario, sigue sin haber una verdadera y sólida mayoría en la Corte sobre el alcance del *ne bis in idem* y la facultad recursiva del MPF contra las sentencias absolutorias.³²

Rosales Hegler y Cáceres Molina (SCJMza 2011)³³

Cáceres y Rosales fueron absueltos por la Primera Cámara del Crimen. Tanto la querrela como la fiscalía recurrieron dicha absolución. La Corte anuló la sentencia y ordenó el reenvío para nuevo juicio. En el juicio de reenvío la Segunda Cámara del Crimen condena a

³² Fernández Mariela, “Alcance del *ne bis in idem* y facultad del fiscal para recurrir una sentencia absolutoria” Revista de Derecho Penal y Criminología. Año 2. N° 4. Mes de mayo año 2012. Editorial La Ley. Pág. 220.

³³ “Rosales Hegler, Néstor Alejandro y Cáceres Molina, Ricardo p/ Homicidio Simple”. SCJMza. 3 de octubre de 2011.

Cáceres a la pena de 18 años de prisión. La defensa interpone recurso de Casación invocando la violación del *ne bis in ídem*. La Suprema Corte rechazó el planteo con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, expresa que el artículo 8.1 de la CADH y el 14.7 del PIDCyP hablan de sentencia firme para poder invocar tal garantía. Que en el mismo sentido se expresan la Constitución Provincial y el CPP de Mendoza, por lo que si la sentencia no está firme el recurso del acusador no implica vulneración del *ne bis in ídem*.

En segundo lugar (con relación a la legitimación del recurso de la víctima) invocan la bilateralidad de los recursos, la cual entienden surge de los artículos 16, 18 de la CN y 8, 24 y 25 de la CADH. Entienden que, si a la parte querellante se le reconoce el derecho a ser oída y participar en el proceso, esa garantía no puede ser negada invocando el *ne bis in ídem* cuando la sentencia no está firme y contiene vicios esenciales no provocados ni atribuibles a la parte acusadora.

En tercer lugar, y referido especialmente al recurso del acusador, expresan que el poder de recurrir del MPF tiene fundamento en: a) el artículo 1.1 de la CADH, que contempla la obligación estatal de investigar la violación de los DDHH; b) en la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta el artículo 1.1; c) en la autonomía e independencia funcional del MPF y en el deber de control de legalidad que tiene el mismo que surge de los artículos 120 y 18 de la CN; Por ello, considera que si la sentencia no está firme y adolece de vicios esenciales no provocados por el MPF o, provocados por el imputado, el recurso del MPF que implique un juicio de reenvío no afecta el *ne bis in ídem*.

En cuarto lugar, sostienen que el caso no era igual a Sandoval por lo que el mismo no resultaba aplicable ya que en ese precedente el MPF no formuló acusación, y que además sólo interpuso recurso el querellante. Expresan además, que en ese precedente Zaffaroni remite a Polak en el cual se expresa que la retrogradación del proceso no está permitida cuando se han observado efectivamente las formas sustanciales del proceso.

Por su parte el Ministro Adaro, en un voto ampliatorio, expresa que incluso no debían aplicar el precedente Sandoval porque no estaba clara cuál era la doctrina sentada por el mismo ni cuál era su alcance, esgrimiendo como un indicador claro de ello que el mismo día en que la

Corte dictó el fallo Sandoval, la misma también se pronunció en el fallo Villoldo³⁴ en el cual, si bien la mayoría no hizo lugar al recurso por aplicación del artículo 280 CPPN, los Ministros Zaffaroni y Maqueda, en su disidencia, luego de efectuar una crítica al razonamiento plasmado por el Tribunal de mérito sobre las pruebas de la causa, expresaron que debía hacerse lugar al queja, y conceder el recurso extraordinario y revocar el fallo, invocando para ello la doctrina de la arbitrariedad de la Corte.

Avalos y Porcario Sarmiento (SCJMza 2012)³⁵

En este precedente con el voto de los Ministros Adaro, Perez Hualde y la Ministra subrogante Urciolo, la SCJMza rechaza el recurso de casación presentado por la defensa de los imputados invocando la vulneración del *ne bis in ídem*.

Para así resolver, Adaro se remite a su voto en Rosales Hegler y reitera que, sin perjuicio de las diferentes interpretaciones que se han efectuado del precedente Sandoval de la CSJN, no surge con claridad el alcance y la perdurabilidad de la doctrina que se pretende inferir de ese fallo. Asimismo, expresó que existían diferencias entre el caso y el precedente Sandoval. En primer término, porque en el caso se trataba de una sentencia condenatoria recurrida y en Sandoval era absolutoria y, en segundo término, porque en Sandoval solo recurrió el querellante y en el caso que debían resolver había recurrido el MPF.

Expreso además que la sentencia no había quedado firme por lo que no podía hablarse de un nuevo juicio.

Hizo hincapié en que la víctima era una menor de 11 meses y había sufrido violencia intra familiar por lo que el Estado debía cumplir con sus deberes emergentes de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la ley 26.061 que le imponen proteger el interés superior del niño. Y luego refiere que debe priorizarse el interés del niño por sobre el del adulto imputado, razonamiento que considero desacertado porque expresa una falsa dicotomía, ya que

³⁴ “Villoldo, Fernando Rubén y otros s/ Homicidio”. CSJN agosto de 2010.

³⁵ “Ávalos Díaz, Roberto Carlos y Porcario Sarmiento, Gabriela Verónica p/Homicidio Agravado”. SCJMza. 19 de junio de 2012.

no se trata de contraponer el interés de la víctima al de los imputados al momento de resolver la procedencia o no del recurso, sino del interés del imputado y del Estado que lo persigue.

Expresó, además, que la primera sentencia condenatoria se había anulado porque no era una derivación razonada del derecho vigente y contenía vicios que no fueron en ningún momento consentidos por el MPF.

Por último, concluye que *“no se ha dejado de aplicar la jurisprudencia federal al caso particular, ya que no es análogo a los fallos nacionales mencionados por la defensa por las razones antes referidas, y además, porque en el caso “Sandoval, Andrés” (fallos 333:1687) fundamentalmente se hace referencia a la violación del sistema acusatorio; en el caso “Polak Federico G.” (Fallos:321:2826) a la negligencia en la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público; y en el caso “Kang Yong Soo” a las omisiones de pronunciamiento.”*

Resulta evidente que, esta falta de pronunciamiento de la Corte Nacional sobre la facultad recursiva del MPF, resolviendo siempre por motivos tangenciales que eluden el tratamiento concreto del tema, deja abierta la posibilidad de que los Tribunales inferiores resuelvan favorablemente acogiendo los recursos del MPF, ya que basta para ello –como lo hizo la SCJMza en éste precedente- con analizar el caso para saber si se encuentran en él algunos de los escenarios invocados por la Corte Nacional como motivo para rechazar tales impugnaciones, y si no se verifican, quedan habilitados para resolver favorablemente al recurso del MPF o -como es el caso de Ávalos y Porcario- el consecuente rechazo del recurso de la defensa que se agravia por el recurso del MPF.

Ahumada Núñez (SCJMza 2016)³⁶

En este precedente, el Ministro preopinante fue Nanclares, quien se pronunció en el sentido de que el dictado de la sentencia que fue producto del juicio de reenvío ordenado anteriormente por la misma SCJ no configuraba un bis in ídem prohibido.

Allí expresó que *“Al respecto, cabe recordar que, en anteriores pronunciamientos, tales como el recaído en “F. c/ Rosales Hegler” y “F. c/ Delaguarda Torres”, he desarrollado*

³⁶ “Ahumada Núñez.” SCJMza. Sentencia del 14 de noviembre de 2016.

cuál es el criterio que he adoptado en relación a la temática objeto de estudio. En aquellos precedentes, luego de analizar la evolución jurisprudencial de nuestra Corte Federal, la ley procesal vigente en la Provincia de Mendoza, los tratados internacionales y la concepción de C.I.D.H. como también las facultades recursivas del acusador público, he sostenido que -en mi parecer- «no se vulnera la garantía del non bis in ídem, ni los principios de preclusión ni progresividad, si el recurso de casación es interpuesto por el MPF contra la sentencia absolutoria dentro de los límites establecidos en los artículos 474, 476 y concordantes del CPP, ley n° 6730, en correlación con la normativa y jurisprudencia citada más arriba, cuando la sentencia no se encuentre firme y no resulte una derivación razonada del derecho vigente (doctrina de la arbitrariedad), o se base en un proceso que contiene vicios esenciales no atribuibles ni consentidos por el MPF (acusación, defensa, juicio y sentencia), como por ejemplo la constitución del Tribunal (CSJN Caso “Verbecke”); o cuando la persona acusada provocó el vicio esencial (abuso del derecho de defensa); en cualquier etapa del proceso: en la instrucción (CSJN Caso “Bianchi”), debate (CSJN Caso “Alvarado”), sentencia (CSJN Caso “Verbecke»)» (cfr. autos N° 101.619 “Compulsa en autos [...])”.

En ese orden de ideas, sostuvo que *“considero que la sentencia aquí cuestionada no vulnera de forma alguna la garantía invocada, en tanto fue emitida como consecuencia de la celebración de un debate oral y público llevado a cabo en cumplimiento del reenvío dispuesto por este Cuerpo”*

Y continuó *“En efecto, en aquella oportunidad esta Sala, con diferente integración, consideró que la sentencia condenatoria dictada por la Quinta Cámara del Crimen –que no se encontraba firme- contenía vicios graves que conmovían la motivación de la misma tornándola nula como acto jurisdiccional, por lo que dispuso, vía casación negativa, su anulación y remisión al subrogante legal -Sexta Cámara del Crimen-, a fin de la sustanciación de la causa a través de la realización de un nuevo debate y el dictado de una nueva sentencia.”*

Asimismo, el ministro preopinante se apoyó para su postura en la circunstancia de que la defensa no había recurrido oportunamente dicha decisión que ordenaba el reenvío. Y con relación a ello sostuvo *“De lo expuesto surge entonces que este Tribunal anuló la sentencia condenatoria dictada por la Quinta Cámara del Crimen, a instancias del representante del Ministerio Público Fiscal, mediante un pronunciamiento que se encuentra firme, no ostentando tal carácter la sentencia condenatoria del Tribunal de juicio que resultó anulada. Es que, tal*

como expresó la Corte IDH en fallo “Mohamed vs. Argentina”, la sentencia condenatoria hoy impugnada fue legítimamente pronunciada por la Sexta Cámara del Crimen antes de que la sentencia condenatoria anterior hubiese adquirido los efectos de la cosa juzgada.”

Finalmente concluyó *“En definitiva y conforme al análisis doctrinario y jurisprudencial efectuado con anterioridad, a mi modo de ver, sólo se vulneraría la garantía del ne bis in idem invocada cuando se disponga una nueva persecución penal o la realización de un nuevo juicio mediando sentencia absolutoria firme y la misma se haya basado en un proceso llevado a cabo con total observancia de las normas que lo rigen, extremos que no se verifican en el presente caso.”*

Tur Pizarro (SCJMza 2019)³⁷

Más recientemente, con la nueva integración de la sala penal de nuestra SCJ, y con el voto preopinante del Ministro Valerio, la Corte se pronunció en idénticos términos que el caso Ahumada Nuñez.

En este precedente sostuvo con relación al planteo de falta de acción de la defensa *“que los mismos no pueden recibir acogida favorable en esta instancia por dos motivos: (a) no se cuestiona la constitucionalidad de las normas procesales que autorizan al órgano acusador a impugnar una sentencia absolutoria; y, (b) en el caso que en autos se decida la anulación del fallo cuestionado, disponiéndose el reenvío de la causa a otro tribunal para la realización de un nuevo juicio (conf. art. 486 del C.P.P.), no nos encontraríamos ante un caso de doble persecución penal por litispendencia, en tanto no habría sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada –firme– das, por el efecto que provocaría la anulación del fallo cuestionado (“Mohamed v. Argentina”, Corte IDH). Sobre el primero de los puntos citados, basta con señalar que la ley adjetiva local, cuando regula la materia recursiva, consagra claramente un régimen bilateral según el cual, por un lado, el Ministerio Público Fiscal (art. 450) y la parte querellante (art. 452) y, por otro, el imputado (art. 451), el actor civil y el civilmente demandado (arts. 453 y 454), pueden recurrir las resoluciones jurisdiccionales perjudiciales a sus intereses. Mientras que en lo que concierne específicamente al recurso de casación contra*

³⁷ “Tur Pizarro.” SCJMza. Sentencia del 16 de mayo de 2019

la sentencia absolutoria, el citado cuerpo legal concede expresamente esa facultad, con ciertos límites, al Ministerio Público Fiscal (art. 476) y a la querrela (art. 477).”

Y luego continuó “Con lo cual, y como lo adelantara, tras no resultar controvertida la validez constitucional de tales normas por los defensores, ni advertir pugna alguna entre su contenido con las garantías constitucionales en juego, no puedo sino concluir en que, formalmente, la legitimación del órgano acusador público para impugnar una sentencia absolutoria, resulta de la plena vigencia operativa de la ley procesal vigente en la provincia de Mendoza. Y, además, porque la anulación de una sentencia que no ha alcanzado autoridad de cosa juzgada como consecuencia de haber sido descalificada como acto jurisdiccional válido, en estricto rigor legal, no constituye una sentencia con efectos jurídicos, sino una sentencia condicionada a que no sea revocada o confirmada. Por lo tanto, si esta situación –revocación por anulación– conduce a un nuevo debate, ello no puede ser interpretado como sinónimo de un nuevo y distinto juicio, sino como la reedición o substanciación de una etapa -el debate- del mismo proceso.

Al respecto cabe mencionar que los tratados internacionales incorporados al texto constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN), prevén que «[e]l inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos» (art. 8.4 de la CADH) y, además, que «[n]adie 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» (art. 14.7 PIDCP).

Y por último concluyó de manera categórica que “En definitiva y conforme al análisis brevemente efectuado con anterioridad, la ley procesal vigente en la Provincia de Mendoza, los tratados internacionales y la postura asumida sobre el tema por la Corte IDH, sumado al desarrollo efectuado por esta misma Sala –con diversa integración a la actual– en anteriores pronunciamientos (“Rosales Hegler”, “Delaguarda Torres”, y más recientemente, “Ahumada Núñez”), en cuanto aquí nos importa, se vulneraría la garantía del non bis in ídem cuando se disponga una nueva persecución penal o la realización de un nuevo juicio mediando sentencia absolutoria firme, extremo que no se verifica en el presente caso. Siempre, vale aclarar, que se respeten aquellas etapas que, dentro del proceso, resultaron válidamente cumplidas.”

Puede advertirse claramente que la postura asumida por la SCJ de Mendoza no ha

variado a través de los años y se limita a establecer, a diferencia de la tendencia marcada por la CSJN a partir de fallo Kang y Sandoval que, mientras no haya una sentencia firme, no existirá vulneración de la garantía que prohíbe la persecución penal múltiple, y en consecuencia, la facultad recursiva del MPF, dentro de ese escenario es, para nuestra Corte, absolutamente compatible con la mentada garantía. Sin embargo, vale decir que, en ninguno de estos últimos dos precedentes, intervino en la decisión el ministro Omar Palermo, por lo que tampoco puede sostenerse que esa sea la postura de la sala penal de la SCJ de nuestra provincia.

Disidencia del Dr. Yanzón en Porcario Sarmiento y Avalos Díaz (Ex Segunda Cámara del Crimen 2011)³⁸

Hay algunas resoluciones de las ex Cámaras del Crimen de Mendoza que merece la pena mencionar y revisar, ya que los planteos que realizan referidos a la limitación de la facultad recursiva del MPF resultan sólidos y por ello representan un desafío a la hora de intentar ponerlos en jaque.

Una de ella es el planteo que realiza en su disidencia el Dr. Yanzón en Porcario Sarmiento y Ávalos Díaz donde se refiere al *ne bis in ídem* y sostiene que, desde un punto de vista ontológico, es imposible negar que, hacer un segundo juicio por un mismo hecho a una persona que ya fue juzgada por él, implica un doble juzgamiento. Con relación a ello sostiene que habría que torturar mucho el significado gramatical de las palabras del idioma español para inferir lo contrario.

Agrega que resulta injusto que el imputado cargue con el costo del error del Estado (porque si la sentencia se anuló fue porque el Estado erró.) Sostiene que es más coherente inferir que si fue el Estado el que se equivocó, la consecuencia del error la debe pagar éste y no el justiciable.

Por otro lado, expresa que la interpretación amplia del *ne bis in ídem* conduce a una prolongación indefinida de los procesos vulnerando la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

³⁸ “Ávalos Díaz y Procario Sarmiento”. Segunda Cámara del Crimen. Voto Minoritario del Juez Yanzón. 2011.

Con relación a la facultad del MPF de recurrir la sentencia absolutoria, sostiene que la misma sólo tiene sustento en la ley adjetiva, ya que los Pactos Internacionales sólo le dan derecho al recurso al imputado y que la razón de ello es que el recurso fiscal es incompatible con la garantía del *ne bis in ídem*.

Delaguarda Torres (Ex Tercera Cámara del Crimen 2011)³⁹

En el año 2008 la 1ra Cámara del Crimen absolvió a las cuatro personas imputadas en la causa. Tanto la Fiscalía como la querrela recurrieron dicha absolución. La Corte anuló la sentencia y ordenó el reenvío para un nuevo juicio. La Segunda Cámara del Crimen volvió a absolver a los imputados. La Fiscalía y la querrela recurrieron nuevamente la absolución y la Corte hizo lugar al recurso ordenando el reenvío para realizar el tercer debate.

Al inicio del mismo la defensa planteó una excepción de previo y especial pronunciamiento, invocando la vulneración de la garantía del *ne bis in ídem*. Tanto el MPF como la querrela solicitaron que el planteo fuera desestimado.

La entonces Tercera Cámara hizo lugar al planteo de la defensa con los siguientes argumentos entre otros:

Que el ejercicio de la facultad legal de recurrir del MPF no escapa a la valoración del principio de razonabilidad, ya que ésta viene impuesta por la CN por el ejercicio de la actividad estatal. Afirmaron que, tres debates por los mismos hechos, transgrede el principio de razonabilidad.

Contestando el argumento del Fiscal, que sostenía que el error del Estado en ese caso era del Tribunal por la arbitrariedad de la sentencia y no del MPF, sostuvieron –invocando la teoría de Daniel Pastor- que las infracciones del procedimiento cometidas por las autoridades de la persecución penal pública, no conducen únicamente a que los resultados de la lesión normativa concreta no pueda usarse contra el imputado, sino, antes bien, a que la propia

³⁹ “Delaguarda Torres, Francisco y Rodríguez Torres, Luis p/ Homicidio Criminis Causa”. Tercera Cámara del Crimen de Mendoza. 23 de mayo de 2011.

pretensión punitiva estatal quede descalificada en un todo, perdiendo el titular de la acción la legitimación para perseguir ese hecho a causa de la ilegitimidad constatada.

Luego, observaron que, en el caso concreto, los imputados fueron absolutamente ajenos a las razones por las cuales se declaró la nulidad de las sentencias absolutorias, por lo que no se verificaba en el caso la excepción al *ne bis in ídem*, que tiene lugar sólo cuando la nulidad sea atribuible al imputado y su defensa.

Lo interesante de este precedente, es que hace eje en la razonabilidad del ejercicio de la facultad recursiva, concluyendo que, en ese caso concreto, dos reenvíos y un tercer debate excedía esos límites de razonabilidad constitucionalmente impuestos. Sin embargo, de ningún modo se pronuncia en el sentido de proscribir la facultad del órgano acusador.

Delaguarda Torres (SCJMza 2013)⁴⁰

Este pronunciamiento de la Corte tuvo lugar con posterioridad a la resolución de la Tercera Cámara del Crimen desarrollada en los párrafos anteriores que acogió la excepción de falta de acción por vulneración del *ne bis in ídem*. Contra el archivo de la causa resuelto en consecuencia, el MPF interpuso recurso de casación argumentando los siguientes motivos: 1) la víctima comparte con el imputado en igualdad de condiciones las garantías de defensa en juicio y acceso a la justicia, la igualdad ante los tribunales y la imparcialidad de los jueces. Agregando con relación a ello que la Tercera Cámara se refirió a los padecimientos del imputado, pero se olvidó los padecimientos de las víctimas. 2) No existía cosa juzgada material ni formal porque el MPF había interpuesto recursos contra todos los pronunciamientos anteriores los cuales habían sido admitidos por la doctrina de la arbitrariedad. 3) Relacionado con el segundo motivo, expresó que ninguno de los juicios orales realizados hasta esa fecha, habían sido válidamente cumplidos por lo que no ha precluido la posibilidad de reeditar el debate. 4) Que la Tercera Cámara del Crimen había desconocido el fallo de la Corte que le imponía la realización de un nuevo debate, generando con ello un “escándalo jurisdiccional” y

⁴⁰ “Delaguarda Torres, Francisco y Rodríguez Torres, Luis p/ Homicidio Criminis Causa”. SCJMza. 4 de abril de 2013.

la afectación de la seguridad jurídica, atribuyéndose un poder jurisdiccional soberano por sobre la Corte Provincial.

Sobre el particular la Corte local, en el año 2013, rechazó el recurso interpuesto por el MPF. Expresó que el caso ofrecía aristas particulares que imponían la necesidad de apartarse de los precedentes Rosales Hegler y Ávalos Díaz.

En primer lugar, señaló que, si bien no concurrían los presupuestos para sostener que se hubiera vulnerado la garantía del *ne bis in ídem*, porque no había sentencia firme, no podía negarse desde la realidad que Francisco Daniel Delaguarda había sido sometido a juicio en tres oportunidades, por un hecho ocurrido en el año 2007. En segundo lugar, expresó que el Estado no había podido en todos esos intentos destruir el estado jurídico de inocencia del imputado, aun siendo juzgado por dos Tribunales distintos dotados de imparcialidad. En tercer lugar, enfatizó que, a consecuencia de todos esos intentos del Estado por destruir el estado jurídico de inocencia del imputado, consecuentemente se ve afectada la garantía razonabilidad del plazo para ser juzgado, citando en apoyo de ello el fallo Oliva Gerli del mismo Tribunal en el cual se aplicó la doctrina sentada por la Corte Nacional en el precedente Mattei. Por último, resaltó que no resultaría posible arribar a la certeza que se requiere para poder obtener el pronunciamiento que pretendía el Fiscal de Cámara con su recurso, ya que el testigo considerado dirimente para la acusación, se había quitado la vida por lo que no podría contarse con su presencia en el pretendido tercer debate, resultando un desgaste jurisdiccional inútil. Con relación a ello, concluyeron que “muchas veces el Estado fracasa y fracasará en el cumplimiento de la obligación de descubrir la verdad de lo acontecido, identificar a los autores del delito y condenarlos a una pena acorde al injusto, pero no puede ni debe prolongar el estado de incertidumbre que no cesa pese a las tres intervenciones de los tribunales inferiores y de éste Tribunal para concluir hipotéticamente con un resultado que no parece ser diverso al hasta aquí alcanzado.”

Lo interesante de este precedente, al menos desde la óptica que aquí presento, es que de ninguna manera cuestiona la facultad recursiva del MPF, sino que se efectúa un análisis de razonabilidad del ejercicio de la misma, tal como lo había propuesto tan acertadamente la Tercera Cámara del Crimen en oportunidad de acoger la excepción de falta de acción.

Sin embargo, entiendo que la referencia hecha con relación al pronóstico del resultado del pretendido tercer debate, resulta un desacierto, pues si se está invocando la razonabilidad del plazo como límite a la persecución penal que intentaba sostener el MPF, ese argumento adicional, tira por la borda todo el saludable análisis efectuado anteriormente. Es que, bajo ese razonamiento, se impone el interrogante de cuál hubiera sido la decisión de la Corte local en caso de que se hubiera podido contar en ese tercer debate con el testigo que para la acusación era dirimente. Las posibles respuestas a ese interrogante resultan al menos inquietantes.

Tal como se anticipaba, poco ha dicho la jurisprudencia sobre la facultad recursiva del MPF concretamente. Basta con efectuar un repaso por los diferentes precedentes para advertir que los principales argumentos que podemos encontrar “contrarios” a dicha facultad se relacionan con el plazo razonable, el *ne bis in ídem* y la imposibilidad de cargar los errores del Estado a los justiciables, soslayando en lo que respecta a éste último eje argumentativo, que el Estado tiene absolutamente diferenciadas –y así debe serlo por imperativo convencional- las funciones de procuración y administración de justicia, por lo que, hablar de manera indistinta de los errores del Estado, resulta un desacierto en el que incurren la gran mayoría de los tribunales que se han pronunciado sobre la temática, incluso aquellos que tuvieron desarrollos argumentativos más originales como los dos últimos precedentes mencionados.

Entiendo que, de los tres ejes argumentativos mencionados, el de la vulneración del *ne bis in ídem* resulta el más complejo y difícil de sortear si se lo aprecia desde la óptica propuesta por el voto disidente del Dr. Yanzón, la cual se presenta como ineludible por su gran honestidad intelectual. Sin embargo, estimo que puede ensayarse una solución que armonice la facultad recursiva del MPF –la cual como hemos visto se encuentra instalada por decisión de política criminal- con todas esas garantías que están en juego.

Algunos interrogantes que es necesario plantearse.

Ahora bien, cualquiera sea la línea argumentativa sobre la que se sostienen dichas decisiones jurisprudenciales, lo cierto es que, al igual que en la doctrina, parece haber de algún modo un consenso sobre la necesidad de limitar el recurso del MPF, e incluso en algunos precedentes, se habla de la incompatibilidad del mismo con las garantías constitucionales de prohibición de doble persecución penal, y la de ser juzgado en un plazo razonable.

Sin embargo, las legislaciones adjetivas, aún conservan dicha facultad, sin haber aprovechado las oportunidades que les ofrecieron los diferentes procesos de reforma para tomar la decisión de proscribirlo definitivamente. Sólo algunas han regulado limitaciones en la cantidad de veces que el MPF puede recurrir una absolución, decisión que –adelanto- comparto absolutamente y entiendo que es un ejemplo a seguir, pero que claramente elude la otra decisión –mucho más drástica si se quiere- de vedarlo definitivamente, surgiendo inevitablemente el interrogante de por qué no se toma esa decisión.

Esa disociación entre la doctrina, jurisprudencia y la normativa legal, de alguna manera se presenta como un “síntoma”, como una manifestación, señal o indicio revelador de algo más. Ese síntoma, nos obliga a interpelarnos, y a indagar, permitiéndonos de ese modo conocer con cabalidad y comprender los motivos que subyacen al mismo, en este caso, ¿Por qué continúa existiendo la facultad normativa de recurrir del MPF a pesar de que existe un cierto consenso entre la doctrina y la jurisprudencia sobre su proscripción?

Sólo luego de ese análisis a conciencia que aquí propongo, podremos concluir si consideramos atendibles dichos motivos, y entonces tratamos de lograr una regulación de dicha facultad que resulte compatible con todas las garantías en juego; o bien, los consideramos cuestionables y por lo tanto sostenemos que la legislación debería ajustarse a lo que predica la doctrina y jurisprudencia, proscribiendo dicha facultad de manera definitiva y absoluta.

CAPÍTULO 2

PREVISIÓN NORMATIVA DEL RECURSO FISCAL CONTRA LA SENTENCIA

Considero conducente, para comenzar a desentrañar el interrogante señalado en el final del capítulo anterior, efectuar un repaso por la situación legislativa actual de la facultad recursiva del MPF en el marco de los procesos ante jueces técnicos, efectuando un análisis comparativo con la situación de esa facultad en los enjuiciamientos por jurados populares.

El recurso fiscal en los procesos ante jueces técnicos

La totalidad de las legislaciones de nuestro país mantienen la facultad recursiva del MPF contra las sentencias, aun en los casos de aquellas que han sido recientemente modificadas.

En efecto, existe un proceso de reformas integrales que han llevado adelante la mayoría de las provincias, en el cual se tiende, con algunos matices, y con mayor o menor éxito, a instaurar y profundizar los sistemas acusatorios de segunda generación con claras notas adversariales. Tales procesos, en la mayoría de los casos, han implicado la reconfiguración casi total del sistema de enjuiciamiento penal. Sin embargo, no han traído aparejadas grandes reformas en el esquema recursivo, el cual mantiene la bilateralidad. Sólo algunas legislaciones, han avanzado estableciendo límites objetivos a la facultad recursiva del MPF, pero ninguna de ellas la ha proscripto.

Así, las provincias de Neuquén, Chubut, Río Negro y Corrientes⁴¹, por mencionar aquellas que han atravesado los procesos de reforma más recientes, han establecido limitaciones

⁴¹ CPP provincia de Neuquén sancionado por Ley 2784 del año 2014; CPP de la Provincia de Chubut, del mes de julio del año 2014. Cabe destacar que el CPP de Chubut ha tenido reformas posteriores al 2014. Sin embargo, ninguna de ellas ha modificado la disposición sobre la legitimación del MPF para recurrir las sentencias; CPP de la Provincia de Río Negro. Ley 5020 del 12/01/15; CPP Corrientes, sancionado por Ley 7066 del mes de marzo del 2021.

objetivas a la facultad recursiva del MPF. Algunas de ellas relativas al monto de la pena que hubiera solicitado el MPF en la acusación, y otras a la diferencia entre ésta y la efectivamente impuesta por el tribunal. Incluso algunas legislaciones, como las de Neuquén y de Corrientes, van un poco más allá y consagran también limitaciones referidas a la cantidad de veces en que el MPF puede recurrir. Sin embargo, tal como se anticipara, ninguna establece la prohibición del MPF de recurrir las sentencias definitivas.

No me detendré aquí en las diferentes legislaciones de las provincias de nuestro país y cómo cada una de ellas regula tales limitaciones objetivas ya que ello será objeto de desarrollo y análisis en el capítulo sobre las limitaciones al recurso del acusador.

En la provincia de Mendoza, a pesar de tener un CPP que ha atravesado un proceso de reforma muy intenso en los últimos años, con una tendencia marcada hacia la adversarialidad, no ha introducido ninguna reforma en el sistema recursivo, manteniendo inalterada la bilateralidad.

Y más aún, a diferencia de las provincias antes mencionadas, la provincia de Mendoza no ha establecido siquiera nuevas limitaciones al recurso del acusador, conservando sólo aquellas dispuestas hace ya más de 70 años en oportunidad en que se sancionara la ley 1908, que incluso, responden al paradigma de un sistema de enjuiciamiento de tipo mixto.

Tal como puede apreciarse, la decisión en las diferentes legislaciones ha sido la de mantener el esquema recursivo bilateral, conservando el recurso del MPF contra las sentencias, y sólo limitarlo objetivamente, diferenciando de algún modo la situación de éste con la del imputado, situación que, sin embargo, ni siquiera se replica en nuestra provincia, en la que la bilateralidad se mantiene de manera absolutamente simétrica.

El recurso del Fiscal en los Juicios por Jurados.

A diferencia de lo que ocurre con las sentencias de jueces técnicos, en lo que se refiere al veredicto emanado de un Jurado Popular, existe una coincidencia plena entre doctrina, jurisprudencia y normativa legal, en torno a la decisión de vedar el recurso contra la sentencia absolutoria derivada del veredicto de no culpabilidad.

Tal coincidencia, entiendo que reside en los motivos que subyacen a la decisión de vedarlo, ya que los mismos se relacionan con la especial naturaleza jurídica del veredicto que es claramente política.

En efecto, tal como lo reflejan estudios realizados por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), existe una clara crisis de legitimidad del poder judicial, la cual se enmarca en un panorama crítico aún mayor de representación que abarca a todos los poderes del Estado, pero con mayor fuerza al poder judicial ya que el mismo tiene, por su propio origen, estructura y lógica de funcionamiento, un déficit de legitimidad por falta absoluta de representación y participación del pueblo en su funcionamiento.

Esa “crisis de representación” que encontramos en el poder judicial, es contrarrestada por el surgimiento de nuevas formas de participación ciudadana, fuertemente imbuidas de un espíritu de democracia directa, que ofrecen nuevas formas de legitimación.⁴²

Una de las figuras emergentes de las nuevas formas democráticas es el “pueblo juez”, cristalizado en instituciones como el jurado popular, entre otras posibles. Estas instituciones, tienen como motivo de surgimiento no solo la constatación de la ya mencionada “crisis” de representación, sino, además –precisamente en el caso de los jurados populares- del reconocimiento de los límites de la justicia profesional. De allí entonces la dimensión política del juicio y también de los jurados populares. La primera, en tanto acto de decisión pública, que produce resultados más tangibles que otras formas de decisión. Es una modalidad de expresión del interés general sobre un caso particular. Al tiempo que resuelve un conflicto o una disputa, ejerce una función prescriptiva, difundiendo las normas vigentes y pautas para su interpretación.

Por otra parte, referir a la dimensión política de los jurados populares, obliga a volver sobre los planteos de Tocqueville, quien reconoce en los jurados una escuela de gobierno y representa en esta institución la idea de un gobierno de hombres libres e iguales: *“Lo considero como uno de los medios más eficaces de que pueda servirse la sociedad para la educación del pueblo”*. Y luego continúa el informe citando a Habermas *“La legitimidad de un gobierno depende de nuestra capacidad para razonar y debatir colectivamente los méritos de sus*

⁴² PORTERI, Sidonie y ROMANO, Aldana. El Poder del Jurado. Descubriendo el Juicio por Jurado en la Provincia de Buenos Aires. 1° Edición. Buenos Aires. INECIP. 2018. Pág. 18.

*acciones, y el jurado pone ese derecho de los ciudadanos en el corazón del proceso legal y les permite no sólo meramente testear su legitimidad, sino asumir una verdadera responsabilidad al emitir sus veredictos”.*⁴³

Finalmente, con mucho acierto se sostiene en dicho informe que las dimensiones constitutivas del problema del sistema judicial son la ineficacia, la politización, la distancia y los privilegios de los que goza la “clase judicial”. El resultado de la crisis es el deterioro de la confianza ciudadana en las instituciones del poder judicial en dos niveles: la ciudadanía dejó de creer en la capacidad del sistema para lograr sus objetivos (resolver conflictos); pero además desconfía que esa resolución, cuando ocurre, sea en aras del bien común. En el fondo, parte del reclamo al sistema de justicia es que está siendo infiel a su misión fundamental. Las decisiones judiciales no expresan un sentido de justicia válido para la sociedad.⁴⁴

En idéntico sentido, el profesor Julio Maier señala que el jurado representa, políticamente, una condición básica para la utilización de la coerción estatal, sobre todo en materia penal, debido a que la pena estatal significa, a su vez, la autorización más vigorosa para la utilización de la fuerza por parte del Estado, en perjuicio de un habitante sometido a su soberanía, la injerencia más grave en sus derechos básicos como persona. El Jurado funciona así, políticamente, a la manera de clave para que los funcionarios estatales –jueces profesionales- utilicen la pena estatal para la solución del conflicto social: la absolución del jurado impide la utilización de esta herramienta, cualquiera sea la valoración del veredicto (justo o injusto frente a la ley); la condena del jurado abre paso para que los jueces profesionales y permanentes, en una instancia posterior, fijen la consecuencia jurídica eventual a sufrir por el condenado. La necesidad del juicio por jurados (CN artículos 24, 75 inciso 22 y 118) se puede resumir, entonces, en la condición que su autorización final determina para la aplicación de una pena estatal: a manera de compuerta, abre o cierra la posibilidad de aplicar una pena. Conforme a esta inteligencia política de la institución, el juicio por jurados es, jurídicamente, una garantía procesal y un derecho para el imputado, en materia penal.⁴⁵

Y en esa misma línea argumentativa, se ha señalado que la sentencia, como producto final del proceso, que perjudique de modo arbitrario los intereses que representa el Ministerio

⁴³ Ibidem. Pág 18/19.

⁴⁴ Ibidem. Pág. 30.

⁴⁵ Maier, Julio B. J, “Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos”. Ed. Del Puerto, 2004. Pág 634.

Público Fiscal, y que es dictada, no por el pueblo sino por magistrados sometidos a las reglas del sistema republicano, tiene que ser susceptible de control en igualdad de armas ente las partes para evitar un excesivo poder sin equilibrios capaz de conducir a abusos y arbitrariedades.⁴⁶

Por su parte, el profesor Andrés Harfuch, con relación a su naturaleza jurídica, expresa que el veredicto del jurado desde hace milenios que es inimpugnable e impide una nueva persecución penal. Sólo puede haber una única instancia de mérito (juicio público) en donde se discutan los hechos, al término del cual se imparte un veredicto que pone punto final al pleito y tiene autoridad de cosa juzgada material. Le otorga a los litigantes y a la sociedad en general un final cierto en el tiempo. El litigio termina con el veredicto del jurado. Una vez rendido un veredicto absolutorio tras el único juicio posible, la garantía del *double jeopardy*, o doble riesgo (nuestro *non bis in ídem*), impide cualquier tipo de recurso de los acusadores, sean estos públicos o privados.

Luego, continúa expresando que una gran parte del éxito del sistema de enjuiciamiento por jurados, reside en que los jueces técnicos velen por el respeto de sus aspectos esenciales, procurando que los mismos no sean alterados. En ese sentido comenta el fallo Bray-Paredes de la Cámara Nacional de Casación Penal⁴⁷, el cual entiende que es uno de los fallos que se inscribe en esa línea, al sentar dos bases argumentativas fundamentales: en primer lugar, sostuvo que el derecho del acusador –sea público o privado- a recurrir la absolución del imputado no tiene reconocimiento constitucional y, en segundo lugar, que la naturaleza soberana de la decisión del jurado popular, es la razón de ser de su carácter irrecurrible, tal como se reconoce pacíficamente desde hace siglos en las democracias occidentales más sólidas del *common law*.

Asimismo, Harfuch, para mayor ilustración de sus afirmaciones, cita textualmente algunos párrafos de dicho precedente, los cuales, entiendo resultan útiles mencionar aquí, ya que hacen referencia a la naturaleza jurídica del veredicto como motivo principal de la decisión legislativa de vedar la facultad de recurrirlo a los acusadores.

⁴⁶ Mahiques, Ignacio “Origen, Fundamentos y Límites del Recurso contra la Absolución”. Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, pág. 116.

⁴⁷ “Bray Juan Pablo y Paredes Javier Maximiliano s/ Recurso de Queja. Interpuesto por el particular damnificado”. Cámara De Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. Sala V. 12/09/17.

Expresa el fallo que *“la compatibilidad convencional y constitucional de las normas que regulan la instancia recursiva en el juicio por jurados de nuestra provincia se confirma si se tiene en cuenta que, el carácter irrecurrible del veredicto de jurados no está únicamente impuesto para la víctima o para alguna parte en particular, sino que es una característica de la decisión en sí, que se funda en el carácter soberano del órgano que la dicta y que ha sido así regulada durante siglos por todas las democracias que adoptaron ese sistema de juzgamiento.”* Y luego concluye *“el veredicto del jurado es una decisión judicial y política emanada directamente del Soberano, ello es lo que determinó la decisión legislativa de asignarle, siempre, el carácter de irrecurrible.”*⁴⁸

En ese mismo orden de ideas, Harfuch, hace referencia a la naturaleza política del veredicto expresando que es propio de la esencia misma del juicio por jurados, que el veredicto de no culpabilidad dictado por jueces no profesionales (jurado popular) tenga autoridad de cosa juzgada material, cerrando de manera definitiva e irrevocable la persecución penal contra el acusado, señalando enfáticamente que es allí en donde está precisamente en juego la autoridad política que encarna la soberanía popular del jurado frente al caso. ⁴⁹

Por último, también con relación a la naturaleza política del veredicto, la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en oportunidad de resolver un planteo efectuado por el Ministerio Público Fiscal de inconstitucionalidad de la norma que veda en dicha legislación la facultad de los acusadores de recurrir el veredicto de no culpabilidad, señaló que *“El jurado es expresión de la soberanía del pueblo, cuya voluntad no puede ser cercenada por algún otro de los poderes del Estado; luego, sería lo mismo que exista algún mecanismo legislativo que busque torcer el resultado de una elección de autoridades, lo cual resulta inadmisibile”*⁵⁰

Se ha señalado con relación a ese fundamento, basado en la naturaleza política del veredicto como expresión de la soberanía popular, que el mismo resultaría insuficiente para explicar por qué razón entonces el imputado tiene recurso contra los pronunciamientos

⁴⁸ Harfuch, Andrés. “Es constitucional la norma que le impide al particular damnificado recurrir el veredicto de no culpabilidad del jurado”. El poder del Jurado. Descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires. Ed. de la Embajada Británica de Buenos Aires. Págs. 189/197.

⁴⁹ Harfuch, Andrés “El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires. Ley provincial 14.543 anotada y comentada. El modelo del jurado clásico.” Ed. ad Hoc, 2013. Pág 45

⁵⁰ “L., M.G s/ Recurso de Casación.” TCasación Penal, Buenos Aires, sala VI, 04/02/2016.

condenatorios derivados también del veredicto, pudiendo resultar revocados. Frente a ese cuestionamiento, se ha entendido que el mismo fallo ofrece una respuesta en sus fundamentos cuando señala *“La circunstancia de que se haya posibilitado el supuesto inverso, que el imputado recurra el veredicto condenatorio, persigue conciliar la garantía del acusado de ser juzgado por sus conciudadanos (arts. 24, 75 inciso 12 y 118 de la CN) con la de recurrir el fallo condenatorio (arts. 14.5 del PIDCP, 8.2 de CADH). En otras palabras: el reconocimiento de una garantía no puede anular, al mismo tiempo, otra.”*⁵¹

De esa manera, se logra sostener la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio derivado del veredicto de culpabilidad del jurado, manteniendo incólume la naturaleza política del mismo como expresión de la soberanía del pueblo, resultando ésta última, razón de ser de la decisión legislativa de vedar el recurso al acusador.

Regulación del Recurso Fiscal en las diferentes legislaciones de Juicio por Jurados

Esa coincidencia que destaco en la doctrina y jurisprudencia, se advierte también en las todas las legislaciones procesales de las diferentes provincias de nuestro país que tienen instaurado el enjuiciamiento por jurados populares, las que, con diferentes redacciones, niegan el recurso a los acusadores contra el veredicto de no culpabilidad.

El CPP Bonaerense en su artículo 452 dispone *“En el procedimiento de juicio por jurados, el Ministerio Público Fiscal carece de legitimación para recurrir”*. Y en su artículo 20 dispone *“El Tribunal de Casación Penal de la Provincia conocerá (...) En el recurso de casación y la acción de revisión contra sentencias condenatorias dictadas en el procedimiento de juicio por jurados (inc.3). En el mismo sentido, el art. 371 quater dispone “La sentencia absolutoria derivada del veredicto de no culpabilidad del jurado es irrecurrible”*. Y, por si todo ello no fuera suficiente, en su artículo 452 *in fine* dispone *“En el procedimiento de juicio por jurados, el Ministerio Público Fiscal, carece de legitimación para recurrir”*. Más allá de lo reiterativo que pueda resultar el modo en que está regulado, no queda margen para dudas de la decisión legislativa en el sentido de vedarle el recurso al acusador.

⁵¹ Favarotto, Ricardo S., *“Otra vez sobre la extensión del derecho a recurrir”*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Tomo 4. Mayo de 2016. Editorial La Ley. Pág. 81/82

El CPP de San Juan, en su artículo 396 dispone “El veredicto del jurado popular es irrecurrible. El recurso contra la sentencia condenatoria o la que impone una medida de seguridad, derivadas del veredicto de culpabilidad o el de no culpabilidad por razones de inimputabilidad, se rige por las disposiciones de este Código.” La simple lectura de la disposición pone en evidencia la decisión de admitir el recurso sólo para el imputado.

En la provincia de Neuquén⁵², que fue la primera de todo el país en instaurar un sistema de enjuiciamiento por Jurados populares (sistema puro), se dispuso con relación a las vías recursivas, en su artículo 238 que “En los juicios ante Tribunal de Jurados serán aplicables las reglas del recurso contra la sentencia previstas en este Código (...) No procederá recurso alguno contra la sentencia absolutoria, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto del soborno.” Y en su artículo 241 regula las facultades recursivas del Fiscal expresando que “El fiscal podrá impugnar las decisiones judiciales en los siguientes casos: (...) 2) La sentencia absolutoria, si hubiere requerido una pena superior a los tres (3) años de privación de libertad. En los casos de juicios por jurados, sólo podrá impugnar la sentencia absolutoria cuando demuestre fehacientemente que el veredicto absolutorio del jurado fue obtenido mediante el soborno.

Otra vez aquí se advierte de manera indubitable la decisión del legislador de vedarle el recurso al fiscal en casos de sentencias absolutorias derivadas de veredictos de no culpabilidad, ya que, limitar la procedencia del mismo a los supuestos en que se pudiera acreditar el soborno de alguno de los integrantes del jurado, implica prácticamente denegarlo, no sólo por la poca frecuencia con la que pueda tener lugar ese escenario, sino también por la enorme dificultad probatoria que necesariamente representa la acreditación de tal extremo.

La provincia de Chubut⁵³, en su artículo 370 dispone (...) “En ningún caso podrá impugnarse la sentencia absolutoria derivada del veredicto de no culpabilidad pronunciado por el jurado o la sentencia absolutoria del juez tras un jurado estancado (artículo 332, último párrafo).” Del mismo modo se veda entonces de manera categórica el recurso contra la sentencia absolutoria.

⁵² Ley provincial 2784 dictada en el año 2014, provincia de Neuquén.

⁵³ Ley provincial XV N° 30 - Dto. N° 78- Juicio por Jurados y Vocales Legos, sancionada el diciembre de 2019 y publicada en febrero de 2020, provincia de Chubut.

La provincia de Chaco⁵⁴, en su artículo 89 de la Ley de Juicio por Jurados, prevé que “el veredicto de no culpable o no culpable por razones de inimputabilidad será obligatorio para el juez y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal contra el acusado. Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente, no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto de soborno.” Aun con una regulación más escueta, claramente se ve plasmada la voluntad del legislador en el mismo sentido de vedar el recurso al acusador.

En la provincia de Río Negro⁵⁵ sucede algo similar, pero con una variante que resulta interesante destacar. En el artículo 235 dispone “El Fiscal podrá impugnar las decisiones judiciales en los siguientes casos: (...) en los casos de juicios por jurados sólo podrá impugnar la sentencia absolutoria cuando alegue fehacientemente que el veredicto absolutorio del jurado fue obtenido mediante el soborno”

Tanto el CPP de Río Negro, como el de Neuquén y Chubut, más allá de que comparten la decisión de vedar el recurso acusador, consagran una excepción que resulta interesante destacar. No rige el límite si el imputado es funcionario público y ha cometido el delito en ocasión de sus funciones. Tal excepción permite concluir que el poder soberano del jurado solo podría cuestionarse frente a situaciones que afecten especialmente el interés público, tales como el soborno de uno de los jurados o cuando el delito ha sido cometido el delito por un funcionario público en ocasión de sus funciones, lo que, como se verá más adelante, tiene una especial vinculación con la propuesta que se ensaya en el presente trabajo.

Todas las legislaciones procesales que he citado, fueron elegidas precisamente por ser las más vanguardistas en cuanto a la verdadera instauración de un sistema acusatorio adversarial y, al mismo tiempo, las más amplias en lo que atañe a la adecuación a estándares internacionales en materia de derechos humanos y en cuanto al respeto de las características propias de un sistema de jurados puro o clásico, por lo que resultan ilustrativas a fin de delimitar una legislación promedio o prototípica que sirva como referente.

⁵⁴ Ley provincial N° 7661 de Juicio Por Jurados.

⁵⁵ Ley de Juicio por Jurados aprobada el 30 de octubre de 2014, la cual rige desde el año 2018.

La provincia Mendoza no es la excepción, ya que la ley que regula el juicio por jurados⁵⁶, dispone en su artículo 38 letra c) “Si el veredicto es de no culpable, será obligatorio para el Juez y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado. Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto de soborno. Tampoco se admitirá recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el Juez ante un Jurado estancado, salvo que fuera producto de soborno.”

Como puede advertirse, la limitación es categórica y casi absoluta, no distinguiendo además entre acusador público o privado, lo que le veda entonces también el recurso a la víctima constituida en querellante particular. Del mismo modo, resulta absolutamente significativo que se utilice en la misma norma la expresión “cosa juzgada material” pues ello resulta elocuente en cuanto a la inmediata firmeza que adquiere la sentencia absolutoria cuando proviene de los dos supuestos señalados en la norma, distanciándose así totalmente de la regulación del recurso contra la sentencia producto de un juicio por jueces técnicos, en la que sí se encuentra acordada al Ministerio Público Fiscal la facultad de recurrir la sentencia absolutoria.

Y es que, tomando esas legislaciones y la de nuestra provincia como referencia, no existe lugar a dudas de que la sentencia absolutoria derivada del veredicto de no culpabilidad, o incluso de un jurado estancado, tiene fuerza de cosa juzgada material y por lo tanto adquiere firmeza inmediata.

Por ello, resulta evidente que, la decisión legislativa generalizada de vedar el recuso a los acusadores, se encuentra claramente ligada a la naturaleza eminentemente política del veredicto del jurado popular, por ser éste la expresión directa de la voluntad del pueblo, circunstancia que hace que el mismo goce de plena legitimación, a diferencia de las sentencias emanadas de juicios ante jueces técnicos, las cuales por el contrario, de acuerdo a un sector predominante de la doctrina, adolecen del déficit de legitimidad antes apuntado.

Es allí en donde –entiendo- encuentra explicación el “síntoma” anteriormente apuntado, pues resulta evidente que, la disociación entre las posturas doctrinarias y

⁵⁶ Ley provincial 9106 –de Juicio por jurados populares. Sancionada en el mes de 2018, provincia de Mendoza.

jurisprudenciales y la legislación, que, de manera unánime e inalterada en el tiempo, le sigue acordando al acusador público, recurso contra la sentencia absolutoria, e incluso condenatoria, derivada de un juicio ante jueces técnicos, reside en la diferente naturaleza de cada una de esas decisiones. Mientras que el veredicto del jurado popular es expresión directa de la voluntad y decisión del pueblo, la sentencia de jueces técnicos es una decisión que, lejos de implicar la intervención directa del pueblo, es el resultado de un proceso de valoración que, en el mejor de los casos, lo realizan tres juezas o jueces técnicos quienes, además de no resultar investidos de su facultades por el voto popular, encarnan la expresión de un poder del estado que se encuentra en una franca crisis de legitimidad, la cual se traslada naturalmente a todo lo que de él emane.

Tales afirmaciones, nos llevan a la conclusión tan ineludible como cierta, de que no estamos entonces dispuestos como sociedad a desterrar por completo el recurso del acusador público de las regulaciones de los procesos frente a jueces técnicos. Muy por el contrario, parece ser necesario dejar abierta esa posibilidad, como una especie de reaseguro que permita ponerle límite a eventuales abusos de poder, o bien corregir los yerros y/o arbitrariedades en las que pudieran incurrir los mismos en sus decisiones.

Es que, no se advierte otro motivo que explique válidamente esa concesión, que se ha mantenido inalterada en el tiempo, cuando existe amplio consenso en que tal facultad debería ser vedada, concesión que incluso ha trascendido y se encuentra instalada en las legislaciones procesales más vanguardistas y recientemente renovadas, lo que necesariamente implica una ratificación de esa inveterada voluntad legislativa, dejando pasar, de manera deliberada, la oportunidad de introducir una reforma en el sentido de vedarla.

Soy consciente de que tal argumento, eminentemente pragmático, aun siendo incontrastable, no resulta por sí solo suficiente para aceptar -sin más- la legitimación de la facultad recursiva del acusador contra las sentencias.

Por ello, entiendo necesario ensayar algunos criterios que resultan legitimantes, y que, al mismo tiempo logran sortear de algún modo las motivaciones que esgrimen la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia para vedar su concesión.

CAPÍTULO 3

FUNDAMENTOS DEL MANTENIMIENTO DE LA FACULTAD RECURSIVA DEL MINISTERIO PUBLICO FISCAL

El déficit de legitimidad del sistema de justicia como fundamento de la necesidad del recurso acusador

Tal como se adelantaba en oportunidad de desarrollar la diferencia entre la legitimidad del veredicto del jurado frente a la de la sentencia de jueces técnicos, son varias las posturas que sostienen que el sistema de justicia adolece de un déficit de legitimidad de origen, mientras que otras entienden, que no se trata de una crisis o déficit de legitimidad sino, antes bien, de una diferente “lógica” de legitimidad o legitimación que tiene el sistema de justicia con relación a los demás poderes del Estado, sea que esta legitimidad la deriven de la propia naturaleza de la jurisdicción o del discurso más o menos democrático que atraviese sus decisiones.

En la primera postura podemos encontrar a quienes sostienen que las dimensiones constitutivas del problema del sistema judicial son la ineficacia, la politización, la distancia y los privilegios de los que goza la “clase judicial”. El resultado de la crisis es el deterioro de la confianza ciudadana en las instituciones del poder judicial en dos niveles: la ciudadanía dejó de creer en la capacidad del sistema para lograr sus objetivos (resolver conflictos); pero además desconfía que esa resolución, cuando ocurre, sea en aras del bien común. En el fondo, parte del reclamo al sistema de justicia es que está siendo infiel a su misión fundamental. Las decisiones judiciales no expresan un sentido de justicia válido para la sociedad.⁵⁷

En el mismo sentido, se sostiene que, *“En las últimas décadas, América Latina ha experimentado múltiples transformaciones. La consolidación de regímenes democráticos y las reformas económicas de corte neoliberal, así como la progresiva internacionalización de la economía han inducido intensos procesos de reestructuración de las relaciones sociales. La*

⁵⁷ Porterie, Sidonie y Romano, Aldana. *Ob. Cit.* Pág 30.

influencia combinada de estos procesos de cambio viene modificando las concepciones acerca del Derecho y su papel en la sociedad. Al mismo tiempo, la acentuación de las desigualdades sociales profundiza el escepticismo frente a las instituciones que parecen incapaces de dar respuestas a problemas acuciantes como la corrupción y la inseguridad frente al delito. (Bergoglio, 2007). La crisis de confianza en las instituciones resulta especialmente seria para el poder judicial, que no puede recurrir al mecanismo electoral para renovar su vínculo con la sociedad, y necesita por ello apelar a nuevas estrategias de legitimación. En Argentina, la erosión del prestigio de los jueces ha sido un proceso lento que llegó a un punto crítico durante la crisis de 2001, cuando manifestaciones populares reclamaban en las calles la salida de la Corte Suprema de Justicia. En este contexto, el proceso de reformas judiciales puede ser leído no sólo como un intento de adaptar la administración de justicia a las nuevas condiciones políticas generadas por el proceso de democratización, sino también como un esfuerzo para recuperar el prestigio perdido por los jueces. La inclusión de mecanismos de participación popular en las decisiones judiciales – introducida en Córdoba en el 2005 -aparece como una herramienta especialmente útil para la legitimación del poder judicial.”⁵⁸

Por otra parte, y ya fuera de aquellas posturas que sostienen que existe una crisis de legitimidad, encontramos a quienes sostienen, con algunos matices, que no se trata de una verdadera crisis, sino que el poder judicial tiene otra lógica de legitimación que lo distingue de los demás poderes del Estado.

El profesor Luigi Ferrajoli, quien además de ser un gran catedrático, fue magistrado por muchos años, sostiene que, el papel del poder judicial como jurisdicción viene impuesto por la necesidad de dotar a los derechos fundamentales, y en general, al derecho, de una institución de garantía de su efectividad. Esta garantía, por la misma naturaleza del objeto, solo puede prestarse a partir de una posición de independencia respecto de los sujetos cuyo poder podría experimentar las extralimitaciones que se trata de conjurar o reprimir. Para referirse al universo de expectativas y de bienes e intereses cuya primera garantía resulta de la configuración constitucional de algunos derechos como fundamentales, Luigi Ferrajoli ha acuñado la categoría de “*esfera de lo indecidible*” Netamente distinta de esa, es la “*esfera de*

⁵⁸ Bergoglio, María Inés. Doctora en Ciencia Política (UCC) y Especialista en Sociología Política (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid). “Nuevos caminos hacia la legitimidad judicial. Participación ciudadana en los tribunales penales en Córdoba”. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Abril de 2009. Pág. 128/129.

lo decidible”, que es la discrecional, de la política, la propia de las “*instituciones de gobierno*”, frente a la primera que lo es de las “*instituciones de garantía*”.⁵⁹

Partiendo de la indicada diversidad de esferas “*de lo no decidible*” y “*de lo decidible*”, Ferrajoli propone un nuevo diseño del marco de los poderes públicos, conforme a un criterio que es el de la consiguiente diversidad de las fuentes de legitimación de los respectivos cometidos; que lleva a que, a su entender, la separación hoy tenga que ser de las ya aludidas funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía. Las funciones de garantía están fuertemente vinculadas a la ley y a la tutela de los derechos fundamentales. Según sostiene Ferrajoli, las funciones de garantía se distinguen también por ser “*antimayoritarias*”, en el sentido de que han sido instituidas para asegurar los derechos fundamentales de todos, mediante la aplicación sustancial de las normas, una vez constatada la concurrencia efectiva de los presupuestos, conforme a un criterio de veracidad y sin atender a ninguna otra consideración, de oportunidad, por ejemplo. Esto las hace también democráticas, si bien de un modo distinto del convencional sentido político, pues lo son por referirse “*al pueblo entero, no ya como representación de su mayoría, sino como conjunto de todas las personas que lo componen*”⁶⁰

En definitiva, conforme lo señala Andrés Perfecto Ibáñez, para Luigi Ferrajoli, la jurisdicción se caracteriza por ser función instrumental de tutela de los derechos vulnerados, mediante la aplicación de otros, las garantías procesales constitucionalmente consagradas, a su vez, como derechos fundamentales. Esa función, se ejerce bajo la exclusiva sumisión a la ley y sin sujeción a dirección política alguna; sin ningún interés preconstituido que no sea el de la imparcial comprobación de lo verdadero y la verificación de los requisitos o presupuestos normativos; mediante decisiones emitidas caso por caso y siempre justificadas en todos sus extremos.⁶¹

⁵⁹ Ibáñez, Perfecto Andrés. “Jurisdicción y Estado Constitucional en Luigi Ferrajoli.” Pág. 21.

⁶⁰ Ibáñez, Perfecto Andrés. Ob. Cit. Pág. 22/23.

⁶¹ Ibáñez, Perfecto Andrés. Ob. Cit. Pág. 27. Allí, con relación a la ausencia de intereses pre constituidos cita textualmente lo sostenido por Ferrajoli en “Derecho y Razón”. «*La actividad jurisdiccional, como todas las actividades cognoscitivas, no está dirigida a la satisfacción de intereses pre constituidos. Los demás órganos del estado –las instituciones legislativas, el gobierno, los entes públicos, la administración pública–, aun operando con las formas y dentro de los límites establecidos por las leyes, fijan o siguen líneas o finalidades políticas más o menos contingentes, según su colocación institucional y su ámbito de autonomía. [...] Los jueces, por el contrario, no persiguen ningún interés prejudicial sino solo la averiguación de la verdad en cada causa de que conocen, después de un juicio contradictorio entre sujetos portadores de intereses en conflicto*» (Derecho y razón, cit., p. 579)

Finalmente, sostiene, “*se ha reprochado a Ferrajoli un supuesto exceso de judicialismo. En broma/en serio, se ha dicho alguna vez que en su planteamiento habría una cierta «entrega del estado de derecho a los jueces». Pero nada más incierto. En efecto, el modelo de poder judicial de Ferrajoli –cuya constitucional lógica interna es difícilmente objetable– resulta ser extraordinariamente exigente en todos sus momentos y, en particular, con la jurisdicción y con el juez.*”⁶²

Por otra parte, encontramos aquellas posturas que sostienen que la legitimidad del poder judicial reside en el carácter más o menos democrático de su discurso, y que, en ese punto, no se distingue necesariamente de la legitimidad del poder político, ya que ésta no sólo surge de la elección directa de sus miembros, sino que esa legitimación –solo de origen- debe renovarse continuamente y tal objetivo se logra cuando, cada una de sus decisiones, se construye a través de un diálogo, un intercambio con la sociedad. Esto es lo que se conoce como democracia deliberativa.

Con relación a este concepto, pero a propósito de la justificación teórica del control judicial de constitucionalidad de las normas⁶³, se ha sostenido que “*Alexy reconoce que todo ejercicio de la autoridad estatal sólo puede justificarse si es compatible con la democracia; y, por ende, el control de constitucionalidad, como acto de autoridad, no puede ser ajeno a tales exigencias. La democracia indirecta, caracterizada por la idea de representación, reconoce al legislador como representante del pueblo producto de la celebración de elecciones democráticas. Siguiendo esa línea, afirma que la única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia es atribuyéndole a los jueces algún tipo de representación del pueblo. Para ello, Alexy recurre a la idea de democracia deliberativa. Así, destaca que la democracia basada únicamente en los conceptos de elecciones y regla de la mayoría es esencialmente decisionista, y, en cambio, una democracia deliberativa “es un esfuerzo para institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones, tanto como sea posible” (ALEXY, 2008: 14). Por ello, la representación de los jueces constitucionales al declarar la inconstitucionalidad de una norma sería esencialmente*

⁶² Ibáñez, Perfecto Andrés. Ob. Cit. Pág 27.

⁶³ Corresponde aquí señalar que, si bien el desarrollo se refiere a la legitimidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes, el mismo aplica perfectamente para sostener la legitimidad del poder judicial en sí, ya que el control judicial de constitucionalidad resulta ser la zona de mayor conflicto para la actuación de este poder, ya que implica pronunciarse sobre la actividad de los otros poderes del Estado (el legislativo y de algún modo el ejecutivo también.)

argumentativa. Frente a las críticas —especialmente de Habermas— que le asignan una excesiva idealización del rol judicial que deriva en un poder ilimitado de ellos, las rechaza demostrando que “el control de constitucionalidad está conectado con lo que la gente realmente piensa” (ALEXY, 2008: 16). Así, establece dos condiciones de la argumentación judicial para una verdadera representación argumentativa: (a) los argumentos deben ser “correctos o razonables”; y (b) “deben existir personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos o razonables”. Para él, los argumentos razonables o “buenos” son los que representan la opinión del pueblo.⁶⁴

Se considera que el pilar teórico que sostiene a la democracia deliberativa es el “principio del discurso”, que se ubica como un principio universal de justificación basado en el entendimiento intersubjetivo y aplica una pragmática universal del lenguaje. La pragmática universal, empleada a través de un método reconstructivo, permite identificar las condiciones universales del entendimiento posible, siempre presentes en todo discurso argumentativo. Tales condiciones universales pueden ser individualizadas como: (a) pretensión de verdad, por la cual el interlocutor afirma que el contenido del acto de habla tiene cierta correspondencia con la realidad; (b) pretensión de inteligibilidad, por la cual el interlocutor pretende plantear el tema de un modo que resulte comprensible; (c) pretensión de veracidad, que tiene que ver con la correspondencia entre lo que se dice y lo que se piensa; y (d) pretensión de corrección normativa, que regula la condición de los enunciados.⁶⁵

De ese modo, la democracia deliberativa quita valor epistémico a la regla de la mayoría y lo traslada al principio del discurso. La primera, centra su atención en un momento determinado del proceso democrático —en la votación— y, por ende, es útil para explicar la legitimidad de origen de la autoridad. El segundo, se dirige a legitimar la práctica que pone en marcha el ejercicio de esa autoridad. Lo que realmente concede legitimidad al sistema no es la decisión mayoritaria sino el procedimiento de construcción del consenso, sin por ello desconocer que, en la mayoría de los casos, derivará tarde o temprano de un proceso de votación.⁶⁶

⁶⁴ Zelaya, Juan Rodrigo. “Democracia Deliberativa y Control de Constitucionalidad: Compatibilidad y Exigencias”. Publicado en “EN LETRA”. Año 2017 Número IV. Pág 125/126.

⁶⁵ Zelaya, Juan Rodrigo. Ob cit. Pág. 129.

⁶⁶ Zelaya, Juan Rodrigo. Ob. Cit. Pág. 131.

Luego, dentro de esta postura se sostiene, con relación a la importancia de la función judicial que, las normas jurídicas no tienen posibilidad de autoaplicarse o ejecutarse, sino que el derecho cobra sentido sólo frente a un determinado estado de cosas. Cuando una situación de la realidad está expresamente prevista en la norma, el derecho se aplica mediante la subsunción sin inconvenientes; pero, como el sistema de normas no puede prever la infinidad de estados de cosas posibles, suelen aparecer lagunas jurídicas, conflictos de normas de distinta jerarquía, cláusulas abiertas a más de una interpretación, y otras circunstancias que generan incertidumbre jurídica o conflictos de pretensiones de validez particulares. Esa característica, que hace a la indeterminación del derecho, impone la necesidad de una figura encargada de aplicar la norma frente a situaciones particulares, y que, toda actividad judicial desarrolle en algún punto una tarea interpretativa, que será más o menos intensa según el grado de indeterminación de la norma.

Sin embargo, la tarea de aplicador del derecho no se completa con la función interpretativa, sino que exige también que ese proceso se traslade al mundo exterior mediante la argumentación. El deber del juez es resolver en base a un sistema de derecho previamente dado por el legislador y el constituyente, para lo cual es necesario que sus decisiones estén dotadas de una racionalidad discursiva producto de una práctica argumentativa fundada en derecho. En definitiva, las decisiones judiciales están vinculadas a una doble exigencia: en primer término, deben ser el producto de una interpretación racional y coherente del ordenamiento jurídico, por razones de seguridad jurídica, de modo tal que su actividad no es creadora sino interpretativa del derecho; y, en el segundo, la interpretación racional debe estar siempre justificada en la decisión, es decir, trasladada al mundo exterior para su control por parte de los afectados por ella y la comunidad jurídica en general, que es la destinataria de la aplicación del derecho como estabilizador del comportamiento social. La racionalidad que impera en la actividad aplicadora del derecho, emanada de las prácticas interpretativa y argumentativa, es lo que legitima la decisión judicial, pues la hace permeable a los aportes y reacciones que puedan surgir de la sociedad civil y del poder estatal.⁶⁷

Según esta postura entonces *“El Juez debe su legitimidad al proceso de fundamentación normativa de sus decisiones, pero no por ello puede disponer caprichosamente*

⁶⁷ Zelaya, Juan Rodrigo. Ob. Cit. Pág. 136.

las razones agavilladas en las normas legales, sino que ellas desempeñan un papel distinto cuando se utilizan en un discurso aplicativo, enderezado a obtener decisiones consistentes y con la vista puesta en la coherencia del sistema jurídico en conjunto (HABERMAS, 1998: 261). Las diferencias sustanciales que atraviesan las actividades legislativa y judicial no hacen que esta última sea menos adecuada al principio del discurso y por ende al ideal de democracia deliberativa, sino que responden a distintos tipos de discurso, con exigencias particulares propias de cada uno. HABERMAS (1998) distingue discursos de fundamentación y de aplicación (pp. 240-1), propios de la función legislativa y judicial respectivamente. Atento a ello, el proceso judicial tiene particularidades en cuanto a las formas de comunicación y a los potenciales de razones que allí se expresan, lo cual deriva en una especial lógica argumentativa diferente a la del proceso parlamentario.”⁶⁸

En ese orden de ideas expresado, puede concluirse que el potencial epistémico que lleva consigo la revisión judicial surge de la existencia de una instancia más de deliberación, dada desde la perspectiva de quien actúa frente al caso particular y en una coyuntura política y social distinta a la del legislador al momento de dictar la norma. En consecuencia, se sostiene que para que esta idea triunfe, será necesario abandonar el mito del juez aislado de la sociedad e inmune a las presiones políticas y sociales, que acude al encuentro de la única respuesta correcta dentro de un ordenamiento jurídico que ha previsto a priori todas las posibilidades fácticas que puedan aparecer. Por ello, el poder judicial no puede ser ajeno a la existencia de un poder social, pero debe, en el ejercicio de la función judicial, proteger los derechos individuales mediante un control judicial de la administración basado en el principio de legalidad y el de separación entre Estado y sociedad, debiendo impedir el ingreso de poder social no filtrado, es decir, aquel que no ha pasado por las esclusas de la formación de poder comunicativo.⁶⁹

Luego de este repaso por las diferentes posturas en torno a la legitimidad del poder judicial, resulta claro que, cualquiera sea la postura que se asuma, esto es, que el mismo se encuentre en crisis desde su origen en el sentido tradicional de la justicia en manos de jueces técnicos, o que, la legitimidad del mismo resida en una lógica distinta, lo cierto es que, finalmente su legitimidad se configura a través de la exigencia de la fundamentación de sus decisiones. Sin embargo, la fundamentación no podría tener un valor *per se*. Por el contrario, la

⁶⁸ Zelaya, Juan Rodrigo. Ob. Cit. Pág. 137.

⁶⁹ Zelaya, Juan Rodrigo. Ob. Cit. Pág. 143/144.

misma pierde toda razón de ser si, los destinatarios de esa fundamentación, es decir, aquellos a quienes está dirigida como mecanismo de legitimación, no tienen la posibilidad de exigir su revisión a través de medios predispuestos para ello, tales como los recursos.

El error de invocar la igualdad de armas como fundamento

En muchas ocasiones se incurre en el error –al menos desde la óptica que aquí planteo– de sostener que, negarle el recurso al acusador afecta la garantía de igualdad de armas entre las partes del proceso.

Así, en oportunidad de plantearse la inconstitucionalidad de la norma que veda el recurso contra la absolución derivada de un veredicto de no culpabilidad dentro de la regulación del juicio por jurados de la provincia de Buenos Aires, se ha sostenido que A) en la normativa en cuestión no existe igualdad de armas en lo que respecta al titular de la acción porque la defensa puede recurrir y el MPF no. B) vulnera el debido proceso el cual incluye los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad en el proceso. C) que el legislador ha incurrido en una inconstitucionalidad por omisión al no regular el recurso de casación contra el veredicto de no culpabilidad.⁷⁰

Del mismo modo, en el dictamen del Procurador General en el caso Kang, al cual adhirieron en su voto por la minoría el Dr. Zaffaroni y la Dra. Highton de Nolasco, luego de efectuar un repaso por lo sucedido en el caso en el que el Tribunal de juicio con su forma de proceder había afectado la intervención del MPF y, al mismo tiempo, mostrado pérdida de imparcialidad, expresó que la garantía del debido proceso puede ser invocada por todas las partes procesales, incluyendo al MPF, ya que tiene por objeto lograr que se respeten las formas esenciales del mismo relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia. Sostuvieron que la garantía del debido proceso es bilateral por lo que todos los litigantes tienen derecho a obtener un pronunciamiento fundado debidamente luego de un juicio en legal forma.⁷¹

⁷⁰ Argumentos del recurso de casación del Fiscal General en el marco de la causa “L.M.G s/ Recurso de Queja”. Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. Sala VI. 04/02/16.

⁷¹ “Kang Yoon Soo” CSJN. diciembre de 2011. Dictamen del Procurador y voto de la minoría.

Hay otras posturas que incluso van más allá de eso, y sostienen que existe un conflicto entre el artículo 8.2 h de la CADH, que consagra la garantía de la doble instancia sólo para el imputado, y el principio de igualdad para los litigantes. Por ello, proponen una interpretación “adecuadora”. Sostienen que cuando hablamos del principio de igualdad estamos frente a una metanorma o “norma de segundo grado”, que no regula directamente la conducta de los ciudadanos,⁷² sino que versa sobre la producción y aplicación de otras normas. Luego, continúan expresando que esa interpretación adecuada puede ser restrictiva o extensiva, siendo este último supuesto cuando una norma le atribuye un derecho a un sujeto excluyendo a otro que, por el principio de igualdad (metanorma) debería gozar del mismo beneficio. Y finalmente concluyen que esa interpretación adecuada extensiva es la que debe aplicarse con respecto a la garantía del doble conforme consagrada en el art. 8.2 h.⁷³

Por otra parte, se ha recurrido al paradigma del Sistema Acusatorio Adversarial para sostenerlo, expresando que *“En el modelo acusatorio que ordena nuestra CN el juez actúa como un sujeto pasivo rígidamente separados de las partes y el juicio consiste en una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que le compete la larga carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público, y resuelta por el juez según su libre convicción, expresada en nuestro sistema a través de las reglas de la sana crítica racional. De allí que la igualdad en el proceso que debe existir entre las partes implica que los participantes deben tener iguales posibilidades de acción y contar con las mismas armas para llevarlas a cabo, sin que pueda rechazarse seriamente esto a partir de valoraciones abstractas sobre el poder del Estado y la necesidad de equilibrar relaciones desiguales desde que es el fiscal el que debe demostrar con pruebas la acusación para derribar la inocencia que siempre se presume.”*⁷⁴

Considero que, pretender invocar la igualdad como fundamento legitimante del recurso del MPF es un absoluto desacierto. Es que de ninguna manera se puede sostener una pretendida igualdad entre una persona –ciudadano/a- y un órgano predisposto por el Estado para procurar justicia y consecuentemente dotado por el mismo de todas las herramientas y el

⁷² Guastini Ricardo “Distinguiendo estudios de teoría y meta teoría del derecho”. Barcelona, 1999, citado por Perrachione Mario en “la Doble instancia en el proceso penal”. Revista de Derecho Penal y Criminología, Tomo 6, julio de 2015. Editorial La Ley. Pág.168.

⁷³ Perrachione Mario en “la Doble instancia en el proceso penal”. Revista de Derecho Penal y Criminología, Tomo 6, julio de 2015. Editorial La Ley. Pág.169.

⁷⁴ Mahiques, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolución.” Editorial Rubinzal Culzoni. 2018. Pag 96.

poder necesario para lograr ese cometido. Y mucho menos aún, puede sostenerse que, el MPF se encuentre incluso en inferioridad de condiciones, por ser él el que tiene la carga de la prueba debiendo destruir el estado jurídico de inocencia del que goza el imputado. Tales afirmaciones llevan ínsita una subversión y tergiversación de los principios nucleares del derecho Constitucional y Penal, ya que, precisamente, el *onus probandi* o carga de la prueba que pesa sobre el MPF, es un principio que, junto al *in dubio pro reo*, son derivados como consecuencia necesaria del Estado Jurídico de inocencia del que goza toda persona sometida a un proceso penal.

Resulta del mismo modo inaceptable que, bajo el pretexto de la metanorma que sí constituye el principio de igualdad, se pretenda hacer una interpretación extensiva -en favor de un órgano estatal- de una garantía que, por su propia naturaleza y razón de ser, se encuentra consagrada en favor de las personas sometidas a proceso precisamente por el propio Estado y que operan como límite al poder de éste.

No es ese el camino a seguir si pretendemos encontrar un criterio legitimante que sea respetuoso de los principios básicos que sustentan todo el derecho constitucional, penal y procesal penal, ya que con ello se generan razonamientos forzados que no es posible sostener sin una gran pérdida de coherencia y seriedad.

Entiendo que no es necesario soportar dicho costo –por cierto alto- ya que, como veremos a continuación, el MPF tiene un fundamento legitimador propio de su facultad recursiva, que le permite sostenerla sin tener que recurrir a las garantías consagradas sólo en favor de los imputados por tratados internacionales, ya que dicha facultad reside y encuentra su razón de ser, como veremos a continuación, en la función que constitucionalmente tiene asignada.

Tal inteligencia, no sólo ha sido incansablemente sostenida por los procesalistas más destacados de nuestro país, sino que además ha sido desarrollada con absoluta claridad por nuestra CSJN en el fallo Arce⁷⁵ en el que sostuvo “las garantías emanadas de los tratados de derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano, y no para beneficiar a los Estados Contratantes, por lo que la garantía del derecho

⁷⁵ Fallo Arce CSJN (Fallos320:2145). En el mismo sentido Romero Cacharane CSJN (fallos: 327:388.)

a recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. Por ello, siendo el Ministerio Público un órgano estatal, no está amparado por las convenciones internacionales, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le otorgue tal derecho.”

Allí, se puede ver claramente lo antes apuntado, en el sentido de que la facultad recursiva del MPF no tiene como origen una garantía constitucional ni convencional, sino que la misma es una concesión del legislador, que, por motivos de política de persecución penal, decide o no realizar en favor de este órgano, concesión que, como veremos, además resulta legítima y compatible con la CN y Tratados Internacionales.

Rol del MPF como custodio de legalidad y representante de los intereses de la sociedad.

Uno de los criterios legitimantes del recurso fiscal contra la sentencia absolutoria se relaciona con la idea de que el MPF tiene un deber constitucional y convencional de custodiar la legalidad y representar los intereses de la sociedad.

Tal razonamiento puede verse plasmado, si bien no con un gran desarrollo, en el dictamen del Procurador General en el Fallo Kang y en el voto en disidencia de los Ministros Zaffaroni y Highton de Nolasco que adhirieron a dicho dictamen.

En el mismo, se sostuvo que el órgano acusador tiene una función de control que consiste en evitar que se confirmen sentencias absolutorias arbitrarias que afectan la legalidad cuya defensa le es exigida constitucionalmente, y por lo tanto es un mandato constitucional que pesa sobre éste.

En esa inteligencia, enfatizó que, negar la reedición del juicio en el cual se habían verificado vicios esenciales, vació de contenido la facultad otorgada a éste órgano para cumplir con aquel cometido. Y concluyó que de ese modo lo conduce a actuar al Ministerio Público Fiscal en contra de los objetivos que le fueron confiados, que consisten en controlar la racionalidad de los actos de gobierno y promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses de la sociedad.

Puede advertirse en el dictamen la idea de que la facultad recursiva del MPF responde a una lógica diferente de la del imputado. Mientras que la de éste último resulta una garantía constitucional y convencionalmente consagrada, la del MPF resulta un poder, una facultad que se otorga al mismo al sólo efecto de dotarlo de las herramientas necesarias para cumplir con los deberes que constitucionalmente le han sido encomendados. Esta idea de la facultad recursiva del MPF como un poder/deber y no una extensión de la garantía del imputado, si bien no fue desarrollada en este precedente, sí puede advertirse con claridad.

¿Entonces cuál es la posición jurídica del MPF?

Se sostiene por la doctrina más calificada que, modernamente entendido, el MPF tiene su origen inmediato en la instauración del Estado Constitucional y en la aplicación de los principios de control de los actos de gobierno y separación de poderes, características que, en el proceso penal, se traducen ser en función de vigía de la ley y en la distinción de los roles de acusador y juzgador frente al imputado y su defensa.⁷⁶

Es que la transición del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho implica un cambio absoluto de paradigma, ya que el primero, se corresponde con el imperio de la ley, mientras que, el segundo, con el imperio de la Constitución, lo que vino de la mano de la superación del paradigma positivista hacia un nuevo paradigma, el post positivista o neoconstitucionalista que es partidario del Estado Constitucional de Derecho.

Ese cambio de paradigma, se caracteriza por la constitucionalización del orden jurídico, proceso que implica dotar a la Constitución de una rigidez y fuerza normativa vinculante tal que todas las normas que están por debajo de ella deban ser interpretadas y aplicadas de manera compatible con la Constitución. Se produce así una “sobreinterpretación” de la Constitución, es decir una interpretación no literal sino extensiva de la misma y al mismo tiempo la interpretación de las leyes que están por debajo de ella debe ser, de todas las que haya disponibles, aquella que sea compatible con la Constitución.⁷⁷

⁷⁶ Vélez Mariconde. Derecho Procesal Penal, pág 241. Citado por Mahiques, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolución.” Editorial Rubinzal Culzoni. 2018. Pag 101/102.

⁷⁷ Aguiló Regla, Josep. “Positivism y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras.” Doxa. “Cuadernos de Filosofía del Derecho. Año 2007. Pág. 666/668.

No cabe ninguna duda que tales características señaladas, explican la reconfiguración del MPF, ya que fue precisamente ese proceso de constitucionalización del Estado de derecho lo que impuso la necesidad de redefinirlo, no solo como un guardián de la legalidad, sino también como un órgano de control, separado de la judicatura, en un esquema de división de poderes -también constitucional- que tiene la representación del interés de la sociedad en que el sistema de justicia arribe a soluciones materialmente justas.

Es que, con este cambio de paradigma, ya no se concibe al MPF como representante de un interés estatal –como era en sus orígenes que dependía de una autoridad ejecutiva o administrativa-, sino antes bien, como un representante del interés de la sociedad toda, creado por el Estado, pero para hacer valer los intereses de la sociedad y no los de éste. En ese sentido, se entiende que su fin, está vinculado con el deber del Estado de garantizar a sus habitantes el acceso a la justicia, obligación estatal que tiene raíz en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esa, es nada menos que la caracterización del MPF en el marco de un paradigma post positivista propio de un Estado Constitucional de Derecho, el cual impone la interpretación de las normas y las instituciones que sea compatible con la Constitución.

En idéntico sentido, Roxin, ha clasificado los motivos jurídico-políticos que contribuyeron al fundamento de la implantación del MPF en su concepción moderna en los siguientes:

1) La lucha contra el absolutismo: ya que el MPF fue un medio decisivo para la abolición del proceso penal inquisitivo antiguo, el cual concentraba en una sola persona toda la actividad judicial, la de perseguir y la de juzgar. Al ser transmitida al ministerio público la recolección del material probatorio y ser confiada la administración de justicia a los jueces, dos funcionarios independientes uno del otro, el juez alcanzó por primera vez la posición de juzgador imparcial. El doble control a través del ministerio público y luego del tribunal, se presenta como una garantía de corrección ya que implica que dos funcionarios examinan recíprocamente los resultados de su trabajo;

2) El MPF como funcionario objetivo de instrucción: en ese aspecto, ve al rol del fiscal dentro del proceso penal como una conquista del Estado de Derecho, toda vez que le acuerda una función vital para las garantías individuales, como es ser el custodio del fiel cumplimiento de la ley, rechazando la posibilidad de que sea un mero acusador. Según Roxin, esa función de

protección del MPF fue, particularmente, la que le concedió el énfasis político de progresista a la exigencia de su introducción en el movimiento reformista liberal;

3) El control sobre la policía inherente al Estado de Derecho que el MPF debe ejercer, entendiendo que la actividad de la policía tiene que ser subordinada a éste órgano y con ello a la ley, para de ese modo evitar lesiones jurídicas en perjuicio de las personas. Así, remediar esas posibles lesiones y dar una base jurídica a las primeras actuaciones de la policía deberían ser, con toda propiedad, tareas del MPF, teniendo el poder incluso de, a través de las exigencias relativas al cumplimiento de las formas jurídicas, obstaculizar o paralizar la actividad policial⁷⁸.

Es que, de acuerdo con este autor, la introducción de ese órgano en el proceso penal, condujo, entre otras cosas, a que, en la aplicación del poder penal del Estado, dos funcionarios independientes uno del otro, se controlaran mutuamente.⁷⁹

La misma postura ha asumido nuestra CSJN en el precedente Quiroga con relación a la función y posición jurídica del MPF en nuestro país al sostener que *“la percepción de la relación que existe entre la garantía de imparcialidad y la separación de funciones investigativas y acusadoras en el proceso penal es, justamente, la que conduce a la implementación del fiscal. Sólo un juez dotado de una capacidad sobrehumana podría sustraerse en su actividad decisoria a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigadora”*.⁸⁰

En el mismo precedente, la CSJN sostuvo que la reforma constitucional de 1994 ha significado un profundo cambio, en tanto ha erigido al Ministerio Público como una magistratura particular situada junto a los jueces, que cumple sus funciones propias, en estrecha relación con ellos, pero con la necesaria independencia que requiere un órgano de contralor, tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial.⁸¹

⁷⁸ Roxin, Claus. “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público” en “El Ministerio Público en el Proceso Penal” Ad Hoc Bs As. 1993. Pág. 40/42.

⁷⁹ Roxin, Claus, citado por MAIER, Julio A. “El Ministerio Público: ¿Un adolescente?” “El Ministerio Público en el Proceso Penal” Ad Hoc Bs As. 1993. Pág. 30.

⁸⁰ “Quiroga, Edgardo Oscar”. CSJN. Diciembre de 2003. considerando 24.

⁸¹ “Quiroga, Edgardo Oscar”. CSJN. Diciembre de 2003. considerando 36.

Por otro lado, en abono de la postura que aquí se sostiene, resulta útil mencionar las “Directrices sobre la función de los Fiscales”⁸², que, en lo que se refiere al proceso penal, proclaman que los fiscales desempeñan un papel fundamental en la administración de la justicia y se señala que las normas que rigen el desempeño de sus importantes funciones deben fomentar el respeto y el cumplimiento de los principios fundamentales y contribuir de esa manera a un sistema penal justo y equitativo y a la protección eficaz de los ciudadanos contra la delincuencia.

Resulta claro entonces que el MPF aparece como un órgano predisposto para asegurar la legalidad, justicia y equidad del procedimiento penal, representando el interés de la sociedad, ejerciendo un rol activo cada vez que sea necesario para corregir arbitrariedades y abusos de poder.⁸³

La necesaria separación de las funciones de acusar y juzgar como fundamento del recurso del MPF.

Esta afirmación sobre las características propias del MPF, va unida a otra que es su consecuencia necesaria. La ineludible división entre las funciones de acusar y juzgar, propia de un sistema republicano de gobierno.

Éste es el planteo que algún sector de la doctrina postula, recurriendo para sostenerlo, a un análisis sistemático de las características de un gobierno republicano y como ellas se trasladan a la organización de la justicia.

Es el caso de Ignacio Mahiques, quien en su reciente obra dedicada a desarrollar los fundamentos del recurso contra la absolución sostiene que, la república clásica se define como un sistema político de división y control del poder. Estas separaciones del poder –en realidad entre órganos- implican atribuciones propias y colaboración compartida entre todos ellos. La finalidad perseguida no es otra que evitar el desborde del poder y el peligro para las libertades

⁸² Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana en el año 1990.

⁸³ Reyes, Analía Verónica. “Naturaleza y funciones del Ministerio Público Fiscal y de la víctima en el proceso penal”. Derecho al recurso. El dial.com, citada por Citado por Mahiques, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolución.” Editorial Rubinzal Culzoni. 2018. Pág.109.

personales que suscitaría la centralización en la toma de decisiones públicas. Por eso la concentración de poder es rechazada enérgicamente por la CN en el artículo 29. El republicanismo identifica la verdadera libertad con la ausencia de dependencia de la voluntad arbitraria de una o varias personas, comprendiendo la necesidad de diluir la concentración del poder y de exigir a éste la justificación de las decisiones que tome. En otros términos, se colige de ello la relación directa entre república y razonabilidad [...] En el sistema de la república democrática, la separación de poderes fue dispuesta para controlar el poder.⁸⁴

La división de poderes, persigue un equilibrio de atribuciones específicas y controles recíprocos para lograr un funcionamiento armónico del sistema. Ello, permite deducir que sólo resulta compatible con un proceso penal abiertamente acusatorio en el que las funciones de acusar, defender y juzgar se encuentren bien diferenciadas y asignadas a diferentes órganos.

Del mismo modo, la racionalidad de los actos de gobierno, otra de las características del sistema republicano, implica necesariamente que los funcionarios estén sujetos a algún mecanismo de control institucional relativo a cómo ejercen su función. De ese modo, además de la división de poderes para lograr el equilibrio y limitación al poder, es necesario que las funciones se cumplan de manera racional, lo cual se acredita a través de la expresión de motivos de sus decisiones y esto se logra habilitando instancias de control para evitar arbitrariedades y abusos del poder. Esto último, es una condición para la efectiva vigencia de lo primero, pues de nada serviría proclamar la racionalidad de los actos de gobierno, si no se pudiera someter a controles los actos de los gobernantes.

Y luego continúa expresando que, en un sistema de pesos y contrapesos las instituciones políticas se limitan entre sí, no sólo en el sentido débil de que cada una está circunscripta a su esfera de poder, sino en el sentido fuerte de que, aun dentro de sus esferas, no son omnipotentes. De ello se sigue, en lo vinculado al proceso penal, que el tribunal tiene dentro de su ámbito, el poder de juzgar el caso, pero no debe estar exento de explicar las razones que conducen a la decisión ni del control de las partes, porque en caso contrario, no habría remedio para la arbitrariedad y el abuso.

⁸⁴ Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada. 4° Edición actualizada. La Ley 2011, citada por Mahiques, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolución.” Editorial Rubinzal Culzoni. 1° edición 2018. Pág. 91/92.

Siendo ello así, entonces los jueces, como cualquier otro funcionario estatal, debe explicar sus actos y deben poder ser controlados a través de un régimen de revisión que garantice la razonabilidad y la equidad.

Con relación a ello Mahiques señala que, la CSJN ha sostenido, como una derivación del principio republicano, que los jueces tienen la obligación de fundar sus decisiones, no solo porque con ello los ciudadanos se sienten mejor juzgados, o porque contribuya al prestigio de la magistratura, sino que con ello se persigue la exclusión de decisiones irregulares porque tiende a dejar documentado que el fallo es la derivación razonada del derecho vigente y no producto de la voluntad individual del juez.

Finalmente concluye que, en el ámbito judicial, el control sobre como los jueces aplican el derecho es el que pueden ejercer las partes a través de los mecanismos procesales de impugnación, que tienen por objeto evitar que se consolide una cosa juzgada írrita⁸⁵

En idéntico sentido, el profesor Cafferata Nores sostiene que “el sistema constitucional argentino (artículos 18 y 75 inc. 22 CN) establece que la función de perseguir y acusar es diferente e independiente de la de juzgar y punir, y pone a cada una a cargo de órganos públicos diferenciados e independientes entre sí, porque entiende que la función de juzgar no puede, sin grave riesgo para su imparcialidad y para la igualdad de partes, asumir atribuciones acusatorias o de persecución. Consecuentemente pretende que la verdad sobre la acusación deba procurarse a través de la contradicción entre los intereses opuestos que se enfrentan en el proceso, acordando la responsabilidad de acreditarlos y sostenerlos sólo a quiénes los representan (v.gr. el Ministerio Público Fiscal representa el “interés general” de la sociedad) o encarnan (el acusado tiene el interés propio de no ser ilegal o arbitrariamente condenado), reservando a los jueces sólo la misión de resolver cuál de ellos debe prevalecer en cada caso”.⁸⁶

En las palabras del profesor Cafferata Nores se puede advertir la íntima relación que existe entre las características y finalidades propias del MPF y la necesaria separación de funciones de acusar y juzgar, de procurar y administrar justicia, división que quedaría vacía de

⁸⁵ Mahiques, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolución.” Editorial Rubinzal Culzoni. 1° edición 2018. Pág. 93/95.

⁸⁶ Cafferata Nores, José. “El Ministerio Público Fiscal”. Citado por Mahiques, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolución.” Editorial Rubinzal Culzoni. 1° edición 2018. Pág. 112.

contenido si se despoja al MPF de las herramientas necesarias para controlar la actuación de los jueces en su función de administrar justicia.

Tal afirmación, es sostenida de manera elocuente por el profesor Alberto Binder quien expresa “El Ministerio Público tiene que entender más que nunca que tiene una función ligada a la república, esto es, debe cumplir con los mandatos previstos por un sistema republicano de gobierno; si no se consigue esto, el organismo se conformará con ser una institución útil, no por lo que hace, sino por lo que deja de hacer.”⁸⁷

Esa división de funciones de procurar justicia y administrar justicia asignadas a órganos bien diferenciados, es un imperativo convencional y constitucional cuyo cumplimiento durante muchos años fue una enorme deuda que el sistema de justicia de cada una de las provincias tenía con la ciudadanía y que ha sido saldada paulatinamente a través de los años con profundas reformas de los procesos penales a lo largo y lo ancho de nuestro país. Siendo ello así, resulta un grave contrasentido despojar por completo al MPF del poder de controlar las decisiones de quienes administran justicia, pues ello implicaría colocar a dicho órgano – predispuesto para procurar justicia y velar por la legalidad- en la imposibilidad de cumplir con su mandato constitucional, vaciando de contenido su función e impidiéndole actuar conforme a los intereses que le fueron confiados, tal como acertadamente se sostiene en el dictamen del procurador y el voto de la minoría en el fallo Kang de la CSJN.

Entonces es un deber y no un derecho para el MPF

Todo lo hasta aquí desarrollado, tal como fuera adelantado en el apartado anterior, nos permite concluir razonablemente, que la facultad recursiva del MPF se deriva de sus obligaciones y responsabilidades como órgano de control de la administración de justicia en representación de los intereses de la sociedad y no de la indebida extensión de la garantía de la doble instancia de la que goza el imputado.

⁸⁷ Binder, Alberto M. “Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal.” Editorial Ad- Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 351/352. Citado por Citado por Mahiques, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolución.” Editorial Rubinzal Culzoni. 2018. Pag. 109.

En ese sentido, se sostiene que el MPF, siendo un órgano predispuesto por el Estado para la persecución penal, debe estar dotado por la legislación de la facultad recursiva contra la sentencia, en tanto herramienta indispensable para ocurrir ante un tribunal distinto a fin de obtener un acto jurisdiccional válido que resuelva conforme a derecho. Las tareas centrales del MPF en un Estado Constitucional de Derecho, que son la defensa de la legalidad y la lucha contra la impunidad, no podrían cumplirse satisfactoriamente si el fiscal tuviera que conformarse con una sentencia arbitraria que no puede si quiera ser calificada como un acto jurisdiccional válido bajo la doctrina sentada por la propia CSJN. De ese modo debe entenderse el recurso fiscal, no como una forma de garantizar el ejercicio del poder del gobernante, sino como una herramienta de control de las decisiones de los jueces para evitar que sean arbitrarias e incompatibles con la racionalidad de los actos de gobierno propios del sistema republicano.

88

La función que tiene asignada el MPF de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, abarca no sólo el impulso de la acción penal al inicio de la investigación, sino también, el ejercicio de la misma acusación a través del requerimiento de elevación a juicio –cuando los elementos de convicción así lo permitan- continuando con la exteriorización de la pretensión punitiva a través del alegato de clausura y por último, en el caso en que la pretensión no sea resuelta válidamente, con la posibilidad de recurrir a un tribunal distinto para que revise y modifique esa decisión si considera que presenta vicios o arbitrariedades. Por ello, es necesario que el MPF cuente con herramientas para obtener una sentencia en la cual se analice su pretensión, sea como resultado del juicio plenario o bien mediante la interposición de un recurso ante una decisión arbitraria.⁸⁹

Por su parte, el profesor Alberto Binder, desarrolla un planteo sobre el tema que se encuentra en la misma línea de razonamiento que aquí se propone. Parte de la idea de control como el principio sobre el cual se estructura todo el proceso y el sistema de justicia penal. Luego afirma que ese principio se sostiene sobre cuatro pilares: el primero refiere a que la sociedad debe confrontar cómo sus jueces administran justicia; el segundo indica que el sistema de justicia penal debe desarrollar mecanismos de autocontrol; el tercero hace referencia a los sujetos procesales y al interés que tienen éstos en que la decisión sea controlada; y por último

⁸⁸ Mahiques, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolución.” Editorial Rubinzal Culzoni. 2018. Pag 115/117.

⁸⁹ Mahiques, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolución.” Editorial Rubinzal Culzoni. 2018. Pag 128.

el cuarto pilar se refiere a que el propio Estado también tiene interés en controlar cómo sus jueces aplican el derecho. Es decir que cada uno de los cuatro pilares, representan el interés que tienen no sólo las partes, el sistema de justicia y el propio Estado en que se controlen las decisiones, sino que, además –y de allí lo interesante del planteo- incluye a la sociedad como otra gran interesada en que ese control tenga lugar, sociedad que, en el proceso penal, se encuentra representada por el Ministerio Público Fiscal.

En efecto, sostiene Binder con relación a los recursos, que en ellos se materializa – principalmente- el interés de control de los sujetos procesales, pero también confluye el interés de la sociedad y el interés estatal en que se normalice la aplicación del derecho.

Por ese motivo, es que Binder sostiene que los medios de impugnación de las decisiones judiciales se pueden analizar desde dos perspectivas diferentes: como derecho a la impugnación, ligado al valor “seguridad jurídica” siendo además un medio para evitar los errores judiciales en cada caso concreto; y la otra perspectiva se basa en la necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas, y que el derecho sea aplicado en un modo uniforme y equitativo.⁹⁰ Es allí entonces, en esa segunda perspectiva, claramente ligada al paradigma post positivista propio de un Estado Constitucional de Derecho, que se sostiene al recurso como herramienta del MPF –en tanto representante de los intereses de la sociedad- para poder controlar que las decisiones de los jueces sean arbitrarias o contrarias a derecho.

Y en ese mismo sentido, Ottaviano sostiene que, en definitiva, el recurso como medio de control funcional, que está implícito en la lógica republicana de división de poderes, también es una garantía para los habitantes, pues el arbitrario ejercicio del poder y su arbitrario no ejercicio constituyen dos caras de una misma moneda.⁹¹

Este autor, parte de la base de que toda facultad reconocida a un órgano estatal, halla su explicación última en algún deber del Estado. Sostiene que, en la medida en que una determinada actividad estatal sea indispensable para tutelar derechos fundamentales, su reconocimiento como facultad de algún órgano público y su ejercicio por el órgano en cuestión

⁹⁰ Binder, Alberto. “Introducción al Derecho Procesal Penal” 2da Edición actualizada y ampliada. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999. Pág. 286.

⁹¹ Ottaviano, citado por Mahiques, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolución.” Editorial Rubinzal Culzoni. 2018. Pag 131/132.

resultarán obligatorios para el Estado. Y luego se pregunta el autor si, siendo ello así, resulta entonces posible vincular la concesión de la facultad recursiva del MPF a alguna obligación del Estado. A ese interrogante responde de manera afirmativa, sosteniendo que, desde la perspectiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, el recurso del fiscal responde a las obligaciones de garantía que surgen de varias disposiciones de los instrumentos de derechos humanos, como los artículos 1 y 2 de la CADH y el artículo 2° del PIDCP, ya que, de conformidad con estas normas, los Estados Parte, no sólo tienen la obligación de respetar los derechos humanos absteniéndose de conculcarlos, sino también la de adoptar medidas legislativas o de otro carácter destinadas a garantizarlos. En ese sentido, señala que, si un Estado no investiga las violaciones ni sanciona a los responsables, o al menos predispone todos los medios para lograr la sanción, incurre en responsabilidad internacional.⁹²

Ese deber ha sido claramente delineado por la Corte IDH en diversos precedentes en los que ha sostenido que, la obligación de investigar y sancionar debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa particular de la víctima o de sus familiares, ya que el deber de garantía se ve vulnerado cuando el aparato del Estado actúa de modo que no restablezca en la plenitud los derechos de la sociedad o deja a las víctimas y a sus familiares en estado de total indefensión merced a la impunidad que se gesta.⁹³

En el sentido apuntado, son innumerables los pronunciamientos de los órganos que integran el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en los que se condena a los Estados por el incumplimiento de dicho deber⁹⁴, los cuales terminan por delinear el contenido y extensión del mismo. Siendo ello así, proscribir absolutamente el recurso de MPF contra las sentencias implicaría, por un lado, dejar a las víctimas en estado de absoluta indefensión frente a la impunidad, al tiempo de exponer al Estado a un riesgo concreto de ser declarada su responsabilidad internacional por ese “abandono”, privándolo de toda posibilidad de impedir dicha sanción, consecuencias ambas de una injusticia material intolerable, y lo que es peor, absolutamente evitable.

⁹² Mahiques, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolción.” Editorial Rubinzal Culzoni. 2018. Pag 142/143.

⁹³ “Panel Blanca vs. Guatemala” y “Velázquez Rodríguez vs. Honduras”. Corte IDH.

⁹⁴ Más adelante desarrollaré algunos ejemplos en los que se ha declarado la responsabilidad internacional de los Estados por este motivo.

Y es que, sólo mediante un recurso del órgano encargado de la persecución penal que habilite el control por una instancia judicial superior, resulta posible garantizar plenamente que el deber del Estado se cumpla de modo satisfactorio una vez que se ha dictado una sentencia absolutoria que es contraria a derecho o arbitraria.

Así, desde la perspectiva de los órganos de aplicación de la CADH es posible afirmar que, si bien el recurso de fiscal no puede ser considerado propiamente hablando un “derecho”, tampoco puede negarse que constituye -por su propia finalidad y dinámica- una herramienta apta para asegurar el cumplimiento de deberes del Estado que hacen a la tutela de los derechos en ella consagrados y de otros bienes indispensables para la vida en común.

Por ello, así como el recurso del procesado es un derecho garantizado expresamente por los instrumentos internacionales a su favor, el recurso concedido al MPF constituye un dispositivo jurídico apto para satisfacer los deberes de tutela de los derechos humanos, los cuales están puestos en cabeza de los Estados, tanto por los instrumentos internacionales como por la jurisprudencia de los órganos de aplicación de dichos instrumentos.⁹⁵

Necesidad de evitar la responsabilidad internacional del estado por cosa juzgada írrita.

Algo de este criterio legitimador del recurso fiscal ya se ha desarrollado en el apartado anterior. Es que la idea de que el fundamento legitimador de la facultad recursiva del MPF reside en el deber que pesa sobre él como órgano predispuesto para procurar justicia, se encuentra íntimamente relacionada con la necesidad evitar la responsabilidad internacional que, el incumplimiento de ese deber acarrea, ya que dicha misión no solo se encuentra delineada por nuestra CN sino también por los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos y las interpretaciones que de ellos efectúan los órganos que integran los sistemas de protección.

⁹⁵ Ottaviano, Citado por Mahiques, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolución.” Editorial Rubinzal Culzoni. 2018. Pag 144/145.

En tal sentido, son diversos los precedentes en los que la Corte IDH sostiene la responsabilidad internacional de los Estados como consecuencia de no haber agotado todos los medios a su alcance para que la investigación penal sea eficaz y diligente.

En el Caso “Bulacio vs Argentina”, la Corte IDH exigió al gobierno argentino el cumplimiento del “*deber de investigar*” las violaciones de los derechos humanos y “*sancionar*” a los autores y a quienes encubran dichas violaciones. Desde sus orígenes, el tribunal regional había señalado que esta obligación debía cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La investigación debía tener un sentido y ser asumida como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependiera de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública buscase efectivamente la verdad. Esta apreciación, es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.⁹⁶

En la misma línea, la Corte IDH ha entendido que la impunidad es la falta, en conjunto, de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la CADH, y que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles. La impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.⁹⁷

Tal criterio, consistente en exigir que se agoten los medios legales que estén al alcance de las autoridades encargadas de la persecución penal, a fin de evitar la responsabilidad internacional del Estado, fue reiterado en diversos precedentes.

⁹⁶ “Bulacio vs Argentina” Corte IDH. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100. En el mismo sentido Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 144; *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 212; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 226.

⁹⁷ “Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.” Corte IDH Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103

En efecto, la Corte sostuvo con posterioridad que, *“las violaciones declaradas a los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas (supra párr. 139), resultan agravadas como consecuencia de las faltas al deber de protección y al deber de investigar los hechos, como consecuencia de la falta de mecanismos judiciales efectivos para dichos efectos y para sancionar a todos los responsables de la masacre de Mapiripán. En consecuencia, el Estado ha violado los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de las víctimas del presente caso.”*⁹⁸

En idéntico sentido, pero ya refiriéndose específicamente al MPF como el órgano depositario de dicho deber, sostuvo que *“la Corte destaca que el principio de legalidad de la función pública, que gobierna la actuación de los funcionarios del Ministerio Público, obliga a que su labor en el ejercicio de sus cargos se realice con fundamentos normativos definidos en la Constitución y las leyes. De tal modo, los fiscales deben velar por la correcta aplicación del derecho y la búsqueda de la verdad de los hechos sucedidos, actuando con profesionalismo, buena fe, lealtad procesal, considerando tanto elementos que permitan acreditar el delito y la participación del imputado en dicho acto, como también los que puedan excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado.”*⁹⁹

Y con mayor énfasis, la Corte se ha pronunciado destacando que esta debida diligencia que se exige a los órganos estatales encargados de la investigación, debe reforzarse en los supuestos en que se investiguen hechos cometidos contra grupos especialmente vulnerabilizados. Con relación a ello sostuvo, *“En casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la CADH se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su*

⁹⁸ "Masacre de Mapiripán Vs. Colombia" Corte IDH.. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

⁹⁹ Caso "Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas." Corte IDH. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

protección.¹⁰⁰

Mucho más recientemente, la Corte ha ratificado esta doctrina al expresar “*En casos interiores, la Corte ha considerado que “el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y [que] ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades” y se presenta una formalidad sin sentido “cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles [...] cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás. Si bien los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, tales presupuestos deben atender a razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas.”*”¹⁰¹

En ese orden de ideas, resulta al menos atendible el criterio legitimador del recurso del MPF que se desprende del deber que tiene este órgano de representar los intereses de la sociedad y la necesidad de contar con las herramientas que sean necesarias para cumplirlo con la debida diligencia para de ese modo evitar la responsabilidad internacional del Estado.

Necesidad de evitar que se configure una cosa juzgada írrita o fraudulenta.

De la mano con lo sostenido en los dos apartados anteriores, resulta innegable la legitimidad de la facultad recursiva del MPF, cuando de ella dependiera la posibilidad concreta de evitar que se configure una cosa juzgada írrita o fraudulenta.

A fin de realizar una aproximación conceptual, resulta útil señalar que Germán J. Bidart Campos, con relación a la cosa juzgada írrita o fraudulenta expresa "*Sería ritualismo fatuo, exceso procesal manifiesto, vicio instrumental y negatorio del derecho fondal —sobre*

¹⁰⁰ Caso “Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.” Corte IDH. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215. En el mismo sentido: Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr.177; Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277⁹⁷, párr.185; Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329⁹⁸, párr.296.

¹⁰¹ Caso “Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.” Corte IDH. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334.

todo constitucional—, apegarse y aferrarse a la formalidad vacía de la autoridad de la cosa juzgada en una sentencia viciada de nulidad. ¿Para qué es la sentencia? Para administrar justicia. La justicia como valor, como servicio, como función del poder, no es cosa de meras formas, de apariencias. Ontológicamente la iusfilosofía puede decirnos qué hace falta para que lo que tiene apariencia formal de sentencia lo sea ontológicamente, de verdad. Esa verdad la exige la Constitución. Destronar a la cosa juzgada nula o írrita es una de las batallas constitucionales y procesales más elocuentes y necesarias para dar prioridad a la verdad objetiva, y, con ella, a la justicia, cuyo afianzamiento ordena imperativamente el preámbulo".¹⁰²

Originariamente, se hacía referencia sólo a la cosa juzgada fraudulenta. Sin embargo, posteriormente, en una valiosa evolución, lo fraudulento se amplió hacia lo írrito en donde dicho adjetivo (cuyo significado es "inválido, sin fuerza ni obligación"), permite revisar las sentencias cuando el mandato constituye una flagrante violación al derecho y a elementales normas de justicia; por cuanto, no puede otorgarse validez a decisiones notoriamente injustas y erróneas, cuyo mantenimiento ocasionaría un serio e irreparable perjuicio y un agravio a la conciencia colectiva.¹⁰³

La SCJMza, en la causa "*P.R.A. en: Banco de Prev. Social, LG en: Banco de Prev. Social*" sostuvo: a) que la cosa juzgada no es una noción de orden lógico, sino un concepto de naturaleza procesal; b) que su autoridad no es absoluta y necesaria, de manera tal que cabe admitir su revocación cuando ello resulta imprescindible para impedir los efectos de sentencias intolerablemente injustas; c) que los motivos de seguridad jurídica, economía procesal y necesidad de evitar sentencias contradictorias que dan fundamento a la institución de la cosa juzgada, no son absolutos y deben ceder frente al deber de afirmar otros valores de raigambre constitucional; d) que las circunstancias de que el Código Procesal regule el recurso de revisión, no impide el ejercicio de la acción autónoma de nulidad.

Con relación a tal noción, la Corte IDH ha sostenido que "El desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacional ha permitido el examen de la llamada "cosa

¹⁰² BIDART CAMPOS, Germán J., "El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa", Ediar, Argentina, 1995 p. 71,

¹⁰³ ARAZI, Roland, "Vicio de error como causal de revisión de la cosa juzgada írrita". Citado por Gil Domínguez, Andrés. "La acción de nulidad por cosa juzgada írrita. Aspectos formales y sustanciales". La Ley. Año 2006.

juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad.”¹⁰⁴

La expresión continuó siendo delineada en otros precedentes de la Corte en los que se expresó “Recordemos que la expresión cosa juzgada fraudulenta, carga el acento sobre el “*engaño*” que se halla en la raíz de ciertas sentencias, producto de la maquinación - condenatoria o absolutoria- de las autoridades que investigan, acusan y resuelven. El proceso ha sido “*a modo*” y la sentencia sirve a determinado designio, mejor que al objetivo de justicia.”¹⁰⁵

Dicho criterio fue ratificado y ampliado posteriormente al expresar “Asimismo, es necesario señalar que el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia.”¹⁰⁶ Es decir, no sólo constituye una cosa juzgada írrita cuando se ha configurado un engaño o fraude.

Con anterioridad, ya la Corte IDH se había pronunciado implícitamente sobre la inoponibilidad de la cosa juzgada, en un caso muy delicado, que trató sobre el secuestro, tortura y ejecución de niños de la calle por parte de cuerpos de policía en Guatemala. En efecto, en el caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)*, la Corte penetró y analizó el expediente de los juicios llevados a cabo en la jurisdicción interna, llegando a la conclusión de que, en los mismos, a pesar de haber sentencias absolutorias, había ocurrido una manipulación del debido proceso en cuanto a la falta de investigación y acusación por los delitos de secuestro, tortura y homicidios, y en cuanto a la omisión y valoración de las pruebas fundamentales. En virtud de ello, la Corte en su sentencia de fondo concluyó que en ese caso el Estado había incumplido con su obligación de investigar efectiva y adecuadamente los hechos para sancionar a los responsables.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Caso “Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.” Corte IDH. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117. Referido a la ejecución extrajudicial de un dirigente político y su comitiva por una patrulla de las llamadas autodefensas de Guatemala. En dicho caso, quedó plenamente demostrado que el juicio ante los tribunales guatemaltecos estuvo contaminado por graves vicios. Por lo tanto, no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la CADH.

¹⁰⁵ Caso “Gutierrez Soler vs. Colombia.” Corte IDH. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. Voto del juez S. García Ramírez, párr. 17.

¹⁰⁶ Caso de “la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.” Corte IDH. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

¹⁰⁷ Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros), sentencia de fondo” Corte IDH., dictada el 19 de

No se desconoce aquí que algunos autores entienden que sólo es aplicable la figura de la cosa juzgada *aparente* o *fraudulenta* cuando se beneficia al imputado, y no en su contra porque se vulneraría el principio del *non bis in ídem*. Sin embargo, muchos otros, entienden que en los casos de cosa juzgada *aparente* o *fraudulenta*, puede sostenerse que se trata en puridad de resoluciones prevaricadoras o, en todo caso, con vicios procesales determinantes de su nulidad. En consecuencia, un nuevo enjuiciamiento no vulneraría el principio de *non bis in ídem*.¹⁰⁸

En idéntico sentido, el desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacional, particularmente con ocasión del Estatuto de Roma y los Estatutos de los Tribunales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia, ha permitido el examen de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” o “cosa juzgada aparente” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad, en casos tales como: a) cuando obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; b) cuando el procedimiento no se instruyó de forma independiente e imparcial; o c) cuando no hubo intención de someter a la persona a la acción de la justicia.¹⁰⁹

En ese orden de ideas, resulta evidente que la necesidad de evitar que se configure una cosa juzgada írrita o fraudulenta, contraria al paradigma de un Estado Constitucional de

noviembre de 1999. Allí la Corte expresó que “Visto en su conjunto el proceder de aquellos jueces, se hace evidente que fragmentaron el acervo probatorio y luego pretendieron enervar, caso por caso, los alcances de todos y cada uno de los elementos probatorios de la responsabilidad de los imputados. Esto contraviene los principios de valoración de la prueba, de acuerdo con los cuales las evidencias deben ser apreciadas en su integralidad, es decir, teniendo en cuenta sus relaciones mutuas, y la forma como se prestan soporte unas a otras o dejan de hacerlo. De esa manera el Estado dejó de cumplir con la obligación de investigar efectiva y adecuadamente los hechos de que se trata, en violación del artículo 1.1 de la CADH, en conexión con el artículo 8 de la misma.”

¹⁰⁸ Silva Sánchez, Jesús María. ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor” citado en en Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.) (2009), Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente, Granada, pp. 158.

¹⁰⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas. Artículo 20. Cosa juzgada. 1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. 2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto. 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.)

Derecho, permite sostener la facultad recursiva del MPF como encargado de detectar los casos en que existe concretamente ese riesgo y evitar su realización mediante la interposición de un recurso que exija la revisión, por parte de un tribunal superior, de la resolución que adolece de tales vicios que la tornan írrita, fraudulenta o aparente.

CAPÍTULO 4

LIMITES AL RECURSO DEL ACUSADOR

Luego de haber arribado a la conclusión de que el MPF tiene el poder/deber de recurrir la sentencia, con fundamentos legitimadores propios, derivados de su rol dentro del sistema de justicia, resulta imperioso establecer cuáles deben ser los límites a dicha facultad recursiva, partiendo del presupuesto necesario de que tal bilateralidad recursiva debe impactar de manera diferenciada en el imputado y en el MPF.

En ese sentido se pronuncia Nicolás D'Álora, quien habla de una "bilateralidad atenuada", sosteniendo que resulta necesario reformular las regulaciones del recurso de Casación y establecer en ellas límites claros para la interposición por parte del MPF, diferenciados de aquellos dirigidos a la actividad recursiva del imputado, ya que éste goza de la garantía constitucional y convencional de la doble instancia.¹¹⁰

Veamos entonces cuales son las diferentes propuestas dirigidas a delinear los límites del recurso del acusador.

Cuestiones de hecho y de derecho

Una de las propuestas que primero surgió, es aquella en que se tiene como criterio delimitador de la actividad recursiva del acusador, la distinción entre cuestiones de derecho y, de hecho, relacionado ello con la consecuencia procesal diferente que genera el planteo de una y otra.

¹¹⁰ D'Álora, Nicolás. "Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal". Ed. AD-Hoc. Año 2015. Pág 114. D'Alora desarrolla esa idea al comentar el "Anteproyecto elaborado por la Comisión Asesora para la Reforma de la Legislación Procesal Nacional." del año 2007. "El proyecto busca adecuar el sistema recursivo a la norma constitucional e intenta receptar las directrices que, en tal sentido, brindó la CSJN. Si bien concede tanto a acusador como al imputado el derecho a recurrir (bilateralidad), estipula una diferenciación sustancial entre ambos a partir de los límites recursivos fijados al primero, y la amplitud de las cuestiones que el imputado puede impugnar en comparación con los acusadores."

En ese sentido, Nicolás F. D' Alhora, propone limitar la facultad recursiva del MPF, en cuanto a los motivos por los cuales puede interponerse y en cuanto a las resoluciones que resultan recurribles para éste, limitación ésta última a la que me dedicaré en el siguiente apartado de este capítulo.

En lo referido a la limitación de los motivos, al igual que Díaz Cantón en su primer momento, D' Alhora sostiene que, el MPF sólo debería estar habilitado para recurrir por errónea aplicación de la ley penal sustantiva y procesal, mientras que el imputado podría hacerlo también por errónea valoración de la prueba o determinación de los hechos que sustentan la sentencia.¹¹¹

Con relación a ello, sostiene D' Alhora que, cuando la pretensión recursiva del acusador conlleva indefectiblemente al juicio de reenvío hay doble persecución penal. Por eso, la única parte que puede lograr, a través de la interposición de un recurso, la realización de un nuevo debate, es el imputado, postura que además es la que sostiene el voto en disidencia de Petracchi y Bossert en el precedente Alvarado de la CSJN, criterio éste que, conforme sostiene D' Alhora, es para los casos en que se ordena el reenvío y no para aquellos en que el Tribunal *ad quem* casa la sentencia, por lo que allí sí sería admisible el recurso del fiscal.¹¹²

En la misma línea, tal como adelantara en el primer capítulo, Fernando Díaz Cantón, en el primer momento de la evolución de su análisis, en el que todavía consideraba que debía acordársele al MPF recurso contra la sentencia, sostenía que el criterio delimitador debía ser las cuestiones de hecho y de derecho, ya que ello permitía definir si podía resolverse el recurso sin reenvío. En efecto, a tal fin, tal como fuera desarrollado en el capítulo uno, Díaz Cantón, efectuaba una distinción entre dos escenarios, por un lado, la casación que pretende la revisión integral de la sentencia extendiéndose la misma a cuestiones de derecho y de hecho, y que en consecuencia, implica el reenvío de la causa para un nuevo juzgamiento; y por otro, aquella que sólo pretende la revisión de cuestiones de derecho en la que no se cuestiona la fijación de los

¹¹¹ D' Alhora, Nicolás. "Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal". Ed. AD-Hoc. Año 2015. Pág. 115/116.

¹¹² D' Alhora, Nicolás. Ob. Cit. Pág. 60/61.

hechos y que por lo tanto el tribunal superior puede dictar la nueva sentencia en forma directa y sin reenvío a nuevo juicio.¹¹³

Sin embargo, en el segundo momento de la evolución de su planteo, Díaz Cantón sostuvo que, la imposibilidad de separar los hechos y el derecho sostenida en la doctrina sentada por el fallo Casal, que en consecuencia habilita la revisión integral del fallo, si bien fue y es un argumento desarrollado con “buenas intenciones” ya que se encuentra dirigido a lograr la efectiva vigencia de la garantía del doble conforme del imputado condenado, produce lo que él considera una traslación de esa revisión integral al acusador y un aprovechamiento por parte de éste de tal situación, lo que resulta incompatible con la garantía de la inmediación. En ese sentido expresa *“Estos argumentos sirven también para sostener que, si esa división es impracticable, ello vale tanto para el imputado como para el acusador. Se comprende entonces hasta qué punto es necesaria la supresión lisa y llana del recurso del acusador, dado que, si ello no sucede, todos estos argumentos son aprovechados por éste y lo que se gana en amplitud por parte del imputado se pierde por la correlativa amplitud que gana el acusador”*.¹¹⁴

Entiendo que, la división entre hechos y derecho resulta impracticable. Tal imposibilidad, no sólo fue señalada por la CSJN en el precedente Casal, sino que, además, se impone en la realidad en la resolución de cada uno de los casos que a diario se definen en los tribunales, aún frente al esfuerzo que puedan hacer los operadores judiciales, tanto los miembros del MPF al momento de plantearlo, como los jueces y juezas al momento de resolverlo, e incluso frente a los propios justiciables, que serían los mayores interesados en evitar el reenvío para la realización de un nuevo juicio.

Y es que, tal como lo sostiene Díaz Cantón al momento de analizar los fallos “Carrascosa”, “Armas” y “Cromañón” de la CSJN, en dichos precedentes, el Tribunal pareció excluir todo análisis de cuestiones de hecho y prueba, salvo arbitrariedad, y limitarse sólo a la verificación de la corrección o no de la aplicación de la ley penal sustantiva y, en consecuencia, en cuanto a la procedencia o no del reenvío, sostuvo que no hacía falta reenviar a nuevo juicio por cuanto la ley autoriza a suprimirlo cuando se trata de corregir errores en la aplicación de la

¹¹³ Díaz Cantón, Fernando. “El querellante particular y la revisión de la sentencia”, Congreso Nacional sobre la Impugnación en el Proceso Penal, La Plata, 7 al 9 de octubre de 2010.

¹¹⁴ Díaz Cantón, Fernando. “La vigencia de la garantía del doble conforme en el derecho penal.” Ponencias del XXVII Congreso de Derecho Procesal de Córdoba. Septiembre del año 2013. Pág 146.

ley de fondo sin alterar el *factum*. Sin embargo, si se efectúa un análisis pormenorizado de las consideraciones efectuadas en la Casación se advierte que, pese a invocarse una violación de la ley penal sustantiva como motivo de revisión, intentando de ese modo sortear la necesidad de reenviar, lo que en realidad se hace es la reevaluación de las pruebas.¹¹⁵

A diferencia de Díaz Cantón, que trae ese dato a modo de crítica sobre la actividad revisora de la Corte, estimo que tal proceder debe tomarse como un dato de la realidad que nos impulse a cuestionarnos hasta qué punto resulta útil ese criterio distintivo de hechos y derecho para limitar la facultad recursiva. Y es que, si esa división es impracticable, de nada sirve entonces que forcemos la utilización de la misma para ponerle límite a la actividad recursiva del MPF, pues ello nos llevará inevitablemente en dos direcciones; o bien a dejar ineficaz el límite como tal, permitiendo a través de la invocación de cuestiones de puro derecho analizar los hechos (lo que puede ocurrir incluso sin que sea la intención del MPF), o bien nos lleva a tomar la decisión extrema –como lo hacen Maier y Díaz Cantón- de proscribir absolutamente el recurso acusador para evitar ese “descenso al *factum*” que desborda el límite.

En ese sentido, se ha sostenido que *“La distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y, en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo. Resulta ilustrativo a los fines expositivos, destacar que este concepto de diferenciación entre cuestiones de hecho y derecho, vicios in iudicando y vicios in procedendo, vicios de la actividad y vicios del juicio, o cualquier otra clasificación diferencial sobre las materias atendibles, ha deformado la práctica recursiva ante la Casación Nacional”*¹¹⁶

En la misma línea, la Dra. María Belén Salido, en la obra que constituyó la publicación de su tesis doctoral, dedicó un capítulo completo a la problemática que aquí planteo. Resulta incluso elocuente el nombre asignado a dicho capítulo, ya que el mismo hace referencia a *“El dogma de la posible separación de hechos y derecho en el proceso penal”*, patentizando con

¹¹⁵ Díaz Cantón . Fernando. “La vigencia de la garantía del doble conforme en el derecho penal.” Ponencias del XXVII Congreso de Derecho Procesal de Córdoba. Septiembre del año 2013. Pág 149.

¹¹⁶ Lecour, Lucas .“La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su influencia en el nuevo Código Procesal Penal de Mendoza” Trabajo de Investigación en Derecho Procesal Penal y Derechos Humanos. UnCuyo, Facultad de Derecho. Año 2005. Pág 80.

ello que existe un preconceito, aceptado como una verdad incuestionable, sobre esa posibilidad y se propone –con un rotundo éxito- poner en crisis dicho dogma.

La Doctora María Belén Salido, comienza preguntándose si resulta en la actualidad defendible la tesis que postula que las cuestiones fácticas y las jurídicas son categorías independientes y autónomas en el proceso. A tal interrogante responde con una negativa categórica, por considerar que los argumentos de quienes sostienen que dicha separación no es posible resultan contundentes, conclusión que comparto absolutamente.¹¹⁷

Así, sostiene que *“la teoría que acepta que los hechos y el derecho pueden ser lógicamente escindibles en el proceso validó por ejemplo el régimen tradicional del recurso de casación, el cual reducía el alcance de ese medio impugnativo a cuestionamientos de estricto derecho (sustantivo o formal) y marginaba cualquier otro que versara sobre los hechos o sobre el modo en que se había valorado la prueba de la causa.”*

Y luego continúa expresando que *“vemos como todos los institutos procesales nacidos al amparo de la concepción ideológica que postula como posible la separación de los hechos y el derecho en el proceso, atraviesa actualmente un proceso de seria revisión crítica.”*

Entre ellos, se refiere precisamente al recurso de casación y sostiene que *“Así, la concepción tradicional del recurso de casación, que entiende al mismo como un medio de control de la corrección jurídica del fallo, y que en tal inteligencia lo considera sólo como un medio conductor de censuras jurídicas, ha sido de un tiempo a esta parte fuertemente rebatida.*

118

Luego, la autora repasa como, a partir de la difusión de esa postura, los diferentes tribunales fueron morigerando las exigencias del recurso de casación hasta la culminación de tal apertura en el precedente Herrera Ulloa Vs. Costa Rica de la Corte IDH y su consecuente nacional Casal de nuestra CSJN, en los que se gestó el criterio que postula al recurso de casación como un medio de impugnación amplio, apto para canalizar críticas al fallo, no sólo jurídicas sino también fácticas y de mérito probatorio.

¹¹⁷ Salido, María Belén. “EL IURA NOVIT CURIA y su incidencia en el derecho de defensa en juicio y en la garantía de la imparcialidad del juzgador.” Editorial B de F. 2016. Pág. 149.

¹¹⁸ Ob. Cit. Pág. 150/151.

Con relación a este último precedente expresa que *“la lectura de los fundamentos del fallo Casal, en lo que interesa puntualmente, permite advertir que una de las razones que se invocan como aval de tal inteligencia es justamente aquella que destaca la imposibilidad de distinguir con rigor las cuestiones de hecho y las de derecho.”* Luego, para mayor ilustración de su afirmación, cita textualmente algunos considerandos del fallo que ponen en evidencia tal postura. *“Al respecto puede observarse en el precedente la siguiente afirmación. “En este orden de ideas, se ha sostenido que la estricta exigencia de rigurosa distinción entre cuestiones de hecho y de derecho a los fines del recurso de casación ignora, por un lado, la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción, en particular cuando la objeción se centra en el juicio de subsunción, esto es, en la determinación de la relación específica trazada entre la norma y el caso particular. Por otro parte, también pasa por alto el hecho de que, en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que postula”*

Y luego agrega que *“Como se advierte, este criterio de la Corte que controvierte por impracticable y engañosa la tradicional separación de las cuestiones fácticas y jurídicas en el ámbito del proceso, no le era en esa oportunidad inédito. En efecto, ya con anterioridad los Dres. Petracchi y Fayt , en el fallo Roberto Germán Tabarez se habían pronunciado en ese mismo sentido rechazando tal postulado.”*¹¹⁹

En abono de lo hasta aquí señalado, resultan clarificadoras las reflexiones que realiza Michele Taruffo sobre la conexión entre los hechos y el derecho en el proceso penal cuando sostiene *“Es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye el hecho.”* *“Por otra parte, el problema de la calificación jurídica de los hechos no puede obviarse por mucho tiempo, ya que es precisamente la dimensión jurídica del hecho de la causa la que permite identificarlo, distinguiéndolo y extrayéndolo de la ilimitada variabilidad e indeterminación de la realidad.”*¹²⁰

En idéntico sentido, Gascón Abellán también critica fuertemente la postura que sostiene la posibilidad de separación de los hechos y el derecho. Expresa con absoluta claridad *“No existen hechos por un lado, y leyes por el otro, sino un proceso de selección simultáneo*

¹¹⁹ Ob.Cit. Pág. 151/152.

¹²⁰ Taruffo, Michele. “La Prueba de los hechos”. 2da Edición. Trotta. Madrid 2005. Pág. 93.

donde los primeros se reformulan a la luz de las prescripciones jurídicas y donde las segundas se concretan a la luz de la realidad examinada."¹²¹

En el orden de ideas que hasta aquí desarrollo, resulta entonces forzado sostener que el MPF esté en condiciones de efectuar un planteo casatorio, en el que se invoque sólo una errónea aplicación o interpretación de la ley penal sustantiva y, con precisión quirúrgica, se evite el tratamiento de cuestiones fácticas, pues ello, tal como hemos podido apreciar, resulta impracticable, tornando ilusorio y carente de utilidad el criterio limitador en cuestión.

No pretendo sugerir aquí que no deba establecerse un límite a la facultad recursiva del MPF, sino que el límite tradicionalmente buscado en la separación de los hechos y el derecho ha demostrado una absoluta ineficacia por resultar impracticable y engañosa utilizando los dos calificativos que con gran tino le asignó Salido en su obra.

Por ello, debemos continuar en la tarea de delinear límites que sirvan a la finalidad perseguida, cual es la de configurar una bilateralidad recursiva asimétrica entre el MPF y el imputado, debiendo siempre resultar una bilateralidad atenuada para el primero por ser la legitimidad de la facultad recursiva de éste de un origen y base diferente a la del imputado.

Limitaciones objetivas a la facultad recursiva del Acusador

Otro de los caminos elegidos por diversas legislaciones procesales del país, es aquel en el que se establecen límites objetivos a la facultad recursiva del MPF, relacionados con las resoluciones que se pueden recurrir y con la posición que hubiera asumido el MPF al momento de pedir pena en los alegatos finales.

Es el caso del CPPN que establece limitaciones objetivas al recurso del MPF, reduciendo sensiblemente los escenarios en los que resulta posible para éste interponer recurso de casación. Así, en su artículo 458 establece que el ministerio fiscal podrá recurrir (...)1º) De la sentencia absolutoria, cuando haya pedido la condena del imputado a más de tres (3) años de

¹²¹ Gascón Abellán, Marina. "Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba." Citada por Salido, María Belén. "EL IURA NOVIT CURIA y su incidencia en el derecho de defensa en juicio y en la garantía de la imparcialidad del juzgador." Editorial B de F. 2016. Pág. 156.

pena privativa de la libertad, a multa de doscientos mil australes (A200.000) o a inhabilitación por cinco (5) años o más. 2º) De la sentencia condenatoria, cuando se haya impuesto una pena privativa de libertad inferior a la mitad de la requerida.

En idéntico sentido, el CPP de la provincia de Neuquén, en su artículo 241 establece que el fiscal podrá impugnar las decisiones judiciales en los siguientes casos: 1) El sobreseimiento, si el delito tiene prevista una pena máxima superior a los seis (6) años de privación de libertad. 2) La sentencia absolutoria, si hubiere requerido una pena superior a los tres (3) años de privación de libertad(...) 3) La sentencia condenatoria, si la pena aplicada fuera inferior a la mitad de la pena pretendida. Del mismo modo establece que esos límites, no regirán si el imputado es funcionario público y el hecho se ha cometido en el ejercicio de la función o en ocasión de ella. Como puede observarse, incluso la provincia de Neuquén va más allá con las limitaciones porque también establece un límite objetivo para casar las sentencias de sobreseimiento.¹²²

Por su parte, el CPP de la provincia de Chubut también establece este tipo de limitaciones en su artículo 378 en el que dispone que el fiscal podrá impugnar las decisiones judiciales en los siguientes casos: 1) el sobreseimiento, 2) la sentencia absolutoria, si hubiere requerido una pena superior a los tres años de privación de libertad; y 3) la sentencia condenatoria, si la pena aplicada fuera inferior a la mitad de la pena pretendida. En idéntico sentido del CPP de Neuquén, agrega que esos límites no regirán si el imputado es funcionario público y el hecho se ha cometido en el ejercicio de la función o en ocasión de ella.¹²³

Del mismo modo, el CPP de la Provincia de Río Negro, en el artículo 235 dispone “El Fiscal podrá impugnar las decisiones judiciales en los siguientes casos: 1) El sobreseimiento; 2) La sentencia absolutoria si hubiese requerido una pena superior a los tres años de privación de libertad y se dieran los demás requisitos de admisibilidad formal. Si la pena requerida hubiese sido inferior a los tres años, podrá impugnar siempre que cuente con la conformidad expresa de la víctima. (...) 3) La sentencia condenatoria, si la pena aplicada fuere inferior a la

¹²² CPP provincia de Neuquén sancionado por Ley 2784 del año 2014.

¹²³ CPP de la Provincia de Chubut, del mes de julio del año 2014. Cabe destacar que el CPP de Chubut ha tenido reformas posteriores al 2014. Sin embargo, ninguna de ellas ha modificado la disposición sobre la legitimación del MPF para recurrir las sentencias.

mitad de la pena pretendida. Estos límites no regirán si el imputado es funcionario público y el hecho se ha cometido en ejercicio de su función o en ocasión de ella.”¹²⁴

Por último, el CPP de la provincia de Corrientes, reconoce facultad recursiva al MPF, pero con limitaciones objetivas similares. En su artículo 419 dispone (...) b) el fiscal y la querrela podrán impugnar la sentencia condenatoria sólo si la pena aplicada fuera inferior a la mitad de la pena pretendida, salvo que la diferencia tuviera influencia en su modo de ejecución.¹²⁵

Tal como adelantaba en el apartado anterior, D’Albora es uno de los que propone tal solución, cuando sostiene –al comentar el artículo 458 del CPPN- que las limitaciones objetivas a la facultad recursiva del MPF permiten al tribunal de casación responder de una manera más efectiva a los recursos de casación interpuestos por quienes sufren persecución penal, y así cumplir con la garantía constitucional y convencional consagrada en la CADH.¹²⁶

Con relación a este criterio limitador, la doctrina se ha pronunciado en diferentes sentidos. Así Clariá Olmedo, el fundamento de dichos límites tiene un carácter eminentemente práctico que consiste en evitar el recargo de los tribunales de alzada o el entorpecimiento en el desarrollo del juicio.¹²⁷

En el mismo sentido, el profesor Edgardo Donna sostiene que son una autolimitación del Estado en su función de titular de la acción penal, que podría justificarse a los fines de no recargar la tarea del tribunal de casación, en vista de que se ha cumplido con la función represiva que le compete.¹²⁸

Por su parte, De la Rúa es crítico de tal criterio limitador. Sostiene que no parece ser la mejor solución, porque el criterio del monto del agravio viene a descuidar el criterio de la injusticia de la sentencia. Y luego agrega, que si la intención del legislador fue asegurar con la

¹²⁴ CPP de la Provincia de Río Negro. Ley 5020 del 12/01/15.

¹²⁵ CPP Corrientes, sancionado por Ley 7066 del mes de marzo del 2021.

¹²⁶ D’Albora, Nicolás F. “Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal”. Ed. Ad-Hoc. 2005. Pág. 31.

¹²⁷ Clariá Olmedo, Jorge A. “Derecho Procesal Penal”. Ed. Ediar. 1966. Pág. 463.

¹²⁸ Donna, Edgardo A. y Maiza, María Cecilia. “Código Procesal Penal”, citados por D’Albora, Nicolás F. “Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal”. Ed. Ad-Hoc. 2005. Pág. 31.

casación la uniforme interpretación del derecho objetivo, estas restricciones vienen a traicionar aquella intención.¹²⁹

Francisco D' Alhora, si bien no se pronuncia en contra de las limitaciones, advierte que, con ellas, se corre el riesgo de que si el tribunal es renuente a que le examinen las sentencias, se le proporcione un medio legal para burlarlo aplicando una condena apenas inferior al monto necesario para abrir la vía recursiva.¹³⁰

Objeciones constitucionales a los límites objetivos

Algunos representantes del MPF han planteado la inconstitucionalidad de tales límites, argumentando principalmente una pretendida igualdad entre el MPF y el imputado y una interpretación extensiva del 8.2 h de la CADH, argumentos que –tal como se desarrollara en el capítulo anterior no son compartidos-. Tales planteos han sido rechazados sistemáticamente por los tribunales, confirmando la compatibilidad de tales límites con nuestra carta magna.

Para ilustrar de mejor manera los argumentos sostenidos por quienes sostienen la inconstitucionalidad y por aquellos quienes consideran lo contrario, me referiré a los planteos que se han efectuado con relación al artículo 458 del CPPN, por ser los que generaron pronunciamientos a nivel nacional, sin desconocer que no es la única normativa que regula limitaciones objetivas a la facultad recursiva del MPF.

Tal como adelantara en los párrafos precedentes, los pronunciamientos jurisdiccionales han rechazado unánimemente tales argumentos, confirmando la validez constitucional de las limitaciones. Veamos:

Dicha evolución jurisprudencial comienza con el Fallo Ramos del año 1995, siguiendo por Carrizo (1996), Miguez (1996), Rojas (1996) todos ellos de diferentes salas de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal y culmina con el fallo Arce de la CSJN del año 1997.

¹²⁹ De la Rúa, Fernando. “La casación penal”. Citado por D'Alhora, Nicolás F. “Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal”. Ed. Ad-Hoc. 2005. Pág. 30.

¹³⁰ D' Alhora, Francisco J. “Código Procesal Penal de la Nación”, citado por D'Alhora, Nicolás F. “Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal”. Ed. Ad-Hoc. 2005. Pág. 31.

La CNCP en el primero de dichos precedentes, Ramos de la sala I, sostuvo que la CADH hace referencia al hombre persona física, toda vez que utiliza la expresión “persona inculpada de delito”, sin que una interpretación teleológica de la norma admita que el Ministerio Público –órgano del Estado- esté implícitamente amparado.

Luego, en el precedente Carrizo de la Sala II, se agregó a tales considerandos que el MP es el representante de los intereses de la sociedad y su función en el proceso es la de un tercero imparcial. Por esta diferente condición jurídica, la declaración de inconstitucionalidad de la limitación cuantitativa del artículo 459 (esto es para el imputado) no puede extenderse a los límites establecidos en el artículo 458, ya que, si bien la garantía de igualdad se extiende a todos los habitantes de la Nación, se entiende otorgada a los particulares frente al Estado y no al Estado frente a los particulares.

En el mismo año, el precedente Miguez de la Sala III, agregó a tales fundamentos la afirmación de que la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales condiciones, considerando que, unido a la doctrina que inalteradamente se venía desarrollando en el seno de la por entonces CNCP, permitía concluir que la diferente situación en la que se encontraban MPF e imputado hacía caer el argumento sostenido por quienes pretendían la declaración de inconstitucionalidad en virtud de una pretendida afectación al principio de igualdad.

Por último, la sala IV, sostuvo en el mismo sentido que, la pretendida asimilación del MPF a la persona individuo –que la CADH define como principal objeto de protección- no resulta viable puesto que el objetivo principal del tratado es asegurar la plena vigencia y respeto de los derechos y libertades fundamentales referentes al ser humano como sujeto de derecho internacional, sin que pueda equipararse a esa condición a quien ejecuta la acción penal como órgano del Estado.¹³¹

Tal como adelantara, la doctrina sentada por la CNCP, fue confirmada finalmente por la CSJN en el fallo Arce¹³², en el cual la Corte Nacional sostuvo en lo atinente a este punto que:

¹³¹ D’Albora, Nicolás F. “Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal”. Ed. Ad-Hoc. 2005. Pág. 26/27.

¹³² “Arce, Jorge D.” CSJN. 14 de octubre de 1997.

- “Las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados Contratantes”;

- “La garantía del derecho a recurrir ha sido consagrada solo en beneficio del inculpado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma de rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho.”

- “Que, por otra parte, no es ocioso señalar que el Estado –titular de la acción penal- puede autolimitar el *ius perseguendi* en los casos en que considere que no revisten suficiente relevancia como para justificar su actuación. En tales condiciones, el fiscal debe ejercer su pretensión en los términos que la ley procesal le concede. Por ello, no puede considerarse inconstitucional la limitación de la facultad de recurrir del Ministerio Público cuando se verifique un supuesto como el previsto por el art. 458 del CPPN en la medida en que, en las particulares circunstancias del sub lite, no se ha demostrado que se haya afectado la validez de otras normas constitucionales”

- Por último, con una absoluta contundencia señala la Corte que “La ley debe conceder idénticas garantías a todos los que se encuentran en la misma situación. Ante los tribunales en materia criminal, los derechos del Procurador General no son iguales que los del acusado.”

Resta aquí destacar que la doctrina sentada por la CSJN en el fallo “Arce” fue posteriormente confirmada en los fallos “Nicolai, Jorge Alberto y otros s/ Rec. de Casación”¹³³, “Mainhard, Edgar Walter s/Rec. De Casación”¹³⁴, y que ha sido seguida además por todas las salas de la CFCP.

Luego de este pequeño repaso por los precedentes más destacados en el tema, podemos concluir que la opción de establecer límites objetivos al recurso del Fiscal, supera los controles de constitucionalidad y puede ser un criterio eficaz a la hora de limitar la actividad recursiva

¹³³ Fallos 324:1365.

¹³⁴ Fallos 324:3269.

del MPF, generando una descompresión de nuestra Corte local, con la consecuente repercusión positiva en el tratamiento de los recursos interpuestos por el/la imputado/a.

Sin embargo, tales límites ofrecen algunos reparos. El primero de ellos, viene dado por las excepciones que la propia jurisprudencia ha efectuado a tales limitaciones, mediante la invocación de la cuestión federal para “abrir” el control casatorio aun cuando, de acuerdo a los límites objetivos establecidos por la ley, no correspondería hacerlo.

En efecto, la CFCP, invocando su carácter de órgano intermedio establecido por la Corte Nacional en el precedente Girolodi, ha permitido que prosperen recursos del MPF que no superaban los límites impuestos por el artículo 458 del CPPN, por entender que se encontraba comprometida una cuestión federal. Para ello, bastaba con invocar el fallo “Arce” de la Corte Nacional que establecía –tal como lo señalábamos precedentemente- que los límites del artículo 458 eran constitucionales “en la medida que en las particulares circunstancias del sub lite, no se ha demostrado que se haya afectado la validez de normas constitucionales”. Tal afirmación, abría entonces una “puerta” que, si no era debidamente controlada, permitiría burlar sistemáticamente los límites impuestos legalmente tornándolos inoperantes.

En ese sentido, Nicolás D’ Alhora realiza una reflexión que estimo valioso señalar. “Una excepción establecida en forma pretoriana a un límite recursivo legalmente impuesto, cuya constitucionalidad fue reconocida por la CSJN, impone que su delimitación sea lo más precisa posible, de manera tal que el “argumento de la arbitrariedad no se vuelva arbitrario”, sea a favor o en contra de la admisibilidad.”¹³⁵

Afortunadamente, la jurisprudencia también se encargó de poner un límite a dichas excepciones. Fue en el fallo “Garrafa” de la CSJN en el que se estableció que *“el Tribunal Superior carecía de competencia para anular la sentencia absolutoria sin que mediara una declaración de inconstitucionalidad de los límites objetivos establecidos por el artículo 417 (equivalente al 458 del CPPN). Con ello, se creó una excepción a la norma sin que haya mediado una concreta declaración de inconstitucionalidad.”*

¹³⁵ D’Alhora, Nicolás F. “Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal”. Ed. Ad-Hoc. 2005. Pág. 63.

El mensaje fue claro: “Si el fiscal no supera los límites objetivos para deducir recurso de casación el tribunal de alzada no puede eludirlos mediante la simple alegación de una cuestión federal. Sólo a través de una declaración de inconstitucionalidad de esos límites podrá ingresar al estudio de sus agravios que, claro está, deberá demostrar las circunstancias concretas que ameriten justificar una excepción a lo decidido en la CSJN en “Arce”.¹³⁶

El otro reparo se relaciona con la crítica de De la Rúa antes señalada. Si bien no comparto con el autor la referencia hecha a que el objetivo del recurso de casación sea la aplicación uniforme del derecho, ya que la misma se corresponde con una concepción ya superada de dicho remedio, sí considero acertado lo sostenido en el sentido de que el criterio del monto de la pena descuida el criterio de la injusticia del fallo. En efecto, si lo que se pretende es permitir al MPF que cumpla con su deber de procurar justicia para de ese modo evitar la responsabilidad internacional del Estado y/o la configuración de una cosa juzgada írrita, entonces poco debería importar el monto de la pena, pues tales situaciones se configuran tanto en un caso en que la pena sea mayor a tres años como en un caso en que sea menor a ese monto. Por ello, si bien no se pierde de vista la necesidad de descomprimir el sistema, entiendo que dicho objetivo —eminente pragmático— debe intentar procurarse con otro tipo de limitaciones que no descuiden las finalidades que hacen a la esencia del reconocimiento de la facultad recursiva acordada al MPF.

Sea cual fuere el camino por el que se opte, entiendo que debe analizarse de manera rigurosa cuáles serían los límites que resulten practicables y eficaces en nuestro ámbito local, pero al mismo tiempo consecuentes con los fundamentos legitimadores del recurso del MPF, debiendo delimitarse los mismos en un trabajo conjunto que involucre operadores/as judiciales, académicos/as y organizaciones de la sociedad civil que se dediquen a la investigación en la temática, evitando productos del trabajo unilateral e inconsulto de los legisladores.

Nuestra propuesta

Entiendo que podría ensayarse otra forma de ponerle límite a la actividad recursiva del MPF que no descuide los motivos por los cuales inicialmente se decide otorgar tal poder a dicho

¹³⁶ D’ Albora, Nicolás F. “Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal”. Ed. Ad-Hoc. 2005. Pág. 98.

órgano, lo que permitirá lograr un sistema que, además de cumplir con el objetivo pragmático de descomprimir los tribunales de casación, responda a la lógica del Estado Constitucional de Derecho y a su vez tenga una absoluta coherencia interna.

El sistema que podría funcionar y que además daría lugar sin dudas a soluciones materialmente justas –objetivo propio del paradigma post positivista-, sería el de establecer presupuestos generales que, en caso de configurarse, autorizarían al MPF a recurrir la sentencia sin perjuicio del monto de la pena o de otras limitaciones objetivas.

Resulta importante destacar aquí que se trata de presupuestos de procedencia o habilitantes de la facultad recursiva del MPF, para de ese modo distinguir esta propuesta de aquellas que establecen límites objetivos a la misma, los que, tal como se advirtiera, no guardan relación alguna ni logran reflejar el propósito que se tiene en mira al sostenerla. Ello, sin perjuicio de que, en el caso de que tales presupuestos no se verifiquen, lógicamente terminen operando o funcionando como límites.

Tales presupuestos habilitantes, para guardar entonces coherencia con los criterios legitimadores del recurso acusador, deberían tener relación, específicamente con el rol del MPF como guardián de la legalidad y representante de los intereses de la sociedad que, al mismo tiempo, lo coloca, de algún modo en la posición de garante de evitar la responsabilidad internacional del Estado.

En ese entendimiento, resultaría adecuado sostener que, el recurso del MPF, sólo pueda prosperar cuando, se configuren supuestos de gravedad institucional o cuando el agravio invocado se relacione con una temática que sea susceptible de generar responsabilidad internacional del Estado.

Con relación al criterio de gravedad institucional, el mismo está desarrollado jurisprudencialmente de manera bastante precisa por lo que no debería presentar dificultades su aplicación.

En efecto, a nivel nacional, la CSJN, a través de sus sentencias, fue dando fisonomía al estándar de gravedad institucional, considerándolo un presupuesto objetivo, suficientemente idóneo para abrir la vía impugnatoria del Recurso Extraordinario Federal. La Corte ha sostenido

que existe gravedad institucional cuando lo resuelto “excede el interés individual de las partes y atañe también a la colectividad”¹³⁷ “proyectándose sobre la buena marcha de sus instituciones”¹³⁸, “vulnera un principio institucional básico y la conciencia de la comunidad”¹³⁹ o “puede resultar frustratorio de derechos de naturaleza federal con perturbación de la prestación de servicios públicos”¹⁴⁰. En igual sentido, la CSJN ha sostenido que existe gravedad institucional si en el caso se encuentran afectadas instituciones fundamentales de la Nación¹⁴¹ o se encuentra comprometida la percepción de la renta pública e incluso los legítimos intereses de la economía nacional¹⁴².

Del mismo modo, en el ámbito local, nuestra SCJMza, ha expresado en tal sentido que *“advierto que la entidad y características de los hechos denunciados, sumado a la trascendencia de la decisión recurrida subsumen la cuestión dentro de la categoría denominada por la jurisprudencia de nuestra CSJN como «gravedad institucional». Esta última ha sido concebida por el Alto Tribunal como un ámbito de excepción de los requisitos de admisibilidad en materia recursiva que privilegia el interés de la sociedad, como un todo, por sobre obstáculos nacidos de consideraciones parcializadas del ordenamiento (fallos 313:863, del voto del Dr. Fayt). De tal manera, se ha considerado como supuestos que encuadran en esa categoría aquéllos que exceden el mero interés de las partes del proceso (fallos 324: 833; 326: 2126; 329:2620, entre otros), comprometiendo la buena marcha de las instituciones (fallos 324:1225). En otras palabras, conforme el criterio jurisprudencial referido, se configurará una cuestión de gravedad institucional cuando el objeto del proceso trascienda el interés meramente individual de las partes por lo que, en esos casos, resulta oportuno proceder a la apertura de aquellas impugnaciones extraordinarias contra resoluciones que las materialicen, a pesar de no tener estas últimas el carácter de definitivas.*

Ahora bien, en el caso concreto advierto que se configura una situación de las aludidas precedentemente, en función de la conjunción de tres circunstancias que hacen evidente que el interés en juego va más allá que el ostentado por los sujetos procesales.

¹³⁷ Fallos 247:601, consid. 3 y 268:126, consid. 3.

¹³⁸ Fallos 308:2060; 310:167; 311:667).

¹³⁹ Fallos 300:1102.

¹⁴⁰ Fallos 259:43 e ítem 8º del dictamen de Fallos: 306:1472.

¹⁴¹ Fallos 248:232; 253:465; 256:94.

¹⁴² Fallos 279:291.

La primera de ellas se relaciona con la gravedad de los hechos investigados (...). Es decir, el objeto de la imputación está constituido por graves hechos que afectan bienes jurídicos protegidos por normas constitutivas de la sociedad. Como he tenido oportunidad de señalar en otra ocasión, estas últimas normas son aquellas vinculadas a la idea de dignidad humana, indisponibles en razón de ser estipuladas a través de principios fundacionales del orden social (ver al respecto el precedente «Chacón Moyano»).

La segunda de aquellas cuestiones que tornan al presente caso de trascendencia social se vincula a la circunstancia de que en la causa las denunciadas son mujeres en especial situación de vulnerabilidad que, según los hechos denunciados, habrían sufrido una de las modalidades de violencia de género en un ámbito o contexto educativo. Ello merece una tutela especial conforme surge de los compromisos estatales asumidos en la materia derivados de la normativa internacional, nacional y provincial vigente.

En virtud de tal circunstancia, se impone el deber de diligencia por parte del Estado en la prevención, erradicación y sanción de la violencia contra la mujer (art. 7.c de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; art. 16, inc. b de la ley 26.485).

El tercer punto que me conduce a sostener que en el presente caso se configura una cuestión de gravedad institucional es que, mediante la resolución impugnada, se establecen pautas que determinan el alcance de las medidas de coerción, en general, y en supuestos de violencia de género, en particular.

Dicho de otro modo, la interpretación que el a quo efectuó de las normas que regulan las medidas cautelares, estableciendo que quien solicita el mantenimiento de libertad debe permanecer en ese estado hasta que la denegatoria de su solicitud adquiera firmeza, no sólo establece parámetros para su aplicación en el caso en análisis –vinculado a cuestiones de género–, sino que tiene implicancia en el sistema procesal vigente en relación a todo tipo de casos, independientemente de su gravedad.

Como se advierte, la entidad de la decisión sometida a estudio va más allá del marco natural de la causa y los intereses de los partes allí comprometidos, en tanto el criterio que propicia podría alterar el funcionamiento del sistema procesal hacia el futuro, dificultando la

realización de los fines del proceso penal. De tal manera, por este motivo también, la decisión cuestionada amerita ser analizada en esta instancia.

En suma, la circunstancia conjunta de encontrarnos frente a una imputación constituida por hechos graves que afectan bienes protegidos por normas constitutivas de la sociedad, en el que las presuntas víctimas pertenecen a un colectivo en especial situación de vulnerabilidad, y los posibles efectos que la decisión recurrida podría tener para el funcionamiento del sistema procesal local, habilitan a equiparar, de modo excepcional, el resolutive impugnado a sentencia definitiva a los efectos casatorios.”¹⁴³

Entiendo que la claridad de este precedente facilita la comprensión del concepto de gravedad institucional al que aquí hago referencia, ya que aporta criterios de interpretación y de delimitación de su alcance semántico, por lo que no habría inconvenientes para establecerlo como límite.

Tal criterio ha sido reiterado de manera inalterada por la SCJ de Mendoza, incluso con diferentes ministros pre opinantes. Así, en el precedente Ortega Espeche, del mismo año sostuvo “*existen casos específicos en los que, aun cuando el requisito de impugnabilidad objetiva descripto precedentemente no se verifique, corresponde equiparar el pronunciamiento a sentencia definitiva y, en consecuencia, admitir la vía casatoria. Concretamente, aquellos supuestos en los que por sus particulares circunstancias, acreditadas por quien recurre, surgen motivos para considerar que la resolución impugnada puede causar un gravamen o perjuicio de imposible o difícil reparación ulterior. Uno de los motivos que habilitan la equiparación antes mencionada se configura en los casos de gravedad institucional. Esta doctrina ha sido delineada por la CSJN a los fines de flexibilizar algunos requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario federal (Fallos 318:2611, 327:931). Con idéntica finalidad, la gravedad institucional también ha sido admitida en instancias inferiores a la del Máximo Tribunal. En particular, se comparte aquí la idea de que sólo son impugnables en el ámbito extraordinario provincial y por vía de casación aquellas resoluciones que se encuentran enumeradas en la legislación procesal penal provincial. Con ello, debe recordarse que para que se configure la referida equiparación resulta indispensable, como recaudo fundamental, que el recurrente acredite fehacientemente cómo el pronunciamiento que cuestiona produciría un perjuicio de la*

¹⁴³ “F/ Aguirre, Mauro”. SCJMza. Ministro Preopinante Palermo. 07/02/2020.

entidad descripta. En el caso bajo estudio, la lectura de las actuaciones acompañadas demuestra, como lo advierte la parte recurrente, que, en el marco de la audiencia de acusación celebrada ante el Primer Juzgado Penal Colegiado, el tribunal resolvió el incidente de excepción de falta de acción invocado por la defensa del acusado y, consecuentemente, declaró la nulidad de todo lo actuado por Ministerio Público Fiscal, de una manera arbitraria. Ello, toda vez que no corrió vista previa al representante del órgano acusador, conforme lo ordena la legislación procesal (art. 21 del CPP). Esta actuación se muestra susceptible de provocar consecuencias de gravedad institucional, motivo por el cual puede ser equiparada a sentencia definitiva. Al respecto cabe recordar que, más allá del acierto o error de la decisión adoptada por el Primer Juzgado Penal Colegiado –lo que se determinará al momento de análisis sobre el fondo–, la trascendencia de la materia indica que aquel pronunciamiento excede el mero interés de las partes del proceso y tiene entidad para comprometer la buena marcha de las instituciones, afectándose la efectiva actividad de la administración provincial”¹⁴⁴

En el mismo caso, ya al momento de resolver sobre el fondo, la Suprema Corte confirmó su postura de admitir el criterio de violencia institucional acogiendo el planteo de la representante del MPF, quien sostenía que la circunstancia de haber resuelto el incidente de falta de acción sin correr vista al MPF, y de haber declarado de oficio la nulidad del informe del EPI, implicaba un avasallamiento sobre este órgano de investigación vaciando de contenido sus funciones. Al resolver nuestra Suprema Corte expresó “*Aquí, en primer lugar, se observa que, para resolver el incidente de excepción de falta de acción que propició la defensa del acusado y que determinó la declaración de nulidad de todo lo actuado hasta entonces, la jueza en función correccional no corrió vista al órgano acusador, contrariamente a lo dispuesto al art. 21 del CPP. Esta irregularidad, de conformidad con lo previsto en el art. 198 del CPP, ha vulnerado la intervención y participación del Ministerio Público Fiscal en un acto que fue determinante para el proceso.*

En este sentido, también resulta criticable la actitud mostrada por la jueza a quo frente al conflicto, en la medida en que, luego de oír a la defensa, dedicó varios minutos de la audiencia para entrevistar a la denunciante, presente en la sala, incorporando así información

¹⁴⁴ “F c/ Ortega Espeche Roberto Nicolas p/Lesiones Leves Dolosas Agravadas por el Vínculo y por media contexto de Violencia de Genero p/Queja”. SCJMza. 8/06/2020.

que no pudo ser controvertida por el órgano fiscal.”¹⁴⁵

Por otra parte, si bien no se trata de un caso en que se haya abierto la vía casatoria, sino que por el contrario, se rechazó el recurso del MPF, resulta útil mencionar aquí un precedente que, al rechazar el recurso, termina por delinear de algún modo el concepto de gravedad institucional por la negativa al expresar *“no causa perjuicio de imposible reparación ulterior ni configura un supuesto de gravedad institucional, en tanto no se demuestra que hayan sido vulneradas la imparcialidad del juzgador, el derecho de defensa del encartado –que ha sido asistido por sus letrados–, el sistema acusatorio ni el debido proceso legal, todo ello a la luz del criterio restrictivo que rige en materia recursiva.*”¹⁴⁶

De ese modo, se puede afirmar que nuestra SCJMza entiende que se configura un supuesto de gravedad institucional cuando se ha visto afectada la imparcialidad del juzgador, la intervención del imputado y su defensa o se han visto subvertidas las formas y principios que generales del sistema acusatorio. En ese orden de ideas, y en lo atinente al tema que aquí nos ocupa, toda conducta asumida por el tribunal que afecte la intervención del MPF o de algún modo implique un avasallamiento ilegítimo o arbitrario por parte de la judicatura sobre las esferas de actuación y funciones que le son propias a éste, podría ser invocado por el mismo para dar por configurado este presupuesto de procedencia referido a la gravedad institucional.

Claro está que la expresión presenta alguna imprecisión que podría verse aprovechada para flexibilizar el criterio habilitante. Sin embargo, tal situación tiene coto en la misma jurisprudencia que, a instancia de las partes interesadas, se ha encargado hasta ahora de darle contenido más preciso a tales conceptos, del mismo modo en que ha ocurrido con la expresión “gravamen irreparable” respecto de la cual -a la fecha- ya nadie cuestiona su sentido y alcance.

Por otro lado, en cuanto al segundo escenario que aquí planteo, relativo a aquellas materias que sean susceptibles de generar responsabilidad internacional del Estado, resulta sencillo y no controvertido determinar su contenido y alcance, ya que basta con recurrir al catálogo de convenciones y tratados internacionales suscritos o ratificados por nuestro país para poder determinarlo.

¹⁴⁵ “F. C/ Ortega Espeche Roberto Nicolas p/Lesiones Leves Dolosas Agravadas por el Vínculo y por media contexto de Violencia de Genero p/Casación.”. SCJMza. 24/11/2020.

¹⁴⁶ “F c/ Torre Antonio P/ Administración Fraudulenta P/ Recurso Ext. De Casación.” SCJMza. 18/12/2020

Dentro de estas materias se puede mencionar, a modo ejemplificativo, las más recurrentes como aquellas referidas a los delitos cometidos contra mujeres por razones de género; a los delitos que tengan como víctimas a niños niñas y adolescentes, a personas con discapacidad o pertenecientes a colectivos LGTBIQ+; a los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos, a delitos en materia ambiental, entre otras.

Otras formas de ponerle límite: Control de razonabilidad.

Existe otra forma de poner límite a la actividad recursiva que no se relaciona ya con los motivos por los que puede recurrir el MPF, ni con las resoluciones contra las cuales puede hacerlo. Sino con la cantidad de veces en que puede renovar el intento de persecución. Dicha limitación, entiendo que debe ser complementaria del sistema señalado en el apartado anterior y no excluyente del mismo.

Algunas legislaciones establecen una cantidad de reenvíos autorizada como máximo luego de la cual la absolución deberá quedar firme. Así, Alemania admite tres juicios de reenvío como máximo, solución que, si bien puede rescatarse la intención de limitar la actividad recursiva del acusador, estimo no encuentra explicación razonable para admitir una cantidad determinada de reenvíos. Con relación a ello, el profesor Daniel Pastor señala de manera crítica que la jurisprudencia alemana se dividió entre la opinión del BGH (Tribunal Supremo Federal) seguida por algunos tribunales inferiores los cuales sostenían que la eliminación de una sentencia inválida y el reenvío para un nuevo juicio era admisible por ser la esencia del recurso de casación, aun cuando ello generara múltiples reenvíos, y, por otro lado, la jurisprudencia del BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) que sostuvo que hasta dos juicios era tolerable pero que un tercero resultaba inadmisibile. Con relación a ese último criterio, sostiene Pastor que ese límite es fruto de una preferencia judicial no avalada por la ley, que no puede más que caer simpático a todos, aunque sin dudas genera el interrogante de porqué dos reenvíos son intolerables y no lo es ya uno, o bien por qué, al revés, “*no esperar hasta el quinto reenvío, por ejemplo, para solo entonces perder la paciencia.*”¹⁴⁷

¹⁴⁷ Pastor, Daniel. “¿Nuevas tareas para el principio *ne bis in ídem*?. En “La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo Hendler”. Editoriales del Puerto. Buenos Aires. 2009. Pág. 507/508.

A nivel nacional, son varias las provincias que establecen este tipo de limitaciones, en especial, aquellas que tienen códigos procesales penales recientemente reformados en los que se instauraron sistemas acusatorios de segunda generación con claras características adversariales y en los que, además, se encuentran absolutamente presentes las garantías convencionalmente consagradas en favor del encausado, entre ellas y la que más atañe a este punto, la de ser juzgado en un plazo razonable.

Es el caso de la provincia de la Pampa que en su artículo 400 establece, refiriéndose al juicio de reenvío que, si en el nuevo juicio se obtiene una absolución, esta decisión no será susceptible de impugnación alguna.¹⁴⁸

Por su parte, el CPP de la CABA establece una limitación similar, pero con una variante que la hace diversa e implica una flexibilización de dicho límite, al establecer en su artículo 286 que si la nueva sentencia fuera absolutoria, no será recurrible por cuestiones de hecho y prueba. Es decir que sí podría ser recurrida una segunda absolución por cuestiones de puro derecho. Entiendo que, si se atiende a la crítica ya desarrollada sobre la imposibilidad de disociar los hechos del derecho, claramente puede advertirse que esa forma de flexibilización del límite puede generar que el mismo sea burlado puesto que, como ya hemos podido comprobar, las cuestiones de derecho terminan impactando en las de hecho posibilitando la revisión de éstas también.

Es que resulta más compatible con la garantía del doble conforme del imputado, permitir sólo un recurso para el MPF. Es decir que, una nueva absolución en el segundo juicio realizado por el reenvío ordenado o bien, una absolución dictada por la Suprema Corte en una casación directa por haber acogido el recurso del imputado o por haber rechazado el del MPF confirmando la absolución dictada por el tribunal de mérito, deben ser irrecurribles. En otras palabras, la absolución que obtiene una “doble conformidad” debe quedar firme de manera inmediata cerrando definitivamente la posibilidad de recurrirla al MPF.

¹⁴⁸ CPP de la Provincia de La Pampa. Publicada en el B.O el 10/01/20. En idénticos términos lo dispone el artículo 551 del CPP de la Provincia de Salta Ley 7690 publicada en el B.O diciembre de 2011 y el artículo 247 del CPP de la Provincia de Neuquén Ley 3021 publicada en el B.O el 28/10/16.

Este criterio limitador a través de la razonabilidad, fue esbozado por la entonces Tercera Cámara del Crimen de la Provincia de Mendoza en el precedente “Delaguarda” ya comentado, en el cual afirmó que el ejercicio de la facultad legal de recurrir del MPF no escapa a la valoración del principio de razonabilidad, ya que ésta viene impuesta por la CN por el ejercicio de la actividad estatal. En tal entendimiento, los jueces afirmaron que, tres debates por los mismos hechos, transgredía claramente el principio de razonabilidad.

Este criterio, además, fue posteriormente confirmado por la SCJMza cuando expresó que no podía negarse desde la realidad que Francisco Daniel Delaguarda había sido sometido a juicio en tres oportunidades, por un hecho ocurrido en el año 2007. Y que, el Estado no había podido en todos esos intentos destruir el estado jurídico de inocencia del imputado, aun siendo juzgado por dos Tribunales distintos dotados de imparcialidad. Finalmente, enfatizó que, a consecuencia de todos esos intentos del Estado por destruir el estado jurídico de inocencia del imputado, consecuentemente se ve afectada la garantía razonabilidad del plazo para ser juzgado, citando en apoyo de ello el fallo Oliva Gerli del mismo Tribunal en el cual se aplicó la doctrina sentada por la Corte Nacional en el precedente Mattei.

Po último, resta destacar que, este criterio limitador, debe necesariamente operar de manera conjunta con el sistema propuesto en el apartado anterior. Es decir que, Luego de que se haya acreditado la configuración de los presupuestos de procedencia o habilitantes del recurso del MPF, tal facultad recursiva encontrará luego un límite que se relaciona íntimamente con la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

De ese modo, en caso de que el tribunal de casación, sea como consecuencia del acogimiento del recurso del imputado o del rechazo del recurso interpuesto por el MPF, dicte una absolución, o que, ordenado el juicio de reenvío, el mismo también culmine con la absolución del encausado, ésta debe quedar firme de manera inmediata, pues una actividad recursiva del MPF que pretenda ir más allá de eso, no supera el test de razonabilidad al que están sujetos todos los órganos del Estado en el ejercicio de su poder público.

CAPÍTULO 5

PROBLEMAS QUE GENERA EL RECURSO DEL ACUSADOR Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

Cualquiera sea el escenario en que prospere el recurso acusatorio, resulta evidente que, en todos los casos nos encontraremos frente a diversos problemas que, de ninguna manera debemos soslayar. Por el contrario, resulta imperioso identificar dichos problemas, hacerse cargo de los mismos -en el entendimiento de que la proscripción del recurso del acusador no es un camino plausible-, y consecuentemente, proponer soluciones que sean respetuosas de las garantías constitucionales, sin descuidar en tal cometido el deber que tiene el MPF, como órgano predispuesto para procurar justicia, de agotar todos los medios legítimos a su alcance con la debida diligencia, para evitar la responsabilidad internacional del Estado.

Casación Directa

Nuestra legislación local, al igual que la mayoría de las legislaciones de las diferentes provincias, establecen que, en caso de que el recurso prospere por vicios in iudicando, es decir de puro derecho, el Tribunal de Casación -en nuestro caso la SCJN- puede asumir su competencia positiva, casar la sentencia, y dictar una nueva, resolviendo en definitiva.¹⁴⁹ Esto es lo que en la doctrina se ha identificado como casación directa.

Este escenario genera diversos reparos, que a su vez se han traducido en soluciones propuestas por la jurisprudencia. Veamos:

Problemas que genera la casación directa: condena sin intermediación y garantía de doble instancia.

¹⁴⁹ Art 485 del CPP Mendoza. Si la resolución impugnada hubiere violado o aplicado erróneamente la ley sustantiva, el tribunal la casará y resolverá el caso de acuerdo con la ley y la doctrina aplicables.

El primero de los problemas que enfrenta la asunción de competencia positiva por la Corte, consiste en que, en caso de que se revoque una absolució n y se dicte una condena, esa sería la primera condena del imputado, y la misma es dictada sin inmediación.

Con relación a ello, Díaz Cantón sostiene que la inmediación entendida como garantía del imputado supone que solo se pueda arribar de un modo legítimo a una condena respecto de una persona si la prueba se ha discutido y recibido en “vivo y en directo”, en forma oral y pública y en simultáneo ante los jueces que tomarán la decisión, porque sólo de ese modo se garantizan las bases para una decisión condenatoria de calidad, respetuosa de las demás garantías del Estado de Derecho.¹⁵⁰

Estimo que, teniendo en consideración que actualmente las audiencias de debate quedan absolutamente grabadas en soporte de audio y video, el reparo relativo a la falta de inmediación queda relativizado, puesto que se encuentra al alcance de los miembros del tribunal de alzada todo lo sucedido en las audiencias de debate, pudiendo percibir incluso hasta los más mínimos detalles que aporta la inmediación. Sin embargo, a ello me referiré más adelante al tratar las posibles soluciones a los problemas que genera la asunción de competencia negativa de la corte.

Hay otro problema que genera la asunción de la competencia positiva por la Corte, que resulta más complejo, y se relaciona con la garantía constitucional de la doble instancia o doble conforme prevista en el artículo 8.2.h de la CADH.

Es que, si la Corte casa directamente la sentencia, y dicta una sentencia condenatoria, se presenta el interrogante de cómo asegurarle al imputado la revisión integral de dicha condena, lo que resulta imperioso si se atiende a la circunstancia de que la obtención de la doble conformidad, además, es la única forma que tiene el Estado para imponer legítimamente una condena.

Con relación a ello, D' Alhora, a propósito del Informe de la CIDH en el caso Mohamed vs. Argentina, sostuvo que uno de los agravios planteados por los peticionarios ante

¹⁵⁰ De la Rúa, Fernando. “El recurso de Casación.” Ed. Depalma. 1994. Citado por Díaz Cantón Fernando. “La vigencia de la garantía del doble conforme en el derecho penal.” Ponencias del XXVII Congreso de Derecho Procesal de Córdoba. Septiembre del año 2013. Pág 146.

la CIDH fue que, al haber sido Mohamed absuelto en la primera instancia y condenado por la CFCP, tenía derecho a que se revisara la condena por un tribunal de alzada, derecho que se le había negado al rechazar la CSJN el recurso extraordinario interpuesto. Lo interesante es que, el Estado Argentino, alegó que no existía en el derecho internacional una exigencia que le imponga proveer a los condenados de una instancia ulterior de revisión de una condena cuando ésta es emitida por un tribunal de apelación.

Con relación a ello, la CIDH analizó dos cuestiones: en primer lugar, cuál es el alcance del derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior; y, en segundo lugar, si el recurso extraordinario federal cumple con los requisitos establecidos en el 8.2.h de la CADH.

En torno a la primera cuestión, la CIDH fue clara al establecer que, *“ante una sentencia condenatoria, el texto del art. 8.2.h no establece una distinción expresa entre etapas procesales para el ejercicio del derecho a recurrir el fallo. Que la garantía exige que la sentencia condenatoria sea revisada por un tribunal jerárquicamente superior, así se trate de una condena impuesta única, primera o segunda instancia.”*

Luego señala D’Albora que, la CIDH citó la Observación General 32 del año 2007 del Comité de Derechos Humanos de la ONU que ya había expresado que el artículo 14.5 del PIDCP *“se vulnera no sólo 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.”*

Y en cuanto a la segunda cuestión, consideró que *“el recurso extraordinario federal no cumple con la exigencia del artículo 8.2.h de la CADH, en tanto condiciona la revisión a la existencia de una violación de derechos constitucionales o una arbitrariedad manifiesta. Al margen de que se presenten dichas violaciones o arbitrariedades, toda persona condenada, aun en segunda instancia, tiene derecho a solicitar una revisión de cuestiones de diverso orden y a que ellas sean analizadas efectivamente por el tribunal jerárquico que ejerce la revisión, precisamente con el objeto de corregir posibles errores de interpretación, de valoración de prueba o de análisis.”*¹⁵¹

¹⁵¹ D’Albora, Nicolás F. “Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal”. Ed. Ad-Hoc. 2005. Pág. 126/128.

Sostiene D' Alhora que, si bien no encuentra reparos en que la alzada case una absolución y dicte una sentencia condenatoria, en lugar de ordenar el reenvío de la causa – solución que no considera admisible en virtud del *ne bis in ídem*-, entiende que esa atribución de la alzada debe tener necesariamente como correlato la existencia de una vía impugnación apta para que el imputado pueda recurrir esa sentencia condenatoria dictada por la casación y que tenga los alcances que prevé el artículo 8.2.h de la CADH. Entiende que el derecho al recurso nace con la condena dictada por la casación y que por lo tanto resulta necesario analizar posibles soluciones. Por ello, a continuación, repasaremos algunas propuestas que surgen de la jurisprudencia y de algunas legislaciones.

Posibles soluciones para garantizar la doble instancia

Una de las soluciones, se desprende del voto en disidencia del Ministro Zaffaroni en el fallo “Argul”, en el que propuso que en esos supuestos la CSJN actúe como tribunal ordinario de alzada para revisar la condena dictada por la casación y así cumplir con la garantía del artículo 8.2.h de la CADH. Esa propuesta, sostiene D' Alhora, resulta loable pero lamentablemente aparece como un voto en disidencia aislado y no como la postura de la Corte. Y luego, citando a Daniel Pastor, afirma que de sostenerse esa postura por parte de la Corte se corre un serio riesgo de violar la garantía en cuestión puesto que ha quedado demostrado que el recurso extraordinario federal está muy lejos de encontrarse en condiciones de “*descender a los hechos y mancharse las manos*” para comprobarlos. Quizás por ese motivo, intuye D' Alhora, unos pocos meses después, ante una situación similar en el caso “Cirilo”, Zaffaroni directamente negó la posibilidad de que el tribunal ejerza la competencia positiva y condene, mientras que no exista la posibilidad de garantizar la doble instancia.

Por su parte, D' Alhora propone como una solución intermedia, la cual fue plasmada en el Ante Proyecto elaborado por la Comisión Asesora designada para la reforma del CPP de la Nación del año 2007, que en supuestos como ese, la Corte case la sentencia y ordene el

reenvío para que la sentencia condenatoria sea dictada por un nuevo Tribunal Oral y por lo tanto pueda ser recurrida ante la casación.¹⁵²

Un buen ejemplo resulta ser el CPP de la CABA, que es su artículo 290 establece que, si la sentencia de la Cámara revoca una absolución, la defensa podrá recurrir ante la sala del mismo tribunal que siga en orden al turno. De esa manera, se regula una forma de asegurar la doble instancia en los casos en que se revoque una absolución dictada en primera instancia y se resuelva directamente una condena en alzada.

Esta, es la llamada casación horizontal. Con relación a ella, se sostiene que no ofrece ningún reparo el hecho de que los jueces encargados de revisar la condena pertenezcan al mismo tribunal que la dictó, ya que, la expresión tribunal superior de artículo 8.2.h de la CADH, sólo alude a la idea del reexamen, repetición o renovación de la discusión del caso por un cuerpo judicial distinto, o integrado por personas distintas, de aquel que tomó la decisión de acoger total o parcialmente la acusación. Este cuerpo, es superior al de primer grado, solo en el sentido de su competencia para confirmar la decisión recurrida o eliminarla y reemplazarla por la definitiva. Por ello, el recurso idóneo y amplio que cumple con la garantía de la doble instancia prevista por la CADH puede ser resuelto también satisfactoriamente en el marco de una organización judicial horizontal.¹⁵³

Por su parte, nuestra SCJ ha desarrollado, a través de diversos fallos, una doctrina en la que, teniendo como objetivo asegurar el respeto a la garantía de la doble conformidad de la sentencia condenatoria al imputado, resuelve la casación directa de la sentencia y ordena el reenvío al tribunal de juicio, el cual deberá ser integrado de diferente manera, para que se realice el juicio de cesura en el que se circunscribe la discusión a la determinación del monto de la pena.¹⁵⁴

En dichos precedentes, nuestra Suprema Corte ha dispuesto que, resultando necesario individualizar la pena, cuando se ordena la casación directa de la sentencia absolutoria o una sentencia condenatoria, sea que haya prosperado un recurso del MPF o de la defensa,

¹⁵² D' Albora, Nicolás F. "Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal". Ed. Ad-Hoc. 2005. Pág. 129.

¹⁵³ Pastor, Daniel. "La nueva imagen de la casación penal". Citado por D'Albora, Nicolás F. "Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal". Ed. Ad-Hoc. 2005. Pág. 130.

¹⁵⁴ Fallos "Chacón Arroyo", "Reale Comba", Gutiérrez Fernández", "Medina Martinez", "Arzuza" y "Torres Surget." SCJMza.

corresponde remitir al tribunal de juicio la causa para que se realice el juicio de cesura, recurriendo incluso para ello en algunos de los precedentes a la aplicación de la Ley de Juicio por Jurados vigente en nuestra provincia que lo prevé, a diferencia del proceso penal de las causas ante jueces técnicos.¹⁵⁵

Una situación diferente se ha planteado cuando la casación directa y consecuente condena dictada por la Suprema Corte implica la subsunción de los hechos en un tipo penal que prevé una pena indivisible como la de prisión perpetua. En esos supuestos, nuestra Suprema Corte ha tenido posiciones divididas en el seno de la Sala Penal.

La mayoría sostuvo que, al tratarse de una pena indivisible, y teniendo en consideración que la Corte ya se había pronunciado recientemente sobre la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua, podían apartarse de los precedentes en los que se dispuso el reenvío para el juicio de cesura. En se sentido, el voto de la mayoría, integrada por los Ministros Palermo y Adaro sostuvo que *“Como es sabido, este Tribunal ha adoptado la postura conforme la cual en los casos de anulación de resoluciones de instancias anteriores que impliquen una nueva determinación de la pena corresponde el reenvío de la causa, a fin de garantizar la intervención de las partes –juicio de cesura- y el doble conforme respecto la individualización de la sanción que finalmente se imponga (ver al respecto lo señalado en los precedentes «Chacón Arroyo», «Reale Comba», «Gutiérrez Fernández», «Medina», «Arzuza», entre otros). Sin embargo, tratándose éste de un caso en el que la pena prevista para el delito por el que se condena al acusado resulta indivisible y atento al resultado del plenario caratulado ««Incidente en autos F. c/ Ibañez Benavidez Yamila M. y Ortiz Rosales Maximiliano E. p/ homicidios calificados (159312) p/ plenario», no existen motivos que justifiquen su remisión al Tribunal anterior a tales efectos. Por el contrario, razones de celeridad y economía procesal imponen que la sanción sea aplicada en esta instancia.”*

“

¹⁵⁵ En el precedente “Gutiérrez Fernández” la sala penal de SCJMza por unanimidad sostuvo la aplicación del artículo 38 de la ley 9.106 de Juicio por Jurados que reza *“Si el veredicto fuere de culpabilidad, por un delito no previsto en el artículo 80 del Código Penal de la Nación, el Juez fijará nueva audiencia señalando día y hora en el plazo máximo de cinco (5) días. Para la determinación de la condena, las partes podrán ofrecer nuevas pruebas a los fines exclusivamente de fijar la pena, quedando notificadas todas las partes en el mismo acto. El Juez resolverá la admisión o rechazo inmediatamente. La audiencia de cesura, comenzará con la recepción de pruebas según las normas comunes. Terminada la recepción de la prueba, el Juez escuchará los alegatos finales de las partes, los mismos se limitarán exclusivamente a fundar las consecuencias jurídicas del veredicto del Jurado; a continuación, impondrá la pena. En caso que las partes no ofrezcan prueba, el Juez escuchará los alegatos sobre el monto de la condena e impondrá inmediatamente la pena, para lo cual puede pasar a un breve cuarto intermedio.”*

Luego, teniendo en consideración que se estaba imponiendo por la casación una pena mayor por aplicación de una calificación legal más gravosa, la mayoría propuso para ello la solución de la casación horizontal. Con relación a tal posibilidad, expresó *“Ahora bien, con motivo de que al acusado se lo condena por un delito de mayor gravedad respecto de la condena en la instancia inferior, con la consecuente agravación en la sanción impuesta, resultan pertinentes algunas aclaraciones respecto de la vía recursiva que le queda habilitada. En casos como el presente aparecen dos opciones para garantizar el doble conforme. La primera, en los casos de delitos que tienen previstas penas divisibles, es remitir la causa a la instancia anterior para que se determine pena. Es lo que se ha realizado en los precedentes antes individualizados. La segunda, vinculada a los delitos que tienen previstas penas indivisibles, es la denominada «casación horizontal». En efecto, la presente sentencia debe tener la posibilidad de revisión -vía casación- por ante este mismo Tribunal con otra integración en sus miembros (esto último confirme lo dispuesto por la Corte IDH en el caso -de competencia originaria local- «Barreto Leiva vs. Venezuela», párrafo 90). La razón que avala lo referido en el párrafo anterior se encuentra en la necesidad de asegurar el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 8.2.h de la CADH, el artículo 14.5 del PIDCP y en lo dispuesto por la Corte IDH en los casos «Herrera Ulloa vs. Costa Rica» y «Mohamed vs. Argentina» y por la CSJN en el precedente «Casal».”*

Luego, la mayoría señaló que, la circunstancia de que no se encuentre prevista normativamente en nuestra provincia la casación horizontal no debe resultar un obstáculo para recurrir a ella y al mismo tiempo destaca las ventajas que -entiende- presenta la solución de la casación horizontal. Así expresan *“Aun cuando la solución que aquí se propicia no encuentra previsión expresa en la actual legislación procesal local, lo cierto que deben evitarse interpretaciones que conlleven un excesivo ritualismo del que podría resultar un serio menoscabo de los derechos en que se funda el recurso (Fallos 311:148; 330:1072, entre otros). Por su parte, también avala lo señalado el escaso margen revisor que tiene la Corte Federal mediante el recurso extraordinario federal, en tanto, por regla, no admite la revisión de cuestiones fácticas, probatorias ni del derecho de naturaleza jurídica no constitucional. De tal manera, y como la misma CSJN ha sostenido, en relación a lo aquí analizado, la omisión del Poder Legislativo en la adopción de las previsiones legales necesarias para hacer operativos mandatos concretos de jerarquía constitucional, no puede derivar en la frustración de los derechos o prerrogativas consagrados por la norma fundamental argentina (CSJN, P., S.M., sentencia del 26 de diciembre de 2019, del voto de los Dres. Lorenzetti, Maqueda y Rosatti).*

Finalmente, debe señalarse que en cualquiera de las opciones antes mencionadas en relación a las posibilidades de solución a la cuestión planteada, la consecuencia resultaría la misma. Ello, en tanto en el caso en que se remita la causa para la determinación de la pena y ella fuera recurrida, debería nuevamente intervenir este Tribunal con diversa integración (art. 62, inc. 1° del CPP), lo que también ocurriría al aplicarse la casación horizontal propuesta, con la ventaja de celeridad que este último supuesto brindaría. En conclusión, la decisión a la que se llega en la presente resolución debe tener asegurada la posibilidad de revisión «horizontal» - a través del recurso de casación- por parte de este Tribunal, a fin de garantizar una tutela oportuna, eficaz y sin dilaciones indebidas de la garantía del debido proceso penal y, específicamente, del derecho convencional a la doble instancia. Esta es por cierto, la posición asumida por la Corte IDH en el caso «Mohamed vs. Argentina» y por la CSJN diversos precedentes («Duarte», Fallos 337:901 y el referido «P., S. M.», Fallos 342:2389; entre otros).»¹⁵⁶

El voto en disidencia del Ministro Valerio, por el contrario, sostuvo la necesidad de reenviar a causa al Tribunal de juicio para que realicen juicio de cesura, por entender que resultaba aplicable la doctrina de los fallos Chacón Arroyo, Reale Comba, Gutiérrez Fernández, Medina Martínez, Torres Surget y Arzuza. En ese sentido expresó “*si bien comparto en revocar el resolutorio I de la mencionada resolución (fs. 734 y vta.), estimo que deben remitirse los presentes obrados al tribunal de origen a los fines de que imponga pena, todo ello conforme lo previsto en el art. 38 de la ley 9106 (“Chacón Moyano”). Lo afirmado en el párrafo precedente encuentra sus razones en el estricto apego al sistema de enjuiciamiento acusatorio-adversarial. Ello por cuanto, si bien el art. 485 del CPP habilita a casar la sentencia y resolver el caso cuando, como en el presente, la impugnación es por la errónea aplicación de la ley sustantiva, no podemos desconocer que se trata -en el caso- de un recurso del Ministerio Público Fiscal que prospera y que, en la resolución adoptada en consecuencia por este Tribunal, importa la imposición al acusado de una pena más grave que la determinada por el tribunal de juicio. Como así también, en que esta norma, al igual que el art. 413 del CPP. -que autoriza a imponer una pena más grave que la solicitada por el Ministerio Público- es tributaria del sistema inquisitivo atenuado, y que la buena práctica de un sistema acusatorio adversarial hace*

¹⁵⁶ “Di Cesare Melli, Andrés Salvador p/ Homicidio Agravado”. SCJMza. Voto de los Ministros Palermo y Adaro. 08/01/2021.

*conveniente remitir al tribunal de origen para que, en una audiencia pública, y previo a escuchar al imputado, se imponga la pena.*¹⁵⁷

Resulta difícil tomar una decisión sobre cuál de las dos posturas es la mejor opción, ya que ambas tienen argumentos que resultan absolutamente válidos y sólidos. Sin embargo, estimo que los motivos que sostienen la postura de la mayoría deben prevalecer sobre aquellos que sostienen la de la disidencia. Paso a explicar el por qué.

Lo sostenido por el voto en disidencia, resulta absolutamente atendible e incluso consistente con todos los pronunciamientos emitidos con anterioridad por la misma sala, que tienen por objeto reafirmar las notas propias del sistema adversarial, logrando de esa manera -vía jurisprudencial- afianzarlo en su proceso de instauración dentro de nuestra provincia, condenando para ello todas aquellas prácticas que vayan en contra de sus características esenciales. Sin embargo, a poco que se analiza el escenario que el caso presentaba, surge con meridiana claridad que el argumento sostenido por el voto en disidencia resulta ser abstracto y consecuentemente desconectado de la situación concreta, ya que el MPF, había expresado su pretensión punitiva y por lo tanto excitado la jurisdicción, no sólo en oportunidad de pedir pena en los alegatos finales, sino que dicha pretensión punitiva había sido ratificada al momento de interponer el recurso de casación y de informarlo en audiencia ante la Corte. Siendo ello así, la invocación de la necesidad de reenviar la causa a fin de que se realice un juicio de cesura para evitar de ese modo una supuesta vulneración del Sistema Adversarial resulta, por lo menos, un planteo abstracto.

Muy por el contrario, entiendo que los dos argumentos sostenidos por el voto de la mayoría, resultan de una implicancia trascendental y tienen un correlato en el caso concreto que termina por hacerlos prevalecer. Veamos. El primero de ellos, gira en torno a la circunstancia de que la SCJ ya se había pronunciado sobre la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua por lo que, razones de economía procesal, indicaban que resultaría un desgaste innecesario remitir a la cesura ya que, al ser una pena indivisible, la única discusión posible en esa instancia sería sobre la inconstitucionalidad de la pena, la cual ya estaba saldada recientemente por la misma Corte. Y en segundo lugar, pero conectado al primer argumento, hace referencia a la necesidad de evitar una vulneración del plazo razonable, garantía que claramente se vería

¹⁵⁷ “Di Cesare Melli, Andrés Salvador p/ Homicidio Agravado.” SCJMza. Voto en disidencia del Ministro Valerio 08/01/2021.

violentada en caso de reenviar la causa a un juicio de cesura que, solo por satisfacer una supuesta necesidad de contradictorio, terminaría con un pronunciamiento idéntico al que en ese preciso momento podía generar la Corte, sólo que mucho tiempo después, dilación que por supuesto redunda en perjuicio de quien está sometido a proceso.

Corresponde aclarar aquí que, la discusión entre la mayoría y el voto minoritario del mentado precedente, se centra sólo en si corresponde o no ordenar el reenvío para la discusión y determinación de la pena. Sin embargo, no existe discusión alguna, sobre la necesidad de que tal decisión pueda ser revisada integralmente por un tribunal superior, sea que ésta se haya tomado por la misma alzada (no necesidad de reenvío para cesura propugnada por la mayoría) o por el tribunal de juicio en la cesura ordenada (propuesta del voto minoritario), pues sobre ello hay unanimidad.

Problemas que genera el reenvío. Garantía que prohíbe la persecución penal múltiple

El otro problema que genera el recurso del acusador –que también lo genera el del imputado, pero eso no es objeto de este trabajo- es el de la vulneración de la garantía que prohíbe la persecución penal múltiple.

Cuando la Corte o Tribunal de Casación asume su competencia negativa y, por lo tanto, luego de casar la sentencia, ordena el reenvío para la realización del nuevo debate, surge el interrogante de si ese juicio de reenvío no implica una renovación de la persecución penal prohibida por la constitución nacional a través de los tratados internacionales suscriptos. La doctrina y jurisprudencia le han dedicado mucho tiempo a este tema por lo que entiendo necesario efectuar un repaso por las diferentes posturas que existen, para luego formular una postura propia que, al mismo tiempo, implique un aporte capaz de ofrecer una solución compatible con los instrumentos internacionales.

D' Albora, en torno a esta discusión, propone para mejor exposición, la clasificación de las diferentes posturas en tres categorías, las cuales voy a replicar por considerarlas útiles para sistematizar la gran cantidad de información que existe sobre esta discusión.¹⁵⁸

El mencionado autor, clasifica las posturas en tres: Tesis positiva, tesis negativa y tesis intermedia, según si están a favor, en contra o si no tienen una postura rígida positiva ni negativa frente a la realización del juicio de reenvío.

Tesis positivas

Entre las tesis positivas señala aquellas para las cuales el juicio de reenvío no implica una afectación a la mentada garantía, sino que esa segunda persecución sería compatible con la misma.

Entre ellas, menciona la postura de la minoría en el fallo “Kepner” de EEUU. En dicho precedente, en el voto en disidencia de los jueces Holmes, White y McKenna, sostuvieron que en los casos en que se ordena el reenvío para realizar un nuevo juicio, el *jeopardy* es un *continuing jeopardy* desde el inicio hasta el final de la causa. Sostienen que, todos coinciden en que, el principio que prohíbe la doble persecución penal, en su origen, era una regla que prohibía un juicio por un mismo hecho en un caso nuevo e independiente donde un hombre ya había sido juzgado una vez. Pero no hay regla que establezca que una persona no puede ser juzgada dos veces en el mismo caso.

Agrega D' Albora, que esa línea de razonamiento resulta prácticamente idéntica a la sostenida en nuestro país por Palacio, quien señala que no parece que por aplicación del principio de *non bis in ídem*, toda sentencia absolutoria sea irrecurrible, pues dicho principio prohíbe la doble persecución penal en causas sucesivas, pero en modo alguno el doble grado de conocimiento en un proceso único.¹⁵⁹

¹⁵⁸ D' Albora, Nicolás F. “Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal”. Ed. Ad-Hoc. 2005. Pág. 57 y ss.

¹⁵⁹ D' Albora, Nicolás F. Ob. Cit. Pág. 45 y 57.

En la misma categoría, se puede mencionar la postura sostenida por el fallo Arce de la CSJN, ya que en este la Corte no encontró obstáculo alguno para que el legislador, si lo considera necesario, pueda acordarle al MPF un recurso contra la sentencia, afirmación que implica necesariamente admitir como válido el juicio de reenvío ya que éste es una de las consecuencias posibles del recurso del acusador. Este, no es el único precedente de la CSJN del que se puede extraer tal conclusión, puesto que, en todos aquellos en los que incluso se hace referencia a la interpretación amplia del *ne bis in ídem*, concluyen que dicha garantía no se vería vulnerada por el juicio de reenvío si no se han observado las formas esenciales del proceso.¹⁶⁰

Por su parte, nuestra Suprema Corte, en todos sus precedentes, sin excepción, ha entendido que en caso de que se haya verificado la violación de una forma sustancial del proceso la retrogradación no está prohibida, sosteniendo incluso en algunos de ellos, la idea de *continuing jeopardy* antes desarrollada, al sostener que ese juicio de reenvío que se realiza no es un nuevo juicio sino la continuación del mismo.¹⁶¹

Se podría situar del mismo modo dentro de las tesis positivas al sistema interamericano de protección de derechos humanos. En efecto, la Corte IDH en el precedente Cantoral Benavides Vs. Perú observa que, entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4, se encuentra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio. Y luego concluye que, de acuerdo con la demanda de la Comisión, ese primer juicio, en el presente caso, sería el constituido por las actuaciones realizadas por la justicia penal militar en contra de Luis Alberto Cantoral Benavides, en relación con el delito de traición a la patria.¹⁶²

¹⁶⁰ Fallos “Kang”, “Sandoval”, y “Alvarado”, incluso el voto en disidencia de Petracchi y Bossert que sostuvieron que sí había vulneración a tal garantía remitieron para ello al fallo Mattei en el que se habla de la imposibilidad de retrogradación a etapas válidamente cumplidas por lo que se ha entendido que, en los casos en que haya vicios esenciales en el proceso o en la sentencia, no es posible hablar de etapas válidamente cumplidas y por lo tanto no habría un *bis in ídem* prohibido.

¹⁶¹ Fallos “Avalos Díaz y Porcaro Sarmiento”, “Delaguarda” en la primera oportunidad en que intervino la Corte, “Rosales Hegler”, “Ahumada Núñez” y “Tur Pizarro”. En todos ellos, la Corte local desestima el agravio relativo a la vulneración del *ne bis in ídem* por considerar que se había producido una vulneración a una de las formas esenciales del proceso por lo que el precedente Mattei de la CSJN y los demás precedentes que se remiten a él no resultaban aplicables. Del mismo modo se valen de la interpretación que del artículo 8.4 efectuó la Corte IDH en Mohamed.

¹⁶² Caso “Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo.” Corte IDH. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69. En el mismo sentido: Caso “Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.” Corte IDH. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr.202.

En idéntico sentido, la Corte IDH en un precedente posterior sostuvo que, *“Para que se configure una violación del artículo 8.4 de la Convención Americana: (i) el imputado debe haber sido absuelto; (ii) la absolución debe ser el resultado de una sentencia firme, y (iii) el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación del primer juicio.”*¹⁶³

Y más recientemente, la Corte IDH confirmó su criterio en el precedente *“Mohamed vs. Argentina”*, en el cual sostuvo que *“el principio de ne bis in ídem, consagrado en el artículo 8.4 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”*

En ese sentido, de manera categórica, expresó que *“la corte ha sostenido de manera reiterada que entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4 de la Convención, se encuentra la realización de un primer juicio que culmina con una sentencia firme de carácter absolutorio. El Tribunal también ha señalado que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.”* Luego agregó, *“La sentencia condenatoria del señor Mohamed se produjo en un mismo proceso penal y no en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya adquirido autoridad de cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso judicial penal iniciado contra el Señor Mohamed por los hechos ocurridos el 16 de marzo de 1992.”*

Y más aún, la Corte reafirmó su postura expresando que *“en cuanto a los alegatos de los representantes de que en Argentina se ha desarrollado un “estándar [...] más protector de derechos que el que surgiría de una interpretación literal del texto del artículo 8.4 de la Convención” sobre el non bis in ídem, y que ello debe ser tomado en cuenta por esta Corte al interpretar la protección que otorga dicha norma convencional, este Tribunal hace notar que los representantes no aportaron al acervo probatorio de este caso las sentencias de la CSJN a las que se refirieron en su escrito de solicitudes y argumentos (supra párr. 77 y nota al pie 67). Aún 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*

¹⁶³ Caso “J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.” Corte IDH. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275 262.

ne bis in idem está jurídicamente protegido y debe ser garantizado de forma más amplia que en los términos indicados en la Convención. Por lo tanto, la Corte no encuentra fundamento para entrar a analizar lo solicitado por los representantes en cuanto al criterio de interpretación del artículo 29.b) de la Convención.”

Finalmente, por si quedaba algún vestigio de duda sobre la postura asumida sobre el alcance de la garantía de prohibición de persecución penal múltiple, concluye que “*la Corte reitera que el principio ne bis in idem, consagrado en el artículo 8.4 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. La Corte considera que el señor Mohamed no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos.*”¹⁶⁴

Como se puede observar, la postura asumida en Mohamed no era novedosa en el Sistema Interamericano. Anteriormente, la Corte IDH ya se había pronunciado en el mismo sentido en torno al alcance del *ne bis in idem* en los precedentes mencionados. E, incluso con posterioridad a Mohamed, reiteró su criterio en el caso “Gutiérrez vs. Argentina”, en el cual sostuvo que la expresión sentencia firme era aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiere las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada.¹⁶⁵

En idéntico sentido, en el marco de sistema de protección de derechos humanos de la ONU. El Comité de Derechos Humanos en la Observación General N°32 sobre el artículo 14.7 expresó que el mismo encarna el principio de la cosa juzgada y que prohíbe hacer comparecer a una persona, una vez declarada culpable o absuelta por un determinado delito, ante el mismo tribunal o ante otro por ese mismo delito. Al mismo tiempo, ha declarado que la prohibición del párrafo 7° del artículo 14 no se aplica si un tribunal superior anula una condena y ordena la repetición del juicio.¹⁶⁶

En ese orden de ideas, resulta posible incluir a la Corte IDH y al Comité de Derechos Humanos de la ONU dentro de estas tesis positivas sobre la compatibilidad del juicio de reenvío con la garantía que prohíbe la persecución penal múltiple.

¹⁶⁴ Caso “Mohamed Vs. Argentina” Corte IDH. sentencia de 23 de noviembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas). Párrafos 108, 122, 123, 124 y 125.

¹⁶⁵ Caso “Gutiérrez y familia vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas). Corte IDH. 25/11/2013.

¹⁶⁶ Observación General N°32. Organización de Naciones Unidas. 23/8/2007. Puntos 54 y 56.

Otro de los doctrinarios que bien podría situarse en esta categoría es el profesor Daniel Pastor. El mismo sostiene que, en torno al *ne bis in ídem*, las únicas dos certezas que hay son, que se trata de una garantía de rango constitucional, y que implica que nadie puede ser perseguido o castigado dos veces por lo mismo. Sin embargo, de ahí en más, todo es opinable y ha sido objeto de polémicas en todos los tiempos, pues estamos frente a un precepto cuya exacta delimitación ofrece serias dificultades.¹⁶⁷

Como ya desarrolláramos en el primer capítulo, Pastor sostiene que, en los últimos tiempos, la jurisprudencia de la CSJN ha reproducido la “creencia” de que el juicio de reenvío provocado por la interposición de un recurso de casación por motivos procesales representaría una violación de la prohibición de persecución penal múltiple, en los casos en que el recurso se interponga contra una absolución.¹⁶⁸

Y luego sentencia *“Esta tendencia jurisprudencial es hija de una comprobación obvia: si un imputado que ya fue sometido a juicio y sentencia debe volver a serlo por el mismo hecho la situación tiene toda la cara de ser un bis in ídem. Sin embargo, la objeción a esta comprobación resulta también escasamente trabajosa: si no hubo un primer proceso terminado con autoridad de cosa juzgada y no nos enfrentamos a un segundo proceso independiente, no habrá contra la misma persona ni por el mismo hecho ni un primer juzgamiento previo (cosa juzgada) ni un proceso paralelo abierto antes de la clausura en firme del primero (litis pendencia). Los avatares de un proceso no clausurado en firme, sus idas y venidas, no serían más que circunstancias propias del enjuiciamiento, que, en todo caso, podrían llevar al reconocimiento de algún otro tipo de patología jurídica, pero no una violación de la prohibición contra el doble juzgamiento.”*¹⁶⁹

Es que, según entiende Pastor, el *ne bis in ídem* se ha convertido en una especie de “comodín” para fundamentar el cuestionamiento de prácticas penales objetables tales como la excesiva duración del proceso, reincidencia, nulidades, derecho al recurso.

¹⁶⁷ Pastor, Daniel. “¿Nuevas tareas para el principio *ne bis in ídem*?” En “La cultura penal. Homenaje a Edmundo Hendler”. Editores del Puerto. Buenos Aires 2009. Pág. 497.

¹⁶⁸ Pastor, Daniel. “¿Nuevas tareas para el principio *ne bis in ídem*?” En “La cultura penal. Homenaje a Edmundo Hendler”. Editores del Puerto. Buenos Aires 2009. Pág. 499.

¹⁶⁹ Ottaviano. “Recurso Fiscal contra la Sentencia”. Citado por Pastor, Daniel. “¿Nuevas tareas para el principio *ne bis in ídem*?” En “La cultura penal. Homenaje a Edmundo Hendler”. Editores del Puerto. Buenos Aires 2009. Pág. 500.

De acuerdo a lo sostenido por Pastor, en lo que se refiere al *ne bis in ídem*, la Corte ha sentado una doctrina según la cual, algunas veces se puede volver atrás y otras veces no, ya que para la Corte la existencia de “vicios esenciales del procedimiento” o “inobservancia de las formas sustanciales del juicio” implica que, al no ser válido el primer juzgamiento, la anulación y el consecuente reenvío no lesionan la garantía.¹⁷⁰

De tal análisis concluye que *“De ello se desprende, como una fruta madura, que argumentalmente lo único importante es esto: si en algún caso, por grave y excepcional que sea, está permitido anular la absolución y volver atrás, entonces el ne bis in ídem no había sido nunca el verdadero motivo por el que no se pueda hacer lo mismo en los demás supuestos. Por otra parte, esto es así porque, si fuera de otro modo el ne bis in ídem debería impedir el reenvío cualquiera sea el vicio de la absolución tal como lo hace su hermana mayor la cosa juzgada que no cede nunca, porque es sanatoria de todas las nulidades, estén fundadas en vicios esenciales y sustanciales del procedimiento o en imperfecciones triviales.”*¹⁷¹

Corresponde aclarar aquí, para no desvirtuar el planteo desarrollado por Pastor, que no se lo ubica en esta categoría por entender que el mismo considera aceptable la doble persecución penal que genera el recurso acusatorio, sino porque, con la agudeza que lo caracteriza, se propone –y logra- demostrar la incoherencia que lleva ínsita el argumento desarrollado por el Fallo y Kang y todos sus seguidores –como él los llama- la cual reside en sostener que, en algunos casos el *bis in ídem* está permitido, por no encontrarse firme la sentencia en virtud de haberse verificado vicios esenciales en el procedimiento. Él propone, en tal escenario, dejar de lado el argumento de la vulneración de la mentada garantía, y tomar la decisión de proscribir el recurso del acusador, pero por otros motivos, ya que conforme el alcance fijado por la Corte IDH y la CSJN, el *ne bis in ídem* solo opera ante a cosa juzgada material. Éste último tramo de su planteo es el que me persuade de ubicarlo en las tesis positivas, pero claramente con una particularidad de lo separa del resto de los planteos.

Por su parte, De Luca, se inscribe también en esta postura, al sostener que el juicio que resulta como producto de un recurso, no es un nuevo juicio sino el mismo juicio, puesto que al no encontrarse firme aún el primer fallo, su revisión y posterior reedición técnicamente no

¹⁷⁰ Pastor, Daniel. Ob. Cit. Pág. 501.

¹⁷¹ Pastor, Daniel. Ob. Cit. Pág. 505.

constituye un nuevo juicio, sino la continuación del mismo. Por ello, su realización no está alcanzada por la garantía de la prohibición de múltiple persecución penal, pues ese riesgo o exposición al proceso es el mismo que ya existía como derivado de la sustanciación del primer proceso que aún no ha concluido definitivamente. En ese orden de cosas, afirma que debería ser entonces la garantía del plazo razonable y no la de *ne bis in ídem* la que ponga límites a la facultad recursiva del acusador. Y luego agrega, que si la sentencia absolutoria todavía no está firme en el sentido previsto por los artículos 8.4 de la CADH y el 14.7 del PIDCP es posible su revocación sin violación *del ne bis in ídem*, porque no se trata de un nuevo proceso, sino de la reedición de la etapa del debate del mismo proceso.¹⁷²

Tesis negativas

En esta categoría se ubican aquellas posturas según las cuales, la realización del juicio de reenvío provocado por la interposición del recurso del acusador implica la vulneración de la garantía que prohíbe la persecución penal múltiple.

Resulta sencillo ubicar aquí al profesor Julio Maier, puesto que ha sido él quien, con mayor claridad y contundencia se ha pronunciado en ese sentido. En efecto, tal como lo señalaba en el primer capítulo, el mismo sostiene que *“sólo la condena penal dictada por un tribunal de juicio es recurrible y sólo lo es por el condenado: la absolución -salvo el caso de la aplicación de una medida de seguridad y corrección- y la condena no recurrida a favor del imputado quedan firmes por su solo pronunciamiento, y cualquier persecución posterior debe ser considerada un bis in ídem.”*¹⁷³

Es que según entiende Maier, el principio de *ne bis in ídem* debe conducir a impedir que el Estado, una vez que ha decidido provocar un juicio contra una persona ante sus propios tribunales, pueda luego evitar que se cumpla la decisión del tribunal mediante la interposición de un recurso contra ella, que provoque una nueva persecución penal en pos de una condena,

¹⁷² De Luca, Javier. “Ne bis in diem”. Citado por Mahiques Ignacio. “Origen Fundamentos y Límites del recurso Contra la Absolución”. Ed. Rubinzal Culzoni. 2018. Pág. 180/181.

¹⁷³ Maier, Julio. “Recurso del condenado contra una sentencia penal. ¿Una garantía Procesal?” Página 410/411.

cuando haya tenido lugar una absolución, o de una condena más grave, sometiendo al imputado a un nuevo riesgo de condena y, eventualmente, a un nuevo juicio.¹⁷⁴

En el mismo sentido, Nicolás D' Alhora, sostiene que la lectura de los arts. 14.7 del PIDCP y 8.4 de la CADH claramente aluden a la prohibición de doble persecución penal cuando existió un proceso previo en el que recayó una decisión desincriminante con autoridad de cosa juzgada material. Pero luego se pregunta si ese reconocimiento implica necesariamente que los casos de doble persecución penal prohibidos se encuentren ceñidos a ese supuesto. En ese sentido expresa “¿Se trata de un *numerus clausus de ne bis in ídem*?”. A tal interrogante responde de manera negativa, y consecuentemente sostiene que quienes se aferran a letra de los pactos para negar otros posibles supuestos de doble persecución penal prohibida, deberían poder explicar entonces la razón de ser de la litispendencia, o, en todo caso, negarla y sostener que mientras no haya sentencia firme en ninguna de las dos persecuciones paralelas, el imputado deberá entonces defenderse en ambos procesos al mismo tiempo.

Finalmente, citando a Patricia Ziffer, sostiene que las violaciones al *ne bis in ídem* no necesariamente se producen en su forma más grosera, y con gran originalidad señala que parece existir un “in dubio pro reenvío”, ya que en supuestos en los que correspondería absolver por la duda en la alzada, se dispone el reenvío a un nuevo juicio para que se disipen tales dudas lo cual resulta inadmisibile.¹⁷⁵

Por su parte, la Dra. Ángela Ledesma, ha delineado los alcances de la mentada garantía y su relación con el juicio de reenvío en oportunidad de emitir su voto en el precedente “Golenderoff” de la Cámara Federal de Casación Penal. Allí sostuvo a) que el principio de *ne bis in ídem* no puede reducirse a la imposibilidad de una nueva persecución cuando haya existido una sentencia firme; b) que la circunstancia de que haya sido el imputado quien generó la revisión de la decisión no tiene incidencia alguna respecto a lo que el *ne bis in ídem* pretende proteger; c) si el imputado recurre la decisión por considerarla arbitraria en la fundamentación del elemento subjetivo del tipo penal, y el órgano revisor así lo entendió, debió absolver al imputado y no reenviar la causa para un nuevo juicio ya que ello implica un nuevo intento de persecución penal en el cual además, el MPF tuvo una nueva oportunidad para mejorar su

¹⁷⁴ Maier, Julio. Citado por Mahiques Ignacio. “Origen Fundamentos y Límites del recurso Contra la Absolución”. Ed. Rubinzal Culzoni. 2018. Pág. 58.

¹⁷⁵ D' Alhora, Nicolás F. “Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal”. Ed. Ad-Hoc. 2005. Pág. 139.

acusación y su desempeño durante el debate; y, finalmente concluye d) que no puede haber un *bis in ídem* lícito, basado en que fue el propio imputado quien lo impulsó.¹⁷⁶

Resulta sencillo extraer como conclusión que, siendo esa la postura de la Dra. Ledesma, con mayor razón la reedición del juicio provocada por el recurso del acusador resulta para ella incompatible con la garantía que prohíbe la persecución penal múltiple.

Por último, corresponde aquí hacer referencia al voto en disidencia del Dr. Yanzón en la causa Ávalos Díaz y Porcario Sarmiento, pues allí se desarrolla una idea que resulta innovadora respecto de todos los planteos que se han efectuado en torno al tema. Allí se refiere al *ne bis in ídem* y sostiene que es una garantía en favor del imputado, expresión del sistema acusatorio. Que la verdadera vigencia de la misma no depende de su consagración en los textos legales sino del poder judicial, es decir de quiénes aplican la ley.

Luego se pregunta si la realización de un nuevo debate implica el quebrantamiento de la garantía del *ne bis in ídem*, interrogante al que responde de manera afirmativa. Sostiene que, desde un punto de vista ontológico, es imposible negar que hacer un segundo juicio por un mismo hecho a una persona que ya fue juzgada por él implica un doble juzgamiento. Con relación a ello sostiene que habría que torturar mucho el significado gramatical de las palabras del idioma español para inferir lo contrario.

Asimismo, rebate el fundamento de la mayoría referido a que la sentencia anulada carecía de efectos jurídicos expresando que, la efectiva existencia de un doble juzgamiento es una consideración de orden material, mientras que la de los efectos de la sentencia es una consideración de carácter formal. De ese modo –sostiene– la sentencia del tribunal superior puede privar de efectos a la sentencia de cámara, pero no la destierra de la realidad (es decir de la categoría del ser). Y en ese orden de ideas se pregunta si es entonces legítimo ese segundo debate contestando a ello que el legislador y el constituyente ya han respondido negativamente a ese interrogante.

Finalmente lanza una aguda crítica al expresar que, de las dos posibles interpretaciones que tiene el instituto, se ha escogido -con un argumento puramente formal- la más desfavorable

¹⁷⁶ Voto de la Jueza Ángela Ledesma en la causa “Golenderoff, Alejandro Daniel s/ Recurso de Casación” de la CFCP Sala II. 17/9/2012.

al beneficiario de la misma, y luego sentencia: “la justicia debe partir de la realidad y no de ficciones.” Además, sostiene que dicha interpretación conduce a una prolongación indefinida del proceso que afecta la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.¹⁷⁷

En el primer capítulo ya adelantaba la opinión en el sentido de que el planteo que efectúa Yanzón en ese voto, tiene un contenido argumentativo que resulta casi imposible refutar. Es que, aun cuando resultaría sencillo -desde la normativa convencional y la interpretación que de ella efectúan los organismos internacionales de protección de derechos humanos- sostener el acierto de todas las posturas que integran la categoría de tesis positivas y el desacierto de las que pertenecen a la tesis negativas, ello resulta ser desde un plano meramente formal, desde una ficción, alejada de la realidad, tendencia que repetidamente le ha sido achacada -con razón- a la justicia y que resultaría saludable revertir.

Es por ello que, desde una perspectiva de permanente autocrítica, la cual entiendo debe tener el sistema de justicia, resulta necesario asumir como una realidad libre de construcciones artificiosas, que el juicio de reenvío, aún en los supuestos en que está permitido, debe ser evitado por ser la última ratio a la que debe acudir el tribunal de casación.

Sin embargo, no podemos perder de vista que, en el caso de que se hiciera lugar al recurso del acusador contra una absolución, y, se quisiera evitar el reenvío por las objeciones antes detalladas, la única opción que quedaría disponible es la de casar la sentencia y dictar una sentencia condenatoria. Tal escenario, más allá de las implicancias que acarrea en torno a la garantía del doble conforme lo que ya fuera desarrollado, genera al mismo tiempo el cuestionamiento relativo a que se trataría de una condena dictada sin intermediación, la cual constituye una garantía de verdad y, consecuentemente, un presupuesto para poder predicarla en el proceso penal.

En ese sentido, se ha sostenido que, para que una hipótesis sea considerada verdadera, no solo requiere que haya sido sometida a verificación sino también a refutación¹⁷⁸ y que se den, además, las condiciones materiales del estándar probatorio.¹⁷⁹

¹⁷⁷ “Ávalos Díaz y Porcaro Sarmiento”. Ex 2º Cámara del Crimen de Mendoza. Voto en disidencia del Juez Yanzón. 10/05/2011.

¹⁷⁸ Ferrajoli, Luigi. “Derecho y Razón”. Citado por Guzmán, Nicolás. “La verdad en el Proceso Penal. Una contribución a la epistemología jurídica”. Editores del Puerto. Pág. 179.

¹⁷⁹ Ferrer Beltrán, Jordi. “La valoración racional de la prueba”. Ed. Marcial Pons. Pág. 147.

Es que, la persona acusada tiene derecho a que la eventual sentencia de condena se base en hechos verdaderos y que esa verdad se determine a través de la inmediación, ya que no puede haber pena sin verdad, ni verdad sin inmediación.

Por ello, en un caso en que, a modo de ejemplo, el tribunal de mérito sostuvo una duda sobre la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo (dolo) y condenó por el tipo imprudente, más allá de la cuestión ya desarrollada de que resulta inescindible y por lo tanto se deben analizar conjuntamente las cuestiones fácticas y jurídicas en torno a ello, no podría el tribunal de alzada casar una sentencia absolutoria y condenar dando por acreditado tal elemento, ya que en este caso, habría ciertas premisas fácticas de la hipótesis acusatoria que, a criterio del tribunal de juicio, no se encontraban acreditadas, y por lo tanto, no admitía que se predicara verdad respecto de ellas. En ese caso, debería afirmar verdad respecto de afirmaciones fácticas que dan sustento a tal elemento subjetivo del tipo que el tribunal de mérito consideró que no se encontraban acreditadas, y, por lo tanto, se trató de una verdad sin inmediación y sin contradictorio, es decir, sin posibilidad de refutación.

Sobre este punto y las posibles soluciones me referiré en el apartado siguiente al tratar las soluciones y alternativas para evitar la vulneración a la garantía del *ne bis in ídem*.

Tesis Intermedia

Cafferata Nores es uno de los autores que reconoce la dificultad para fijar una posición definitiva sobre el tema. En ese sentido sostiene que, si la razón principal por la que el Estado debe perseguir la comisión de delitos es la necesidad de cumplir con su obligación de garantizar a las víctimas la tutela judicial efectiva, la cual, tiene consagración constitucional por imperio de la normativa supra nacional que se incorporó a nuestra constitución en el año 1994 a través del artículo 75 inciso 22, entonces no parece sencillo que los códigos procesales penales priven a la víctima de la posibilidad de interponer un recurso o al MPF en interés de esta, al menos frente a sentencias que configuren una denegación manifiesta de justicia a la que tiene derecho,

tales como parcialidad evidente de los jueces o arbitrariedad absoluta de la sentencia absolutoria.¹⁸⁰

Más allá de que resulta difícil no compartir lo que sostiene Cafferata Nores con relación a la necesidad de evitar la responsabilidad internacional del Estado, posición que ya fue desarrollada anteriormente como uno de los fundamentos legitimadores de la facultad recursiva del MPF, lo cierto es que sí está fuertemente cuestionada la afirmación de que la facultad recursiva de éste se encuentre ligada a la necesidad de representar el interés de la víctima, ya que no es esa la función que tiene asignada este órgano, sino la de ser guardián de legalidad del proceso y representar los intereses de la sociedad, los cuales, en muchas ocasiones, pueden resultar diversos a los de la víctima. En efecto, ese argumento ha sido invocado en los planteos de inconstitucionalidad de la norma que veda el recurso del MPF contra la sentencia absolutoria derivada de un veredicto de no culpabilidad en el juicio por jurados y el mismo ha sido sistemáticamente rechazado.

Posibles soluciones al problema de la persecución penal múltiple

Tal como lo hice en el marco del primer problema provocado por el recurso del acusador, intentaré aquí efectuar un repaso por las distintas soluciones que se han propuesto para evitar la vulneración de la garantía de *ne bis in ídem* provocada por el reenvío de la causa para la realización de un nuevo juicio.

Para poder comprender el sentido que tienen las soluciones que se han desarrollado, corresponde efectuar algunas consideraciones preliminares desde la óptica que se desarrolla en el presente trabajo que entiendo debemos tener presentes: a) Más allá de lo normativo, resulta una verdad ontológica e incontrastable que el reenvío vulnera la garantía de *ne bis in ídem*.; b) No constituye un camino aceptable, la proscripción absoluta del recurso del acusador porque el mismo configura un poder/deber que le es otorgado a éste como representante de los intereses de la sociedad y para evitar la responsabilidad internacional del Estado; c) Que, tampoco se puede afirmar que sea acertado intentar limitarlo a los planteos de cuestiones de puro derecho

¹⁸⁰ Cafferata Nores, José. “Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino”. CELS. Buenos Aires. Año 2000 pág. 162/163.

por ser las únicas que no requieren un juicio de reenvío, ya que dicha división es inoperante e impracticable. d) En caso de querer sortear el reenvío para un nuevo juicio, el dictado de la sentencia condenatoria por parte del tribunal de casación debe de algún modo asegurar el contradictorio y la inmediación.

En ese orden de ideas, resultan entonces necesario procurar una solución que sortee la vulneración de la garantía que prohíbe la persecución penal múltiple, pero, al mismo tiempo, que sea respetuosa de la inmediación y del contradictorio como garantías de verdad.¹⁸¹

Precisamente en esa línea, el TEDH se ha ocupado de modo específico de las condenas dictadas en segunda instancia que revocan una absolución. Desarrolló una línea jurisprudencial que exige la realización de una audiencia en la cual se sustancia la prueba que debe revalorarse, asegurando así la inmediación y el contradictorio.¹⁸²

Lo que se sostiene en el sistema previsto por el TEDH es que el tribunal superior podría reexaminar, en el contexto del recurso casatorio, aquellas pruebas respecto de las cuales se encuentra en “*par conditio*” con el tribunal a quo, tales como pruebas documentales. Y, aquellas en las que no está en esa situación de equivalencia epistémica, como ocurre en relación a las pruebas testimoniales o declaraciones del imputado, podrían reproducirse en sede del tribunal *ad quem*, evitando de este modo, la afectación del principio de inmediación, realizando una audiencia con la presencia del imputado y su defensa para asegurar también el contradictorio.

En el fallo La Cadena Calero c. España, el TEDH señaló, con relación a las garantías de la segunda instancia que, a pesar de que el Tribunal Supremo había expresado en su fallo que era preciso ajustarse a los hechos declarados como probados por el tribunal de juicio, luego

¹⁸¹ Al respecto, Nicolás Guzmán sostiene que el contradictorio como garantía de verdad no sólo se presenta como un derecho de las partes y una realización del derecho de defensa del imputado, sino también, y de allí lo interesante de su planteo, constituye un método de conocimiento, una garantía epistemológica para arribar a la verdad procesal. En ese sentido expresa “*Se ha insistido demasiado en el contradictorio como derecho de defensa, como garantía individual, pero no se ha puesto de relieve –con igual medida- su dimensión como medio para el descubrimiento de la verdad, para la correcta reconstrucción de los hechos.*” Guzmán, Nicolás. “La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica.” 2da Edición actualizada y ampliada. Editoriales del Puerto. Año 2011. Pág. 149, 152 y 175.

¹⁸² La doctrina desarrollada por el TEDH encuentra su explicación en la circunstancia de que originalmente el Convenio no preveía el derecho a la revisión amplia de la sentencia, por lo cual el Tribunal, para compensar ese déficit, generó este mecanismo por entender que toda condena requiere un mínimo de inmediación. En general se aplicó este procedimiento para la determinación de los elementos subjetivos del tipo.

dejó sin efecto una de las conclusiones del a quo según la cual, con base en afirmaciones fácticas, había considerado suficientemente probado el dolo en el autor. Sostuvo el TEDH que el Tribunal Supremo construyó su apreciación sobre la concurrencia o no de tal elemento subjetivo apoyado en una inferencia propia, pero realizada a partir de los hechos declarados como probados por la instancia inferior. Sin embargo, para alcanzar esta inferencia, el Tribunal Supremo no oyó al acusado, que no ha tenido la oportunidad de hacer valer ante ese Tribunal las razones por las cuales él negaba tener el conocimiento que exigía el dolo de la figura que se atribuía. Así, el TEDH pretende establecer que en la revisión de la inferencia sobre los elementos subjetivos no estamos frente a un “juicio valorativo”, sino ante un pronunciamiento sobre los hechos.

De ello pueden extraerse dos conclusiones: La primera es que la doctrina del TEDH no circunscribe las garantías de la doble instancia solo a la inmediación, sino que exige además el contradictorio; y la segunda es que, para asegurar las posibilidades de defensa contradictoria, es necesario celebrar una audiencia oral con presencia del acusado y su defensa, debiendo, si fuera necesario, citar a los testigos cuyo testimonio pueda ser relevante para la decisión del *ad quem*.¹⁸³

Sin embargo, se ha criticado a este sistema por parte de la doctrina, que la repetición de la vista oral con intervención de las partes y la práctica de nuevo de las mismas pruebas no garantizaría un resultado más justo del proceso ni una respuesta más correcta a las cuestiones que se suscitan en una causa penal. Más bien sucedería lo contrario, ya que el alejamiento en el tiempo de los hechos repercutiría en la fiabilidad y exactitud de las nuevas declaraciones testimoniales y de los dictámenes. Ello, sin descartar además los posibles prejuicios o condicionamientos con los que podrían volver a declarar los testigos que ya declararon en el juicio y que, seguramente, conocen el resultado de esa primera instancia. Al celebrarse dos juicios diferentes, con un espacio probatorio propio y autónomo, y resultar que el enjuiciamiento decisivo es el que se da ante el tribunal de revisión, parece obvio que la primera instancia queda entonces devaluada. El juicio oral deja de ser así el centro de gravedad del procedimiento.¹⁸⁴

¹⁸³ Díaz Cantón, Fernando. “La vigencia de la garantía del doble conforme en el proceso penal”. Ponencias del XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Córdoba, septiembre de 2013. Pág. 147/148.

¹⁸⁴ Barreiro, Jorge. “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación” En “Jueces para la democracia”. Citado Díaz Cantón Fernando. “La vigencia de la garantía del doble

En idéntico sentido, pero con una clara pretensión constructiva, María Belén Salido, también efectúa una sólida crítica a este tipo de sistemas. Para llegar a ello, primero se refiere a las limitaciones que establece el precedente Casal de la CSJN con relación a imposibilidad de revisar las cuestiones que dependen directa y exclusivamente de la inmediación. Con relación a ese punto, sostiene que tal limitación, genera una fragmentación en la valoración de la prueba por parte del órgano revisor que no es admisible, al tiempo que se convierte –en palabras de Perfecto Andrés Ibáñez- en “una suerte de blindaje del juicio, de coartada o de vía de escape del deber de motivar. Y con ello, en una peculiar garantía de la irracionalidad del enjuiciamiento.”

En efecto, sostiene que, por lo general, la valoración probatoria no tiene potencialidad de fragmentación, es decir, no opera como ámbitos divisibles, sino que la decisión surge de la evaluación conjunta de todos los medios probatorios considerados por el tribunal. Permitir que solo una parte de ellos pueda ser controlada, y otras no, torna difícil y en general imposible la aspiración de control del fallo, y las posibilidades de una revisión auténtica.¹⁸⁵

Luego, continúa expresando que, para que algo sea sometido a revisión o control, debe ser ese algo y no otra cosa. No algo mutado total o parcialmente. Ese mismo algo (que es el fallo a revisar) debe permanecer como centro de control. Llevado al plano jurídico, lo que debe revisarse es el fallo y los actos y las valoraciones que determinaron su contenido, siendo necesario que la revisión o examen no desvíe el eje de atención de allí.

En este punto es en donde efectúa una crítica –no directamente al sistema del TEDH- sino a la propuesta de la reproducción de algunas pruebas en la instancia revisora. Con relación a ello, sostiene que esa reproducción, que tiene por objeto discutir la fuerza conviccional que a dicha prueba le confirió el a quo, termina por alterar el objeto sobre el cual recae el examen, ya que es imposible que la prueba reproducida guarde absoluta identidad con la que se desarrolló en la etapa del juicio. En el caso de las testimoniales, el paso del tiempo, el nuevo examen de los testigos (guiado en esta oportunidad por una finalidad distinta), e incluso la sustitución de

conforme en el proceso penal”. Ponencias del XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Córdoba, septiembre de 2013. Pág. 148/149.

¹⁸⁵ Salido, María Belén. “Vigencia de la garantía del doble conforme en el proceso penal: Una tarea pendiente, un derecho no suficientemente escuchado aún.” Ponencias del XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Córdoba, septiembre de 2013. Pág. 177.

los actores (fiscal o defensor distintos con diferentes modos de actuar) son algunos de los obstáculos que impiden que sea una réplica exacta de lo que se desarrolló en la etapa sujeta a revisión.

En abono a su postura, cita a Perfecto Andrés Ibáñez quien con gran elocuencia sostiene *“Parece acreditado que los repetidos intentos de recuperación del suceso, cuando se llevan a cabo en distintos momentos, separados por lapsos de tiempo relativamente largos, contribuyen a ejercer un efecto distorsionador de los elementos amnésicos originales, que se verá acentuado cuando, además se reciba información externa sobre el asunto, como sucede en los interrogatorios en los que las preguntas suelen ir cargadas de sugerencias implícitas.”*

186

Como puede apreciarse, las críticas efectuadas a los sistemas que prevén la reproducción de las pruebas en la instancia revisora, tanto por Díaz Cantón, como aquellas que realiza María Belén Salido y hasta el propio Perfecto Andrés Ibáñez, resultan absolutamente trasladables al juicio de reenvío, pues es en ese escenario en el que con mayor fuerza se producen los problemas que los autores señalan. Esta, no resulta una afirmación meramente teórica o especulativa, sino que, las dificultades, y las particulares situaciones –en ocasiones hasta paradójales e injustas- que suelen generar los juicios de reenvío son, para quienes se desempeñan como operadores del sistema de justicia, una realidad incontrastable.

Retomando el desarrollo anterior, la caracterización como constructiva –que anteriormente esbozara- de la crítica que efectúa María Belén Salido, tiene su razón de ser en que la misma, luego de exponer los motivos por los cuales entiende que el camino para una revisión integral no es la reproducción de las pruebas ante el tribunal revisor, efectúa una propuesta de solución a la problemática, a la cual me voy a referir por considerarla respetuosa de las garantías de verdad dentro del proceso penal, y al mismo tiempo de posible realización en el contexto en el que nos encontramos actualmente.

¹⁸⁶ Ibáñez, Perfecto Andrés. “Sobre el valor de la intermediación. Una aproximación crítica.” Citado por Salido, María Belén. “Vigencia de la garantía del doble conforme en el proceso penal: Una tarea pendiente, un derecho no suficientemente escuchado aún.” Ponencias del XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Córdoba, septiembre de 2013. Pág. 178.

Antes de desarrollar su propuesta, entiendo justo efectuar aquí una aclaración de carácter preliminar, para que se descarte absolutamente pretensión alguna de tergiversarla o subvertir sus propósitos. Es que, cuando ella desarrolla dicha propuesta, lo hace con la genuina intención de adaptar el proceso de revisión de las sentencias condenatorias a los estándares fijados en torno al “doble conforme” por las convenciones y tratados internacionales, proponiendo un sistema que permita una verdadera “revisión integral” de la sentencia.¹⁸⁷

Dicho ello, me referiré concretamente al sistema de revisión que propone, por entender que, más allá de los fines con que haya sido pensado, resulta un camino que podría transitarse para compatibilizar la facultad recursiva del MPF con la garantía que prohíbe la persecución penal múltiple, ya que el mismo, pone al fallo y al debate cuestionado en el centro de la actividad revisora, evitando de ese modo la reedición de las pruebas, sea que esta tenga lugar en un procedimiento especial ante la alzada, o en un juicio de reenvío.

Según lo que propone, la revisión exhaustiva puede lograrse mediante el establecimiento o generación de las condiciones que colocan al tribunal del recurso, frente al material a evaluar, en situación de paridad cognoscitiva (*par conductio*) con el tribunal que dictó el fallo censurado. Dicho objetivo, según sostiene, afirmación que comparto absolutamente, no resulta hoy imposible ni de difícil asequibilidad.¹⁸⁸

En efecto, la prueba producida oralmente en el juicio –que es la única con la que tuvo inmediación auténtica el tribunal inferior- puede también ser percibida por el tribunal encargado de reexaminar el juicio. Tal percepción, puede tener la misma proximidad cognoscitiva que tuvo el tribunal de juicio, ya que los sistemas tecnológicos que actualmente se utilizan para documentar los juicios en su integralidad, consistentes en la video filmación del mismo, permiten al tribunal revisor tener contacto directo con el objeto a examinar.

Y es que, la confianza de la que gozaron históricamente los registros escritos de prueba y las actas en las que se dejaba constancia de todo lo sucedido en las audiencias de debate, debe trasladarse hoy también a estos nuevos modos de registración de las pruebas, que incluso, gozan de un poder de captación sensiblemente mayor al de los escritos, y resultan mucho más fieles a la realidad, ya que no dependen de la interpretación de quien deja una constancia.

¹⁸⁷ “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” Corte IDH, y su consecuente nacional “Casal, Matías” CSJN.

¹⁸⁸ Salido, María Belén. Ob. Cit. Pág 179.

Otra de las ventajas que ofrece esta propuesta, es que el tribunal revisor podrá percibir a través de sus sentidos –tal como lo hizo el tribunal de juicio- la prueba que se produjo. No sólo podrá escuchar, sino también, observar detalles tales como gestos, actitudes o posturas corporales del testigo o del acusado al hablar, como así también reacciones o actitudes asumidas por el acusado en el momento en que declara un testigo.

Esa percepción presenta la ventaja de ser directa, es decir, no mediatizada o contaminada con la percepción o interpretación de un tercero, como es el caso en que se revisa sólo el fallo, ya que este contiene un resultado tamizado y reinterpretado de la prueba. Aun cuando el juez que dictó el fallo haya efectuado un breve resumen de cada testimonio antes de valorarlo, nunca podrá el juez del recurso conocer una reproducción textual del mismo, ya que dicho resumen, además de ser pasible de imprecisiones o errores por defectos de audición de quien lo efectúa, es el resultado de aquellas circunstancias que al juez del fallo le impactaron, o de algún modo consideró relevantes.

Debe ponerse de resalto también que, el sistema propuesto garantiza perdurabilidad e inalterabilidad del material sobre el que recae el examen. Siendo ello así, cualquier contingencia que pudiera acaecer con posterioridad al debate (muerte o ausencia de un testigo, afectaciones mentales con incidencia en la memoria o, simplemente, falta de recuerdos nítidos por el paso del tiempo), resultarían irrelevantes y de ningún modo obstaculizarían la revisión del fallo.¹⁸⁹

En este sistema propuesto, señala con acierto Salido, la nueva observación que se efectúa por el tribunal de alzada sobre el testigo o el imputado, se puede reproducir en condiciones casi idénticas a las del tribunal inferior. Ello sólo dependerá de la utilización de una tecnología que garantice la fidelidad del audio y video. Si a esto se le suma, la posibilidad de contrastar esa información con la otra prueba incorporada al debate, junto a las críticas de los impugnantes y todas las partes interesadas, y fundamentalmente las valoraciones efectuadas por el tribunal sentenciante, el órgano revisor estará en condiciones de resolver la aprobación o desaprobación del fallo cuestionado.

¹⁸⁹ Salido, María Belén. Ob. Cit. Pág 180.

En apoyo de su propuesta, Salido se refiere al estudio que efectúan Pérez Barberá y Hernán Bouvier sobre los diferentes tipos de argumentaciones de los fallos y sus posibilidades de ser controlados en casación. Dichos autores, en total sintonía con el planteo de Salido, distinguen entre argumentos inferenciales y argumentos de inmediación, siendo los primeros aquellos que se apoyan en otros enunciados y los segundos aquellos que se apoyan en una percepción determinada del juez respecto de lo ocurrido en el debate oral. Luego expresan que para replicar un enunciado inferencial es necesario atacar, de algún modo, el apoyo que las premisas ofrecen a la conclusión; en cambio, para impugnar un argumento de inmediación, es necesario impugnar lo percibido por el sujeto (juez) ya que no puede objetarse a un sujeto su percepción sin haber percibido lo que éste percibió. Es que, sólo un sujeto en la misma posición epistémica del juez sentenciante puede atacar en última instancia un enunciado de inmediación.¹⁹⁰

Según sostiene Salido, afirmación que comparto absolutamente, tales condiciones de paridad cognoscitiva, pueden y deben lograrse para asegurar una revisión de todo lo que sea revisable y que evite la reedición de la prueba.

Finalmente, para terminar de darle forma a su propuesta, establece diferentes lineamientos que deberían observarse en el sistema de revisión por ella sugerido.

Con relación al órgano revisor, sostiene que, teniendo en cuenta la condición de superioridad orgánica establecida por la Corte IDH, la casación horizontal, es decir aquella realizada por parte de tribunales de la misma jerarquía del que emitió el fallo recurrido, no sería una opción válida. Por el contrario, estima conveniente que se trate de un Tribunal con competencia específica, ya que ello no sólo aseguraría la especial versación de los integrantes, sino que, además, según entiende, les permitiría evaluar con mayor objetividad la actividad y conclusiones del inferior. En apoyo de tal afirmación, refiere que la práctica ha demostrado que, en general, se tiende a ser más permisivo y tolerante respecto a aquellos errores o deformaciones prácticas en las que uno se reconoce incurso o con proclividad a cometer.¹⁹¹

¹⁹⁰ Pérez Barberá, Gabriel y Bouvier, Hernán. “Casación. Lógica y valoración de la prueba”. Citado por Salido, María Belén. “Vigencia de la garantía del doble conforme en el proceso penal: Una tarea pendiente, un derecho no suficientemente escuchado aún.” Ponencias del XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Córdoba, septiembre de 2013. Pág. 182. Sin embargo, corresponde aclarar aquí que los mencionados autores al efectuar el desarrollo de esta idea lo hicieron concluyendo –al menos en ese momento– que los enunciados de inmediación no son controlables por el órgano revisor.

¹⁹¹ Salido, María Belén. Ob. Cit. Pág. 183.

Tales afirmaciones, relativas al órgano revisor, merecen algunas consideraciones. En primer lugar, con relación a la superioridad orgánica, entiendo que, si bien sería lo deseable, muchas veces las limitaciones del diseño institucional, el cual está atravesado por cuestiones presupuestarias y coyunturales, no permiten satisfacer tal expectativa.

En ese escenario, sin embargo, la casación horizontal satisface del mismo modo dicho estándar, ya que se ha entendido que la expresión tribunal superior de artículo 8.2.h de la CADH, sólo alude a la idea del reexamen, repetición o renovación de la discusión del caso por un cuerpo judicial distinto, o integrado por personas distintas, de aquel que tomó la decisión de acoger total o parcialmente la acusación. Este cuerpo es superior al de primer grado, solo en el sentido de su competencia para confirmar la decisión recurrida o eliminarla y reemplazarla por la definitiva. Por ello, el recurso idóneo y amplio que cumple con la garantía de la de doble instancia prevista por la CADH puede ser resuelto también satisfactoriamente en el marco de una organización judicial horizontal.¹⁹²

Por otro lado, en lo que se refiere a la necesidad de que el órgano revisor tenga una competencia específica, estimo que ello puede ofrecer algunas ventajas, pero, al mismo tiempo ser pasible de algunas críticas, por lo que habría que someterlo a una amplia discusión a fin de llegar a la solución que mayores ventajas ofrezca. Es que la distancia del órgano revisor respecto de la actividad de los tribunales de juicio y de sus vicios que propone, puede generar, en algunos casos, un nivel de abstracción y desconexión con la realidad que torne de un excesivo “purismo” las decisiones, en detrimento de su legitimidad material frente a los demás operadores del sistema de justicia y frente a la sociedad misma. Sin embargo, no puede perderse de vista al mismo tiempo que, un órgano que se encuentra en tal situación de distancia, tiene la potencialidad de generar con sus decisiones la fijación de estándares que ofician de metas y parámetros de actuación para los tribunales inferiores y las partes, posibilitando con ello un constante mejoramiento de la calidad de los debates y de la fundamentación de las decisiones.

Por otra parte, con relación a las características del propio procedimiento de revisión, sostiene que en el mismo deben respetarse todas las garantías propias del debate plenario. Deben realizarse audiencias orales, públicas, sucesivas y continuas con la presencia también

¹⁹² Pastor, Daniel. “La nueva imagen de la casación penal”. Citado por D’ Albora, Nicolás F. “Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal”. Ed. Ad-Hoc. 2005. Pág. 130.

continua de los jueces y de las partes, lo que les permitirá a éstas últimas hacer las intervenciones y aclaraciones que estimen necesarias. El recurrente debe contar con la asistencia técnica y con los medios y el tiempo necesario.

Debe respetarse además la garantía del plazo razonable, por lo que el trámite y la resolución del recurso deben realizarse dentro de un plazo que resulte razonable, debiendo a ese fin establecerse plazos perfectamente delineados sea como plazos totales del proceso, incluida la etapa recursiva, o bien con plazos independientes para esta última etapa, pero debiendo siempre establecer algún tipo de consecuencias en caso de incumplimiento para que no se tornen inoperantes.¹⁹³

Entiendo que debería completarse el esquema propuesto con la idea de que, de manera excepcional, podría en dicha instancia ante la alzada producirse prueba testimonial o de otra índole, cuando no se hubiera sustanciado la misma ante el Tribunal de mérito por haberla excluido éste en virtud de una decisión arbitraria y cuando, además, haya sido ese el motivo – o uno de los motivos- por el que se interpuso el recurso de casación.¹⁹⁴

Sólo en esos casos, podría admitirse la producción de esas pruebas frente al tribunal de alzada, con la inmediación y el contradictorio correspondiente. Entiendo que no cabría en este escenario la misma crítica de que fuera objeto el sistema del TEDH y similares puesto que aquí no estamos hablando de una reproducción o reedición de pruebas ya sustanciadas frente al tribunal de mérito, sino de una producción –en el sentido de que es la primera vez- en que esas pruebas se sustancian de manera oral, pública y contradictoria.

¹⁹³ Salido, María Belén. Ob. Cit. Pág. 183/184. Allí señala Salido que en el entonces proyecto de CPP de la Provincia de Neuquén se establecían consecuencias del incumplimiento de los plazos por el tribunal revisor. En efecto, en el hoy ya sancionado CPP de Neuquén (Ley 2784 del año 2014) en el artículo 89 establece que *“cuando el Tribunal de Impugnación no resuelva el recurso dentro de los plazos establecidos por este Código, se podrá solicitar el pronto despacho. Si en cinco (5) días no dicta resolución, se entenderá que ha admitido la solución propuesta por el recurrente, salvo que sea desfavorable para el imputado, en cuyo caso se entenderá que el recurso ha sido rechazado. Si existen recursos de varias partes, se admitirá la solución propuesta por el imputado. Los jueces que hayan perdido su competencia por este motivo tendrán responsabilidad por mal desempeño de sus funciones.*

¹⁹⁴ Un escenario tal sería el que aconteció en el caso Kang Young Soo en el que el MPF había solicitado la producción de una prueba que entendía fundamental para su hipótesis acusatoria y el Tribunal no hizo lugar a la misma dejándola afuera del proceso, para finalmente resolver la absolución del imputado por no haber contado con esa prueba que –conforme sostenía ahora el tribunal- resultaba dirimente para sostener la culpabilidad del acusado.

Algunos ejemplos nacionales

Los procesos de reforma que han experimentado algunas provincias han tenido una posición vanguardista en torno a la temática. En efecto, los códigos que han instaurado un verdadero sistema acusatorio de segunda generación o adversarial, si bien conservan la facultad recursiva del MPF contra la sentencia definitiva, dato que ya fuera analizado en cuanto a sus posibles significados y explicaciones en los capítulos anteriores, lo hacen con ciertas características que resultan novedosas y de avanzada que, entiendo, implican un salto cualitativo en torno al tratamiento de la temática que nos puede servir de guía al momento de diseñar un sistema para nuestra provincia de Mendoza.

Es el caso del CPP de la Provincia de La Pampa que dispone tanto para el recurso de impugnación (equivalente al recurso de casación de Mendoza) como para el de casación (que es aquel que procede contra las sentencias del tribunal de impugnación) un procedimiento de ofrecimiento y sustanciación de pruebas ante la alzada, en los casos en que la impugnación se funde en defectos graves del procedimiento o en el quebrantamiento de formas esenciales o en la invocación de nuevos hechos y elementos de prueba o en algún otro motivo especial, poniéndose en discusión lo establecido en el acta de debate o por la sentencia. En cuanto al ofrecimiento y sustanciación de las mismas se rigen por las reglas del debate. Las partes deben actuar bajo patrocinio letrado, debiendo asegurar especialmente la defensa técnica del imputado. Se fija una fecha de debate en la que deben asistir obligatoriamente los miembros del tribunal de alzada, mientras que para las partes no es obligatoria su asistencia si no son quienes han interpuesto el recurso, rigiéndose el proceso por las reglas del juicio común. Por último, el tribunal de alzada pasa a deliberar, pudiendo diferir la fecha de deliberación cuando sea necesario, pero debe resolver en un plazo máximo de 20 días.¹⁹⁵

En la misma línea, pero, con algunas características adicionales que lo hacen más atractivo, el CPP de la Provincia de Corrientes, establece un procedimiento ante la alzada que también asegura el contradictorio y la inmediación.

El sistema parte estableciendo que, en los casos de sentencias definitivas, sean estas condenatorias o absolutorias, las reglas sobre el trámite de impugnación ante la alzada se

¹⁹⁵ CPP de la Provincia de La Pampa Publicada en el B.O el 10/01/20 artículo 395/398 y 409/411.

aplicarán con los alcances del artículo 8.2.h de la CADH, norma que resulta absolutamente novedosa y vanguardista, destacándose además que, no hace diferencia entre el MPF y la defensa en cuanto a la aplicación del estándar convencional por lo que –entiendo- va en la línea aquí planteada de que la revisión debe ser integral porque no hay otra forma de hacerla ya que resulta impracticable su revisión fragmentada.

Luego, en cuanto al procedimiento, establece que el impugnante podrá ofrecer la prueba que le hubiese sido denegada para el juicio o durante su desarrollo, o en la etapa impugnativa, según correspondiere. Posteriormente, la oficina judicial que tiene las funciones administrativas, forma un legajo de antecedentes, que debe contener, según correspondiere, el registro audiovisual de la audiencia de juicio o de impugnación, el acta de esa audiencia, la resolución o sentencia, el escrito de impugnación y el ofrecimiento de prueba del impugnante, si lo hubiere. La misma oficina judicial remite el legajo al Superior Tribunal de Justicia y notifica a las partes la apertura de la instancia de impugnación.

El trámite continúa ante el Superior Tribunal que debe resolver en el plazo de 10 días la procedencia o no de la prueba ofrecida, para lo cual puede, si lo considera necesario, fijar una audiencia en la que ello también se someta a contradictorio. Luego el tribunal fija, si lo considera necesario, fecha para la realización de una o varias audiencias de sustanciación. En dichas audiencias, las partes, tendrán a su cargo la citación de las personas cuya convocatoria hubiese sido admitida. El representante del MPF (Fiscal General) puede optar por concurrir o dictaminar por escrito y el tribunal debe resolver en el plazo máximo de 30 días.

La característica que considero destacable de este procedimiento de impugnación, es que establece que el Superior Tribunal, en todos los casos, deberá resolver sin reenvío, es decir, que siempre se asume competencia positiva, por lo que no se efectúa una distinción entre los casos en que se hayan planteados vicios in iudicando o in procedendo para determinar si se resuelve la casación directa asumiendo una competencia positiva, o bien se ordena la remisión de la causa al tribunal de mérito para que reedite la etapa, solución esta que va en idéntico sentido con la propuesta que aquí se ensaya que tiene por objetivo el de evitar la reedición del debate.

Otra característica que entiendo absolutamente vanguardista es que, en cuanto a las audiencias ante el tribunal de alzada, dispone de manera expresa que, en las mismas, se deberán

respetar los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración. Asimismo, se dispone que los jueces no pueden suplir la inactividad de las partes debiendo sujetarse a lo que ellas hayan discutido, pero sí promoverán la bilateralidad entre éstas a los efectos de escuchar las distintas opiniones y entender sus respectivos argumentos. Para ese cometido, podrán interrogarlas sobre las cuestiones planteadas y los fundamentos legales, jurisprudenciales o doctrinarios que aleguen.¹⁹⁶

En otras palabras, le concede al tribunal de alzada, las facultades que habitualmente se acuerdan a los jueces/as que dirigen las audiencias de las etapas de investigación, las cuales les permite, extraer de las partes toda la información que resulte necesaria para tomar una decisión de calidad, debiendo no obstante ello, mantener siempre la imparcialidad, como así también respetar el contradictorio y la igualdad de armas, todas ellas, junto a la inmediación, garantías epistemológicas de verdad.

¹⁹⁶ CPP de la Provincia de Corrientes. Ley 7066 del año 2021. Artículos 123 y 425/431.

CONCLUSIONES FINALES

Al inicio de este trabajo se puso de relieve aquella disociación que parecía apreciarse entre la postura de la doctrina, jurisprudencia y legislación en torno a la facultad recursiva del MPF, la cual, se revelaba como un “síntoma” al que debíamos atender para poder dilucidar si se trataba o no de una incoherencia del sistema, o un “capricho” del legislador que se empecinaba en sostenerla aun cuando todo indicaba que debía ser vedada.

Sin embargo, a poco que se fue avanzando en la búsqueda de razones legítimas para dicha concesión, se pudo observar que, lejos de resultar incoherente, tal decisión legislativa aparece como la única opción que se puede sostener válidamente dentro de un Estado Constitucional de Derecho. La coherencia sistemática e interna con ese paradigma, resulta entonces indiscutible.

Y es que los valores que subyacen al mismo, propios de un proceso de constitucionalización del derecho, imponen la necesidad de posicionar al MPF en el rol de legítimo representante de los intereses de la sociedad, el cual, como tal, debe estar dotado de todas las facultades que sean necesarias para impedir que, en la administración de justicia a cargo de jueces técnicos, se consoliden decisiones que entrañen una injusticia material intolerable. No se trata ya de la corrección del fallo en el sentido propio del Estado Legal de Derecho, sino de que el mismo resulte material e intrínsecamente justo.

Es en ese entendimiento que, el MPF, en su calidad de órgano predispuesto por el Estado para representar en el proceso penal los intereses de la sociedad en su conjunto, procurando la realización de la justicia, tiene el deber de agotar todos los medios legítimos a su disposición para lograr un fallo justo. Consecuentemente, debe contar con las herramientas que sean necesarias para alcanzar dicha misión, ya que de no ser así se vería impedido de evitar la responsabilidad internacional del Estado la cual es la contra cara del deber que se encuentra en cabeza de éste. Dicho de otro modo, la facultad recursiva del MPF, nada tiene que ver con la

garantía prevista sólo en favor del imputado por el artículo 8.2h de la CADH, sino que la misma es un poder/deber que se le acuerda para cumplir con la misión que le es encomendada.

Ahora bien, tan indiscutible como eso, es la afirmación de que esa bilateralidad recursiva que aquí se sostiene debe ser necesariamente asimétrica, resultando atenuada para el MPF con relación a la del imputado. Esa conclusión se impone por la sencilla razón del diferente fundamento que sostiene la facultad recursiva del MPF y la del imputado, pero más aún, por la necesidad de hacer posible la coexistencia del recurso del acusador con las garantías del imputado/a.

En cuanto a las formas de limitar la facultad recursiva del MPF para configurar la bilateralidad atenuada, la distinción entre cuestiones de hecho (que implicarían el reenvío) y cuestiones de “puro” derecho (que lograrían evitarlo) se ha revelado como impracticable, engañosa e inoperante, por lo que parece necesario recurrir a otros criterios limitadores que permitan cumplir genuinamente con el cometido. En ese sentido, encontramos aquellos que establecen la imposibilidad de recurrir una absolución que haya obtenido el “doble conforme”, limitación ésta que lleva ínsita nada menos que la realización de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable y que además ya tiene consagración legislativa en los códigos procesales más vanguardistas. Por otro lado, encontramos aquellas limitaciones según las cuales el MPF, se vería habilitado para recurrir sólo cuando el agravio que le provoca el fallo, se encuentre relacionado con una situación de gravedad institucional conforme lo ha delineado la jurisprudencia de los tribunales supremos nacional y provincial, o el consentimiento Fiscal del fallo pueda generar responsabilidad internacional del Estado, la cual está llamado a evitar este órgano.

Del mismo modo que se reconoce la necesidad de esa asimetría, la cual deberá verse reflejada en las limitaciones legislativas impuestas a dicha facultad recursiva, se han puesto sobre la mesa aquí también, los diferentes problemas que genera el recurso acusador cuando prospera, para luego de analizarlos detalladamente, proponer una solución para los mismos que sea respetuosa de las garantías constitucionales del plazo razonable, el *ne bis in ídem* y la doble instancia.

En cuanto a la asunción de competencia positiva por el tribunal de casación, cuando ésta implica la casación de una sentencia absolutoria y el dictado de una condena, surge el interrogante de cómo asegurarle al imputado la garantía de la doble instancia o “doble conforme” consagrada en el artículo 8.2.h de la CADH. Frente a ese escenario, tanto la casación horizontal como la posibilidad de condenar y reenviar al tribunal de mérito sólo para la realización de un juicio de cesura, parecen satisfacer los estándares fijados por la Corte IDH en el precedente Mohamed, además de ser las soluciones por las que se ha inclinado nuestra Suprema Corte en los últimos años.

Por otro lado, en cuanto a la asunción de competencia negativa de la Corte, en la cual se ordena el reenvío de la causa para la reedición de la etapa de debate, los cuestionamientos son múltiples y los más difíciles de sortear. Se sostiene de manera unánime que ello afecta la razonabilidad del plazo, mientras que, con relación a la vulneración de la garantía que prohíbe la doble persecución encontramos opiniones diversas. La jurisprudencia a nivel local y nacional no es constante ni uniforme en torno a este punto, y además no la consideran vulnerada cuando se haya verificado una violación de las formas esenciales del proceso, postura ésta que ha sido calificada –con mucho acierto– de ficción alejada de la realidad ontológica.

Por ello, para respetar las garantías constitucionales que se encuentran en juego y no caer en ficciones jurídicas que alejen –aún más– a la justicia de la sociedad, surge la necesidad de proponer una solución que compatibilice la facultad recursiva del MPF con tales garantías.

La propuesta que aquí se ensaya, implica que el tribunal encargado de la revisión debe resolver en todos los casos sin reenvío. Para lograr ese fin, sin afectar la inmediación y el contradictorio como garantías epistemológicas de verdad, se propone la realización de audiencias orales, públicas, contradictorias y continuas en las que, estén presentes de manera permanente los miembros del tribunal de casación llamados a resolver y las partes. Ello, responde a la necesidad que se advierte de colocar a quienes tienen que decidir sobre la impugnación, en la misma posición epistémica frente a la prueba que tuvo el tribunal de mérito. En este sistema no se trata de llevar a cabo una revisión integral del fallo como pieza jurídica aislada (cualquiera sea su soporte), sino de hacerlo, adentrándose para ello, en lo que el tribunal de mérito tuvo frente así, y que lo llevó a las conclusiones que son cuestionadas por las partes.

En dichas audiencias, además de reproducirse las video filmaciones del debate realizado frente al tribunal de mérito, se escuchará a las partes sobre las impugnaciones formuladas y sólo se podrá producir prueba que haya sido denegada en la instancia anterior y cuando esa denegación sea el motivo –o uno de los motivos- de la impugnación.

Entiendo que nos encontramos en condiciones de concluir, en primer lugar, que no constituye un camino aceptable la proscripción absoluta del recurso del acusador, y que, por lo tanto, no estamos dispuestos como sociedad a avanzar en ese sentido, en el entendimiento de que el mismo configura un poder/deber que le es otorgado a éste como representante de los intereses de la sociedad, para procurar fallos materialmente justos y de ese modo evitar la consolidación de una cosa juzgada írrita o aparente, intolerable en un Estado Constitucional de Derecho y susceptible de generar responsabilidad internacional del Estado. Y, sin embargo, al mismo tiempo, no podemos dejar de advertir los problemas que genera el ejercicio exitoso de dicha facultad, en especial con relación a la garantía que prohíbe la persecución penal múltiple y la de ser juzgado en un plazo razonable.

Siendo ello así, , entonces el camino a seguir parece ser el aquí propuesto, consistente en diseñar un sistema de impugnación de sentencias definitivas en el que, cualquiera sea el sujeto impugnante y el vicio invocado, se asegure la revisión integral del fallo, y de todo lo que le dio sustento a éste, debiendo para ello, colocar al tribunal encargado de dicha revisión, en una posición epistémica análoga a la del tribunal de mérito, objetivo que en la actualidad, con el avance de la tecnología al servicio de la justicia, no parece inalcanzable, y asegura el respeto por las mentadas garantías.

Del mismo modo, para asegurar el respeto de la garantía de la doble instancia o “doble conforme”, teniendo en consideración que el sistema propuesto implica el dictado de una sentencia condenatoria por el tribunal revisor, se propone aquí la posibilidad de establecer la casación horizontal, respecto de la cual, ya ha dicho nuestra SCJMza, aun cuando no se encuentre prevista normativamente, nada impide que se aplique en nuestra provincia.

El presente trabajo no pretende ser más que un aporte científico que contribuya a enriquecer discusiones más profundas y exhaustivas sobre la necesidad de rediseñar el sistema de impugnación de sentencias definitivas, debate en el que, entendemos, deberían intervenir representantes de los ámbitos académicos, científicos y políticos, como así también operadores del sistema de justicia, tanto de la judicatura como de la defensa y el MPF, para de ese modo evitar la elaboración unilateral e inconsulta de proyectos por parte de los/las legisladores/as, que terminen por imponerse en virtud de las mayorías que tengan en los cuerpos legislativos, ya que ello, no satisface los estándares de legitimidad material propios de un Estado Constitucional de Derecho que impone, tanto al poder político como al judicial, la necesidad de construir los discursos de manera deliberativa y democrática para poder mantener un ejercicio legítimo de los mismos frente a la sociedad.

Bibliografía

1. AGUILÓ REGLA, Josep. “Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras.” Doxa. “Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante, 2007.
2. BERGOGLIO, María Inés. “Nuevos caminos hacia la legitimidad judicial. Participación ciudadana en los tribunales penales en Córdoba”. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNLa Plata. Abril, 2009.
3. BIDART CAMPOS, Germán J., "El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa", Ediar, Argentina, 1995.
4. BINDER, Alberto M. “Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal.” Editorial Ad- Hoc, Buenos Aires, 2000.
5. BINDER, Alberto M. “Introducción al Derecho Procesal Penal” 2da Edición actualizada y ampliada. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
6. CAFFERATA NORES, José. “El Ministerio Público Fiscal”. Citado por Mahiques, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolución.” Editorial Rubinzal Culzoni. 1° edición 2018.
7. CAFFERATA NORES, José. “Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino”. CELS. Buenos Aires. 2000.
8. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. “Derecho Procesal Penal. Ed. Ediar. 1966.
9. D’ ALBORA, Nicolás F. “Límites y Proyección de los Recursos en Materia Penal”. Ed. Ad-Hoc. 2005.

10. DÍAZ CANTÓN, Fernando. “El querellante particular y la revisión de la sentencia”. Congreso Nacional sobre la Impugnación en el Proceso Penal, La Plata, 7 al 9 de octubre de 2010.
11. FAVAROTTO, Ricardo S. “Otra vez sobre la extensión del Derecho a Recurrir”. Revista de Derecho Penal y Criminología. Tomo 4, Ed. La Ley, mayo 2016.
12. FERNÁNDEZ, Mariela. “Alcance del ne bis in ídem y facultad del fiscal para recurrir una sentencia absolutoria” Revista de Derecho Penal y Criminología. Año 2. N° 4. Ed. La Ley, mayo 2012.
13. FERRER BELTRÁN, Jordi. “La valoración racional de la prueba”. Ed. Marcial Pons. España, 2008.
14. GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada. 4° Edición actualizada. Ed. La Ley, 2011.
15. GIL DOMINGUEZ, Andrés. “La acción de nulidad por Cosa Juzgada Irrita. Aspecto Formales y Sustanciales”. Ed. La Ley, 2006-B
16. GUASTINI, Ricardo. “Distinguiendo estudios de teoría y meta teoría del derecho”. Barcelona, 1999.
17. GUZMÁN, Nicolás. “La verdad en el Proceso Penal. Una contribución a la epistemología jurídica”. Editores del Puerto. 2011.
18. HARFUCH, Andrés. “El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires. Ley provincial 14.543 anotada y comentada. El modelo del jurado clásico.” Ed. Ad Hoc, 2013.
19. HARFUCH, Andrés. “Es constitucional la norma que le impide al particular damnificado recurrir el veredicto de no culpabilidad del jurado”. El poder del Jurado.

- Descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires. Ed. de la Embajada Británica de Buenos Aires, 2014.
20. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. “Jurisdicción y Estado Constitucional en Luigi Ferrajoli.” Dialnet, 2013.
 21. LECOUR, Lucas. “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su influencia en el nuevo Código Procesal Penal de Mendoza”. Trabajo de Investigación en Derecho Procesal Penal y Derechos Humanos. UNCuyo, 2005.
 22. MAHIQUES, Ignacio. “Origen fundamentos y límites del recurso contra la absolución.” Ed. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2018.
 23. MAIER, Julio B. “Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos”. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
 24. MAIER, Julio. Recurso del condenado contra una sentencia penal. ¿Una garantía Procesal? La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Dialnet, 1997.
 25. PASTOR, Daniel. “¿Nuevas tareas para el principio ne bis in ídem?”. “La cultura Penal”. Libro Homenaje a el Profesor Edumdo Hendler. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2009.
 26. PERRACHIONE, Mario. “La Doble instancia en el proceso penal”. Revista de Derecho Penal y Criminología, Tomo 6, Ed. La Ley, julio 2015.
 27. PORTERI, Sidonie y ROMANO, Aldana. El Poder del Jurado. Descubriendo el Juicio por Jurado en la Provincia de Buenos Aires. 1º Edición. Buenos Aires. INECIP. 2018.
 28. REYES, Analía Verónica. “Naturaleza y funciones del Ministerio Público Fiscal y de la víctima en el proceso penal”. Derecho al recurso. El dial.com

29. ROXIN, Claus. “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público” en “El Ministerio Público en el Proceso Penal”. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires, 1993.
30. SALIDO, María Belén. “El Iura Novit Curia y su Incidencia en el Derecho de Defensa en Juicio y en la Garantía de la Imparcialidad del Juzgador.” Editorial B de F. 2016.
31. SALIDO, María Belén. “Vigencia de la garantía del doble conforme en el proceso penal: Una tarea pendiente, un derecho no suficientemente escuchado aún.” Ponencias del XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Córdoba, septiembre 2013.
32. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor” Derecho Penal y Criminología, No. 86-87, España, 2008.
33. TARUFFO, Michele. “La Prueba de los hechos”. 2da Edición. Ed. Trotta. Madrid, 2005.
34. VADALÁ, Diego Martín. “La anulación de la sentencia absolutoria a raíz de un recurso acusatorio y juicio de reenvío. Afectación de la garantía del ne bis in ídem en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.” Ed. El Dial Express. Buenos Aires, 2012.
35. ZELAYA, Juan Rodrigo. “Democracia Deliberativa y Control de Constitucionalidad: Compatibilidad y Exigencias”. Publicado en “EN LETRA”. Número IV, 2017.