

## RECURSO COMO GARANTÍA DE JUZGAMIENTO

Ángela Ester LEDESMA\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Desafíos que plantea la garantía de acceso al recurso o doble conformidad judicial frente a una decisión adversa. III. Regulación normativa existente al momento de la incorporación del derecho al recurso. IV. ¿Cuáles son los estándares mínimos para acceder a un recurso eficaz? V. Estándares de admisibilidad de la vía. VI. Reglas mínimas que habrá de respetar el segundo juicio que se realice. VII. A modo de reflexión final.*

### I. INTRODUCCIÓN

Estas breves reflexiones intentan focalizar la interpretación normativa que con ribetes novedosos regula el derecho al recurso.<sup>1</sup> Desde la antigua y originaria concepción de los recursos como mecanismo de control del órgano superior, que había delegado funciones en el inferior, al reconocimiento del derecho al recurso como garantía de juzgamiento que integra el concepto de debido proceso, se ha recorrido un largo camino. Sin embargo, a pesar

---

\* Profesora regular de derecho procesal de la Facultad de Derecho de la UBA jueza de la Cámara Federal de Casación Penal, exsecretaria general del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

<sup>1</sup> Nuestras reflexiones no constituyen un desarrollo teórico de la casación, ni siquiera de lo que tradicionalmente se concibió como vías de impugnación, pero recuerdo que la primera vez que analicé el tema del “derecho al recurso” fue a pedido de insigne maestro Humberto Briseño Sierra, con motivo de la ponencia que a su pedido elaboré para el Encuentro Panamericano de Derecho Procesal que se realizó en la Ciudad de México, en la sede de la Universidad Panamericana en 2001. Razones vinculadas a la extensión de los trabajos que los compiladores de este libro establecieron y esencialmente mi limitación intelectual hacen que sea sólo un modestísimo aporte a tan merecido homenaje. Sin dejar de expresar la gratitud por las enseñanzas con las que fui privilegiada por aquel eminente doctrinario, profundo, creativo, trabajador incansable y cálido compañero de tantas jornadas dedicadas a la ciencia procesal como herramienta útil para una sociedad más justa.

de los avances aún no podemos afirmar que se haya arribado a destino, pues todavía hay una gran variedad de cuestiones por definir.<sup>2</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos "...considera que el derecho de recurrir del fallo es una *garantía primordial* que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto".<sup>3</sup>

Esta cuestión está vinculada con la idea que subyace de la legislación y de la jurisprudencia internacionales y del juicio oral como elemento central del debido proceso en cualquier sistema procesal moderno. Ello se proyecta en la propia dinámica de los recursos que a la par habrá que compatibilizar con el derecho del condenado a recurrir la sentencia condenatoria y las decisiones importantes del proceso (artículos 8.2 inciso h, de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14.5 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina).<sup>4</sup>

Esto significa que, al menos en el contexto cultural moderno en el que esas garantías se han desarrollado, resulta imposible imaginar cada uno de los derechos específicos consagrados en los instrumentos internacionales, sin referirlos a la *idea de una audiencia oral y pública*.<sup>5</sup> No cualquier forma de decidir en el proceso penal se va a corresponder con el "juicio" que satisfaga las exigencias del debido proceso, sino que debe cumplir con ciertos estándares mínimos que si no están presentes ponen en cuestionamiento su vigencia. "Por lo mismo, un sistema recursivo debe ser consistente con estas exigencias",<sup>6</sup> y éste es un elemento central en la nueva concepción de vías de impugnación.

Así, un sistema de doble instancia que respete el debido proceso está obligado a que en la segunda instancia existan iguales garantías que la primera. La Corte Interamericana considera que "...en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías

---

<sup>2</sup> Prueba de ello lo constituye la reciente condena a la República Argentina, dispuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Mohamed*, emitida el 23 de noviembre de 2012.

<sup>3</sup> Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004, lo resaltado nos pertenece.

<sup>4</sup> Cada vez que se consigne CN arg., nos estaremos refiriendo a la Constitución de la nación argentina.

<sup>5</sup> Riego, Cristián *et al.*, "Los regímenes recursivos en los sistemas procesales penales acusatorios en las Américas", Resumen Ejecutivo, Informe CEJA, [www.sistemasjudiciales.org/nota.mfv/71](http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfv/71).

<sup>6</sup> *Idem*.

procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente...”.<sup>7</sup>

La moderna normativa que se viene sancionando en los códigos procesales más avanzados de los estados provinciales argentinos intenta enrolarse en esta doctrina al regular el recurso contra la sentencia condenatoria y las decisiones importantes del proceso de modo innominado,<sup>8</sup> ampliando los clásicos y restringidos supuestos de procedencia o simplemente asignándole el rótulo de apelación,<sup>9</sup> y en ambos casos autorizando la producción de prueba e informes en audiencia.

A ello se suma la regulación de una valiosa herramienta en términos de admisibilidad de la vía al autorizar la subsanación de errores en la interposición del recurso.<sup>10</sup> Sobre este tema, la CSJN<sup>11</sup> ha desarrollado una importante línea jurisprudencial para resguardar el derecho al recurso, evitar excesos de rituales y violación del principio *pro homine*. A ello nos referimos más adelante.

La normativa sancionada en los últimos años y la propia jurisprudencia regional y nacional<sup>12</sup> representan sin lugar a dudas un punto de inflexión en lo que hace a las vías de impugnación con la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular del artículo 8.2 h), a nuestra legislación.

La “impugnabilidad” de la sentencia y de otros fallos importantes se vinculan a las garantías judiciales mínimas, al tiempo que un proceso penal garantizador debe establecer el derecho o la facultad de recurrir del fallo.<sup>13</sup> A los alcances de este moderno derecho nos referiremos seguidamente.

---

<sup>7</sup> Corte IDH, caso *Mohamed vs. Argentina*, párrafo 101.

<sup>8</sup> Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut, Ley 5478; Código Procesal Penal de La Pampa, Ley 2287 y Ley de impugnación 2297.

<sup>9</sup> Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 2303; Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, Ley 12.734.

<sup>10</sup> Así, los artículos 400 y 401 del nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe, Ley 12.734.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia de Argentina, en adelante CSJN.

<sup>12</sup> Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004; CSJN, *Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa —causa nro 1681—*. Resuelta el 20 de septiembre de 2005 (*Fallos*: 328:3399); Corte IDH, caso *Mohamed vs. Argentina*, 23 de noviembre de 2012.

<sup>13</sup> Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 286.

## II. DESAFÍOS QUE PLANTEA LA GARANTÍA DE ACCESO AL RECURSO O DOBLE CONFORMIDAD JUDICIAL FRENTE A UNA DECISIÓN ADVERSA

Hoy no dudamos en afirmar que el derecho al recurso integra el derecho a la tutela judicial efectiva, que está vinculado directamente con el derecho de acción y con el derecho de acceso a la justicia, circunstancias que impiden minimizar sus alcances. El reconocimiento de un nuevo derecho sustancial que rige a lo largo y a lo ancho de nuestro continente para más de trescientos millones de habitantes así lo pregona,<sup>14</sup> toda vez que prevé al recurso del condenado como una garantía de justicia, según la normativa supranacional antes citada que conforma el bloque de constitucionalidad del artículo 75 inc. 22 de la carta magna argentina.<sup>15</sup>

Las resoluciones judiciales, como todas las decisiones humanas, especialmente las que se toman desde el poder público, son susceptibles de todo tipo de equivocaciones, pero “el error judicial que conduce a una condena penal, cualquiera que sea la naturaleza de ese error, es de mínima tolerancia en razón de las graves consecuencias que conlleva”.<sup>16</sup> De ahí la necesidad de garantizar la revisión amplia de la sentencia.

Por esta vía se “evita que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”.<sup>17</sup>

Esta garantía, como todo derecho humano, tal lo explicita Pedro Nikken<sup>18</sup> —ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, avanza progresivamente en su reconocimiento.

Ese carácter expansivo se ha puesto de manifiesto con la evolución producida a nivel interamericano, en particular después del caso *Herrera Ulloa*<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad”, *La Ley*, 2008-E, 1169.

<sup>15</sup> El artículo 75 inc. 22 de la Constitución de la República Argentina, incorpora con jerarquía constitucional diversos pactos, declaraciones y convenciones, a los que adhirió el país, entre ellos la Declaración Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>16</sup> Dictamen del Procurador Esteban Righi en caso *Casal*, CSJN, *Fallos*: 328:3399

<sup>17</sup> Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004, párrafo 158; caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, párrafo 88 y caso *Mohamed vs. Argentina*, párrafo 98.

<sup>18</sup> Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987, p. 84.

<sup>19</sup> Sin dejar de reconocer la riqueza del Informe 24/92 de la Comisión Interamericana, que cita expresamente el caso *Herrera Ulloa* y los Informes 22/97 y 55/55, entre otros tantos.

y en Argentina post *Casal*,<sup>20</sup> decisorio de la CSJN, al que referiremos más adelante, con su extensión al ámbito provincial.<sup>21</sup> Es interesante recordar que en el momento en que la Corte nacional se expidió (septiembre de 2005) existían alrededor de 22 denuncias contra el país ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación al derecho al recurso, ya sea por parte de la Cámara Nacional de Casación Penal, hoy federal, como de tribunales superiores de provincia que cumplen función revisora de las sentencias penales.

La misma evolución se advierte en otros ámbitos a partir de las decisiones del Comité de la ONU,<sup>22</sup> citadas por la Corte Interamericana en *Herrera Ulloa*, y que motivaron la reforma de la legislación española. En todas ellas se expresó

...que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación... limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

A pesar de todo, las decisiones adoptadas, a cuyos objetivos centrales nos referiremos seguidamente, no resultan suficientes, ya que hay varios temas que requieren aun de una adecuada regulación; de ello dan cuenta las presentaciones efectuadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos requiriendo la sanción de una ley uniforme que respete *estándares mínimos para garantizar eficazmente este derecho*. Así, la defensora general de la nación, doctora Stella Maris Martínez, en el Informe anual correspondiente a 2007,<sup>23</sup> refiere que en el ámbito del Programa para la Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos se han realizado nuevas presentaciones ante la Comisión con motivo de serias afectaciones a derechos fundamentales, y se han reactivado los procesos de solución amistosa. Por este motivo, “durante el segundo semestre de 2007, se han mantenido diversas reuniones de trabajo y audiencias especiales con miembros de la Comisión y del Estado argentino, y se ha logrado consensuar una agenda de trabajo cuyos objetivos deberían

<sup>20</sup> Fallos: 328:3399.

<sup>21</sup> Fallos: 329:530, caso *Rufino Salto*.

<sup>22</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, *M. Sineiro Fernández c. España* (1007/2001), dictamen de 7 de agosto de 2003, párrs. 7 y 8; y ONU, Comité de Derechos Humanos, *C. Gómez Vásquez c. España* (701/1996), dictamen de 20 de julio de 2000, párr. 11.1).

<sup>23</sup> Defensoría General de la Nación Argentina, Informe del 1o. marzo de 2008.

plasmarse en el presente año. Esta agenda prevé, entre otros puntos, presentación de un proyecto de ley marco estableciendo reglas mínimas para la regulación del derecho al recurso en el ámbito federal y en todas las provincias del país<sup>24</sup>. Lamentablemente, dicho proyecto no se sancionó; sin embargo, hubo señeras decisiones a nivel jurisprudencial y legislativo.

Esta problemática fue advertida por la CSJN a través de distintos pronunciamientos, en los que claramente abrió camino para hacer efectivo el acceso, ello mediante una laboriosa tarea, que se ha puesto de manifiesto desde 2004 en adelante, mediante la cual define los alcances del modelo de enjuiciamiento acusatorio que manda la Constitución Nacional argentina.<sup>25</sup> En esa línea se ocupó de diferentes aspectos vinculados con el alcance del derecho al recurso, siempre con un marcado criterio a favor de la accesibilidad de la vía.

### III. REGULACIÓN NORMATIVA EXISTENTE AL MOMENTO DE LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO AL RECURSO

Con carácter preliminar corresponde hacer una aclaración, y es que en el modelo de enjuiciamiento penal mixto, que aún impera en el orden nacional argentino y en las provincias que no han reformado sus códigos procesales, el único recurso que procede contra las sentencias condenatorias de los tribunales de juicio es el de casación. Este modelo era el vigente en América Latina como consecuencia de la herencia colonial. Dicho recurso, como es sabido, fue instituido para tutelar o custodiar la ley, preservando su cumplimiento.

Sin entrar a discutir cuánto recogió la casación francesa, regulada en nuestras tierras, de la evolución histórica anterior, no podemos olvidar que las ideas de la Ilustración inspiradas por Montesquieu y Rousseau elevaron el concepto de ley a la máxima jerarquía de los valores filosóficos de ese tiempo, de ahí la función que originariamente se confirió al tribunal de casación bajo el influjo de las nuevas ideologías revolucionarias sustentadas en la omnipotencia de la ley y la igualdad de todos los ciudadanos ante ella.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Informe del 1o. de marzo de 2008. En este sentido, tuvimos acceso a peticiones formuladas por organizaciones no gubernamentales en el caso *Posadas* ante la Comisión Interamericana.

<sup>25</sup> CSJN, *Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa 4302*, resuelta el 23 de diciembre de 2004 (*Fallos*: 327:5863) y *Llarena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones — artículos 104 y 89 del Código Penal — causa nro 3221*, resuelta el 17 de mayo de 2005 (*Fallos*: 328:1491), entre otros; en todos ellos acentúa la vigencia del modelo acusatorio, la imparcialidad del tribunal, el derecho defensa en juicio a partir de la necesaria separación entre acusador y juzgador.

<sup>26</sup> Ilustra al respecto Salvatore Satta: "...es cierto que, como resulta de los documentos de las discusiones, operaba en los legisladores revolucionarios, el recuerdo de las antiguas

El instituto fue concebido como un órgano de control, puesto al lado del Poder Legislativo para vigilar la actividad de los jueces. En 1837 se estableció la eficacia de la interpretación de la Corte de Casación, pasando a cumplir una nueva función: la de unificar la jurisprudencia. Pero su función esencial seguía siendo la de ejercer un control sobre los órganos inferiores del Poder Judicial. Para cumplir tal cometido fue regulada con excesivas cargas formales.

Lo dicho permite advertir que esa concepción no se corresponde con el fin político que exige hoy la Convención Americana de Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>27</sup>

La CSJN, en el fallo Casal,<sup>28</sup> ha señalado con toda claridad la diferencia entre la función de la casación, típico recurso propio de un Estado legal de derecho, y la vigencia de un Estado constitucional de derecho, donde la más fuerte preocupación que revela el texto constitucional “es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional”.<sup>29</sup>

#### IV. ¿CUÁLES SON LOS ESTÁNDARES MÍNIMOS PARA ACCEDER A UN RECURSO EFICAZ?

##### 1. *Los lineamientos generales dados por la CSJN en Casal*<sup>30</sup>

A nuestro entender, el fallo en análisis ha marcado un antes y un después en lo que hace a la regulación e interpretación del derecho al recurso en la República Argentina. En este sentido, reseñaremos los ejes esenciales delineados por el máximo tribunal, toda vez que la valía de este precedente se cimenta en una clara interpretación del alcance de la garantía en análisis.

---

luchas entre el soberano y los parlamentos, la preocupación de la rebelión del Poder Judicial al Legislativo: pero el factor político era poco actual y, por consiguiente, poco determinante. Como quiera que sea el problema de la casación a instituir se presentó inmediatamente como una alternativa entre órgano legislativo y órgano judicial, y los hombres de la revolución no vacilaron en resolverlo en el primer sentido. Se siente en los discursos que nos han sido transmitidos una especie de horror del juicio, el concurrente temor de crear un nuevo juez, hasta el punto de querer evitar que los miembros de esta futura casación tomasen el nombre mismo de jueces. De lo que se tenía necesidad era de la custodia de la ley, y por consiguiente «el custodio debía vigilar al Poder Judicial», «anular la sentencia, no juzgar»”, *Manual de derecho procesal civil*, vol. I, EJEJA, 1972, pp. 454 y 455.

<sup>27</sup> Artículo 8.2 h) de la CADH y artículo 14.5 del PIDCyP.

<sup>28</sup> *Fallos*: 328:3399.

<sup>29</sup> *Ibidem*, considerandos 11 y 13.

<sup>30</sup> *Fallos*: 328:3399.

Pero antes de entrar en lo que hace específicamente al alcance del derecho al recurso y volviendo a nuestra afirmación inicial en cuanto la oralidad juega un rol fundamental en la moderna regulación de las vías de impugnación, es relevante advertir que en las primeras consideraciones del fallo se explicita que “La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular”.<sup>31</sup> En tanto no podemos hablar de juicio público ni con participación popular, sin reconocer la necesaria vigencia del método oral.<sup>32</sup>

En primer lugar, cabe destacar un eje referido a la amplitud del recurso “de casación”; así, el considerando 23 establece que “...el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por *revisar todo lo que pueda revisarse*, o sea por *agotar la revisión de lo revisable*”. De tal suerte, y a partir de esta premisa, indica que

En virtud de ello, para cumplir con una verdadera revisión, no debe atenderse a una distinción meramente formal en el *nomen iuris* de las cuestiones expresadas en los agravios, como así tampoco de los incisos del artículo 456 invocados para la procedencia del recurso. Por el contrario, se deben contemplar y analizar los motivos de manera complementaria, con independencia de su clasificación (considerando 27).

Es decir, habrá que superar el rigor formal para admitir cuestiones, al interpretar la letra del CPPN o en su caso de los códigos provinciales.<sup>33</sup>

Sobre el particular, distingue su labor de la de los tribunales del recurso —mayoritariamente de casación—, conforme la exigencia constitucional. Ello, con motivo de la consolidada doctrina de los tribunales superiores, mediante la cual admitían un recurso sólo cuando el máximo tribunal lo hubiera hecho en una cuestión equivalente, sin advertir el rol que debían

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, considerandos 7), 8) y 15) en los que se insiste al destacar que se optó por un proceso penal abiertamente acusatorio.

<sup>32</sup> Lo que hoy según Alberto Binder, podría denominarse una *lectura fuerte* del caso *Casal*, es decir que va más allá de un análisis del alcance interpretativo del recurso de casación para anclar el tema en la esencia misma del modelo de enjuiciamiento. Véase “Veinte años de la Cámara Federal de Casación: Balance y Perspectiva”, disertación del día 28 de septiembre de 2012, con motivo de los 20 años de la Cámara Federal de Casación Penal, que forma parte de una recopilación de la jornada celebrada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hoy en prensa.

<sup>33</sup> En tanto el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, establece que el recurso de casación procede por los siguientes motivos: “1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación”.



cumplir —de no existir otro órgano competente— a fin de hacer efectiva la instancia recursiva. En tal sentido, expresa:

En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto *si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente*, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los casos excepcionales en que *directamente no se haya aplicado la sana crítica*. No es la Convención Americana la que exige el recurso del que conoce esta Corte, sino la propia Constitución Nacional. Desde la perspectiva internacional, el conocimiento de la *arbitrariedad por parte de esta Corte es una garantía supletoria* que refuerza la garantía de revisión, más allá de la exigencia del propio texto de la Convención (considerando 28).

Deja de este modo claramente esclarecido que el derecho al recurso debe tutelarse y no es discrecional, a diferencia del recurso extraordinario federal, que como bien explicita conforma una garantía supletoria.<sup>34</sup>

En el mismo considerando 28 se acentúa:

Que en función de lo enunciado y debido a la inteligencia que corresponde asignar al art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación por imperio de su propia letra y de la Constitución Nacional (arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional en función del art. 75 inc., 22 de la Constitución Nacional), resulta claro que no pueden aplicarse al recurso de casación los criterios que esta Corte establece en materia de arbitrariedad, pues más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios —que en definitiva no tiene mayor relevancia—, es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno...

---

<sup>34</sup> Para mayor ilustración hay que señalar que el recurso extraordinario federal que tramita ante la CSJN, conforme la previsión del artículo 14 de la Ley 48, tutela estrictamente la interpretación y aplicación de la Constitución Nacional. Ello en razón de que el régimen federal de gobierno de la República Argentina y su relación con los gobiernos provinciales está previsto en la CN, que establece un orden de prelación en la aplicación de las leyes consagrando el principio de la primacía constitucional, artículo 31. A ello se suma que todo juicio tramitado en jurisdicción local (provincial o nacional), una vez agotados todos los recursos ordinarios, como lo sería el propio recurso de casación en cualquier materia, puede llegar a la CSJN por la vía de este recurso extraordinario mediante el cual se busca mantener la supremacía de los preceptos constitucionales y asegurar una uniforme interpretación de ellos, así la Corte tiene la última y única interpretación final de la carta magna.

Es decir, que lo insoslayable es el acceso a la segunda instancia o instancia de revisión para garantizar la doble conformidad judicial frente a una decisión adversa, y para ello habrá que superar dogmatismos como la tradicional clasificación de recursos, que ubicaba a la casación entre los denominados extraordinarios. Entiéndase en tanto se siga regulando con ese rótulo a la única vía que permita el acceso al recurso contra una decisión trascendente contra el imputado.

Más aún, reforzando los lineamientos marcados en el considerando 32, manda a superar la clásica distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, cuando expresa:

...exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho... tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional y que, por otra parte, es la que impone la jurisprudencia internacional...

En definitiva, resulta contundente el corolario final:

Que en síntesis, cabe entender que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la intermediación, solo inevitables por imperio de la oralidad conforme la naturaleza de las cosas... (considerando 34).

Lo importante, entonces, pasa por distinguir qué cuestiones pueden ser revisables sin afectar el principio de intermediación de que goza el tribunal del juicio. La doctrina señala que

la cuestión no pasa tanto hoy por distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, o de valoración de las pruebas y de derecho, sino por distinguir qué es lo que depende necesariamente del conocimiento exclusivo de los jueces del juicio y qué es lo que no, para establecer hasta dónde puede —y debe— avanzar la inspección casacional. Aquí es donde corresponde distinguir dos situaciones: la de los *vicios de juicio* y la de los *vicios de actividad*.

Y a ello se responde que

en lo que atañe a los vicios de juicio, no tiene demasiado sentido establecer distinciones en punto a “cuestión de hecho” o “cuestión de derecho”, pues todas las cuestiones son, en definitiva, cuestiones de derecho, sea porque la ley haya sido violada directamente (error de interpretación del texto legal o de subsunción del hecho en la norma) o indirectamente (la errónea determinación del hecho impide su correcta subsunción legal).<sup>35</sup>

Por lo demás, cuando se dice “sin magnificar las cuestiones reservadas a la intermediación”, el mandato parece ser doble: por un lado no escudarse en ella para dejar de revisar la motivación, y por el otro, motivar adecuadamente la interpretación de la percepción en lo que hace a la infraestructura racional de la formación de la convicción y lo que puede ser examinado en casación.

En este sentido, la Comisión Interamericana fue clara en el Informe 172, al señalar que oralidad e intermediación no implican exclusiones o limitaciones, ni la revisión significa desnaturalizar su vigencia.<sup>36</sup>

## 2. Estándares generales sentados en el sistema interamericano

Los criterios desarrollados por la CSJN tuvieron como principal antecedente el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>37</sup> En aquella oportunidad se interpretó que

De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos,<sup>38</sup> se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de las decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho.

Idea central de eficacia de la vía impugnativa, que se reitera de diversos párrafos al igual que en los casos *Barreto Leiva vs. Venezuela*<sup>39</sup> y *Mohamed vs. Argentina*.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Días Cantón, Fernando, *La casación penal en la provincia de Buenos Aires*, La Ley 2000, pp. 967 y 968.

<sup>36</sup> Informe 712/10, caso *Mendoza vs. Argentina*, párrs. 190/1.

<sup>37</sup> Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del 2 de julio de 2004.

<sup>38</sup> Con cita de precedentes del propio tribunal, caso *Baena Ricardo y otros*; caso *Cantos y caso Constantine y otros*, caso *Herrera Ulloa* párrafos 161, 164, 165 y 167.

<sup>39</sup> Corte IDH, caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009.

<sup>40</sup> Corte IDH, caso *Mohamed vs. Argentina*, sentencia del 23 de noviembre de 2012.

Esta idea de recurso ordinario eficaz subyace desde la primera interpretación hecha sobre el alcance de la garantía en análisis. Y en *Herrera Ulloa*, la Corte se encarga de hacer propios los conceptos vertidos con anterioridad por la Comisión. Así, en el Informe 24/92, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la primera consulta hecha por la República de Costa Rica, insistió en la necesidad de garantizar un recurso *que permitiera la revisión del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba*. Para lo cual considero idóneo el recurso de casación,<sup>41</sup> siempre que “...no se regule, interprete o aplique con rigor formalista”, exigencia contrariada en forma sistemática por la mayoría de los tribunales que tradicionalmente cumplieron la función revisora de las sentencias dictadas como consecuencia de juicios orales.

A su vez, los informes 172/10 y 173/10 destacan la irrelevancia del nombre del recuso en tanto sea eficaz y accesible<sup>42</sup> y la necesidad de no limitar *a priori* la procedencia del recurso a determinados extremos de la actuación de la autoridad judicial.<sup>43</sup>

Las expresiones vertidas parecen elocuentes; sin embargo, aún no han sido debidamente internalizadas en los operadores del sistema. Como se dijo antes, es un camino progresivo, y como tal registra un avance paso a paso.

Veremos seguidamente qué se exige para hacer eficaz el derecho en cuestión.

### 3. Regulación del derecho al recurso

Los códigos procesales para adecuarse a la Convención tienen amplitud de criterio, con el único límite de no restringir el acceso a la instancia de revisión.

Así, en algunos estados argentinos se reguló la apelación para los casos en que los denominados códigos mixtos con debate oral instituían la casación. Ello implicó una clara decisión política por superar ese lastre y consagrar un recurso amplio. Este giro copernicano parece adecuado al menos simbólicamente, para dejar en claro que ahora la doble conformidad judicial frente a una decisión adversa debe ser real y no meramente formal. Toda vez que la apelación es un recurso que habilita una vía amplia de revi-

---

<sup>41</sup> Vía de impugnación que había motivado la consulta por parte de Costa Rica.

<sup>42</sup> Inf. 172/10 párr. 185, Inf. 173/10 párr. 75.

<sup>43</sup> Inf. 172/10 párrs. 185 y 189, Inf. 173/10 párrs. 75 y 80.

sión por otra instancia, de ese modo se compatibilizan “las particularidades del sistema procesal penal con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y, especialmente con las garantías mínimas del debido proceso”.<sup>44</sup> En este punto, cuando se dice “simbólicamente” nos referimos a la necesidad de garantizar la revisión integral, sin que ello signifique que debamos denominar de determinado modo al recurso, pues lo importante es que sea eficaz a los fines constitucionales y convencionales. En este sentido, la opción por la apelación fue hecha en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Santa Fe, en tanto que resulta innominada la vía en los códigos de Chubut y de La Pampa.<sup>45</sup>

La Corte Interamericana, en el caso *Herrera Ulloa*, señaló con claridad que

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.<sup>46</sup>

En diversos precedentes se insistió en la necesidad de organizar el recurso que proceda contra decisiones que perjudiquen al imputado, no sólo definitivas, sino también en otras de trascendencia para la definición de su situación procesal. La CSJN fue muy clara en el fallo *Casal* al minimizar la distinción de la clásica clasificación entre recursos extraordinarios y ordinarios.<sup>47</sup> Allí dejó sentado el criterio de “conversión en ordinario” del recurso de casación, más aún de hacerlo con cualquier recurso que constituya la única vía de impugnación posible contra la sentencia definitiva; claro está, garantizando siempre la doble conformidad judicial; esto es, si se dictara una nueva condena en el segundo juicio que exista la posibilidad de ser revisada por otro tribunal, cuestión que claramente aborda la Corte Interamericana en el caso *Mohamed*.<sup>48</sup> Tal como señaló el profesor Maier al intervenir

---

<sup>44</sup> En términos similares se expidió la Comisión Interamericana en el Informe 172/10, Mendoza, caso de prisión perpetua a menores en Argentina, al referirse a la necesidad de respetar las garantías establecidas por la convención en materia de derecho al recurso.

<sup>45</sup> Todos ellos antes citados.

<sup>46</sup> Con cita de fallos del mismo tribunal: caso *Baena Ricardo y otros*; caso *Maritza Urrutia* y caso *Juan Humberto Sánchez*.

<sup>47</sup> Cuando expresó que “más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios”, considerando 28, *Fallos*: 328:3399.

<sup>48</sup> Corte IDH, Caso *Mohamed*, antes citado, condena a Argentina país por violar la doble conformidad judicial.

como perito en el proceso de dicho caso, garantizar al menos que el último recurso sea del imputado.<sup>49</sup>

El reconocimiento expreso al carácter amplio del recurso en la nueva legislación provincial también resulta superador de la antigua distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, como lo reconoció el máximo tribunal de la nación, al expresar: “la consiguiente exclusión de las llamadas cuestiones de hecho y prueba, no sólo resultaría contraria a la ley constitucional sino a la propia ley procesal”.<sup>50</sup>

Probablemente el corolario de la amplitud necesaria de la vía para garantizar la revisión integral y la máxima capacidad de rendimiento que exige el precedente *Casal* (extensivo a las provincias, como se explicitara antes)<sup>51</sup> lo sea lo expresado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la condena a Argentina en el caso Mohamed, al reiterar, entre otros precedentes, que

La Corte ha sostenido que el artículo 8.2h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz.<sup>52</sup> Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada.<sup>53</sup> La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido.<sup>54</sup>

## V. ESTÁNDARES DE ADMISIBILIDAD DE LA VÍA

Cabe aclarar que siempre que hablamos del derecho al recurso nos estamos refiriendo al imputado, pues el recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes, ya que se ha transformado “en un derecho exclusivo del condenado a requerir la *doble conformidad* con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal”.<sup>55</sup>

---

<sup>49</sup> Véase sitio web, video del desarrollo de la audiencia ante la Corte IDH.

<sup>50</sup> CSJN, *Fallos*: 328:3399, considerando 22.

<sup>51</sup> Extensión del precedente *Casal*, *Fallos*: 328:3390, a las provincias conforme *Fallos*: 329:530, Rufino Salto de la CSJN, antes citado.

<sup>52</sup> Corte IDH, caso *Mohamed*, párrafo 99 con cita de caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* y caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*.

<sup>53</sup> Corte IDH, caso *Mohamed*, con cita de *Herrera Ulloa* y *Barreto*, casos antes referidos.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> Maier, Julio B., *Derecho procesal penal*. Tomo I: *Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, p. 709.

La interpretación de los fallos citados *no puede* entenderse de otro modo. La jurisprudencia de la CSJN ha sido concordante en tal sentido a partir del caso *Giroldi*,<sup>56</sup> al declarar la inconstitucionalidad del impedimento para recurrir la condena en los casos que lo vedaba el artículo 459, incisos 1 y 2, por el *quantum* de la pena del CPPN; ello aconteció cuando además admitió la validez de límites legales para el acusador penal público en Arce,<sup>57</sup> doctrina que luego extendió al acusador particular en Juri,<sup>58</sup> aunque esta última cuestión no se puede dar aún por definitivamente resuelta, discusión que excede el límite de páginas impuesto para esta presentación.

En lo que hace a los estándares de admisibilidad, los informes 172/10 y 173/10 de la Comisión Interamericana fijan criterios que corresponde compatibilizar con las particularidades de cada sistema procesal penal a fin de cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, especialmente con las garantías mínimas del debido proceso.

Frente a una sentencia condenatoria, el texto del artículo 8.2 h) no establece una distinción expresa entre etapas procesales para el ejercicio del derecho a recurrir del fallo.<sup>59</sup>

### 1. Necesidad de superar el rito

Para ser coherentes con los alcances de la garantía, si de reglamentar el artículo 8. 2 h) se trata, el primer estándar a considerar es la necesidad de *reducir las exigencias formales* que hacen a la admisibilidad de la impugnación y condicionan su interposición con mengua del derecho al recurso.

Los considerandos del precedente *Casal*, antes reseñados, debieran ser suficientes a la hora de interpretar el plexo normativo; sin embargo, el rigor formal sigue siendo lo que prevalece en muchos tribunales argentinos. Pareciera que a los jueces nos cuesta abandonar el rito aun ante la contundencia del artículo 31, CN arg., en cuanto establece la supremacía de la carta magna y la jerarquía constitucional que hoy tiene “el derecho al recurso”, artículo 75, inciso 22.

En este aspecto hay una objeción básica: las exigencias formales que rodean al recurso del imputado contra decisiones que puedan provocarle un

---

<sup>56</sup> CSJN, *Fallos*: 318:514.

<sup>57</sup> CSJN, *Fallos*: 320:2145.

<sup>58</sup> CSJN, *Fallos*: 329:5994.

<sup>59</sup> Informe 173/10, párr. 70, con cita ONU, Observación General 32/07. Criterio consolidado por la propia Corte IDH en el caso *Mohamed vs. Argentina*.

gravamen irreparable o de tardía reparación posterior, sentencia definitiva y decisiones equiparables.

El recurso debe ser accesible; esto quiere decir que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.<sup>60</sup>

En tal sentido, la Corte Interamericana "...estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente".<sup>61</sup>

A continuación analizaremos algunos aspectos interesantes que pueden echar luz al momento de interpretar el alcance de preceptos legales que autorizan al tribunal competente a declarar inadmisibile la vía cuando no cumplieren ciertos requisitos formales.

El cimero tribunal argentino, en diversos precedentes, señaló que a la hora de resolver sobre la admisibilidad de un recurso deducido por el imputado, hay que flexibilizar el rito e interpretar la normativa procesal con pleno respeto del principio *pro homine*.

Así, el Código de Santa Fe (antes citado) tiene una norma ejemplar: el artículo 400: "Cuando se adviertan defectos formales en el escrito de interposición del recurso, el Tribunal deberá intimar al impugnante para que en el plazo de cinco días sean subsanados, bajo sanción de inadmisibilidad". Los fallos a que haremos seguidamente referencia se enmarcan en esta línea de subsanación, no siempre con intervención de parte, sino también oficiosa, cuando se trate de abrir la vía para la revisión de la condena o decisión importante del proceso.

El máximo tribunal de la nación,<sup>62</sup> frente a un recurso contra la condena, denegado por el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires por extemporáneo, que a su vez corrió la misma suerte al deducirse recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte provincial, por interpretar esta última que el Código Procesal Penal local no contempla cuestiones de orden procesal en el ámbito material de esa vía recursiva, expresó que se

omitió —al amparo de un excesivo rigor formal— el control sobre la cuestión federal comprometida en la decisión del Tribunal de Casación Penal local al evitar un pronunciamiento acerca de si, frente a una situación no reglada expresamente por el ordenamiento procesal penal local —el cómputo del plazo para recurrir en casación en supuestos como el de autos— el juzgador optó

<sup>60</sup> Corte IDH, caso *Mohamed*, con cita de *Herrera Ulloa* y *Barreto*, casos antes referidos.

<sup>61</sup> Corte IDH, caso *Mohamed*, párrafo 99.

<sup>62</sup> C: 1787. XL. *Cardoso, Gustavo Fabián s/ recurso de casación*, del 20 de junio de 2006.



por aquella interpretación que fuera más respetuosa del principio *pro homine*. Ello en el marco del “deber de garantizar” el derecho al recurso que asiste a toda persona inculpada de delito...

## 2. Notificación personal al imputado

Entre otras cuestiones, la CSJN argentina ha insistido en la necesidad de notificar personalmente al encausado de la decisión que acarrea la firmeza de la condena. Los criterios sentados interesan a la hora de interpretar y aplicar la normativa prevista por nuestros códigos procesales.

En el caso *Cofré*,<sup>63</sup> la Cámara Nacional de Casación había rechazado los recursos extraordinarios federales deducidos *in forma pauperis*, por considerar que desde la notificación al señor defensor oficial del rechazo del recurso hasta dichas presentaciones había transcurrido el plazo establecido en el artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.<sup>64</sup> Allí se interpretó que “...si en esa oportunidad la persona privada de su libertad manifiesta su voluntad de interponer los recursos de ley, ese reclamo debe recibir la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial”.<sup>65</sup> Que

sin embargo el *a quo* rechazó en forma liminar las apelaciones extraordinarias sin haber dado cumplimiento previamente con la notificación personal a los imputados de la decisión que rechazó el recurso de casación y la provisión de fundamento jurídico a esas presentaciones. Por ello, se deja sin efecto el auto denegatorio... debiéndose dictar nuevo pronunciamiento después de que se dé efectiva intervención a la defensa respecto de las apelaciones interpuestas.<sup>66</sup>

De tal guisa se desprende claramente que si el derecho a recurrir le pertenece al imputado, es éste quien debe expresar la voluntad de no ejercerlo; por lo tanto, no se puede presumir su desistimiento sin expresa manifesta-

---

<sup>63</sup> C. 605. XXXIX Recurso de hecho, *Cofré, Raúl Armando y otros s/ causa 3933*, 23 de diciembre de 2004. Con cita de *Fallos* 319:192.

<sup>64</sup> “El recurso extraordinario deberá ser interpuesto por escrito, fundado con arreglo a lo establecido en el art. 15 de ley 48, ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de diez días constados a partir de la notificación”, artículo 257, CPCCN, apartado primero.

<sup>65</sup> C. 605. XXXIX Recurso de hecho, *Cofré, Raúl Armando y otros s/ causa 3933*, 23 de diciembre de 2004. Con cita de *Fallos*: 319:192.

<sup>66</sup> *Idem*.

ción cuando la inactividad procesal sea del defensor técnico. Así adquiere relevancia que se le provea suficiente asistencia técnica a tal fin.

Los fallos reseñados citan el precedente Dubra,<sup>67</sup> donde expresamente se dijo que

carece de relevancia que dicha defensa hubiera sido notificada un mes antes del rechazo del recurso extraordinario... puesto que lo que debe tenerse en cuenta para el cómputo del plazo en la interposición de la queja es la notificación personal al encausado de la decisión que acarrea la firmeza de la condena —dado que la posibilidad de obtener un nuevo pronunciamiento judicial a través de los recursos procesales constituye una facultad del imputado y no una potestad técnica del defensor— y el eventual cumplimiento de recaudos que garanticen plenamente el derecho de defensa...<sup>68</sup>

De este modo, la forma exigida como garantía de juzgamiento radica en la *efectiva notificación al imputado*, y no en el vencimiento del plazo de emplazamiento incumplido por el defensor técnico.

### 3. Plazos para la interposición del recurso

Otra cuestión trascendente es que la CSJN ha *flexibilizado los plazos para la interposición del recurso* con fundamento en la falta de diligencia del abogado defensor. En el caso Garay,<sup>69</sup> conforme los antecedentes examinados, el imputado condenado por un tribunal oral se presentó *in pauperis* ante la Cámara Nacional de Casación y manifestó que en el momento del dictado de la sentencia definitiva su abogado particular había interpuesto un recurso erróneamente; el defensor oficial sustentó la vía. Cuando el tribunal revisó las actuaciones, advirtió que el imputado se había notificado en el momento de la audiencia de debate, que había estado presente en el acto de la lectura, no sólo del veredicto, sino también de los fundamentos de la sentencia, y que no se había interpuesto ningún recurso, habiendo excedido todos los plazos legales aun aplicando el precedente Dubrá, razón por la que se declaró inadmisibile el recurso deducido. Allí, la Corte se remitió al caso

<sup>67</sup> CSJN, *Dubra, David Daniel y otros/causa nro 348*, resuelta el 21 de septiembre de 2004 (*Fallos*, 327:3802).

<sup>68</sup> Con cita de *Fallos* 311:2502 y 322:1343, voto del juez Petracchi. Este criterio fue sostenido nuevamente para revocar el decisorio que declaró desierto el recurso por falta de mantenimiento en el caso *Computada*, C.432.XLV, del 15 de junio de 2010.

<sup>69</sup> *Fallos* G.198.XLV *Garay, Daniel Alejandro s/ recurso de revisión*, resuelta el 15 de diciembre de 2009.

Schenonne,<sup>70</sup> revocó la decisión y mandó abrir el recurso —de casación formalmente extemporáneo— y seguir adelante con su trámite. Ello permite deducir que la falta de interposición de la impugnación contra una sentencia de condena fue valorada por el máximo tribunal como un supuesto de indefensión, ya que quien evaluó la posibilidad de recurrir o no fue sólo el abogado defensor.

Interesa recordar que en el precedente Schenonne la defensa técnica no sustentó adecuadamente la presentación *in pauperis*, toda vez que lo hizo, “...sin cumplir con los requisitos mínimos y formales del recurso de queja, puesto que no hace mención ni a los hechos, ni al trámite de la causa, no justifica los requisitos del recurso, no dice nada en cuanto a la resolución que declaró inadmisibles el recurso extraordinario, etc...”.<sup>71</sup> Destaca:

Que la garantía de la defensa en juicio posee como una de sus manifestaciones más importantes el aseguramiento de una defensa técnica a todo justiciable, manifestación ésta que, para no desvirtuar el alcance de la garantía y transformarla en un elemento simbólico, no puede quedar resumida a un requisito puramente formal, pues no es suficiente en este aspecto con que se asegure la posibilidad de que el imputado cuente con asesoramiento legal, sino que este asesoramiento debe ser efectivo.<sup>72</sup>

También se valoró que el imputado se encontraba privado de su libertad. Corresponde señalar que en el considerando 10 expresa

Que si bien como principio no compete a los jueces subsanar deficiencias técnicas de los abogados en sus presentaciones, las irregularidades descritas precedentemente motivan que este Tribunal tome los recaudos necesarios al respecto a los efectos de salvaguardar, en esta instancia, la integridad del derecho de defensa y la voluntad recursiva del imputado, máxime cuando en el *sub judice* se trata de una condena de doce años de prisión.<sup>73</sup>

Es un llamado de atención importante en orden a la apertura del recurso, aun cuando ha sido presentado extemporáneamente, ya que tal actitud debería interpretarse como indefensión, al menos cuando exista una condena privativa de la libertad, ya que habrá que evaluar la equidad del proceso

<sup>70</sup> CSJN, *Schenone, Carlos s/ causa nro 1423*, resuelta el 3 de octubre de 2006 (*Fallos*: 329:4248)

<sup>71</sup> *Ibidem*, considerando 5). En éste sentido también cabe citar el fallo N.19. XXXIX PVA, *Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario*, del 16 de noviembre de 2004.

<sup>72</sup> *Ibidem*, considerando 6), CSJN, *Núñez (Fallos 327:5095)*.

<sup>73</sup> *Ibidem*, *Schenone*, considerando 10), el destacado nos pertenece.

sin perder de vista ninguno de los presupuestos mínimos de regularidad exigidos por el artículo 8 de la Convención Americana.

En definitiva, los principios aplicables<sup>74</sup> son los que iluminan cualquier decisión respetuosa de las garantías mínimas de juzgamiento.

#### 4. *Ampliación de agravios*

Entre los estándares, que parecen exigibles para garantizar el derecho en cuestión, está la posibilidad del imputado y su defensa de ampliar los agravios o motivos de casación desarrollados al interponer el recurso.

Los códigos clásicos fueron rígidos a la hora de definir el momento en que se introducen o expresan agravios. Pero la posibilidad de ampliar agravios reviste importancia en la medida en que se ejerce el derecho a la discusión en la audiencia; es decir, en forma oral y pública. Entonces ¿por qué limitarlos a los introducidos al momento de manifestar la voluntad de recurrir? Ello no impide resguardar el contradictorio, pues siempre podrá disponerse de un plazo para que la contraparte refute a los nuevos motivos, pero no restringir esta posibilidad.

En tal sentido, la CSJN, en el caso *Catrilaf*,<sup>75</sup> entre otros, admitió el tratamiento de los nuevos agravios introducidos en audiencia. Ello como consecuencia de la pretensión deducida como nuevo agravio en la audiencia de informes prevista por los artículos 465 y 468 del CPPN,<sup>76</sup> por parte de la defensora oficial. Es bastante común que en la instancia anterior se omita, por ejemplo, impugnar la declaración de reincidencia con fundamento en su inconstitucionalidad o introducir la prohibición de doble juzgamiento como consecuencia de haberse admitido un recurso fiscal.<sup>77</sup>

La posibilidad de mejorar los argumentos dados al interponer el recurso se complementa, a nuestro entender, con la introducción de otros, más aun cuando haya distintos defensores en las instancias, toda vez que pudo haber una omisión errónea inicial.

---

<sup>74</sup> Conforme la CSJN, *pro homine* y superación del rigor formal, entre otros.

<sup>75</sup> Fallos C.2979.XLII *Catrilaf, Ricardo o Fernández, Luis Miguel s/ causa 6799*, resuelta el 26 de junio de 2007 y C.1223.XLIII *Concha, Alejandro Daniel s/ causa 7585*, resuelta el 20 de agosto de 2008.

<sup>76</sup> Pretensión impugnativa ampliada en aquella oportunidad, como en tantas otras por la defensora oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal, doctora Eleonora Devoto.

<sup>77</sup> Es importante señalar que quien lea *Catrilaf* no encontrará los antecedentes del caso, pues en el fallo sólo se revoca el decisorio y cita *Casal*, pero lo cierto es que el agravio federal que motiva la apertura del recurso extraordinario federal es la falta de tratamiento de una cuestión introducida en audiencia. Hubo otras decisiones posteriores en igual sentido.

Además, también puede haber incidido el escaso tiempo que se dispone cuando se trata de casos con cierta complejidad. No hay que olvidar que está en juego el derecho de defensa en juicio *del imputado*.

Interpretar lo contrario también implicaría desoír lo expresado por la Corte Interamericana, cuando al referirse a la competencia del tribunal expresa que es ordinaria para conocer con amplitud los planteamientos del recurrente.<sup>78</sup> En igual sentido, cuando dicho organismo se refiere a la fiscalización exhaustiva y no limitada de “todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior”.<sup>79</sup>

#### *A. Ingreso de oficio a cuestiones no planteadas*

Otra posibilidad es el conocimiento oficioso de cuestiones no planteadas, siempre a favor del imputado, para posibilitar la revisión integral de la decisión conforme lo establece el fallo *Herrera Ulloa* de la Corte IDH, antes citado. Sin que ello implique superar el principio dispositivo que impera en materia de recursos, sino conforme las reglas que rigen el instituto de la invalidación de los actos procesales, y esencialmente la necesidad de resguardar el debido proceso.

En este punto es del caso recordar lo expresado por la Comisión Interamericana en el Informe 24/92, que fuera también receptado en *Herrera Ulloa*, cuando señala que el recurso debe permitir “...la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba... examinar la validez de la sentencia recurrida en general y el respeto a los derechos fundamentales en especial los de defensa y debido proceso”.

De esas expresiones deducimos que el mandato de revisión integral de la legalidad del fallo incluye el de la regularidad del trámite o reglas mínimas de un proceso regular y legal. Sobre esta base es que ingresamos muchas veces a revisar considerandos de la sentencia condenatoria que la convierten en arbitraria en algún punto; como sucede con la motivación de la pena,<sup>80</sup> vicio muy común en los fallos que revisamos, y que se produce de

<sup>78</sup> Véase Corte IDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 159.

<sup>79</sup> *Ibidem*, párr. 167.

<sup>80</sup> Es del caso recordar las lúcidas expresiones de Sergio García Ramírez en su voto concordante en el caso *Herrera Ulloa*, párr. 31: “...ese recurso... debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del

algún modo también por la falta de una adecuada discusión ante la ausencia de cesura del juicio, en algunos códigos como el nacional. Así, entendemos que es posible expedirse de oficio sobre la arbitrariedad en la motivación de la pena sin que haya habido planteos en sentido concreto.

Esto mismo sucede cuando se advierten vicios absolutos del trámite que dan lugar a violación de las garantías mínimas del debido proceso.<sup>81</sup>

### B. *Producción de prueba ante el tribunal del recurso*

Otro estándar trascendente que fue rezeptado por algunos códigos de provincia es el de la producción de prueba en la instancia recursiva. Su destino no parece ser otro que demostrar la existencia de alguna irregularidad durante el juicio que no haya sido registrada ni se derive del soporte digital o papel.

En este punto conviene aclarar que el derecho al recurso tiene que ver con un juicio sobre el juicio; es decir, un juicio sobre la sentencia y la regularidad de los actos procesales mínimos que se deben cumplir para llegar a una decisión válida. No se trata de realizar un segundo juicio sobre el fondo; es decir, no se revaloran los hechos para llegar a una conclusión distinta.

La revisión integral de la decisión no implica "...una modificación prohibida de la base fáctica". En este sentido se manifestó nuestra Corte en el caso *Tarditi*.<sup>82</sup> Allí tampoco se pudo fundar la nueva decisión en "un juicio diferente acerca del modo en que sucedió el hecho". En otras palabras, en el mismo caso se dijo que es imposible modificar "...la base fáctica bajo la forma del tratamiento de un vicio en la calificación legal de los hechos y de la necesidad de realizar un nuevo juicio si se reconocen vicios en la apreciación de las reglas de la sana crítica ante lo límites que impone el principio de inmediación".<sup>83</sup>

---

hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (atenuante y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial)".

<sup>81</sup> Es probable que eminentes procesalistas rosarinos interpreten lo contrario a partir de una férrea posición "anti actuación oficiosa", que con excepción de estos casos compartimos, desde su posición ésta es violatoria del principio acusatorio, a pesar de ello insistimos dado que la experiencia diaria nos persuade para obrar de ese modo frente a la debilidad de algunas defensas y la necesidad de expedirnos dentro de un plazo razonable.

<sup>82</sup> CSJN, *Tarditi, Matías Esteban s/homicidio agravado por haber sido cometido abusando de su función o cargo como integrante de la fuerza policial causa 1822*, resuelta el 16 de septiembre de 2008 (*Fallos*: 331:2077). Conforme al dictamen del procurador a cuyos argumentos remite la Corte.

<sup>83</sup> CSJN, *Fallos*, 331:2077.

## VI. REGLAS MÍNIMAS QUE HABRÁ DE RESPETAR EL SEGUNDO JUICIO QUE SE REALICE

La realización de un segundo juicio puede ser analizada desde dos perspectivas: una, el propio juicio —del recurso— que habilita la impugnación ante el tribunal competente, y otra, el de renvío como consecuencia de la vía ejercida.

La primera cuestión que advierte la doctrina es que lo único que no puede hacer el tribunal del recurso es una renovación total del juicio desde la acusación, pues en ese caso sí se estaría ante la tan temida segunda primera instancia de la que habla Bilding, a la cual, por cierto, hasta podrían comparecer otras pruebas distintas de las discutidas en la “primera” instancia. No se trata tampoco, rescatando otro temor del mismo autor, de hacer prevalecer al juez peor informado sobre el mejor informado, sino de hacer prevalecer, en definitiva, al poder del juez de segunda instancia sobre el poder del de primera, pero en tanto ambos contribuyen en parte a la decisión y en cuanto ambos, acerca de sus apreciaciones y convicciones sobre los hechos y la prueba relevante para lo discutido en cada instancia, han recibido una información producida en condiciones de idéntica calidad.<sup>84</sup> De ahí que la decisión en el fallo *Tarditi* parece haber tenido en mira que la modificación de la base fáctica por parte de los jueces de casación lo fue sin estar en paridad de condiciones con los que intervinieron en el debate oral.<sup>85</sup>

Cabe destacar, también, que en los casos que procede un segundo juicio, solicitado por el mismo imputado, lo primero que habrá que cuidar es el debido respeto de la prohibición de *reformatio in pejus*.

Otra cuestión es la vinculada al juicio de renvío, tema que presenta serios problemas prácticos aún no resueltos, cuyo abordaje excede el límite de carillas que se ha fijado a este modesto aporte, y se vincula tanto al derecho al recurso del imputado como a la posibilidad del ejercicio de la vía recursiva por los acusadores.

No obstante, cabe recordar que siempre habrá que respetar todos los presupuestos del debido proceso. Así, por ejemplo, cuando se discuta mediante el juicio de renvío el *quantum* de la pena o la modalidad de cumpli-

<sup>84</sup> Pastor, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, p. 161.

<sup>85</sup> La profundización de los alcances y límites del juicio ante el tribunal del recurso, sea de casación, apelación o innominado, es una temática que todavía no ha sido claramente develada, máxime cuando del propio fallo *Herrera Ulloa* se desprende la procedencia de prueba en esa instancia. ¿Cuál es la prueba a producir?, es un desafío más que plantea el derecho al recurso, más allá del criterio que sentamos en el punto anterior en orden al objeto del recurso como limitado al “juicio” o decisión.

miento, habrá que garantizar la intervención de un tribunal diferente al que hubiera conocido con anterioridad. Esta medida es respetuosa del principio de imparcialidad consagrado expresamente por los artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

## VII. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Resta aún en nuestro ámbito definir otras cuestiones sumamente complejas, como el recurso del acusador,<sup>86</sup> y en particular si la víctima tiene derecho al recurso,<sup>87</sup> en su caso la posibilidad de un doble juzgamiento como consecuencia del envío de las actuaciones para la realización de un nuevo juicio. Ello nos enfrenta con otro desafío: la prohibición del *ne bis in idem*. El profesor Maier<sup>88</sup> es entre nosotros quien más trabajó el tema, y llega a la conclusión de que el único que puede provocar esta persecución penal múltiple es el propio perseguido penalmente.

En esta dirección, las decisiones en los precedentes Kang,<sup>89</sup> Lagos Rodas,<sup>90</sup> Gilio<sup>91</sup> y Sandoval,<sup>92</sup> han convertido en unánime la posición del máximo tribunal al prohibir la realización de un segundo juicio como consecuencia de la impugnación de una sentencia absolutoria. Éstas son cuestiones en las que se está trabajando, y la última palabra no está dicha frente a la posibilidad del acusador de recurrir la sentencia absolutoria.

El caso *Mohamed* coloca a nuestro país en una encrucijada a la hora de dar cumplimiento a dicha sentencia. En el sistema nacional y federal no existe norma legal que prevea cómo recurrir de modo amplio la condena

---

<sup>86</sup> La Corte en el precedente *Arce*, explicitó que el acusador penal público no tenía derecho al recurso en los términos de la CADH, *Fallos* 3202145.

<sup>87</sup> El derecho al recurso de la víctima es un tema con escaso desarrollo, sin embargo, el máximo Tribunal en el caso *Juri*, dijo que se cercenaba "...el derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en los artículos 8, ap. 1o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

<sup>88</sup> Maier, Julio B., *Derecho procesal penal*, cit., pp. 632 ss.

<sup>89</sup> CSJN, *Fallos*: 330:2265. En este supuesto, la decisión receptó el voto en disidencia de los jueces Petracci y Bossert en Alvarado (*Fallos* 321:1173).

<sup>90</sup> CSJN, *Fallos*: 330:4928.

<sup>91</sup> CSJN, G.931.XLII, Gilio Juan y Montenegro, Susana Beatriz.

<sup>92</sup> CSJN, S.219.XLV, Sandoval, David Andrés.



motivada por el recurso del acusador. En cambio, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se estableció expresamente que la sentencia que revoque una absolución de primera instancia podrá ser recurrida por la defensa ante la Sala de la misma Cámara que siga en orden de turno.<sup>93</sup>

Quizá uno de los aspectos más trascendentes de las regulaciones normativas recientes sea el límite al recurso del acusador; toda vez que cuando el imputado obtiene una segunda absolución no procede recurso en su contra, el último recurso es entonces el del imputado es decir, que se impide el juzgamiento *ad infinitum*.<sup>94</sup>

Muchas son las preguntas que aún quedan flotando sobre esta garantía que concurre a integrar el debido proceso legal; sólo hemos pretendido con la relación que antecede, mostrar los avances que en materia de reconocimiento de la garantía “derecho al recurso” ha significado la jurisprudencia interamericana y su recepción en la República Argentina.

En todos los casos lo trascendente es el tránsito tutelar ensanchado que se advierte tanto en la legislación como en la propia doctrina de la CSJN. Hacemos votos para que esta amplitud siga el mismo curso en el futuro conforme con pleno respeto del principio *pro homine*.

En definitiva, aquella instancia progresiva que pregona la obra del maestro Humberto Briseño Sierra hoy claramente alcanza al derecho de acceso al recurso en el marco de la tutela judicial efectiva.

---

<sup>93</sup> Artículo 290 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 2303.

<sup>94</sup> Código Procesal Penal de Neuquén, Ley 2784.