

EL DERECHO AL DOBLE CONFORME

Ricardo S. Favarotto ()*

SUMARIO: I. Prefacio. II. Formulaciones normativas. III. Evolución en la jurisprudencia argentina: de la doble instancia al doble conforme. A. Primera etapa (1853/1939). B. Segunda etapa (1939/1984). C. Tercera etapa (1984/1994). D. Cuarta etapa (1994/1997). E. Quinta etapa (1997 en adelante). F. Balance. IV. Extensión y limitaciones del derecho al reexamen de la sentencia de condena: lo revisable y lo que no. V. Evolución en España. VI. Epílogo.

I. Prefacio

La función garantística de la actividad impugnativa quedó axiomáticamente establecida desde su inserción entre las garantías judiciales prescriptas en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), es decir, el derecho al recurso es un derecho fundamental de naturaleza convencional y constitucional¹, que tiene un beneficiario —la persona imputada— y un obligado a su prestación —el Estado Parte—. Sin embargo, nuestra Corte Suprema de Justicia no sólo retaceó ese rol, sino que, mucho antes todavía, hizo todo lo posible por desvincular la pluralidad de instancias del ejercicio del derecho de defensa en juicio (CN, 18). Con el devenir y por la incontenible presión normativa de los convenios internacionales de derechos humanos, la Corte no tuvo más alternativa que

* Profesor de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Trabajo publicado en la Revista de Derecho Penal y Criminología, edit. “La Ley”, año I, n° 4, diciembre de 2011, págs. 133/50.

¹ Con el restablecimiento de la democracia en la República Argentina, la CADH fue aprobada por ley 23.054 (B.O. del 27/3/1984), y diez años después introducida en el texto constitucional (art. 75 n° 22).

ir admitiendo lo que era evidente y que jamás debió haber ignorado: el derecho al recurso no es más que una exteriorización de la defensa en juicio, ya incluido en el texto histórico de 1853; mientras que el derecho al doble conforme constituye un “plus” a favor del imputado, que llegó a nuestro país con la ratificación de esos tratados iushumanitarios, tras el reinicio de la institucionalidad democrática a finales de 1983, luego jerarquizados con la reforma del ‘94 (CN, 75 n° 22).

En mi opinión, esa cercenadura interpretativa tenía razones históricas jamás explicitadas por el Tribunal Supremo. En primer lugar, la Constitución Federal congénitamente instituía el jurado para todos los juicios criminales ordinarios², aunque nunca se implementaron; por otro lado, en la provincia de Córdoba, a partir de 1939, se inició un prolífico movimiento reformista con la sanción del Código Procesal Penal que co-redactaron Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler sobre la base del Código Rocco del ‘30, que gradualmente se extendió a muchas otras provincias. En ambos casos, el juicio penal era oral, público y “de única instancia”.

Así, las decisiones acerca del nexo existente entre el derecho al recurso y la defensa en juicio estuvieron intensamente condicionadas por la concomitancia de un modelo de enjuiciamiento penal que, según se pensaba, no admitía más revisión que la jurídica, dada la volatilidad de la práctica probatoria y la inmediatez jurisdiccional, donde las “actas” del proceso escrito en el sistema inquisitivo, eran sustituidas por los “actos” de

² La Constitución Nacional se refiere al juicio por jurados en tres artículos; a saber: primero, entre las declaraciones, derechos y garantías (art. 24); segundo, al establecer las facultades del Congreso, consigna las de dictar las normas que requiera el establecimiento del juicio por jurados (art. 75 n° 12); y tercero, con respecto a las atribuciones del Poder Judicial, dispone que “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio” (art. 118).

la audiencia en el modelo mixto o inquisitivo mitigado. En suma, la cuestionada compatibilidad constitucional de los juicios penales de única instancia ocupó el centro de la escena, relegando al tema de la naturaleza del derecho al recurso, pues la discusión quedó centrada y ceñida a la unicidad o duplicidad de fases del conocimiento.

Algo semejante ocurrió en España, donde la función protectora del derecho impugnativo del imputado, fue ensombrecida por la interminable disputa acerca del tribunal superior que asegurase la vigencia de la instancia revisora. Doble instancia y doble conforme condenatorio a pesar de algunas semejanzas, al estar en una relación de género a especie, tienen significados e implicancias jurídicas sustancialmente discordantes, aunque no siempre se los ha diversificado como es debido, lo que es aún más grave cuando quienes han omitido hacerlo son los máximos tribunales de justicia de Argentina y España.

Y al margen de lo expuesto, tanto el genérico derecho de las partes al reexamen de la sentencia por un tribunal superior (doble instancia), como el específico derecho del imputado a la revisión del fallo condenatorio (doble conformidad, también llamado doble condena), nos plantean otra serie de interrogantes acerca del alcance atribuible a los mismos, pues se hallan en pugna concepciones divergentes que van desde la interpretación restrictiva de los recursos, limitados a la pura revisión jurisdiccional en la aplicación del derecho (federal o común, material o procesal, según los casos), que parten de la artificiosa escisión de las “*quaestio facti*” y las “*quaestio iuris*”, para admitir la soberanía de los jueces originarios respecto de las primeras, es decir, en la tarea de selección y valoración de las pruebas³, hasta el reanálisis integral del caso,

³ Por sólo citar un par de ejemplos, el Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires venía sosteniendo que “...conforme la doctrina de la Suprema Corte, a la que adscribo, los jueces son soberanos en la selección de las pruebas esenciales y decisivas para fallar una causa, pudiendo inclusive preferir unas y descartar otras (ver sobre este tema Ac. 33.589, sent. del 21-IX-1984; Ac. 36.936, sent. del 29-IX-1987; Ac. 41.629, sent. del 12-IX-1989; Ac.

en una acepción expansiva de los medios impugnativos que incluye, además, las cuestiones relativas a los hechos en juzgamiento y a sus modos de acreditación.

A menudo la propia denominación del instrumento recursivo – como sucede con la casación– encubre sentidos completamente disímiles. Entonces, dependiendo de la mayor o menor amplitud de su regulación concreta, se lo puede categorizar de recurso ordinario o extraordinario, lo que alcanza para ejemplificar el nivel de complejidad de la problemática analizada. Y sin entrar a considerar, todavía, el abstruso asunto del límite que impone, en la exégesis amplia de la revisión casatoria, el principio de intermediación al justiprecio probatorio.

II. Formulaciones normativas

En el plano global, según la prístina fórmula del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP)⁴, “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley” (art. 14 n° 5). La nitidez del texto no deja lugar a resquicios para las dudas; en efecto, se trata de un derecho exclusivo de aquél que fue culpabilizado en primera instancia, con exclusión

49.311, sent. 10-VIII-1993; Ac. 55.593, sent. del 14-VI-1996; Ac. 59.243, sent. del 12-VIII-1997; Ac. 64.885, sent. del 14-VII-1998; Ac. 72.724, sent. del 23-II-2000)...” (Sala III, causa n° 1.990, “R., S. E.”, sent. del 23/6/2005). Idéntico criterio sustentó la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, al expresar que “...los jueces no están sometidos en sus sentencias al imperativo de considerar todas y cada una de las pruebas producidas, sino aquellas que por sí solas sean suficientes para decidir el conflicto (...), toda vez que ellos son soberanos en la selección y valoración del material probatorio, máxime en el sistema de las libres convicciones...” (SCJ, Sala II, causa n° 87.461, sent. del 15/5/2007).

⁴ Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, pero recién entró en vigor el 23 de marzo de 1976, cuando habían transcurrido tres meses desde que el 35° instrumento de ratificación o de adhesión había sido depositado en poder del Secretario General. Fue ratificado por España el 27 de abril de 1977 (B.O.E. n° 103, del 30/4/1977) y por Argentina (ley 23.313, B.O. del 13/5/1986).

de las partes acusadoras, pues como lo expusiera el representante argentino, Dr. José María Ruda, en las extendidas discusiones que precedieron a la aprobación del tratado, “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”⁵.

A su vez, en el sistema interamericano para la protección de derechos humanos, el Pacto de San José⁶ prescribe que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:... derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (art. 8, n° 2, letra “h”).

Aun cuando es menos explícita que en el tratado precedente, la literalidad de este texto no es anfibológica, ni admite ambigüedades o flexibilizaciones, es decir, el derecho al recurso ante un tribunal superior es sólo del imputado y contra el fallo condenatorio. Germán J. Bidart Campos (1986:879) consideró que “la tónica general del apart. 2° del art. 8° (como la de los aparts. 3° y 4°), inclina a reputar que la cláusula referente a ‘toda persona’ durante el proceso, enfoca únicamente a ‘toda persona inculpada de delito’. De ahí, concluimos interpretando que la Convención obliga a la doble instancia en el proceso penal, únicamente a favor del inculpado; o sea, el derecho de recurrir queda imperativamente atribuido solamente cuando el apelante es el inculpado objeto de condena penal”⁷.

⁵ Así lo dijo en la sesión del 24 de noviembre de 1959, como lo recordó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una sentencia dictada hace unos cuantos años (CSJN, “Arce, Jorge Daniel” del 14/10/1997, Fallos: 320:2145).

⁶ Nombre alterno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, aunque entró en vigor recién el 18 de julio de 1978.

⁷ Más todavía, siempre siguiendo a Bidart Campos (2001-b:784), creo que la enunciación del derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior es “una expresión tan clara y

Sin embargo, abordando el análisis desde un punto de vista rigurosamente gramatical, sin desmedro de la función dikelógica de la norma, Néstor P. Sagüés (1988:160) aduce que “podría conjeturarse también que tutela a cualquiera de las otras partes (fiscal, querellante si lo hubiere), puesto que a diferencia de los otros acápite del art. 8°, inc. 2° del Pacto de San José de Costa Rica, que refieren siempre al inculpado o a la defensa, el h) menciona el ‘derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior’, sin mencionar explícitamente al acusado. Además, si de lo que se trata es arribar a fallos justos, tanto se perjudica a la justicia en una sentencia de primera instancia por una condena arbitraria, como por una absolución o sobreseimiento improcedentes”.

No es una simple cuestión de matices. Repárese que mientras Bidart Campos estimó que la CADH no hace más que ratificar la vigencia del “doble conforme”, aunque no lo designase de ese modo; Sagüés parece interpretarlo en términos más amplios, de “doble instancia” para todos los justiciables, tanto a favor del imputado, como de las partes acusadoras pública (fiscal) y particular (querellante, si lo hubiera), es decir, con aseguramiento del principio de bilateralidad y con mejores posibilidades para realización de un juicio justo.

A mi entender, prevalece el primero de los criterios en pugna, no sólo por las muy buenas razones esgrimidas por Bidart Campos, convincentemente respaldadas en una hermenéutica contextual y sistemática de la mentada disposición, sino también porque es el que mejor armoniza con el texto del PIDCyP que de manera categórica le asigna el sentido de garantía judicial instituida a favor del imputado y, por lo tanto, limitadora del ejercicio del poder punitivo estatal (“potentia puniendi”)⁸.

elocuente (cuando se la lee, interpreta y aplica de buena fe)”, que no debería dar margen a los equívocos, ni a las dudas.

⁸ Jorge E. Vázquez Rossi (1997:468), en sintonía conceptual, subraya la importancia que reviste el hecho que “la regulación internacional ha tendido vigorosamente a ubicar e

Por otra parte, al margen de las específicas normas de interpretación de la CADH (art. 29), de las del propio PIDCyP (art. 5), y hasta de las de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹, que contiene una regla general en la materia, según la cual “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (art. 31.1), es innegable que rigen los principios exegéticos de buena fe y “pro homine”, en cuyo mérito “los textos constitucionales e internacionales que consagran derechos deben interpretarse de buena fe y, en caso de duda, conforme a la cláusula pro homine. Si bien se trata de otra inferencia del principio republicano y de aplicación de las normas de derecho internacional público, la fuerza del argumento se veía menguada por la carencia de una disposición expresa y por la apelación a la tesis del doble derecho. Esta limitación fue eliminada con la incorporación del inc. 22° del art. 75 CN”¹⁰. Y más aún; “el principio ‘pro homine’, en cuanto surge de tratados de jerarquía constitucional, ha de reputarse un principio implícitamente incorporado a la constitución”¹¹.

En definitiva, cabe invocar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que más allá de mantener los cánones tradicionales para determinar la correcta intelección de las normas jurídicas, anexó el principio “pro homine”, como criterio corrector que tiende a favorecer –en última instancia– al garantizado (el imputado), frente al sistema penal estatal (“potentia puniendi”). En expresiones de la Corte, “para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino

instrumentar el tema de los recursos dentro de las garantías fundamentales que condicionan y limitan el poder punitivo del Estado”.

⁹ Fue refrendada el día 23 de mayo de 1969, aunque entró a regir el 27 de enero de 1980.

¹⁰ Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro W. (2002:134).

¹¹ Cfr. Bidart Campos (2001-a:145).

el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio ‘pro homine’ que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”¹².

Con mayor o menor elocuencia, en síntesis, el PIDCyP (1966) y la CADH (1969) establecen –más que el genérico derecho de los justiciables a la doble instancia– el específico derecho del imputado a recurrir la sentencia de condena, como atributo legitimante de la pena estatal, sólo, en caso de doble conformidad.

En cambio, el Tratado Europeo de los Derechos Humanos (TEDH)¹³, salvo la referencia al derecho al proceso equitativo (art. 6), carecía de disposiciones particulares sobre el tema que nos ocupa, aunque el Protocolo 7¹⁴ vino a colmar esa laguna, prescribiendo que: “Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a

¹² CSJN, “Acosta, Alejandro Esteban”, sent. del 23/4/2008 (Fallos: 331:858; La Ley, tomo 2008-C, pág. 496).

¹³ Como corolario de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, Europa aprobó su Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (tal su nombre oficial), en la ciudad de Roma el 4 de noviembre de 1950. “A posteriori”, fue sucesivamente actualizado por Protocolos Adicionales.

¹⁴ Firmado en Estrasburgo, el 22 de octubre de 1984.

hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior...” (art. 2.1). Hasta allí, su sintonía con el PIDCyP resulta evidente. No obstante, tras esa contundente definición se contemplan tres salvedades que desdibujan el contenido y la extensión de la regla; a saber: “Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución” (art. 2.2).

De tal manera, en esta formulación regional, el derecho al recurso del imputado contra el fallo condenatorio, se ve restringido de un modo incompatible con el Pacto de Nueva York, pues en el apartado final de la norma específica se admiten tres situaciones de excepción que no conciben con aquella matriz internacional. Básicamente discordante porque, el Protocolo europeo del ‘84, autoriza limitaciones a un derecho consagrado irrestrictamente, habida cuenta que según el PIDCyP tiene derecho a la revisión del fallo “toda persona declarada culpable de un delito...”, es decir, cualquiera sea la magnitud del ilícito, el órgano jurisdiccional que lo dictó y el procedimiento previo a la sentencia de condena. Y más allá que donde la ley no distingue, no hay por qué distinguir, cuando se reduce, condiciona o exceptúa la vigencia de un derecho fundamental de la persona humana, como sucede en estos casos con una de las garantías judiciales instituidas sólo a favor del imputado, se ensanchan correlativamente los poderes estatales de punición, en flagrante contrariedad con el art. 14 n° 5 del tratado neoyorquino.

Un párrafo aparte merece la tercera de las circunstancias enunciadas, acorde a la cual si el condenado lo fue a raíz de un recurso contra su absolución, carece del derecho convencional a la revisión del fallo. En este supuesto la sinrazón de la salvedad es doble, no sólo por lo ya afirmado, sino también porque mientras no se instituya un mecanismo

procesal que asegure la existencia de un tribunal superior, idóneo para el reexamen integral de la sentencia inculpatória, derivan inadmisibles las impugnaciones contra los pronunciamientos liberatorios, toda vez que el imputado siempre debe disponer de una instancia más que su acusador, público y/o privado. Como acertadamente apunta Luigi Ferrajoli (1996:447-8), el PIDCyP prescribe “el derecho del imputado a tener no solamente un doble juicio concordante en caso de condena: en hipótesis, esto debería querer decir también un tercer juicio, cuando el primero fuera de absolución y el segundo de condena”. Sólo si se confirmara el decisorio culpabilizador, insisto, puede tenerse por bien cumplido el derecho al doble conforme condenatorio establecido en el Pacto.

También se prevé la doble penalización, aunque sin la misma imperatividad, en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal¹⁵, en tanto prevén que “todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia ante un tribunal superior” (canon 35º). En cambio, el Estatuto de Roma (ER)¹⁶ se inscribe entre los ordenamientos jurídicos internacionales que se contentan con estipular la doble instancia, habilitando el reexamen de la sentencia definitiva, mediante el recurso de apelación contra el fallo condenatorio o absolutorio, incluyendo tanto el análisis de los vicios en el procedimiento y de los errores en la apreciación de los hechos y en la aplicación del derecho, como lo relativo a la cuantía sancionatoria, conforme se desprende de los arts. 81 y 82. Acaso su carácter de preceptiva penal específica para el enjuiciamiento de crímenes de una

¹⁵ También conocidas como Reglas de Mallorca, son las conclusiones del comité de expertos reunidos en Palma de Mallorca, en cuatro sesiones de trabajo, entre noviembre de 1990 y febrero de 1992.

¹⁶ Tratado por el que se creó la Corte Penal Internacional (CPI) para el juzgamiento de los casos de genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, y agresión. Fue refrendado el 17 de julio de 1998, aunque entró en vigor el 1º de julio de 2002. En el diseño romano, el juicio oral, público y contradictorio se celebra ante la Sala de Primera Instancia (art. 64), encargada de dictar la sentencia, que es revisada —a pedido de cualquiera de las partes— por la Sala de Apelación (art. 83), asegurando la duplicidad de instancias.

extraordinaria magnitud y gravedad, como los tipificados en el ER, pueda justificar —aunque lo dudo— la existencia de este baremo diferenciado, por debajo del estándar impuesto en el Pacto de Nueva York del '66.

III. Evolución en la jurisprudencia argentina: de la doble instancia al doble conforme

A. Primera etapa (1853/1939)

Con la entrada en vigor de la Constitución Nacional de 1853, reformulada en 1860, a la Corte Suprema de Justicia no llegaron más que esporádicos planteos acerca del derecho al recurso, en los que se fijó como criterio, con alcance general, que la garantía de la defensa en juicio no requiere de la doble instancia judicial¹⁷. Recién después de la sanción del Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba —al que me refiriera en el prefacio— que instituyó el juicio oral, público y contradictorio, con insistencia comenzó a cuestionarse la supresión de una instancia como violatoria del derecho de defensa en juicio (CN, 18).

A título de antecedente, no está demás recordar que la provincia de Buenos Aires en su Código de Procedimiento de 1915, vigente hasta fin de siglo con algunas modificaciones, había previsto un juicio penal de esas mismas características, aunque sólo para las causas graves (es decir, para delitos conminados, por aquella época, con penas de penitenciaría, presidio o muerte) y a solicitud del procesado quien, tras la acusación fiscal, “manifestará si prefiere ser juzgado en única instancia y en juicio oral” (ley 3.589, art. 221).

Sin embargo, y a pesar de haber sido prevista como una opción a favor del imputado, hubo objeciones constitucionales (en el ámbito

¹⁷ Así, en varios casos resueltos durante el año 1934 (Fallos: 171:366).

estadual) a la instancia única, que el propio codificador, Tomás Jofré (1973:162), procuró disipar explicando: “algunos han pretendido que la ley no podía establecer la instancia única en las causas criminales, porque la Constitución de la provincia establece la doble instancia. Hay error, y error evidente en esa manera de pensar... El art. 180 de ésta preceptúa claramente que mientras no se establezca el juicio por jurado, la legislatura podrá dictar la ley de procedimientos en materia criminal y correccional, de tal manera que ésta puede establecer la doble instancia o la instancia única, según lo considere conveniente. El régimen ordinario de la Constitución es el jurado, que conoce en los hechos en única instancia, con recurso de casación para la cámara respectiva en lo que se refiere al derecho. En ninguna parte ha dicho la carta fundamental de la provincia que los acusados han de gozar de la doble instancia, y aún cuando lo hubiera dicho, tal derecho sería renunciable por los interesados.”

Siempre en referencia a la legislación bonaerense, Jofré (1973:164) preguntaba “¿qué de extraño tiene, entonces, que el Código haya establecido la instancia única en materia penal?”, contestando que “hay que tener en cuenta que eso se ha hecho en beneficio del acusado”. No obstante, tal argumento perdió toda eficacia con la reforma introducida a ese cuerpo normativo por la ley 8.067¹⁸, en tanto dispuso no sólo que “El juicio oral en causas graves también podrá ser solicitado por el agente fiscal. En este caso los autos serán remitidos al fiscal de Cámara o a quien legalmente lo sustituyera. El acuerdo de ambos impondrá el trámite oral...” (CPP, 221 tercer párrafo), sino también que “El juicio oral en instancia única será obligatorio si corresponde juzgar hechos que, imputados como dolosos, hayan causado la muerte de una persona” (CPP, 221 bis, primera parte).

Se sucedieron a partir de allí una serie de cuestionamientos y resolutorios en el ámbito provincial, a favor y en contra de la validez constitucional de esas normas procesales, que no llegaron a la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, hasta que el decreto-ley 8.656/76¹⁹ suspendió “sine die” la vigencia de los artículos 221 y 221 bis del Código de Procedimiento Penal, con lo cual se retornó a la redacción de la ley 3.589.

¹⁸ B.O. del 22/5/1973.

¹⁹ B.O. del 4/11/1976.

De todos modos, la cuestión reapareció al sancionarse la ley 10.358²⁰ que reintrodujo en la preceptiva bonaerense la cláusula según la cual “El juicio oral en instancia única será obligatorio si corresponde juzgar hechos, que, imputados como dolosos, hayan causado la muerte de una persona...” (CPP, 221), aunque para entonces la discusión respecto de la inconstitucionalidad de los juicios penales de instancia única había perdido intensidad, frente a la pacífica y reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la que me referiré enseguida.

B. Segunda etapa (1939/1984)

Como quedara expuesto, tras la aprobación en Córdoba del Código del ‘39²¹, se inició un intenso debate nacional acerca de su constitucionalidad, en el entendimiento, según sus detractores, que al prescindir forzosamente de una instancia revisora conculcaba la defensa en juicio (CN,18).

Las impugnaciones llegaron a la Corte Suprema Federal quien sistemáticamente desatendió todos los reclamos, argumentando —palabras más, palabras menos— que la doble instancia no revestía jerarquía constitucional y no era requisito de la defensa en juicio²², siendo atribución de las provincias las de organizar sus sistemas procesales (CN, 5 y 121).

En su exhaustivo compendio sobre la evolución de la doble instancia en el proceso penal, a la que concibe como un doble grado de conocimiento que permite a un tribunal superior examinar “ex novo” la

²⁰ B.O. del 3/3/1986.

²¹ Lo propio sucedió con las provincias de Santiago del Estero (1941), San Luis (1947), Jujuy (1950), La Rioja (1950), Mendoza (1950), Catamarca (1959), Salta (1961), San Juan (1961), La Pampa (1964), Entre Ríos (1969), Corrientes (1971) y Chaco (1971), entre otras, que actualizaron su legislación procesal penal siguiendo la matriz cordobesa del ‘39.

²² Según la Corte: “la garantía constitucional de la defensa en juicio no requiere de la doble instancia judicial” (Fallos: 214:413); “la segunda instancia judicial no es requisito de la defensa en juicio” (Fallos: 226:120); “la privación de la segunda instancia que no es exigencia de la garantía de la defensa en juicio no sustenta el recurso extraordinario” (Fallos: 226:305); “la doble instancia no es requisito de la defensa en juicio” (Fallos: 228:538; 240:15); “la doble instancia no es requisito constitucional de la defensa en juicio” (Fallos: 238:71; 259:89); “el requisito de la doble instancia judicial no es por sí mismo de naturaleza constitucional” (Fallos: 246:363).

cuestión litigiosa, Federico G. Rudi (2000:6) se refirió al criterio imperante antes de la ratificación de la CADH, señalando que “si bien el sistema procesal argentino en materia civil y comercial ha adoptado la doble instancia, no encuentra reparos en admitir la existencia de una ‘instancia única’, sosteniendo como ejemplo de esta última la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema para los casos contemplados en el ex art. 101 –hoy art. 117– de la Constitución Nacional. Ello porque, en aquellos tiempos se sostenía, no sólo doctrinariamente sino también jurisprudencialmente, que ‘la doble instancia no constituía una exigencia de la garantía constitucional de la defensa en juicio’...”

C. Tercera etapa (1984/1994)

Con la aprobación de la CADH, incorporada al derecho interno como tratado “con las potencias extranjeras” (CN, 31), la Corte Suprema de Justicia de la Nación actualizó su doctrina sosteniendo, a partir del caso “Jáuregui”, que el recurso extraordinario federal –art. 14, ley 48– satisfacía el derecho convencional estipulado en el art. 8.2.h del Pacto de San José²³.

Empero, la propia excepcionalidad del recurso ante la Corte²⁴, era notorio, limitaba de una manera inadmisibile el derecho a la revisión del

²³ CSJN, “Jáuregui, Luciano Adolfo”, Fallos: 311:274, sent. del 15/3/1988.

²⁴ En efecto, la ley 48 (regulatoria de la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, sancionada el 25/8/1863) establece en su art. 14 que: “Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: 1º) Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley de Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez. 2º) Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia. 3º) Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución o de un tratado o ley del Congreso o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido

fallo, habida cuenta que sus funciones básicas son las de asegurar la supremacía de la Constitución Nacional y uniformar la interpretación del derecho federal, por lo que desatendía, como regla, no sólo las cuestiones relativas a la aplicación del derecho común, sino también los asuntos concernientes a la valoración probatoria, salvo la pretoriana creación de la doctrina de la arbitrariedad.

Bernadette Minvielle (1988:104), comentando la disposición convencional, aseguró que la misma “no implica la ilegitimidad de los procesos de instancia única, siempre que contra la sentencia que lo decide sean admisibles recursos y aunque ellos no importen una segunda instancia, esto es, una revisión de toda la primera instancia o de todas las cuestiones resueltas por la sentencia que la culmina (fácticas o jurídicas). Por tanto, se cumpliría con la normativa internacional con la sola previsión del recurso de casación”. En lo que ahora interesa y más allá de la mayor o menor amplitud revisora asignable a la vía casatoria, asunto sobre el que volveré, ya por entonces se entrevía —contrariando a nuestra Corte— que un recurso de las características del referido en “Jáuregui”, no era el medio apropiado para satisfacer el recaudo aludido; en cambio, la casación ofrecía mejores posibilidades de ensamble con la exigencia de la normativa interamericana.

D. Cuarta etapa (1994/1997)

Con la sanción de la 23.774²⁵, la inhabilidad del recurso extraordinario federal para abastecer el derecho convencional al reexamen del fallo quedó flagrantemente al descubierto, pues junto con la ampliación a nueve de los jueces de la Corte Suprema de Justicia, se introdujo en nuestro derecho una acepción local del “right of certiorari” americano, al

cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio”.

²⁵ B.O. del 16/4/1990.

prescribir que “la Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”, de conformidad con la reformulada redacción del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Además, con la reforma del ‘94, la CADH había alcanzado la máxima jerarquía jurídica, mediante su inserción en el propio texto constitucional (art. 75 n° 22).

En consecuencia, la Corte Suprema terminó admitiendo lo que era indudable al tiempo de dictar sentencia en “Jáuregui”, pero que con la implementación del “certiorari” cobró todavía mayor evidencia, es decir, que el recurso extraordinario federal no constituía un remedio eficaz para asegurar el derecho al recurso ante un tribunal superior. Y así lo dijo en el caso “Giroldi”²⁶.

Con toda franqueza Daniel R. Pastor (1999:53) expuso que “la Corte Suprema cambia en ‘Giroldi’ (7/4/95) su tesis de ‘Jáuregui’ (15/3/88) —según la cual el extraordinario bastaba para satisfacer el derecho al recurso— porque entretanto, en el caso ‘Maqueda’²⁷, la demanda de la Comisión Interamericana (25/5/94) había indicado que el recurso extraordinario no constituía un instrumento efectivo para garantizar el derecho de recurrir el fallo ante un tribunal superior, es decir, que no cubría los presupuestos consagrados en el art. 8.2.h de la CADH. La Corte modifica su criterio debido a este ejercicio de control internacional directo sobre la efectividad de las garantías constitucionales hasta el punto de que en ‘Giroldi’ sólo se menciona la regla de la CADH, a cuyo sistema pertenece la Comisión que emitió la opinión contraria a la jurisprudencia de nuestra

²⁶ CSJN, “Giroldi, Horacio David”, Fallos: 318:514, sent. del 7/4/1995.

²⁷ ComIDH, caso 11.086, “Maqueda, Guillermo José vs. Argentina”, informe N° 17/94, del 25/5/1994.

Corte Suprema, y no la norma del PIDCP que ampara al mismo derecho y con la misma jerarquía normativa”²⁸.

En el mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH) se volvió a expedir en el caso “Abella, Juan C. y otros vs. Argentina”, sosteniendo que “en cuanto a las denuncias sobre violaciones del derecho al debido proceso, la Comisión encontró que el recurso extraordinario, único previsto en la legislación argentina aplicada a la causa Abella, no reunía los requisitos del recurso al que hace referencia el artículo 8.2.h de la Convención Americana”²⁹.

E. Quinta etapa (1997 en adelante)

Por lo hasta ahora visto, la discusión respecto de la efectivización del positivizado derecho al recurso ante un tribunal superior pivotó acerca de la duplicidad de instancias, aunque esto último no refleja, con exactitud, el verdadero sentido de lo prescripto por la CADH, pues entre doble instancia y doble conforme no existe una plena identificación, desde que no todo reexamen de la sentencia final satisface la doble penalización, pero ésta supone, cuanto menos, la dualidad de instancias.

Ergo, no puede perderse de vista que el derecho a recurrir el fallo sólo está convencionalmente acordado a la persona inculpada de delito –tal como se anticipara al adherir a la opinión de Bidart Campos³⁰,

²⁸ No sólo en “Giroldi”, sino también en “Bramajo, Hernán J.” (CSJN, sent. del 12/9/1996, Fallos: 319:1840), “Acosta, Claudia B. y otros” (sent. del 22/12/1998, Fallos: 321:3555) y “Felicetti, Roberto y otros” (CSJN, sent. del 21/12/2000, Fallos: 323:4130), se advierte con plena nitidez “la tendencia monista que se ha impuesto en el sistema jurídico argentino a partir de la reforma constitucional de 1994, especialmente en lo que atañe a los convenios internacionales en materia de derechos humanos”, tal como lo expresara Silvia B. Palacio de Caeiro (2001:874).

²⁹ ComIDH, caso 11.137, informe N° 55/97, del 18/11/1997.

³⁰ Idéntico es el parecer de Lino E. Palacio (1995:466) para quien “revistiendo actualmente jerarquía constitucional la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuyo art. 8°, párr. 2°, apart. h) acuerda a toda persona inculpada de delito el derecho de ‘recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior’...”

contrastada de modo endeble por Sagüés— con lo cual se quiebra la paridad jurídica de las partes litigantes³¹, al igual que sucede con el principio de la duda y con la revisión de la cosa juzgada que únicamente operan a favor del imputado y del condenado, en ese orden.

Recién a partir del caso “Arce”, en 1997, la Corte Suprema hizo una correcta delimitación de dos instituciones jurídicas que, aun con ciertas semejanzas, resultan sustancialmente divergentes. Así, sostuvo que: “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 de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. El Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio (...), sin que ello obste a que el legislador, si lo considera, le conceda igual derecho”³².

Ese criterio de la Corte Federal fue reiterado, al tiempo, en la causa “Gorriarán Merlo”³³, y admitido por la Cámara Nacional de Casación Penal, al aseverar que “el alcance del art. 8, n° 2, inc. h, fue consagrado sólo en beneficio del inculpado, en consecuencia, en tanto la querellante no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparada por la norma de rango constitucional”³⁴.

Cuadran algunas observaciones.

Primera. La expresión “sin que ello obste a que el legislador, si lo considera, le conceda igual derecho” (al fiscal o al querellante), contenida tanto en “Arce” como en “Gorriarán Merlo”, no puede menos que

³¹ Según Vázquez Rossi (1997:471-2), “esto lleva a abandonar la legitimación recursiva bilateral (fiscal y defensa), la que sólo actúa como derecho exclusivo del condenado, quien recurre en procura de lograr ‘la doble conformidad’, como condición para la ejecución de la sentencia”.

³² CSJN, “Arce, Jorge Daniel”, sent. del 14/10/1997, Fallos 320:2145.

³³ CSJN, “Gorriarán Merlo, Enrique Haroldo y Sívori, Ana María”, sent. del 19/10/1999, Fallos 322:2488.

³⁴ CNCP, “Martinioni, Pablo Gabriel”, sent. del 16/06/2005.

ser objetada, porque ni el Congreso de la Nación ni las legislaturas provinciales podrían reconocer atribuciones al Ministerio Público Fiscal que signifiquen, en definitiva, un detrimento del (convencional-constitucional) derecho del imputado a recurrir el fallo condenatorio.

Segunda. Adrián N. Martín (2010) plantea el interrogante acerca de si posee la víctima un derecho a recurrir el fallo (absolutorio, en este caso), análogo al del imputado respecto de la sentencia condenatoria. Concluye en que si así se admitiera, “sería prudente analizar un problema que se anexaría. En efecto, la eventual respuesta afirmativa a la pregunta sobre el derecho al recurso del acusador privado acarrearía una consecuencia de relevancia en un proceso penal constitucionalmente diseñado... Se debería considerar de qué manera el derecho del imputado al recurso contra la condena es resguardado. Ello es así por cuanto los arts. 8.2.h de la CADH y, en especial, el art. 14.5 del PIDCyP, garantizan al imputado de un delito no la denominada ‘doble instancia’, sino el derecho a un recurso de su condena y de la pena la que podría sobrevenir en una segunda instancia judicial, si también se le garantiza el recurso en el derecho interno al fiscal o al acusador particular. En consecuencia, ante una sentencia absolutoria dispuesta por un tribunal de mérito y, recurso de la víctima mediante, una imposición de condena decidida por la instancia revisora, el imputado debería poseer un recurso adicional –amplio según la doctrina de la CSJN in re ‘Casal’– para hacer valer aquel derecho...”

Respecto de la pregunta que abre el párrafo anterior, conviene precisar que en nuestro ordenamiento jurídico, acorde lo afirma Javier A. De Luca (2002:867), en opinión que comparto, “los acusadores no tienen un derecho constitucional a apelar absoluciones, ni condenas que no los satisfagan”.

En contra, Marcelo A. Solimine (2004) entiende que “la potestad de interponer recursos por parte de la víctima constituida en querellante en el proceso penal, constituye uno de los contenidos de la garantía a la ‘tutela judicial efectiva’, prevista en los Pactos de Derechos Humanos”, lo que resulta manifiestamente incompatible con la regla según la cual la norma especial prevalece sobre la general (“lex

specialis derogat generali”). Y si bien sostiene que “la ‘doble instancia’ no ampara al Ministerio Público Fiscal, pues las garantías se consagran a favor de los ciudadanos y no del Estado”, propicia que se le reconozca “al querellante —en su carácter de ciudadano—; debiendo para el caso de sentencia definitiva armonizarse dicha garantía con la que protege al imputado contra el doble juzgamiento”.

La conclusión de Solimine es rebatida por Maier (2004:712), quien aduce que “si al Estado no le corresponde el ‘derecho a recurrir el fallo’, como garantía de principio, resulta claro que tampoco le corresponde, al menos para los delitos que requieren persecución penal oficial, al acusador privado admitido en el procedimiento”.

Entonces, si el legislador prescribiera recursos a favor de las partes acusadoras contra la sentencia absolutoria, tales potestades procesales sólo podrían serles acordadas en la medida en que se garantice una posibilidad más para el imputado —ídem Ferrajoli (1996:447-8), en el segmento antes transcripto—, lo que resulta harto dificultoso, si no imposible, de viabilizar.

Tercera. De cualquier manera, en nuestro ámbito hace un buen tiempo que se viene controvirtiendo la admisibilidad de los recursos de las partes acusadoras, contra las sentencias absolutorias (o de análogos efectos: así, los sobreseimientos), que las leyes procesales autorizan sin mayores miramientos.

A ello se ha referido la Corte Suprema de Justicia al expedirse en el caso “Sandoval”³⁵. El juez Eugenio R. Zaffaroni, en el tramo pertinente de su voto, sostuvo que “que más allá de la discusión doctrinal originada a partir de la receptación legal de una concepción bilateral de los recursos por su dificultad para compatibilizar con la plena efectividad de la garantía que prohíbe la persecución penal múltiple, lo cierto es que, en lo que atañe al recurso establecido legalmente en favor de la parte querellante, este Tribunal ha reconocido 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 el art. 8, apartado 1º, y 25 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Fallos: 329:5994, considerando 9º)” (consid. 8º).

Analizando este decisorio, Oscar R. Pandolfi (2010) estima que “este valioso precedente posibilita reabrir el debate en torno a las pretensas facultades –inexistentes a mi juicio– del Ministerio Público y la querrela para recurrir los fallos absolutorios y así obtener la posibilidad de un nuevo juicio”. A su vez, Nada Flores Vega de Forrester (2010) considera que “muchas y muy importantes son las consecuencias prácticas que, desde mi óptica, arrastra este fallo de la Corte. Pero la principal, sin duda, es la inadmisibilidad de los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y la querrela contra las sentencias absolutorias... cuando lo que se alega es la doctrina de la arbitrariedad de (la) sentencia o su nulidad por falta de fundamentación o por errores en la valoración de la prueba, o por cualquier otro vicio intrínseco a su dictado”, con la aclaración que el paréntesis inserto en el texto acaba de ser añadido.

Julio B. J. Maier (2004:732) estima que cualquier disputa sobre el tema es inoficiosa, pues versa sobre un “aspecto que no debería provocar un problema, de no ser por la recurrente decisión de nuestros tribunales de utilizar las garantías en contra del condenado y a favor del Estado”. Trascartón se pregunta “si se reconocerá el derecho del imputado a recurrir cuando el acusador obtenga la condena en casación, por recurso planteado contra una absolución o una condena menor”, faceta medular del asunto sobre la que ya expuse mi punto de vista al censurar las injustificadas salvedades contenidas en el art. 2.2 del Protocolo Adicional 7 al TEDH.

Cuarta. Por último, hay un matiz importante que el propio Maier (2004:712) introduce al auspiciar la admisión del recurso del imputado contra la sentencia absolutoria, en tanto el fallo lo someta al cumplimiento de una medida de seguridad, pues “la garantía ampara, en principio, a toda

³⁵ CSJN, “Sandoval, David Andrés”, sent. del 31/8/2010.

persona contra la cual el Estado decide aplicar una consecuencia jurídico-penal; dicho con una fórmula más sencilla: ampara, en principio, al condenado penalmente o, de manera extensiva, a quien, a pesar de ser absuelto, sufrirá, a raíz de la decisión, una medida de seguridad y corrección”. Se trata de un criterio que merece ser aprobado no sólo por fundarse en una hermenéutica teleológica, antes que en una gramatical, haciendo saludable aplicación de la analogía “in bonam partem”, sino también por las semejanzas evidentes entre (los internamientos para cumplir) las medidas de seguridad y las penas privativas de la libertad.

F. Balance

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde 1997, transformó y levantó el baremo de la “doble instancia” hasta la constitucionalizada cota del “doble conforme”, extendiéndole una pretoriana carta de ciudadanía, aun con alguna defección como la previamente apuntada.

Así, tras el fallo “Arce” y sus sucedáneos, la doctrina jurisprudencial argentina se colocó entre las interpretaciones vanguardistas de la región, al receptar el “doble conforme”, que permitiría conceptualizar el derecho a la impugnación no sólo (o no tanto) como una exteriorización del derecho de defensa en juicio, sino también (o sobre todo) como una garantía procesal instituida a favor del condenado, con arreglo a las prescripciones de raigambre constitucional (CN, 75 n° 22: CADH, art. 8, n° 2, letra “h”; PIDCyP, art. 14 n° 5), interdictando, como regla, cualquier tipo de recursos de las partes acusadoras contra la sentencia absolutoria. En palabras de Maier (2004:485;709 “b”)., “la concepción del recurso contra la sentencia condenatoria como garantía (doble conforme) impide conceder un recurso contra la sentencia al acusador. De esta manera se respeta mucho más rigurosamente la prohibición de perseguir más de una vez al acusado

(ne bis in ídem), verdadera garantía procesal que rechaza cualquier tipo de interpretación en perjuicio del imputado de las seguridades jurídicas que lo amparan”.

De no ser por la indebida salvedad, según la Corte, que nada impide que el legislador, si lo juzga necesario, le puede conceder igual derecho a las partes acusadoras, respecto del fallo liberatorio, cabría sostener que luego de una extensa evolución, la doctrina cimera sentada en “Arce” y “Gorriarán Merlo” encastra en perfecta eutimia con las convenciones, pactos y tratados iushumanitarios, entendidos como marcos regulatorios mínimos de los derechos y garantías de los imputados, frente al ejercicio de poder estatal que conlleva el enjuiciamiento criminal.

Sin embargo, no puedo dejar de señalar la profunda decepción que provocó el criterio sentado —poco tiempo después, por la propia Corte— al resolver el caso “Felicetti”, cuando sostuvo que la aludida norma de la CADH “no impone necesariamente la doble instancia como renovación del debate realizado en el proceso. En efecto, lo que el art. 8, inc. 2, apartado h, establece, es el derecho del imputado ‘de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior’, lo que no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento directo por ésta —que no se comprende en qué medida pudiera ser distinto por ser pronunciado directamente que si lo hubiera sido por vía de recurso contra una decisión anterior— en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados”³⁶, argumento que fuera repelido con justeza por Augusto M. Morello (2001:505), al expresar que “el voto de la mayoría desinterpreta el requisito de la doble instancia penal, que establece el art. 8 inc. 2 letra h de la Convención de marras. La disposición no se conforma con que la única sentencia recaída provenga del

³⁶ CSJN, sent. del 21/12/2000, Fallos: 323:4130 (consid. 10).

órgano superior. Lo que dispone es que medie el control suficiente, apropiado y efectivo de una nueva sentencia respecto de la que se dictó primero. Ese es el criterio valioso de interpretación en torno del derecho fundamental al proceso justo, visto con los ojos de la Convención, porque sólo así la defensa resulta real y no ilusoria”.

Con una mirada retrospectiva, a modo de balance, si algo hubo de constante en la doctrina de nuestro Superior Tribunal de Justicia, en esta y otras cuestiones relativas a la eficacia de los derechos y las garantías constitucionales en el proceso penal, eso ha sido, paradójicamente, su inestabilidad y sus vaivenes. A grandes rasgos, puede sostenerse que lo endémico en la sesquicentenaria existencia de la Corte fue el movimiento pendular en la protección de los derechos fundamentales, frente a los avances del sistema punitivo, no sólo (aunque más que otros factores) al compás de las periódicas rupturas del orden institucional, con los recurrentes asaltos al poder entre 1930 y 1976, a los que sobrevinieron procesos de retorno a la democracia, casi siempre “tutelada” por los ex golpistas, sino también —a menudo— al no sustraerse de las espasmódicas demandas sociales en el Estado de Derecho, por lo corriente, de carácter antigarantista. En otras palabras, lo permanente fue el “corsi e ricorsi”, según la conocida locución acuñada por la teoría cíclica de la historia del jurista y filósofo Giambattista Vico.

IV. Extensión y limitaciones del derecho al reexamen de la sentencia de condena: lo revisable y lo que no

Como quedara expuesto, durante la prolongada vigencia de los códigos que adoptaron el sistema mixto, emulando la legislación procesal cordobesa del ‘39 (ésta, a su vez, inspirada en las italianas de 1913 y, principalmente, de 1930), en la mayoría de los estados provinciales se implementó el juicio oral y público de instancia única, quedando la

resolución del conflicto penal en manos de colegios técnicos de libres o íntimas convicciones. Por entonces, era común que nuestros tribunales sólo admitieran la revisión jurídica de la sentencia definitiva, excluyendo las cuestiones de hecho y prueba, bajo el repetido argumento que los jueces eran soberanos en la selección de las pruebas decisivas para fallar una causa, pudiendo preferir unas en detrimento de otras, sin necesidad de dar explicaciones del porqué lo hacían. Raúl W. Ábalos (1993:447) refuerza y completa este concepto, señalando que “es menester haber asistido a todas las audiencias del debate efectuando el contralor del material probatorio recibido para realizar su valoración integral. Ello demuestra una vez más, que se trata de cuestiones de hecho incensurables, pues todo lo que atañe al manejo hay selección de los medios de prueba, y a la valoración de la eficacia probatoria de esos medios es potestad soberana de los Tribunales de juicio”.

Por supuesto que el único reexamen amplio lo aseguraba el modelo inquisitivo, con su verticalidad burocrática, donde el recurso de apelación abría las puertas de la segunda instancia, permitiendo la minuciosa fiscalización de las constancias documentales del expediente penal, tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos, procesales y sustantivos. Con el correr del tiempo, se fueron incluyendo disposiciones por las cuales el recurso sólo atribuía al “ad quem” el conocimiento del proceso en lo concerniente a los puntos de la resolución a que se referían los motivos de agravio de las partes impugnantes, vale decir, suprimiendo o restringiendo la originaria actuación oficiosa del tribunal revisor³⁷. Pero con

³⁷ Según Julio Maier (2004:706), junto al alambicado sistema recursivo español, la conquista y la colonización introdujeron “la obligación de someter de oficio el reexamen del caso ante un tribunal superior, por parte de tribunales inferiores, la llamada ‘consulta’, que aún perdura en varias organizaciones judiciales hispanoamericanas. Por ej., la ley nacional n° 23.098 (‘hábeas corpus’) mantiene este ‘recurso de oficio’ para las decisiones del juez de primera instancia que rechaza la vía o declara su incompetencia, aunque lo hace en beneficio del amparado, para evitar la demora que provoca esta decisión dilatoria”.

la sustitución del juicio por “actas” por el juicio por “actos”, el contralor del fallo sobre las cuestiones de hecho y prueba se hizo correlativamente más complejo; además, “el sistema republicano de administración de justicia, por incorporar de alguna manera a los ciudadanos al tribunal (asambleas populares, jurados), reniega, en general, de los recursos, cuando afirma que el fallo emana de la voluntad ciudadana, como expresión de la soberanía política”, conforme sostiene Maier (1999:514).

Del mismo que la apelación era el recurso típico en el sistema inquisitivo, la casación se insinuó desde el principio como la vía impugnativa más apropiada para abastecer el derecho al recurso, como lo expuso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH), al declarar que “el recurso de casación es una institución jurídica que, en tanto permite la revisión legal por un tribunal del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba, constituye en principio un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el art. 8. 2 h) de la Convención. La Comisión remarca en ese sentido lo indicado por la dicha Sala Constitucional (...) cuando dice que: ‘...el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso’”³⁸.

Por lo tanto, a partir de entonces el problema ya no era el medio recursivo, sino más bien su amplitud, pues no cualquier regulación casatoria se ajustaba al requerimiento de la CADH, según la interpretación emergente de sus órganos de aplicación. Más todavía; la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), al sentenciar el caso

³⁸ ComIDH, Informe N° 24/92, del 2/10/1992.

“Herrera Ulloa vs. Costa Rica”³⁹, afirmó que sólo un recurso que maximice las potencialidades revisoras, tanto de las cuestiones jurídicas, como de las de hecho y prueba garantiza el derecho impugnativo del condenado. En opinión de Javier Llobet Rodríguez (2007:71), el fallo de la CtIDH “no ordena que deba regular Costa Rica un recurso de apelación, que implica una renovación del juicio... da un margen de apreciación con respecto al recurso que permita la revisión integral de la cuestión de hecho y probatoria. Al hacer dicha manifestación acoge la teoría del margen de apreciación, elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

Esto provocó, como era previsible, un verdadero cimbronazo en la mayoría de los Estados Partes, pues la casación costarricense no era disímil a la de las demás naciones americanas. En nuestro país, rápidamente la Corte Suprema de Justicia adaptó sus criterios interpretativos tradicionales al estándar resultante de “Herrera Ulloa”, haciendo aplicación de la teoría del agotamiento de la aptitud revisora, o de la máxima capacidad de producción (“Leistungsfähigkeit”, al decir de la doctrina y la jurisprudencia alemanas), que supone incrementar el esfuerzo examinador de todo aquello que sea susceptible de ser examinado, es decir, por agotar la revisión de lo revisable, conforme se desprende de las directrices emergentes del fallo “Casal”⁴⁰.

³⁹ CtIDH, “Herrera Ulloa, Mauricio c. Costa Rica”, sent. del 2/7/2004.

Uno de los muchos glosadores locales del fallo fue Héctor M. Granillo Fernández (2005:498), quien consideró “altamente valioso el fallo en comentario, porque significa marcar el correcto camino del derecho... En este sentido, ‘recurrir’ debe ser interpretado con la amplitud necesaria que abarque el derecho a obtener un pronunciamiento justo, conforme al derecho vigente y no a medias, cercenado, achicado solamente a cuestiones de puro derecho dejando afuera toda posibilidad de discutir la apreciación de la prueba que, precisamente, es la fuente de la mayor ilegalidad y arbitrariedad en los pronunciamientos jurisdiccionales”.

⁴⁰ CSJN, “Casal, Matías Eugenio”, sent. del 20/9/2005, Fallos: 328:3399.

Tras este histórico precedente, el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, por mencionar apenas un caso, dio una vuelta de campana y adecuó su doctrina tradicional –ya expuesta en la nota n° 3– sosteniendo que “la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (‘in re’: C. 1757. XL. Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa, sent. del 20/9/2005 en causa N° 1681) permite ir, en el marco del sistema de casación ‘impura’ vigente en el ámbito bonaerense, más allá del

En ese “leading case”, la Corte Federal expuso que “es claro que un recurso que sólo habilite la revisión de cuestiones de derecho con el objetivo político único o preponderante de unificar la interpretación de la ley, violaría lo dispuesto en estos instrumentos internacionales con vigencia interna, o sea, que sería violatorio de la Constitución Nacional” (consid. 21). Enseguida agregó que “no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta” (consid. 22), concluyendo, en suma, que la interpretación que debía hacerse de las normas referidas a los motivos susceptibles de ser sometidos al contralor casacional debía arribar a “un resultado análogo al consagrado en la doctrina y jurisprudencia alemanas con la llamada teoría de la *Leistungsfähigkeit*, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. *Leistung* es el resultado de un esfuerzo y *Fähigkeit*

examen enderezado a examinar la razonabilidad del análisis probatorio —o sea referido a la verificación de la existencia de absurdo descalificante del pronunciamiento—, para abarcar también la metodología utilizada para examinar la prueba, contribuyendo de esa manera a que el Tribunal regido por la ley 11.982 actúe como una segunda instancia ‘cuasi-material’...” (Sala I, “Gueker”, sent. del 9/3/06). Es más; según se afirmó “en el sistema de doble instancia, se instituye un órgano superior con mayor o menor amplitud de conocimiento, enderezado a reexaminar la materia que nutrió a la primera y a confirmar, modificar o revocar, con apoyo de ese reexamen, la sentencia en la que culminó, procurando así, en mayor medida, proteger los derechos humanos del individuo y, entre ellos, el de no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto. Por lo tanto, el recurso ante un juez o Tribunal Superior, debe ser uno que permita 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 o medida de la pena en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización” (Sala I, causa n° 3.383, “Cuello”, sent. del 2/3/2006; ídem Sala III, causa n° 4.988, “Chevel”, sent. del 16/5/2006).

En doctrina las repercusiones tampoco se hicieron esperar. Así, Javier D. Muchnik y Jorge L. Jofré (2005:390), entre otros, comentaron este decisorio expresando que “para que haya una verdadera revisión de la sentencia de condena, en las condiciones que exige la C.A.D.H. y el P.I.D.C.P., es preciso que la vía de reconsideración del caso atienda también,

es capacidad —la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento—, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable” (consid. 23).

Sin embargo, a la par que se abandonaron los criterios clásicos sobre la materia, para adecuarse a los nuevos cánones interamericanos, la propia Corte limitó la vigencia del principio rector al reconocer que “formulada esta teoría, se impone preguntar qué es lo no revisable. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación... Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso” (consid. 24).

De tal manera, por un lado, se trastocaron los fines casatorios que en la concepción antigua, según recordara Pedro J. Bertolino (1995:5-6), eran “la defensa del derecho objetivo, buscándose con ello el imperio de la seguridad jurídica, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la supremacía del órgano legislativo; y la unificación de la jurisprudencia, que persigue, a su vez, la confluencia del interés privado con el interés social o público”⁴¹, para dejar paso a una acepción mucho más amplia, abarcativa

del modo más amplio posible, a las cuestiones de hecho y prueba, tradicionalmente excluidas del ámbito casatorio”.

⁴¹ A su vez, Claus Roxin (2006:466;457) señala que la casación —en su versión primigenia— era un recurso limitado que “permite únicamente el ‘control in iure’. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal. Así, la casación es, en contraposición a la apelación, que ha sido designada como una ‘segunda

tanto de las cuestiones jurídicas como de las factuales, aunque, por otra parte, se estableció en la inmediación el límite infranqueable que tiene el tribunal superior para la revisión de los hechos y la prueba recibidos en el juicio oral.

El paso dado a favor de la operatividad del derecho al recurso es trascendente, pero incompleto.

Resta por definir todavía hasta qué punto son admisibles expresiones como, por ejemplo, que “el compareciente impresionó veraz, firme en sus apreciaciones y lúcido en sus evocaciones”, para acordar crédito probatorio a un testimonio prestado en la audiencia, pues por los intersticios de ese tipo de argumentos es relativamente sencillo que se puedan filtrar subjetivismos jurisdiccionales que impregnen de carácter decisionista al veredicto condenatorio, en principio, inaccesibles al contralor del tribunal superior. En palabras de Pastor (2004:50), se debe “superar el autismo jurídico del que habitualmente hacen gala los tribunales de casación, que se acogen a la coartada de la inmediación y del carácter limitado del recurso para no fiscalizar y corregir sentencias tachadas de injustas con fundamento”, es decir, a menudo los fallos reexaminadores “además de banalizar el derecho del imputado al recurso, representan el ejemplo más elocuente de la elección por un estilo decisionista y antigarantista del sistema penal”⁴².

Por su lado, Pandolfi (2005:50-51) preguntó si al principio de inmediación podría asignársele la misma trascendencia en un juicio penal

primera instancia’, un auténtico procedimiento en segunda instancia”, aunque admite que en su constante evolución “los tribunales de casación, en contra de la concepción legal originaria, examinan cada vez más las comprobaciones fácticas de la primera instancia”.

⁴² El autor comenta la sentencia dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo en el caso “Silva García, Enrique José”, el 21/11/2003, donde el ponente Perfecto Andrés Ibáñez sostuvo que “el tribunal sentenciador debe dar cuenta de la clase de uso que ha hecho de la inmediación y no ampararse en su mera ocurrencia y en una hermética valoración ‘en conciencia’, para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo sucedido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta”. En el mismo sentido: Andrés Ibáñez (2003:57-66).

por jurados, como el previsto en nuestra Ley Suprema, que en uno de jueces técnicos, acorde su operatividad actual. Enseguida respondió negativamente porque “el principio de inmediación podría constituir un límite válido –fijado con coherencia– en un juicio por jurados, en el marco del cual el sistema legal para la apreciación de la prueba es la íntima convicción del jurado, en el cual además, no hay recurso del ministerio público –ni de la víctima– contra la sentencia absolutoria y cuya decisión se fundamenta en la legitimación política del Tribunal Popular y no en la innecesaria fundamentación argumentativa de la decisión. Pero en un juicio oral llevado a cabo ante un Tribunal de Jueces profesionales, el principio de inmediación tiene un ámbito muchísimo más reducido, que los medios técnicos hoy disponibles, reduce prácticamente a la nada”.

Recapitulando, si bien resulta encomiable la adscripción de la Corte Suprema al modelo de una casación impura, extendida, que incluya el reexamen de los hechos y la prueba, sobre la base de la optimización del esfuerzo revisor, según las circunstancias de cada caso; en rigor, lo hace sin desmedro de las cuestiones inherentes a la inmediación, es decir, admitiendo márgenes poco compactos por los que –aun– se pueden deslizar razonamientos arbitrarios, para ponderar o desmerecer las pruebas del juicio, difícilmente neutralizables por el “ad quem”.

Pues bien; en el ejercicio de la judicatura de un Estado de Derecho la inmediación no debe operar como un principio inconexo, sino intrínsecamente asociado a la fundamentación cognoscitiva que constituye un deber (constitucional, convencional y legal) inherente a la función jurisdiccional. Entonces, es dable coincidir con Agustina Sienra Martínez (1999:272) en que “en la motivación fáctica de la sentencia, el juez debe justificar por qué es posible obtener certeza sobre la verdad de la imputación, si existen elementos de prueba, y si son legítimas las inferencias realizadas para justificar esa certeza. Y ello supone su deber de expresar por qué da mayor o menor mérito a una prueba que a otra. El

carácter subjetivo-racional de la convicción judicial admite la incorporación de las cuestiones de hecho y prueba en el ámbito de la casación. El control casatorio comprende el soporte racional del juicio sobre la prueba (cuyo principio rector es el ‘in dubio pro reo’) y su límite está constituido por los aspectos de la valoración probatoria que dependen de la impresión directa (o sea, de la inmediación) que los elementos de prueba han causado en el juez”, con la única salvedad que lo consignado en el último de los paréntesis no está en la fuente citada.

Después de los gravitantes fallos recaídos en “Herrera Ulloa” (CtIDH) y Casal” (CSJN) queda una tarea pendiente –verdadera asignatura irresuelta– para la magistratura continental y argentina, respectivamente. Y esa no es otra que la de restringir al extremo la posible incidencia del factor inmediación, en el reexamen a cargo del tribunal superior que decide sobre el recurso. Sólo así el derecho al doble conforme estará plenamente asegurado.

V. Evolución en España

Durante el período de la transición se ratificó el PIDCyP (1977), cuyos preceptos forman parte del derecho interno, conforme lo dispuso el art. 96.1 de la Constitución (1978). A partir de entonces, España se obligó a establecer el derecho del inculpado a obtener una revisión sobre la declaración de culpabilidad y la pena, según el consabido texto del art. 14.5. Sin embargo, no lo hizo con la suficiente amplitud, al amparo de las acotadas interpretaciones que el Tribunal Constitucional Español (TCE) le diera a la preceptiva internacional, considerando no sólo que la configuración del diseño revisor del fallo condenatorio pertenece a la soberanía del legislador nacional, sino también que la casación penal española cumple con las exigencias constitucionales.

Luego, varios casos fueron llevados al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU), órgano convencional encargado de supervisar la aplicación del Pacto, que emitió sendos dictámenes para que el estado denunciado arbitre las medidas necesarias con el objeto de efectivizar la garantía en su ordenamiento interno. Así, en “Gómez Vázquez, Cesáreo c. España” (2000)⁴³, el Comité sostuvo que la revisión realizada por la casación española no implicaba un control integral sobre la sentencia, desde que estaba limitado a los aspectos formales y jurídicos. De manera similar se expidió en “Sineiro Fernández, Manuel c. España” (2003)⁴⁴. Ambos decisorios, por otra parte, fueron invocados y fragmentariamente transcritos por la CtIDH en “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (consid. 166), antes referido.

Sin embargo, tal como hiciera notar Llobet Rodríguez (2007:71-2), el CDHNU “no ordena que el control que se lleve a cabo al resolverse el recurso en contra de la sentencia condenatoria implique volver a realizar el juicio oral. Más bien en el caso Francis Peter Perera vs. Australia el Comité dijo que para la resolución del Tribunal de Apelaciones no era necesaria la repetición del juicio”.

Ahora bien; a raíz de esas resoluciones adversas, se sancionó la Ley Orgánica 19/2003⁴⁵, estableciéndose el derecho a la doble instancia penal con una extensión semejante a la requerida por el CDHNU. En la exposición de motivos se consigna que: “En el libro I destaca la generalización de la segunda instancia penal, potenciándose las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las que se residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional. Con ello, además de la

⁴³ CDHNU, Comunicación n° 701/1996, del 20/7/2000.

⁴⁴ CDHNU, Comunicación n° 1007/2001, del 7/8/2003.

previsible reducción de la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se mantuvo (rectius: sostuvo) que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”⁴⁶, aunque lo expuesto entre paréntesis me pertenece.

Por último, como lo anticipara en el compendio normativo (acápito dos), si bien el Tratado Europeo de Derechos Humanos –del que España es Estado Parte, desde el 26 de septiembre de 1979– no contenía referencias explícitas al tema bajo análisis, su periódica actualización mediante el sistema de instrumentos adicionales permitió incluirlo a través del Protocolo nº 7, que expresamente regula el “derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal”. Empero después una axiomática positivización del doble conforme condenatorio (art. 2.1), se prevé que el mismo pueda ser excepcionado en tres hipótesis: (i) “respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley”; (ii) “en los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un tribunal superior”; (iii) “o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución” (art. 2.2).

Más allá de la ambigüedad de la primera, de la injustificación de la segunda y de la inadmisibilidad de la tercera (pues si se estipulan recursos contra el fallo absolutorio, una vez revocado el mismo, será “conditio sine qua non” habilitar una instancia más para garantizar el derecho a la doble conformidad de la condena), lo cierto es que ninguna de las tres restricciones resulta compatible con el texto PIDCyP (art. 14.5), que consagra un irrestricto derecho procesal sólo a favor del imputado.

⁴⁵ Fechada el 23 de diciembre de 2003, norma modificatoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio).

⁴⁶ B.O.E. nº 309, del 26/12/2003.

En resumen, también en España fue bastante intrincado el recorrido para dotar de operatividad a esta garantía judicial, ya contenida en el Pacto de Nueva York, al punto que fue varias veces demandada y obtuvo resoluciones desfavorables en el seno del CDHNU y que, además, demoró casi veinticinco años en ratificar el Protocolo nº 7 del TEDH, cuyo artículo segundo tiene una primera parte compatible con el PIDCyP y un párrafo final que restringe de un modo inconcebible el alcance del derecho al doble conforme.

VI. Epílogo

Uno. La duplicidad de instancias no debe confundirse con la doble conformidad. Entre una y otra hay una relación de género a especie, según la cual no todo reexamen de la sentencia final satisface la doble penalización, pero ésta supone, cuanto menos, la dualidad de instancias.

Dos. Los pactos internacionales de derechos humanos prescriben el doble conforme, entendido como revisión integral del caso, con el carácter de garantía judicial a favor del imputado. No importa mediante qué tipo de recurso se efectiviza, cuestión nominal e intrascendente. Lo que resulta decisivo, en cambio, es que la misma consiste en la facultad de requerir el contralor de todos los presupuestos (fácticos) y las consecuencias (jurídicas) de la sentencia condenatoria, tarea jurisdiccional a cargo de un tribunal superior.

Tres. En tanto garantía procesal instituida exclusivamente para el condenado, es inevitable que aparezca una cierta divergencia entre los principios acusatorios de bilateralidad e igualdad de armas, por un lado, y el derecho al reexamen del fallo condenatorio, por otro. Lo propio ocurre con el axioma sobre la duda en materia probatoria y con el recurso (o acción) de revisión de la cosa juzgada, que sólo operan a favor del imputado y del condenado, en ese orden.

Cuatro. En el nivel convencional-constitucional, las partes acusadoras carecen de un simétrico y específico derecho a la revisión de la sentencia definitiva. Si el legislador ordinario decidiera dotarlas del mismo, ello impone la necesidad —si la impugnación del fallo liberatorio prosperara— de establecer una nueva instancia, que implicará siempre una chance más para el condenado que le asegure la intangibilidad de su derecho.

Cinco. El derecho al doble conforme condenatorio también equivale a decir que si la operación racional, con la que concluye el juicio, dos veces arroja el mismo resultado, tanto en el procedimiento originario, como en el de revisión, es porque existe (si no certeza apodíctica, al menos) una certidumbre con altísima probabilidad de acierto en la solución.

Seis. El derecho a la revisión de la condena conlleva un reexamen amplio —maximizando la revisión de lo revisable, hasta donde lo permita la inmediación— que se extienda desde la reconstrucción de los hechos, la selección y valoración probatoria y los errores verificables en la interpretación y aplicación del derecho, hasta la magnitud de la reacción punitiva.

Siete. Sin embargo, el principio de inmediación no debe convertirse en el pretexto para que los jueces revisores eludan la evaluación de la prueba de cargo (o la de descargo, soslayada por el “a quo”) que sustenta el decisorio en recurso. Antes bien, si en la instancia de origen se ensambla adecuadamente el ejercicio de la inmediación con el deber jurisdiccional de motivar las resoluciones de mérito, no sólo en lo relativo a las razones de “porque sí”, sino también a las de “porque no”, se podrá llegar a exponer el fundamento cognoscitivo que apuntala el fallo, favoreciendo su crítica y su control por el tribunal superior, aspectos esenciales para la efectividad del derecho a la revisión de la sentencia de condena.

Bibliografía

- ÁBALOS, Raúl W. (1993), *Derecho Procesal Penal*, tomo III, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Cuyo.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2003), *Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)*, Madrid, Jueces para la Democracia, n° 46.
- BERTOLINO, Pedro J. (1995), *Compendio de la Casación Penal Nacional*, Buenos Aires, Depalma.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1986), *La doble instancia en el proceso penal (La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)*, Buenos Aires, El Derecho, ED tomo 118.
- (2001-a), *La exigencia constitucional e internacional de la alzada en el proceso penal*, Buenos Aires, La Ley, LL tomo 2001-B.
- (2001-b), *Formalismos rituales que han eludido la “verdad material” y “lo justo objetivo”*, Buenos Aires, La Ley, LL tomo 2001-B.
- DE LUCA, Javier A. (2002), *Los recursos de la parte acusadora (casación y extraordinario federal)*, Buenos Aires, La Ley, LL tomo 2002-D.
- FERRAJOLI, Luigi (1996), *Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Nueva Doctrina Penal, NDP 1996/B.
- FLORES VEGA DE FORRESTER, Nada (2010), *Acerca de la posibilidad del Ministerio Público Fiscal y la querrela de recurrir una sentencia absolutoria*, Buenos Aires, La Ley, LL tomo 2010-E.
- GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor M. (2005), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el nuevo Superior Tribunal Argentino en al materia. El caso “Herrera Ulloa” y la garantía del doble conforme*, Buenos Aires, La Ley, LL tomo 2005-B.
- JOFRE, Tomás (1973), *Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Depalma.

• LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (2007), *El derecho del imputado a recurrir la sentencia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Nueva Doctrina Penal, NDP 2007/1.

• MAIER, Julio B. J. (1989), *Derecho Procesal penal argentino. Tomo 1 [vol. b] Fundamentos*, Buenos Aires, Hammurabi.

– (2004), *Derecho procesal penal. Tomo I Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

• MARTÍN, Adrián N. (2010), *¿Posee la víctima de un delito un derecho constitucional al recurso contra la sentencia penal absolutoria?*, disponible en el portal de la Asociación Pensamiento Penal, <http://www.pensamientopenal.com.ar/01072010/revista01.pdf>.

• MINVIELLE, Bernadette J. (1988), *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal*, Buenos Aires, Depalma, Doctrina Penal, DP Año 11.

• MORELLO, Augusto M. (2001), *El caso “Regimiento La Tablada”, la Corte Suprema y las garantías jurisdiccionales*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, JA tomo 2001-I.

• MUCHNIK, Javier D. y JOFRÉ, Jorge L. (2005), *El recurso de casación, el principio acusatorio y la garantía de la doble instancia*, Buenos Aires, La Ley, LL tomo 2005-F.

• PALACIO, Lino E. (1995), *Las limitaciones legales del recurso de casación en el proceso penal y el derecho acordado por el “Pacto de San José de Costa Rica” a la persona inculpada de delito*, Buenos Aires, La Ley, LL tomo 1995-D.

• PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. (2001), *El recurso extraordinario y la garantía de la doble instancia en el proceso penal. De “Girolodi” a “Felicetti”*, Buenos Aires, La Ley, LL tomo 2001-D.

• PANDOLFI, Oscar R. (2005), *Un rayo de sol en medio de la tormenta... (“Más escuadra y menos compás...”)*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, JA 2005-IV, Fascículo 10.

– (2010) *El caso Sandoval ¿Culminación de un largo viaje iniciado en “Mattei” ó “Réquiem” para el Proceso Inquisitivo Reformado?*, disponible en el portal de la Asociación Pensamiento Penal, <http://www.pensamientopenal.com.ar/01022010/doctrina10.pdf>.

- PASTOR, Daniel R. (1999), *El llamado “impacto” de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, CDyJP Año V N° 9-C.

- (2004), *La casación española y la sentencia integradora compleja. Un caso inteligente de superación de los límites tradicionales del recurso*, Buenos Aires, La Ley, LL tomo 2004-C.

- ROXIN, Claus (2006), *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

- RUDI, Federico G. (2000), *Reseña acerca de la evolución de la doble instancia en el Proceso Penal Argentino*, Buenos Aires, El Derecho del 30/6.

- SAGÜÉS, Néstor P. (1988), *La instancia judicial penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, Buenos Aires, La Ley, LL tomo 1988-E.

- SIENRA MARTÍNEZ, Agustina (1999), *El recurso como garantía. Su repercusión en el control de la motivación de la sentencia. El ingreso de las cuestiones de hecho y prueba en el ámbito del recurso de casación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, CDyJP Año V N° 9-C.

- SOLIMINE, Marcelo A. (2004), *El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva. Derivaciones de los estándares fijados por la Comisión Interamericana de DD.HH. y de las garantías de “tutela judicial efectiva” y “doble instancia”*, disponible en <http://www.calp.org.ar/Instituc/Institutos/Ppenal/COMISION1/Solimine%20-%20der%20fund%20del%20ciud.doc>.

- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. (1997), *Derecho Procesal Penal (La realización penal), tomo II, El proceso penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro W. (2002), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar.