

## La potestad recursiva del acusador, el juicio de reenvío y la garantía del ne bis in idem

Por Julia Michelini

En el derecho positivo argentino –en particular en los códigos procesales locales y el nacional– se reconoce legitimación recursiva al ministerio público fiscal y a la querrela[1]. Sin embargo, una buena parte de la doctrina nacional considera inconstitucional admitir la potestad recursiva a favor del fiscal, pues advierten que aquella se contrapone con algunas garantías constitucionales que protegen al sujeto imputado dentro del proceso penal (ne bis in ídem, plazo razonable y doble conforme).

Por lo tanto, en los siguientes acápite nos interesa analizar si el sólo reconocimiento de potestad recursiva a favor del fiscal o de la víctima contradice el texto constitucional o si existe forma de compatibilizar esta potestad con el mismo. Todo esto, a la luz de los principios que fundamentan y legitiman el derecho penal.

Previo a entrar en la cuestión anunciada, interesa resaltar, y tener presente, que bajo ningún punto de vista puede sostenerse que la legitimación fiscal para recurrir encuentre fundamento o sustento constitucional en la garantía del doble conforme. Los motivos para tan categórica afirmación son varios y contundentes: i) las garantías del proceso penal están previstas exclusivamente a los efectos de otorgar herramientas idóneas al imputado para poder soportar y resguardar su dignidad frente al poder punitivo estatal; no así para quien representa al Estado en el ejercicio de la acción penal[2]; ii) las garantías sólo protegen “derechos” y los integrantes de las distintas ramas de los poderes que la Constitución crea, no ejercen “derechos” sino potestades o atribuciones[3]; iii) la letra de los tratados que reconocen esta garantía es clara en cuanto la otorgan a las personas a las que se le imputa un delito.

Por lo demás, en un reconocido precedente, el caso “Arce”[4], la Corte Suprema lo entendió de esta manera[5]. No obstante lo cual, el Máximo Tribunal aquel caso también aclaró que esa interpretación –que niega que el derecho al recurso pueda ser invocado por el fiscal– “no obst[a] a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho[6]”. Es decir, de la doctrina del caso no puede extraerse entonces que la Corte haya entendido que la previsión legal de recurrir a favor del fiscal sea inconstitucional, sino que, por el contrario, pareciera avalar tal habilitación normativa.

Una interpretación distinta a la esbozada respecto del fiscal merece hacerse en relación a la posibilidad de que sea la víctima, constituida como parte querellante, quien invoque el derecho al recurso. Pues, los impedimentos a los que aludimos respecto del ministerio público no aplican a la querrela.

Entender la sanción penal como derecho de la víctima implica un avance profundo que obliga a repensar el papel de la justicia penal y el fundamento propio del derecho penal[7]. El alcance de los derechos de la víctima en el proceso no están bien delimitados y todavía están en pleno desarrollo a nivel doctrinario y jurisprudencia[8].

A los fines de este trabajo basta con tener presente que el derecho a la acción penal por parte de la víctima encuentra resguardo en el art. 25.1 de la CADH en cuanto

establece el derecho a la tutela judicial efectiva. Ahora bien el alcance de su ejercicio se satisface con la obtención de una resolución jurisdiccional motivada y congruente, ya sea que se trate de una condena o la declaración de inocencia del acusado[9].

Al respecto la Corte Suprema ha tenido oportunidad de expresarse sobre la potestad recursiva de la querrela reconociéndole fundamento constitucional. En efecto, en el precedente “Juri”[10], el tribunal si bien descartó respaldar esta potestad en el art. 8.2.h de la Convención, en razón de los argumentos expresados en el precedente “Arce” —el recurso es un derecho que le corresponde sólo al imputado—, entendió que la pretensión de la recurrente podía encuadrarse en los arts. 8 inciso 1 y 25 de la Convención Americana, es decir, en el derecho a ser oído por un tribunal y en la garantía de acceso a la justicia[11].

### **I. Identificación de la problemática que encierra el reconocimiento del recurso acusatorio [\[arriba\]](#)**

La doctrina nacional no tiene una posición pacífica sobre la cuestión bajo estudio sino que se encuentra dividida entre aquellos que entienden que es inconstitucional admitir la posibilidad recursiva por parte del fiscal de la sentencia absolutoria, y quienes consideran lo contrario.

Para tomar una posición al respecto, deben estudiarse los distintos principios y garantías constitucionales que entran en tensión y que, en algunos casos, parecieran colisionar con el reconocimiento de la potestad recursiva a favor de la acusación cuando los jueces de juicio dictaron una decisión absolutoria.

El problema pareciera ser, en cierto modo, circular y eso dificulta encontrar una solución que armonice debidamente la vigencia de los distintos principios y garantías en pugna, sin anular ninguno de ellos.

En primer lugar, una de las consecuencias derivadas de admitir la potestad recursiva del fiscal contra la sentencia absolutoria, según buena parte de la doctrina, es que de esa manera se afecta la garantía constitucional del doble conforme cuando, como resultado de ese recurso, la alzada resuelve condenar. Ello en tanto, por la forma en que se estructura el poder judicial, no existirá órgano de jerarquía superior —en el sentido estricto del término— con competencia para revisar lo decidido en esta segunda instancia y, conforme la doctrina de la Corte en “Giroldi”, el Máximo Tribunal no podría garantizar ese derecho dado que el recurso extraordinario, por sus características propias, no satisface ni podría satisfacer plenamente esta garantía con la extensión que se requiere[12].

La solución que algunos propician para evitar esta circunstancia y a su vez justificar el recurso fiscal, es la previsión del sistema de reenvío para todos los casos, pues de esa forma se conserva el derecho al recurso del imputado, ya que el tribunal revisor no toma una decisión final sino que manda a que así lo haga el tribunal de grado. Entonces, la nueva sentencia que se dicte luego del reenvío, en caso de resultar desfavorable para el imputado —condena o aumento del monto de la pena—podría ser recurrida ante la instancia superior.

Sin embargo la solución propiciada no resulta del todo satisfactoria a la luz de otros principios constitucionales que podrían verse involucrados y desconocidos. Ello en tanto podría colisionar con las garantías del ne bis in idem y de duración razonable

del proceso. Respecto de la primera, porque el reenvío conlleva, muchas veces, a una nueva realización del debate, lo que implica un nuevo sometimiento del imputado al juicio y nuevo riesgo de una condena, que es justamente lo que persigue evitar la garantía en cuestión, en su interpretación amplia. Respecto del plazo razonable, este puede verse afectado toda vez que un sistema que autoriza apelaciones sucesivas por parte del imputado y el acusador, frente a la decisión adversa para alguno de ellos, tendrá como resultado un proceso sumamente prolongado e incompatible con la garantía en cuestión[13].

Entonces, hay quienes propician, para evitar la afectación a estas dos últimas garantías, vedar toda posibilidad de reenvío, es decir que el tribunal de revisión deba tomar una decisión definitiva con los elementos de juicio con los que cuente, circunscripto a los agravios esgrimidos por la recurrente.

Pero, aquí de nuevo, esta última solución conduce a dos problemas distintos. Por un lado, porque si se proscribiera el reenvío se estaría afectando el principio de inmediación en tanto implicaría admitir que jueces distintos a los que presenciaron el debate –es decir, jueces menos o peor informados, pues no presenciaron ni tuvieron posibilidad de valorar directamente la prueba– tomen una determinación concluyente sobre los hechos. Por otro lado, si la decisión es desfavorable al imputado –es decir, que producto de la apelación fiscal la Cámara dicta una condena– se le estaría afectando su derecho al recurso en tanto la primera sentencia condenatoria la estaría dictando el tribunal de alzada. Entonces aparece aquí el mismo problema mencionado al inicio: el condenado no tendrá opción de acudir a una instancia de revisión distinta porque los ordenamientos no las contemplan y el recurso ante la Corte no sirve como resguardo del doble conforme en virtud de su carácter excepcional.

Se advierte así que se trata de una problemática cuya solución exige contemplar distintas aristas vinculadas con las diferentes garantías que se encuentran involucradas.

A continuación, tras un repaso de distintas posiciones doctrinarias respecto de la legitimación recursiva del fiscal y de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el tema, nos proponemos estudiar los distintos principios y garantías en pugna para poder arribar a una conclusión que –adelantamos– permitirá armonizarlos con el reconocimiento recursivo a favor de la acusación.

## **II. Postura que cuestiona la constitucionalidad de la concepción bilateral de los recursos [\[arriba\]](#)**

Dentro de los destacados doctrinarios que abonan esta posición se encuentra el profesor Julio Maier. Al plantear su postura, comienza repasando la interpretación estricta que rige en el sistema de los Estados Unidos de la prohibición de múltiple persecución penal[14], que niega toda posibilidad de apelación de la sentencia absolutoria al fiscal, por más injusto o errado que pueda resultar tal veredicto del jurado[15]. A su juicio, es esa la solución correcta y aplicable a nuestro ordenamiento jurídico procesal[16].

En ese orden de ideas, sostiene que “la existencia del recurso acusatorio contra la sentencia, si bien no es lógicamente imposible, resulta una reglamentación legal

ilusoria en la práctica y, naturalmente, contraria o resistente a la garantía [que prohíbe el doble juzgamiento]”[17], y lo fundamenta en los siguientes motivos:

i) El principio del *ne bis in idem*, en su interpretación más estricta, veda la doble persecución penal, lo que conduce a impedir que el Estado, que provocó un juicio contra una persona ante sus tribunales, pueda evitar la decisión de ese tribunal mediante un recurso que provoque una nueva persecución para alcanzar una condena o una pena más grave[18].

ii) Sostiene además que pertenece a la historia cultural del juicio por jurados no habilitar al Estado la posibilidad recursiva contra la sentencia dictada por el tribunal[19].

iii) El conjunto de garantías procesales constitucionales que resguardan al procesado obligan a negar admitir el recurso acusatorio[20]. Si se reconoce recurso a favor del fiscal, será entonces obligatorio ofrecer al condenado otro recurso para atacar la decisión cuando la alzada dicte una condena, lo que considera prácticamente imposible desde el punto de vista de la organización judicial. Además advierte que la solución conduciría a un infinito recursivo (*regressus in infinitum*) que confirma la imposibilidad práctica de atribuir potestad recursiva al acusador[21].

En la misma línea que Maier se encuentra Patricia Ziffer[22] quien sostiene que una de las consecuencias más significativas del reconocimiento constitucional del derecho del condenado al recurso es que hace imposible admitir la bilateralidad recursiva, pues entiende que aquello es de imposible concreción fáctica[23]. Ello así en tanto que, si la absolución puede ser apelada por el fiscal y en virtud del recurso se dicta una condena, el imputado debe también poder recurrir esta decisión y le corresponde a él la última apelación. Por lo tanto, para poder satisfacer fielmente el mandato constitucional, esta bilateralidad debe quebrarse porque se plantearía una secuencia infinita de recursos de ambas partes.

Además, encuentra fundamento en el principio de preclusión y *ne bis in idem* para justificar la restricción de la potestad recursiva del fiscal y de la querrela[24]. Sostiene que nunca podría admitirse el reenvío provocado por la apelación fiscal porque aquello implica la reedición del juicio frente al tribunal y se estaría obligando al imputado a soportar un nuevo juicio íntegro distinto al que ya soportó respecto del mismo hecho.

En la misma línea de razonamiento –dentro de otros–[25], se enrola Lanzón[26] quien comparte los puntos de vista de los autores ya citados[27] y agrega que en relación a la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a la obligación de los Estados parte de la Convención de investigar, perseguir y castigar las violaciones a los derechos humanos, no puede derivarse la existencia de un imperativo a legislar la posibilidad de recurso fiscal contra las decisiones absolutorias, bajo el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional. Ello en tanto que el imperativo sólo podría sostenerse en litigios en los que se investigue la violación a derechos humanos y no en los que no los comprenda. Por otro lado, entiende que, en todo caso, la potestad recursiva no puede entenderse como un medio adecuado para cumplir el fin que se pretende –castigar las violaciones a derechos humanos– en tanto aquella no asegura que el tribunal revisor vaya a revocar la absolución[28].

### **III. Postura que sostiene la constitucionalidad del recurso acusatorio [\[arriba\]](#)**

En contraposición con la postura que niega la constitucionalidad de la previsión de recurso fiscal contra la sentencia absolutoria, destacada doctrina admite matices según el supuesto que se pueda presentar y coinciden en que, per se, la facultad recursiva del órgano acusador no es inconstitucional.

En este orden, Solimine adopta la interpretación dada por la Corte Interamericana en el caso “Mohamed vs. Argentina”[29]. En base a la doctrina sentada en aquel precedente[30] advierte que las normas y principios contenidos en los pactos internacionales de derechos humanos y los pronunciamientos del órgano de aplicación, permiten sostener que la previsión legal de recurso para el acusador no es irreconciliable con la garantía del ne bis in idem—la que no aparece violada mientras no exista condena firme— y que, además, para el caso de la víctima su regulación es obligatoria en virtud de la garantía de la tutela judicial efectiva[31].

En cuanto al derecho al doble conforme frente a la revocación de una sentencia absolutoria —en virtud del recurso de acusador—, sostiene que el legislador local deberá disponer nuevas medidas a los efectos de adecuarlas al sistema de impugnación que impone el sistema interamericano[32] y, advierte que, mientras tanto, los tribunales intervinientes deberán adoptar prácticas adecuadas habilitando un recurso superador para que se pueda cumplir con la garantía de la doble instancia[33].

En esta misma línea se ubica Cafferata Nores quien, destacando la dificultad de la temática, fundamenta la legitimidad de la regulación del recurso a favor del fiscal en la necesidad que tiene el Estado de cumplir con su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, que encuentra sustento en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 25 de la Convención Americana. En ese orden de ideas, pareciera inclinarse por sostener no sólo que es legítima la facultad recursiva a favor del acusador sino que existe un imperativo convencional de preverlo[34].

En cuanto a la alegada afectación al ne bis in idem, este autor lo rechaza en base a una interpretación literal de la Convención, pues sostiene que aquella garantía funciona frente a la existencia de “sentencia firme” —art. 8.4 CADH—, es decir sólo se activa cuando se dictó una sentencia que era susceptible de recursos y que justamente adquirió firmeza por la no interposición de ninguno o bien por el fracaso de la impugnación. Desde esta inteligencia, ya no se puede entender comprometida la garantía en los casos de reenvío y celebración de un nuevo juicio, pues no se presenta un supuesto de resolución firme.

También Ottaviano pareciera inclinarse por la posición que entiende que la previsión del recurso a favor del fiscal en los ordenamientos procesales no es inocuo ni facultativo para el legislador, sino que está obligado a incorporarlo[35]. Así, explica que la legitimidad del recurso fiscal se funda en su aptitud y necesidad de satisfacer una finalidad importante en una sociedad democrática, esto es “garantizar la tutela penal de los derechos humanos y de los demás bienes indispensables para la vida en común cuando los órganos jurisdiccionales competentes en primer término para ello no han cumplido satisfactoriamente su cometido”[36].

Además, considera que en el ordenamiento vigente no existe ninguna disposición constitucional que haga afirmar que la sola previsión de recurso a favor del fiscal viole el debido proceso. Por último rechaza la posición que entiende que se afecta

el ne bis in idem, puesto que no se compadece con el sentido de la garantía ni con la letra de las convenciones que la receptan[37].

#### **IV. La jurisprudencia de la Corte Suprema. Un repaso crítico de su evolución [\[arriba\]](#)**

La jurisprudencia de nuestro máximo tribunal no arroja mayor claridad a la controvertida cuestión relativa a la legitimidad del recurso acusatorio pues no se ha expedido de manera específica al respecto. Los precedentes de la Corte que se mencionarán a continuación refieren principalmente a la relación que se da entre el recurso acusatorio, las nulidades, la garantía del ne bis in idem y el plazo razonable del proceso. Del análisis evolutivo, advertimos que muchas de estas decisiones han atendido a las circunstancias puntuales de cada caso lo que obstaculiza todo intento de extraer una regla general y precisa al respecto.

En definitiva, lo único que es posible afirmar a partir de este recuento jurisprudencial es que la Corte no se ha inclinado por la declaración de inconstitucionalidad per se de la regulación recursiva a favor del acusador público.

El primer precedente al respecto es el resonado caso “Mattei”[38], que sin dudas es un leading case que marcó de manera considerable el desarrollo de la jurisprudencia en materia de nulidades, plazo razonable y la garantía que proscribe el doble juzgamiento. En aquel —y en lo que aquí interesa— la Cámara de apelaciones, en oportunidad de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia absolutoria, había declarado la nulidad de oficio del juicio retrotrayendo la causa al momento del cierre del sumario.

La Corte Suprema hizo lugar al planteo de la defensa. Consideró que la decisión de Cámara no podía invalidar todo lo actuado en la medida que en el proceso no existió una omisión o vicio de las formas sustanciales del juicio, sino que la nulidad se fundó en la omisión de algunas medidas probatorias que ellos estimaron importantes[39].

Además, argumentó que el principio de progresividad constituye un impedimento para la retrogradación del proceso a etapas que ya han sido superadas puesto que los actos procesales precluyen cuando han sido cumplidos conforme con las formas que establece la ley “salvo supuestos de nulidad”[40]. Asimismo, introdujo el argumento del plazo razonable de duración del proceso como resguardo de la dignidad humana.

En suma, la Corte dejó abierta la posibilidad de retrotraer el proceso fundado en una causal de nulidad[41] y consideró que esa la nulidad procede frente a la existencia de “vicios u omisiones sustanciales”[42].

El caso bajo estudio no dio un claro cierre a la cuestión y el punto neurálgico de esta oscilante e imprecisa jurisprudencia viene dado por la dificultad de definir qué supuestos califican como “vicios sustanciales del proceso” y cuál es la relevancia de esos defectos, es decir, si siempre que se verifiquen debe retrotraerse el proceso hasta esa etapa viciada, o si varía la solución según quien lo reclame[43].

Algunos autores entiendan que la doctrina del precedente “Mattei” fue ciertamente tergiversada o mal interpretada por los tribunales inferiores y también por la misma Corte en precedentes posteriores. Ello al advertir que se han priorizado las formas

procesales por sobre las garantías que las nulidades procesales vienen a proteger[44].

En ese orden cabe mencionar al precedente “Weissbrod” de la Corte[45]. En el caso, la defensa interpuso recurso extraordinario contra la decisión de la cámara que condenó a Weissbrod. Fundaron el recurso en la circunstancia de que en una resolución anterior a la condenatoria, se declaró la nulidad de la sentencia que absolvía al imputado y aquella retrogradación del proceso violaba el derecho de defensa en juicio del imputado. La Corte, en una sentencia dividida, rechazó el recurso ya que entendió que la nulidad declarada no importó la afectación del *ne bis in idem* porque, al ser nula la sentencia, carecía de efectos. Por lo tanto –sostuvo– no puede entenderse que cuando se dicta una nueva sentencia existan dos fallos que juzguen el mismo hecho, pues sólo una de ellas es válida. Admitir el agravio de la defensa en este caso haría perder el sentido de la regulación procesal de las nulidades en tanto que, con este criterio, jamás se podría dictar una condena –luego de haber sido declarada una nulidad– sin lesionarse la garantía que impide el doble juzgamiento por el mismo hecho.

Lo decidido en este precedente merece varias observaciones. Por un lado, no se advierten los motivos que tuvo la mayoría de la Corte para sentar la mencionada doctrina, ya que podría haber obviado pronunciarse sobre la cuestión rechazando el recurso con fundamento en la introducción tardía del agravio, pues la sentencia que dispuso la nulidad no había sido recurrida de manera oportuna. En segundo lugar, la doctrina sentada constituye un claro ejemplo de un caso en el que, con fundamento en las garantías constitucionales que protegen al imputado, se decide en contra de aquel, lo cual resulta sumamente criticable[46]. Ello en tanto que, con invocación del derecho de ser oído (pues la nulidad del decisorio se fundaba en que al tomarse declaración indagatoria se habían omitido algunos de los hechos investigados) se terminó perjudicando al titular de dicha garantía al dejarse sin efecto la absolución retrotrayendo el proceso a una etapa ya precluida. En definitiva, la Corte ha decidido priorizar la preservación del sistema de nulidades que establece el código –norma infraconstitucional– por sobre la garantía constitucional del *ne bis in idem*.

El precedente “Alvarado”[47], del 7 de mayo de 1998, marca el comienzo de una modificación de la doctrina esbozada por la Corte sobre el tema, pero fue sólo un voto minoritario y en disidencia el que adquirió notoriedad. En el caso, el fiscal interpuso recurso extraordinario contra la decisión del Tribunal Oral que declaró la nulidad de lo actuado a partir de la denuncia, y absolvió al imputado. La mayoría de la Corte hizo lugar al planteo de arbitrariedad de la sentencia, dejó sin efecto la sentencia absolutoria y reenvió la causa para que se dicte un nuevo pronunciamiento.

En el voto en disidencia de los jueces Petracchi y Bossert, en primer lugar, pusieron de resalto que el objeto final del recurso interpuesto por el fiscal perseguía la realización de un nuevo juicio, pues, de hacerse lugar a la pretensión, no era posible que esa instancia sustituya la sentencia apelada por otra que decida el fondo sino que no les quedaría otra alternativa más que reenviar para que se realice un nuevo debate[48]. Además, señalan que, en la causa en particular, el juicio fue válidamente desarrollado y la recurrente no cuestionó que esto no haya sido así[49]. Por lo tanto no era posible someter a nuevo juicio a quien ya soportó uno válido cuando es el Ministerio Público quien así lo requiere. No corresponde retrotraer el proceso a etapas ya superadas cuando éstas han sido cumplidas respetando las formas sustanciales que establece la ley (esta última apreciación, en clara referencia a la doctrina sentada en “Mattei”). Además argumentaron que la garantía

del ne bis in idem no sólo impide aplicar una segunda pena por el mismo hecho sino también “la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo ha sido por el mismo hecho”[50]. Por último sostuvieron que, cualquiera sea la forma de interpretar el juicio de reenvío, lo cierto es que para el imputado absuelto aquel constituye un nuevo juicio, prácticamente idéntico al primero, y se pone su honor y libertad nuevamente en riesgo.

El precedente “Polak”[51], es otro de los casos que representó un nuevo avance en la construcción de la doctrina respecto de la armonización entre las nulidades declaradas a instancias de la acusación y la garantía que proscribe el doble juzgamiento.

El caso llegó a la Corte en virtud del recurso extraordinario interpuesto por la defensa, que cuestionaba la decisión del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro que anuló la sentencia absolutoria y el debate. En la causa, el fiscal había requerido la elevación a juicio por el delito de violación a los deberes de funcionario público y durante el debate planteó la incompetencia del tribunal por considerar que la conducta encuadraba en el delito de administración fraudulenta. La juez del juicio desestimó el planteo por entender que el fiscal debió haber ampliado la acusación y absolvió al imputado. Tras el recurso de casación, el Superior Tribunal provincial hizo lugar al planteo y anuló el debate y la sentencia mandando a la celebración de un nuevo juicio oral pero con objeto en el delito de administración fraudulenta[52].

La Corte Suprema –en el voto concurrente[53]– estableció que la cuestión a resolver era determinar si resulta aplicable la doctrina del caso “Mattei”, es decir, si en este caso en particular corresponde retrotraer el proceso penal cuando las distintas etapas fueron cumplidas conforme las reglas esenciales.

En ese orden, advirtieron que el principio de progresividad persigue evitar procesos que se prolonguen en el tiempo y esto hace al debido respeto a la dignidad del hombre.

Luego, agregan una variante o presupuesto adicional a la doctrina sentada en “Mattei” afirmando que la nulidad no procede cuando “además de haberse observado las formas esenciales del juicio, la nulidad declarada no sea consecuencia de la conducta atribuible al procesado”[54]. Finalmente concluyeron que, en el caso, la declaración de nulidad no le era imputable a aquel, pues obedeció a la contradictoria conducta asumida por el fiscal.

La Corte reafirmó que adopta el concepto amplio de la ne bis in idem, es decir no sólo el que impide ser penado por el mismo hecho sino también el que prohíbe el doble sometimiento a un juicio penal[55].

La doctrina que es dable extraer del mencionado precedente restringe sustancialmente la posibilidad de reenvío en caso de recurso fiscal contra una decisión absolutoria, pues sólo pareciera admitirla cuando: i) hay inobservancia de las formas esenciales del juicio y, además, ii) la causa de la declaración de nulidad del debate pueda atribuírsele al imputado.

Lo problemático de esta doctrina sentada por la Corte para aplicarla a casos futuros viene dado por que sigue sin dar mayor precisión sobre cuáles son esas “formas esenciales” del juicio que justifica retrotraer el proceso y reeditar el debate. Por

otro lado, al exigir que, además, el vicio en el proceso le sea imputable al procesado, pareciera restringir notoriamente la posibilidad de reenvío pues, si bien la regla parece clara y aplica una lógica que entendemos correcta, lo cierto es que resulta difícil imaginar supuestos o ejemplos en los cuales la declaración de nulidad de un debate pueda atribuírsele al imputado[56].

Pasaron más de diez años desde la sentencia en “Polak” hasta que la Corte volvió a dar lineamientos respecto de la relación entre el recurso acusatorio y la garantía que veda el doble juzgamiento. Fue en los precedentes “Sandoval”[57] y “Kang”[58].

En el primero de los casos la Corte revocó la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Rio Negro que rechazó un recurso contra la sentencia condenatoria. En la causa, el Tribunal Superior provincial había anulado la sentencia absolutoria y el debate, ordenando el reenvío de la causa para que, con distinta integración se dicte un nuevo pronunciamiento[59]. Tras el reenvío, el tribunal interviniente resolvió condenar a Sandoval y contra esa decisión se alzó la defensa hasta llegar a instancia de la Corte Suprema.

En una sentencia dividida, el voto mayoritario[60] hizo lugar al recurso de la defensa y revocó la sentencia apelada. Para así decidir, entendió que la causa era análoga a los precedentes “Alvarado”[61] y “Olmos”[62], por lo que remitió a la disidencia de Petracchi y Bossert en el primero de los precedentes citados, y al voto del juez Petracchi en el segundo[63]. Por su parte el juez Zaffaroni, si bien también adoptó el temperamento de la mayoría, esgrimió sus propios motivos[64].

En el caso “Kang” la causa llegó a instancias de la Corte, en un primer momento[65], a raíz del recurso interpuesto por la defensa contra la decisión dictada por la Cámara de Casación que anuló la sentencia absolutoria y dispuso el reenvío para que otro tribunal realice un nuevo juicio[66]. La sentencia de Corte dispuso dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido y ordenó a la Cámara que tratara el agravio planteado por la defensa vinculado a la afectación al ne bis in idem. En consecuencia, otra sala de la Casación dictó un nuevo decisorio, hizo lugar a los planteos relativos al ne bis in idem y rechazó los recursos de casación interpuestos por la querrela y el fiscal contra la sentencia absolutoria. Ello así en virtud de la preclusión operada a favor del imputado ya que los errores procesales en los que fundaban la nulidad del juicio habían obedecido exclusivamente a la actuación del Estado. Contra esta decisión se alzó la fiscalía mediante recurso extraordinario.

La Corte, en esta segunda intervención[67], en una sentencia dividida[68], decidió desestimar el recurso con fundamento en que el recurrente omitió refutar el argumento central de la sentencia recurrida y se limitó a plantear una mera discrepancia con la interpretación de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento. Además, remitieron, en lo pertinente, a lo decidido en “Sandoval” en tanto refirieron que la cuestión allí debatida era sustancialmente análoga a la del presente caso.

Según nuestra posición, si bien los últimos precedentes de la Corte arrojaron cierta claridad respecto al alcance amplio que cabe otorgarle a la garantía del ne bis in idem y al abandono de la doctrina del precedente “Weissbrod”, generan serias dudas y dificultades para lograr captar cuál es el temperamento que debe seguirse en casos en los que se recurre la nulidad de una absolución. Ello en tanto que, por un lado, las sentencias analizadas en general vienen compuestas por distintos votos con argumentaciones que no permiten obtener cabal noción de la postura mayoritaria del Máximo Tribunal. Por otro lado, porque la técnica para la solución de las causas

en varios de los casos analizados ha sido la remisión a los resuelto en otros precedentes. La dificultad en la interpretación de tal remisión viene dada porque muchas veces las circunstancias procesales de los casos a los que se remitió presentaban particularidades que impedían asemejarlas, lo cual obsta también extraer una clara doctrina para poder extenderla a otros casos. La remisión a “Sandoval” en el precedente “Kang” y la remisión al caso “Olmos” para resolver “Sandoval”, son buenos ejemplos de esto[69]. Es que, tal como explica Carrió, “demasiados casos, con demasiados fundamentos ofrecidos por los distintos jueces de la Corte a lo largo de los años, conspira gravemente a la hora de intentar poner orden esta compleja materia”[70].

## **V. Las garantías procesales constitucionales y el rol del Ministerio Público Fiscal en el proceso penal [\[arriba\]](#)**

Para poder tomar una posición respecto de la problemática que encierra la admisión del recurso por parte de la acusación, es necesario establecer previamente algunas cuestiones que hacen al sentido del poder punitivo monopolizado en el Estado, a la función que se le ha otorgado al ministerio público como titular de la acción penal, el interés de las víctimas en la consecución de la verdad y al rol que ocupan la garantías penales dentro del proceso.

De antemano advertimos que corresponde descartar cualquier interpretación que se incline por priorizar pura y exclusivamente alguno de los intereses en juego en completo detrimento del otro, creemos posible arribar una solución armoniosa y es eso lo que nos proponemos[71]. Ello sin perjuicio de reconocer la preponderancia que cabe otorgarle a las garantías procesales por sobre el derecho a la verdad de la víctima y la paz y seguridad social que persigue el Estado, a través del Ministerio Público Fiscal, dada la posición manifiestamente desventajosa en la que se encuentra el penalmente inculpaado dentro del proceso, teniendo en consideración los amplios poderes y recursos con los que cuenta el Estado para llevar adelante la acción[72].

En este orden de ideas, en la toma de posición sobre el alcance de las garantías constitucionales en el proceso penal, debe tenerse en consideración la finalidad que persigue el derecho penal a la luz de los principios que lo legitiman[73]. Estos son los que Yacobucci denomina como “principio de bien común político” y “principio de la dignidad de la persona humana”. Se trata de dos principios que no admiten una interpretación independiente, aislada, sino que aparecen interconectados, pues la dignidad humana está implicada en la noción de bien común político, aunque ello no quiere decir que se armonicen de manera espontánea y natural, sino que le corresponde al poder judicial definirlo atendiendo a esa finalidad[74].

El principio de bien común político tiene por objeto realizar, resguardar y reforzar los fines básicos que hacen a la convivencia en sociedad, es decir, garantizar la paz, la seguridad y la justicia. Por lo tanto, constituye la regla primera de convivencia política toda vez que “busca disponer adecuada y justamente las relaciones entre la libertad de los ciudadanos y los fines comunes que deben realizarse y resguardarse dentro de su ejercicio”[75]. Para conseguir este objetivo, surge la necesidad inevitable de limitar derechos. Ello en tanto en un estado de derecho democrático, poderes y libertades aparecen como contracasas de una misma moneda, es decir, a mayores poderes delegados a favor del Estado, se reduce la esfera de libertad y viceversa.

Entonces frente a esta necesidad de limitar derechos, el otro de los principios que legitima el poder punitivo estatal viene a equilibrar esta restricción, la que deberá estar guiada por los principios de proporcionalidad, necesidad y eficacia[76]. Es que, tal como dijo la Corte, “si los derechos individuales no son absolutos y sí susceptibles de razonable reglamentación legislativa –basada en el respeto y amparo de los derechos de los demás– a fin de salvaguardar el orden y la seguridad de la comunidad y de las instituciones que constituyen la estructura fundamental del Estado al servicio del bien común, fuera del cual el goce y garantía de aquellos derechos se tornan ilusorios o no hallan plena satisfacción (Fallos, 296:372), con mayor razón tales derechos han de integrarse en su ejercicio en el todo armónico de las cláusulas constitucionales a fin de lograr, sin desmedro sustancial de ninguna, el adecuado equilibrio que reclaman en un estado de derecho las ordenadas exigencias de la justicia, tanto en las relaciones de la comunidad hacia sus miembros como en las de estos con aquella”[77].

#### *V.1. El sentido de la potestad encomendada al Ministerio Público Fiscal: el interés general subyacente*

El Ministerio Público Fiscal junto con el Poder Judicial son los dos órganos a los que se les asignó el ejercicio del poder punitivo concentrado y monopolizado en el Estado.

Históricamente, la aparición del Fiscal en el proceso penal se produjo para instrumentar la necesaria separación entre órgano acusador y órgano juzgador, de acuerdo con el sistema acusatorio[78]. Ello a los fines de equiparar el desequilibrio evidente entre los medios con los que cuenta el Estado para iniciar una investigación penal y los que tiene el imputado para soportarla. En ese orden, lo que se persigue es tratar de emular, en la medida de lo posible, un proceso adversarial entre partes[79]. Es decir, se trata de un esquema procesal que persigue garantizar la imparcialidad de los jueces, por lo que su regla principal de funcionamiento consiste en que el triunfo del interés de una de las partes por sobre la otra sea principalmente responsabilidad de quienes representan en el proceso estos intereses –ya sea el fiscal o querrela, o el imputado– y el tribunal interviniente tendrá por función, por un lado, garantizar que estos tengan iguales posibilidades en el proceso y, por el otro, decidir la imposición de una pena o la absolución sobre la base de lo expuesto y probado por el acusador y el acusado[80]. En otras palabras el tribunal no podrá procurarse unilateralmente las pruebas en las que funde su convicción sino que aquella debe provenir de la dialéctica argumentativa y probatoria de las partes[81].

Una de las funciones primordiales que se le atribuye al Ministerio Público es el control de legalidad. El principio de legalidad que rige la actuación del Ministerio Público Fiscal sirve como una forma de control de su actuación y lo obliga a perseguir todos los actos criminales[82]. Este principio opera como una suerte de garantía del derecho a la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal[83]. Por lo tanto, la aplicación de la ley penal no puede quedar subordinada a determinaciones extranormativas pues el principio de legalidad implica necesariamente la obligación de ejercer la acción toda vez que se presenten circunstancias que puedan subsumirse en alguna de las descripciones típicas que prevé el código[84].

La función del Ministerio Público Fiscal, a diferencia del derecho que le asiste a la víctima, se trata entonces no sólo de una potestad, sino también de un deber que deriva de la especial misión que le asigna el ordenamiento jurídico. El fundamento

de su actuación reside en la defensa de la sociedad, de la víctima y de la legalidad frente a la comisión de una conducta delictiva[85].

En este mismo orden de ideas, la Corte IDH al resolver el caso “Velásquez Rodríguez”, condenó a Honduras —en lo que aquí interesa— por incumplir con la obligación internacional de investigar un hecho delictivo en virtud del cual la víctima fue privada de su libertad física sin fundamento legal y desaparecida. Para así decidirlo la Corte entendió que el Estado estaba obligado a investigar toda violación a los derechos que protege la Convención y “si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”[86]. Asimismo respecto del alcance de la obligación de investigar, la Corte IDH reconoce que aquella es una obligación de medios y no debe entenderse incumplida por la circunstancia de no obtener resultados. Además refiere que esta obligación debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares[87].

De lo expuesto, interesa resaltar que, detrás de la actuación del Ministerio Público Fiscal subyacen dos intereses fundamentales y de máxima jerarquía dentro del ordenamiento jurídico: la vigencia del principio de igualdad ante la ley y la satisfacción del derecho a la seguridad pública de los habitantes de la comunidad.

Por otra parte, no debe soslayarse que, en rigor, el Ministerio Público no es verdadera parte del proceso pues no actúa en ejercicio de un interés subjetivo propio ni tampoco del Estado en la aplicación de la ley penal, sino que se trata de un órgano cuyo interés reside en la correcta actuación de la ley penal. En ese orden, cuando el fiscal actúa, persigue tanto la imputación de un hecho y aplicación de una consecuencia jurídica, como la protección del imputado[88].

Al respecto, es frecuente la referencia a que uno de los cometidos de la acusación pública dentro del proceso es la satisfacción del interés común de justicia y que aquel no siempre es contrario al interés del acusado. Sin embargo, afirmar que aquel sólo representa un interés de justicia es un eufemismo que encubre el innegable enfrentamiento de intereses contrapuestos que en el esquema acusatorio existe entre acusación y defensa[89]. Es dable reparar que llevado a un extremo podría verificarse una clara incompatibilidad entre esta función de perseguir el interés común de justicia y el rol dentro del proceso de representar el interés en la acusación y sanción de la conducta contraria a la ley penal[90].

Por lo tanto, la contraposición de intereses es inherente al proceso penal acusatorio y no se desvanece por el argumento de que el fiscal persigue también un interés de justicia y que éste no siempre es contrario al acusado, así como tampoco se ve afectado porque en algunos casos el mismo acusado pueda consentir sin ninguna resistencia la acusación fiscal. Ello así en tanto se tratan de supuestos bastante infrecuentes, que constituyen solo una excepción a la resistencia que por lo general las partes presentan en la mayoría de los casos[91].

Finalmente, es necesario tener presente que, tal como se explicará en los siguientes acápite, el ejercicio de esta potestad del fiscal tiene una limitación insoslayable consistente en el respeto a las garantías que resguardan derechos fundamentales de quienes se encuentran sometidos a proceso penal.

## *V.2. La función del Ministerio Público Fiscal y el bien común político*

A la luz de lo expuesto hasta aquí, cabe advertir que la función que se le encomienda ejercer al ministerio público fiscal tiene directa relación con la satisfacción del principio del bien común político. Por eso, desde esta inteligencia, consideramos desacertada la posición que niega per se la constitucionalidad de las previsiones contenidas en los códigos procesales que habilitan al fiscal a recurrir la sentencia absolutoria[92]. Ello, en tanto que en la armonización de los principios del bien común político y la dignidad humana corresponde descartar cualquier interpretación que niegue completamente la vigencia de alguno de ellos siempre que, como ocurre en el caso, puede encontrarse una solución distinta que los concilie[93].

El problema de la búsqueda de equilibrio entre la necesidad de condenar a quien es culpable y la protección del inocente es una cuestión permanentemente discutida. Lo que sí resulta claro es que ninguno de los dos extremos (orientar el proceso penal exclusivamente a proteger al inocente y asumir que los culpables no sean penados, u orientarlo principalmente al castigo del culpable aún asumiendo la posibilidad de castigar a un inocente) conducen a una solución razonable[94].

Cuando el fiscal recurre la sentencia absolutoria, persigue obtener una sentencia de condena. Su agravio para recurrir no es personal del agente fiscal, sino de los intereses que aquel representa dentro del proceso penal. Es decir, actúa en nombre propio en representación los derechos de la sociedad toda. Lo que persigue es reafirmar la potestad penal del Estado frente a decisiones que la limitan de manera contraria a Derecho[95]. Esta concepción parte de una previa toma de posición que reconoce la potestad punitiva monopolizada en el Estado como algo legítimo, justificado y necesario[96], en tanto constituye una herramienta que tutela principios e intereses fundamentales para la vida en comunidad. Si así no se entendiera, es decir, si se negara la legitimidad estatal para el uso de la fuerza, la discusión o la problemática aquí planteada no hubiera merecido mayor desarrollo.

En definitiva, la trascendencia de los principios en tensión conduce a que, frente a un supuesto de aparente colisión, corresponda agudizar los esfuerzos por encontrar una solución a la problemática que se presenta sin soslayar ninguno de manera absoluta[97].

Desde esta atalaya, creemos que sólo corresponderá vedar toda vía recursiva si se verificara que aquella conculca derechos fundamentales y no existiera otra solución posible para evitar este cercenamiento más que negar esa potestad. Pero, en la medida que, tal como se verá a continuación, existen soluciones conciliatorias de los intereses en pugna, descartamos la posición extrema que entiende que los instrumentos internacionales vedan toda posibilidad de otorgarle facultad recursiva al fiscal.

Sin perjuicio de lo expuesto, tampoco consideramos que exista un imperativo constitucional que obligue a prever la vía recursiva a favor del fiscal. El sistema interamericano de derechos humanos, así como los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, plantean deberes y obligaciones a los Estados Partes y la consecución de objetivos tendientes a resguardar los derechos humanos, pero no define los medios para su consecución. Entonces la previsión legal de potestad recursiva del fiscal contra la sentencia absolutoria no puede colegirse como

obligatoria[98], pues nada obsta a que el Estado arbitre otros medios idóneos para la consecución de esta misma finalidad.

Por lo demás, de no preverse recurso alguno podría hasta derivarse un saludable efecto consistente en servir de motivación para los fiscales y jueces para que en el cumplimiento de sus funciones sean diligentes y fieles a las normas que regulan su actuación, pues la consecuencia de su inobservancia será la impunidad y, eventualmente, una sanción disciplinaria por mal desempeño de las funciones encomendadas[99].

## **VI. Las garantías constitucionales en tensión con el reconocimiento de la potestad recursiva a favor de la acusación [\[arriba\]](#)**

En contraposición y a modo de límite, es dable advertir que, si bien el fin del proceso penal es obtener o alcanzar la verdad histórica y recomponer la paz y seguridad social (y el fiscal tiene un papel preponderante en el cumplimiento de esos cometidos), aquel se encuentra subordinado al cabal respeto de la dignidad humana. Este límite impide toda forma de coacción del imputado mediante métodos indignos. Ello así en tanto no se trata de alcanzar la verdad a cualquier precio sino que el poder punitivo estatal sólo estará legitimado en un Estado democrático de derecho si se realiza velando por el debido respeto de las garantías y derechos individuales.[100].

En otras palabras, la persecución de la seguridad pública puede a veces no alcanzarse o frustrarse si algunos de los derechos o garantías que resguardan al ciudadano ha sido violentado. Ello pues, en última instancia, prevalecen el resguardo y protección del particular frente a la reacción punitiva del Estado cuando la pugna entre estos dos intereses aparece como inconciliable[101].

A la luz del postulado expuesto es que corresponde analizar la potestad recursiva de la acusación y las garantías procesales constitucionales que resguardan al imputado en un proceso. Entonces en esta pugna de intereses (del fiscal, sintetizado en la legalidad y seguridad social; el del querellante o víctima, la tutela judicial efectiva; y del imputado, el debido proceso, ne bis in idem, doble conforme y plazo razonable) consideramos que no corresponde negar completamente la validez constitucional del recurso acusatorio toda vez que no se verifica una incompatibilidad irreconciliable entre los intereses en pugna[102].

### *VI.1. El recurso acusatorio y el resguardo de la garantía del doble conforme*

Parte de la doctrina que niega la validez constitucional del recurso contra la decisión absolutoria sostiene que, de admitirse, se estaría afectando la garantía del recurso contra la sentencia condenatoria. Ello así, dado que, si la condena es dictada por el tribunal revisor ya no quedarán instancias superiores que permitan al condenado recurrir la sentencia dictada por primera vez por el tribunal revisor.

Si bien una situación como la descrita (imposibilidad de recurso frente a la primera sentencia condenatoria dictada por el tribunal de alzada) resulta inadmisibles e inconstitucional, antes de arribar a semejante conclusión corresponde verificar si el ordenamiento jurídico admite una solución distinta para esta problemática, que concilie los intereses en pugna.

Una posible alternativa armonizadora podría consistir en propiciar que el tribunal de revisión de la sentencia absolutoria opte en todos los casos por lo que la doctrina denomina como “casación negativa”, es decir, que defina la doctrina aplicable al caso y siempre reenvíe para que sean los jueces del juicio quienes dicten una nueva decisión de conformidad con dicha doctrina. De esta manera, el tribunal de alzada evitará que la primera sentencia de condena provenga del tribunal de revisión y, además, si aquella resultara de la sentencia de reenvío —es decir la que dicte nuevamente el tribunal de juicio— el condenado aún contará con la vía recursiva ante el tribunal de revisión.

Sin embargo, la solución descrita no resulta del todo satisfactoria desde una doble perspectiva. Por un lado, en tanto muchas veces la sentencia que reenvía podría mandar a que el tribunal de debate realice un nuevo juicio (tal como ocurriría, por ejemplo, si la alzada advirtiera una causal de nulidad absoluta producida durante el juicio que obligue a su reedición) y esta circunstancia entraría directamente en pugna con la garantía del *ne bis in idem*. Tal como veremos más adelante, el alcance que le ha asignado la doctrina mayoritaria a esa garantía —a la que suscribimos— no sólo veda el inicio de un nuevo proceso por el mismo hecho que ya ha sido juzgado por sentencia firme, sino el sometimiento a nuevo juicio —aún en el marco de un mismo proceso—.

Por otro lado, la solución del reenvío podría colisionar—según cada caso— con la garantía del plazo razonable conforme lo advirtiera la Corte en el precedente “Mattei”[103].

Otra alternativa conciliadora, que entendemos la más adecuada, es prever la posibilidad de un recurso amplio contra la sentencia del tribunal de revisión que impone la condena, ante una sala distinta (con jueces distintos) del tribunal que la dictó. Esta es la solución que contempla el art. 290 del Código Procesal Penal de la CABA[104] y también la postulada de manera pretoriana por la Corte Suprema en los casos “Duarte”[105], “Chaban”[106], “Chambla”[107], entre otros[108].

En esta misma inteligencia, el legislador Nacional ha optado por una solución similar a la aquí resuelta al dictar el nuevo Código Procesal Penal de la Nación —aún no en vigor—, aprobado mediante Ley N° 27.063. Pues el art. 316 dispone que en los casos en que, tras una impugnación promovida por el fiscal o la querrela, los jueces con funciones de revisión tomaran una decisión adversa al imputado, éste podrá solicitar su revisión ante otros tres jueces[109].

## *VI.2. La garantía del plazo razonable del proceso*

La garantía del plazo razonable del proceso es la herramienta que resguarda el derecho que posee toda persona a ser juzgada de forma oportuna y no quedar sometida a proceso indefinidamente. Es decir, persigue ponerle un coto temporal a la potestad estatal de perseguir y juzgar a quienes presuntamente podrían haber cometido un ilícito, de modo de evitar un exceso en el estado de incertidumbre y de sospecha que supone la acusación de un delito[110]. Dado su reconocimiento expreso en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tiene jerarquía constitucional[111]. De todos modos, ya antes de su potivización la Corte la reconoció con igual jerarquía por entender que el derecho a obtener un pronunciamiento en un tiempo útil se desprendía del debido proceso y de la dignidad humana[112].

Respecto del modo de valorar la duración razonable de un proceso penal, la Corte tiene dicho desde antaño que no resulta posible la determinación precisa y en abstracto de cuándo debe entenderse que el plazo es razonable, ni tampoco es posible establecerlo refiriendo a un dato temporal concreto a partir del cual pueda considerarse excesivo el plazo transcurrido, sino que el análisis corresponde en cada caso en concreto atendiendo a las particularidades propias de la causa en la que se analice esta garantía[113].

Parte de la doctrina que cuestiona la constitucionalidad del recurso acusatorio contra la sentencia absolutoria alega que, entre otros motivos, aquello resulta contrario a la garantía del plazo razonable de duración del proceso. Ello en tanto que si se admite que producto de tal recurso sea posible declarar la nulidad del juicio y reenviar el expediente para la realización de un nuevo debate, la consecuencia necesaria será una mayor extensión temporal del sometimiento del imputado al proceso y ello podría exceder los límites de lo razonable[114].

Al respecto, por un lado, consideramos que la doctrina de la Corte ya reseñada relativa a la imposibilidad de medir la duración razonable del proceso en un número concreto de días, meses o años (en tanto que corresponde atender a las circunstancias de cada caso en particular) impide afirmar que, por sí mismo y en abstracto, el recurso acusatorio contra la sentencia absolutoria implique en todos los casos una afectación al plazo razonable. Justamente, la Corte se abstuvo de tomar una posición en abstracto que pueda extenderse a todos los casos[115]. Es decir, la activación de esta garantía a favor de los procesados dependerá del trámite seguido en cada proceso en particular y de las circunstancias propias del mismo. No resulta posible establecer a priori un sistema procesal que en todos los casos respete la garantía de duración razonable del proceso, en tanto escapa del plano de lo normativo y depende de la diligencia de los operadores jurídicos que intervienen en el proceso en concreto.

Por otra parte, respecto de esta confrontación entre la garantía del plazo razonable y el recurso acusatorio, proponemos limitar al máximo la posibilidad de reenvío a los fines de que se realice un nuevo juicio (pues, tal como se expondrá aquello contradice la garantía del *ne bis in idem*), por lo que pierde sentido el cuestionamiento respecto de la irrazonabilidad en abstracto de duración del proceso.

Por último, interesa resaltar que la garantía del plazo razonable como herramienta de contención de la potestad punitiva estatal contribuye, en esta puja de intereses encontrados propia de todo proceso penal, a lograr un sano equilibrio en la interpretación armónica entre ésta y el sistema bilateral de recurso. En efecto pone un coto a una preocupación reiterada de la doctrina más crítica de la previsión del recurso acusatorio en relación al riesgo del regreso *ad in finitum*, es decir a la sucesión recursiva interminable frente a la decisión adversa a la posición de alguno de los legitimados para recurrir. Ello así en tanto esta garantía opera como un límite claro frente a dicha circunstancia que, en última instancia, obligará a dictar la absolución del imputado[116].

Esta solución nos resulta satisfactoria dado que, si bien es cierto que el fiscal persigue intereses de la comunidad toda, es razonable y lógico que si quien cuenta con una posición más ventajosa en el proceso no logra obtener una condena, se priorice a la libertad del imputado por sobre ese interés de la sociedad. Por lo

demás, la aplicación de los principios de inocencia y pro homine —en su faz interpretativa[117]— justifican también esta inteligencia.

### *VI.3. La garantía del ne bis in idem*

La garantía del ne bis in idem—en su concepción amplia— en algunos casos puede verse conculcada frente al reconocimiento de la potestad recursiva de la acusación. Por lo tanto, encontrar una interpretación conciliatoria del recurso acusatorio y la garantía en cuestión requiere de un mayor esfuerzo interpretativo del sistema recursivo e incluso pareciera sugerir la conveniencia de reformarlo en aras de lograr un mejor resguardo de la garantía que prohíbe la doble persecución. En este sentido, la última reforma al suspendido Código Procesal Penal de la Nación (Ley N° 27.063), aprobada en abril del 2018 por la Cámara de Senadores, pareciera receptar una posición que en gran medida se condice con la que aquí se propone, en tanto modifica el art. 317 y directamente dispone la prohibición del reenvío pues establece que “los jueces deberán resolver sin reenvío”[118].

Cuando referimos a la concepción amplia de la garantía del ne bis in idem significa que consideramos que el alcance que corresponde atribuir a la misma es el siguiente: la prohibición de perseguir más de una vez no se agota en impedir dos o más condenas contra una persona para un solo hecho punible, sino que además se extiende a la necesidad de evitar que una persona sufra, por el mismo hecho, más de una persecución penal y, en particular, más de un juicio oral y público[119].

En ese orden de ideas, entendemos quede la garantía en cuestión se deriva que ninguna persona podrá ser sometida a un nuevo juicio (entendido como la etapa de debate propia de todo proceso penal oral y público) por un mismo hecho delictivo, no sólo cuando ya se hubiera dictado sentencia firme a su respecto sino también cuando no obstante no haberse dictado sentencia firme, ya se hubiera celebrado y finalizado la etapa de juicio oral[120].

Esta concepción de la garantía es distinta de la adoptada por autores como Solimine[121], Caferata Nores[122] y Ottaviano[123], pues ellos no consideran que la misma proscriba la realización de un nuevo juicio o debate oral cuando este ya se llevó a cabo, sino que entienden que el ne bis in idem sólo se vería afectado cuando existiendo sentencia firme se inicie un nuevo juicio contra la misma persona y sobre los mismos hechos.

La tensión que se verifica entre la garantía que prohíbe la doble persecución penal y admitir el recurso fiscal contra la sentencia absolutoria (es decir, la que se dicta luego del debate) nace, en particular, en los casos en los que la instancia de revisión decide la nulidad de todo lo actuado durante el debate y aplica el mecanismo del reenvío a los fines de que se realice un nuevo juicio[124]. Ello así, en tanto que, cuando se revoca la absolución y además se manda a que el tribunal de juicio realice un nuevo debate y dicte nueva sentencia, se estará sometiendo al encausado a un nuevo juzgamiento por el mismo hecho delictivo que se le imputa. Por lo tanto se verifica que, en estas circunstancias, el sistema recursivo podría considerarse inmerso en una pugna inconciliable con la garantía constitucional que prohíbe el doble juzgamiento[125].

Sin embargo, no lo consideramos argumento suficiente para negar per se la constitucionalidad del recurso a favor de la acusación. Es dable recordar que la previsión legal que le otorga facultades recursivas al fiscal para cuestionar una

decisión que termina definitivamente el proceso y que concluye en la falta de responsabilidad penal del encausado, no es caprichosa sino que responde al interés de la comunidad y de la víctima. Por lo tanto, previo a considerar que deba vedarse por completo la potestad recursiva de la acusación a los fines de armonizarla con las garantías del imputado, corresponde agotar los esfuerzos por armonizar los intereses en pugna, pues consideramos que es posible encontrar una solución conciliadora.

En suma, reconocemos que esta potestad recursiva necesariamente implica mayor riesgo de condena para la persona sometida a proceso, pues la decisión no adquiere firmeza hasta tanto el tribunal revisor resuelva. También resulta innegable que aquello implica una prolongación de la duración del proceso. Sin embargo, estas circunstancias no resultan por sí mismas argumento suficiente como para descartar toda vía recursiva posible frente a una absolución ni para considerarla inconstitucional[126].

Entonces, entendemos que suprimir completamente la potestad recursiva sería una solución extrema e innecesaria. En primer lugar, porque hay otros principios que compensan posibles afectaciones a los derechos del encausado, como la garantía del plazo razonable. Esta última garantía persigue justamente limitar el tiempo de permanencia del riesgo de condena. En segundo lugar, porque la interpretación del mecanismo de reenvío que propondremos en este trabajo armoniza adecuadamente con las garantías procesales involucradas.

## **VII. Nuestra propuesta conciliadora de las garantías en pugna: reenvío limitado [\[arriba\]](#)**

Desde hace un tiempo Daniel Pastor viene advirtiendo sobre la necesidad de encontrar una solución a la problemática constitucional que se deriva del sistema de reenvío. Por eso el propone vedar completamente la posibilidad de reenvío y sugiere habilitar una instancia probatoria en la alzada de modo de no menoscabar el principio de inmediación. Así explica que la sentencia del tribunal revisor debe ser entendida como “sentencia integradora compleja”: los aspectos que no hubiera cuestionado el recurrente quedan fijos, invariables, y el tribunal revisor deberá analizarlos junto con la nueva valoración integradora que realice de la prueba que se producirá en segunda instancia. Con el recurso se abría una instancia de producción probatoria parcial ante el tribunal del recurso[127].

Según esta propuesta entonces, ya no estaríamos hablando de una mera revisión de la decisión de otro tribunal sino de una nueva producción probatoria.

Aquella solución resuelve en gran medida la problemática derivada de la admisión del juicio de reenvío y la hace compatible con los principios de duración razonable del proceso y ne bis in idem. Se trata de una propuesta de lege ferenda en tanto en la mayoría de los códigos procesales no se prevé esta instancia probatoria en la alzada.

Sin embargo, nos proponemos encontrar una solución alternativa, teniendo en cuenta la regulación procesal vigente en materia de recursos y el debido resguardo los distintos intereses y garantías en tensión cuando se le reconoce legitimación recursiva a la acusación.

Ello en tanto además advertimos que la solución propiciada por Pastor se aparta de la doctrina de la Corte en “Casal” pues el principio de inmediación ya no aparecerá

como límite de lo revisable (cabe recordar que el trabajo en el que Pastor desarrolló la propuesta es anterior a aquel precedente de la Corte). Pues con la reproducción en la alzada de las declaraciones testimoniales, se perderá mucha de la información que provee la primera declaración en juicio. Es decir se perdería toda posibilidad de análisis de la reacción del testigo frente a las preguntas que se formulen pues aquel ya habrá atravesado por esa misma situación y podrá desenvolverse con mayor naturalidad, prever las preguntas y tener estructuradas las respuestas, quitándole así la espontaneidad propia de la primera declaración.

Otro escollo a sortear derivado de la propuesta del mencionado autor vendrá dado por el debido resguardo de las víctimas en la medida que esta nueva declaración implica, en muchas ocasiones, una manera de revictimización.

Por último creemos que esta solución podría también llevar a extender en forma desmedida los plazos de los procesos penales toda vez que, si producto de la revisión se dispone una condena, el condenado tendrá derecho a una revisión de lo decidido y a una nueva apertura parcial a prueba en la etapa de apelación. Podría entonces producirse un efecto no deseado por el ordenamiento procesal, en virtud de los distintos intereses en pugna (bien común político y dignidad humana) y que queden impunes la mayoría de las encausados por aplicación de la garantía del plazo razonable.

Por nuestra parte, partimos de la misma premisa que Pastor, en tanto entendemos que si el recurso acusatorio contra la sentencia absolutoria es admitido por la alzada y, en consecuencia, se ordena la realización de un nuevo debate –casación negativa–, este reenvío y el nuevo juicio contradicen la garantía del ne bis in idem y por lo tanto resulta inconstitucional. Ello así en tanto, tal como quedó sentado, nos inclinamos por adoptar la interpretación amplia de la garantía que proscribe la doble persecución[128].

Ahora bien, lo expuesto no significa que consideremos entonces que deba suprimirse de los códigos procesales toda posibilidad de reenvío por parte del tribunal de revisión. Pues, a diferencia del mencionado autor, creemos que la herramienta del reenvío en algunos casos es legítima y necesaria. Es decir, admitimos la posibilidad del reenvío pero no siempre, sino en determinados supuestos y con alcance limitado.

Nuestra propuesta pretende encontrar una solución que admita reconocer potestad recursiva de la acusación, sin menoscabar el principio de inmediación ni el ne bis in idem.

En suma, consideramos entonces que frente al recurso acusatorio contra la sentencia absolutoria, el tribunal de alzada o de revisión, dependiendo de las circunstancias puntuales de cada caso, tendrá las siguientes alternativas de actuación—siempre que no decida confirmar la sentencia apelada—:

i) Si se presentan las condiciones para ejercer su jurisdicción positiva el tribunal podrá revocar la absolución y dictar la condena. En este caso corresponderá el reenvío al solo efecto de que el tribunal de juicio fije el monto de la pena[129].

Respecto de la manera de definir si se dan las “condiciones para ejercer la jurisdicción positiva” dependerá específicamente de cada caso en particular. En líneas generales entendemos que aquellas se presentan siempre que los hechos delictivos probados en juicio no estén controvertidos y se hubiera resguardado el

derecho de defensa[130]. Lo que debe estar en discusión ante la alzada es la aplicación del derecho al caso tal cual ha quedado demostrado en la audiencia de debate.

La Cámara deberá también tener presente los límites que impone la inmediación, entendida como principio que resguarda al imputado y no podrá forzar una casación positiva en desmedro de esos límites.

En definitiva, este supuesto sólo se activa cuando el tribunal revisor realice una valoración jurídica distinta respecto de lo decidido por el tribunal de juicio, que se asienta sobre los hechos ya fijados respecto de los cuales el imputado tuvo oportunidad de defenderse. La Cámara viene entonces a reemplazar a aquella primera decisión.

ii) Si no estuvieran dadas las condiciones para ejercer su competencia positiva — porque la decisión requiere una valoración de las pruebas producidas en el debate que hacen conveniente, en virtud del principio de inmediación, que sean los mismos jueces de juicio quienes se vuelvan a expedir[131]— pero la Cámara advirtiera un vicio en el desarrollo y fundamentación de la sentencia absolutoria, podrá expedirse marcando las imprecisiones o defectos en la logicidad del acto jurisdiccional y reenviar para que el tribunal del juicio dicte una nueva sentencia —atendiendo a las objeciones lógicas indicada, siempre a la luz de los hechos ya probados durante el juicio—.

Entonces la regla es que la alzada no podrá revisar la prueba producida en el juicio. Sin embargo, sí tendrá plena competencia para valorar la información brindada por los distintos testigos, a los fines de revisar la logicidad de la secuencia argumental y la coherencia de la sentencia recurrida y reenviar para su corrección[132].

Por lo tanto, como consecuencia del reenvío, el tribunal que intervino en el debate deberá dictar un nuevo resolutorio ajustado a los defectos indicados pero siempre con los elementos de juicio con los que cuente. Ahora bien, si aún con las correcciones que señala la alzada, los elementos de cargo resultaran —a criterio de ese tribunal—insuficientes para alcanzar el grado de certeza que se exige para dictar una sentencia penal condenatoria, no podrá más que volver a dictar la absolucón.

iii) Por último, si no estuvieran dadas las condiciones para ejercer la casación positiva y la Cámara advirtiera la existencia de vicios sustanciales en el desarrollo del juicio que sólo puedan ser subsanados mediante la realización de un nuevo juicio —ya sea porque se afectaron reglas elementales que gobiernan el desarrollo del proceso o se afectaron garantías constitucionales del imputado— la Cámara no podrá más que confirmar la absolucón[133]. Ello pues, tal como lo expusieramos anteriormente, el nuevo juicio producto de un reenvío no puede ser opción pues resulta contrario a la garantía del ne bis in idem.

Si el vicio en el desarrollo del juicio le resultara imputable al encausado —conforme el supuesto que señaló la Corte en “Polak”[134]—sin perjuicio que ya advertimos que resulta difícil imaginar un supuesto semejante— consideramos que tampoco en estos casos corresponderá el reenvío para la celebración de un nuevo debate —en este punto, nos apartamos de la doctrina que pareciera desprenderse de la jurisprudencia de la Corte que ya fuera reseñada—. Los jueces cuentan con facultades ordenatorias suficientes para velar por el normal y correcto desarrollo del juicio. Si aquellos no advirtieran y corrigieran de manera oportuna alguna inconducta del imputado,

consideramos que precluye la posibilidad de retrotraer el proceso a esa instancia. Por lo tanto, una verificación tardía de alguna causal de nulidad en ningún caso justifica la realización de un nuevo debate. Consideramos que, en estos supuestos, los fines legítimos que persigue el acusador y que interesan a la comunidad toda, deben ceder frente a las garantías del particular cuando afectan su contenido esencial[135].

#### Notas [\[arriba\]](#)

[1] También el nuevo Código Procesal Penal de la Nación –aún no en vigencia en virtud de lo dispuesto en el DNU 257/2015–, aprobado mediante Ley N° 27.063, en el art. 308 regula los casos en los que el Ministerio Público Fiscal podrá impugnar decisiones judiciales, en los que menciona a las sentencias que disponen el sobreseimiento y las que deciden la absolución.

[2] Cnf. Marcelo Solimine, “El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva. Derivaciones de los estándares fijados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y de las garantías de “tutela judicial efectiva” y “doble instancia”, LA LEY 2005–A, pág. 1375.

[3] En ese orden, aquellos se rigen por el principio de sujeción positiva a la normas, es decir, sólo pueden hacer aquello que las normas expresamente los autorizan a hacer.

[4] Cnf. CSJN, Fallos 320:2145 (1997).

[5] En el caso resolvió que “de la conjunción de ambas normas [de la CADH y del PDCyP] surge que la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho”. Además, aclaró que en la medida que la reforma de 1994 consagró expresamente el derecho del inculpado a la doble instancia, entonces “es voluntad del constituyente rodear a este sujeto de mayores garantías sin que sea posible concluir que esta diferencia vulnere la Carta Magna, pues es una norma con jerarquía constitucional la que dispone tal tratamiento” (CSJN, “Arce”, Fallos 320:2145 –1997–). Esta doctrina fue reiterada en CSJN, “Gorriarán Merlo”, Fallos 322:2488 (1999).

[6] CSJN, “Arce”, Fallos 320:2145 (1997).

[7] José I. Cafferata Nores, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

[8] En este sentido señala Solimine que “no es novedad que la idea predominante nos sitúa hoy frente a un verdadero “resurgimiento” de la intervención de la víctima en el proceso penal, devolviéndole en buena medida su participación en la resolución del conflicto, que en términos ya acuñados, le había sido ´expropiado´. Marcelo Solimine, “El derecho fundamental...”, op. cit. Sobre la problemática que encierra la cuestión, cnf. Carlos A. Chiara Díaz, Francisco Castex, Miguel A. Almeyra, “Cuestiones conflictivas del proceso penal - actuación del querellante - Garantía del doble conforme - Elevación a juicio e intervención del juez de instrucción”, La Ley 2012–F, 782.

[9] Pues el alcance de esta potestad que tiene la víctima no implica reconocer un derecho a obtener un pronunciamiento que ejercite efectivamente el ius puniendi estatal, es decir no hay derecho a que necesariamente se imponga un castigo (Cnf. Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid,

2007, pág. 201).

[10] Cnf. CSJN, “Juri”, Fallos 329:5995 (2006). En el caso la Corte hizo lugar al recurso extraordinario presentado por la parte querellante contra la decisión de la Cámara de Casación que desestimó su recurso contra la decisión resolvió absolver al imputado del delito de homicidio culposo.

[11] En el caso, la resolución de Casación que desestimó el recurso, se fundó en la limitación para recurrir ante esa instancia, conforme surge de los arts. 458 y 460 del Código Procesal Penal de la Nación, puesto que la querrela había solicitado una pena no mayor a los tres años. La recurrente planteó la inconstitucionalidad de aquella restricción por entenderla contraria a la garantía establecida en el art. 8, inciso 2.h de la Convención Americana que garantiza el “derecho al recurso”. Por su parte la Corte Suprema al resolver, hizo lugar al recurso por entender que la decisión era arbitraria por sustentarse en un interpretación que excede el texto legal y porque cercena el derecho de la víctima reconocido en las normas internacionales (Cnf. CSJN, “Juri”, Fallos 329:5995 –2006–).

[12] En el caso “Giroldi” se había recurrido ante la Cámara la sentencia del tribunal oral que condenaba al imputado a un mes de prisión en suspenso. En su recurso la defensa cuestionó la constitucionalidad del art. 459 inciso 2° del Código Procesal Penal de la Nación por entender que el límite allí establecido para la apelación —es decir que sólo serán susceptibles de recurso de casación las sentencias que condenen, mínimo, a 3 años— era contrario a la garantía del doble conforme receptada en los pactos internacionales. La Cámara rechazó la apelación con fundamento en la doctrina de la Corte sentada en “Jaúregui”, pues entendieron que aquella garantía no se encuentra cercenada en la medida que el ordenamiento prevé posibilidad de interponer recurso extraordinario y que aquél recurso satisfacía las exigencias de la garantía bajo análisis. Sin embargo la Corte hizo lugar a la pretensión de la defensa, dejó sin efecto la sentencia apelada y sostuvo que “el recurso extraordinario no constituye remedio eficaz para salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como “garantía mínima” para “toda persona inculpada de delito (artículo 8°, párrafo 2°, apartado h, de la Convención)”. Ello en tanto entendió que la incorporación del art. 280 al Código Procesal Civil y Comercial, que habilita a la Corte a rechazar los recursos por falta de agravio federal suficiente, por tratarse de una cuestión insustancial o intrascendente, impide considerar que la existencia de recurso extraordinario satisfaga el derecho al doble conforme (CSJN “Giroldi” Fallos 318:514–1995), CSJN, “Giroldi”, Fallos 318:514 (1995).

[13] Interesa hacer notar que esta problemática la ha advertido el legislador Nacional al dictar en nuevo Código Procesal Penal de la Nación —aún no en vigor—, aprobado mediante Ley N° 27.063 y estableció una solución al disponer un corte o límite a la potestad recursiva acusatoria al disponer en el art. 317 último párrafo que para el supuesto que “en el nuevo juicio se obtuviere una segunda absolución, esta decisión no será susceptible de impugnación alguna”.

[14] Prohibición del double jeopardy, en nuestra tradición jurídica denominada ne bis in ídem, que impide otorgarle más de una oportunidad para perseguir penalmente y lograr la condena.

[15] Cnf. Julio B. J. Maier, Derecho Procesal Penal, Fundamentos, t. I, Editores del Puerto, Segunda Edición, Buenos Aires, 2004, pág. 633 y siguientes.

[16] Considera al Derecho de los EE.UU “un buen ejemplo, pues nuestra constitución ha mirado en él para señalar la forma básica del enjuiciamiento penal que pretende ver desarrollada por la ley dictada por el legislador común (CN, 24, 75 inc. 12 y 118)”. Julio B. J. Maier, op. cit., pág. 715.

[17] Idem, pág. 714.

[18] Idem.

[19] Según Maier, el juicio ante el tribunal de jurados cumple la función política de habilitar o cercenar la utilización de la pena a los funcionarios estatales, quienes cuentan con una única oportunidad de perseguir la condena. Explica que “políticamente, el jurado representa la necesidad de que, frente a la posibilidad de poner en marcha el poder de coacción más vigoroso y violento que el Estado de Derecho se concede a sí mismo (represéntese que [en Estados Unidos] puede llegar a autorizar a terminar con la vida de una persona), exista una autorización para su uso por parte del núcleo representativo de ciudadanos a los funcionarios estatales que aplicarán la fuerza conforme a la ley, autorización que, negada, impide el uso de esa fuerza o la transforma en ilegítima”. Idem, págs. 715/716.

[20] Entiende que los postulados de los tratados internacionales de derechos humanos (en particular, la CADH y el PDCyP), en cuanto a la materia de recursos refiere, han modificado la base político criminal del concepto de recurso en nuestro derecho procesal, pues ya no se lo concibe más como un medio de control estatal que ejercen los tribunales superiores por sobre los inferiores. Por eso, el recurso contra la sentencia ya no puede concebirse como una facultad de todos lo que intervienen en el proceso. Los recursos perdieron su carácter bilateral y se transformaron en un derecho exclusivo del condenado (Idem, pág. 708 y siguientes).

[21] Julio B. J. Maier, op cit., pág. 633 y siguientes.

[22] Patricia Ziffer, “El derecho al recurso y los límites del juicio de “reenvío””, en Pedro V. Bertolino (comp.), Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D`Albora, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, pág. 501.

[23] En este sentido afirma que “la concesión de facultades recursivas al acusador es, por definición, ‘resistente’ [a] la concepción del recurso como garantía”. Idem.

[24] Advierte que la afectación a estos principios se verifica claramente en los casos en los que, como consecuencia de la revocación de la absolución, se reenvía para la realización de un nuevo juicio. Idem.

[25] Agustina Sienra Martínez, “La garantía de la doble instancia” en Edmundo S. Hendler (comp.), Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico–comparado, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, págs. 175/207.

[26] Román P. Lanzón, “El recurso del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia absolutoria”, Sup. Penal, 2010 (mayo), 8 – LA LEY2010–C, 1067.

[27] Advierte que en parte la reticencia a la proscripción del recurso fiscal en nuestro ordenamiento obedece a una tradición jurídica enraizada que tiene que ver mas no con una cuestión estrictamente ideológica sino con la desconfianza hacia las personas que ejercen la judicatura. Es esto lo que, según su punto de vista, hace más difícil esbozar la idea de suprimir de los órdenes procesales el recurso a favor del fiscal o la querrela. Además, afirma que si bien es cierto que en los instrumentos internacionales no existe prohibición explícita a la regulación de recurso contra la sentencia absolutoria, esta proscripción puede igual inferirse de la garantía contra el ne bis in idem. Al respecto explica que esta garantía no sólo protege al imputado frente a la sentencia que revoque la absolución y ordene el reenvío a los efectos de que se realice un nuevo debate, sino que la protección del ne bis in idem se extiende también a los casos en los que el tribunal revisor revoca la absolución sin mandar a realizar un nuevo juicio. El autor no encuentra diferencias sustanciales entre revocar la sentencia absolutoria para que se dicte una nueva o anular la sentencia para que se celebre un nuevo debate. Ello en tanto considera que el dictado de un nuevo pronunciamiento de por sí implica para el imputado un nuevo riesgo a ser condenado, inadmisibles conforme con la extensión que le atribuye a la garantía en cuestión. Román P. Lanzón, op. cit.

[28] Al respecto el autor advierte que se estaría llevando la jurisprudencia de la Corte Interamericana al absurdo de lesionar derechos básicos del imputado en aras de lograr una mejor justicia. Idem.

[29] Corte IDH, “Mohamed vs. Argentina”, 23/11/2012.

[30] Cita a los párrafos 122 y 125 de la sentencia de la Corte IDH, “Mohamed vs. Argentina”, 23/11/ 2012. Los que refieren: “La Corte ha sostenido de manera reiterada que entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4 de la Convención, se encuentra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio. El Tribunal también ha señalado que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia (...) La Corte reitera que el principio ne bis in idem, consagrado en el art. 8.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada (...) La Corte considera que el señor Mohamed no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos”.

[31] Además, si bien no realiza un análisis pormenorizado del tema, advierte que una discusión aparte merecerá decidir cómo se articula el ne bis in idem en caso que se anule la sentencia impugnada y se reenvíe para la realización de un nuevo juicio. (Marcelo A. Solimine, “Recurso contra la condena por absolución revocada. Doble instancia. Ne bis in idem”, 1 - La Ley 2013-C, 941).

[32] Para ello cita al trabajo de Claudio D. Gómez “El derecho a la doble instancia en la CADH”, La Ley, 2013-A, 295.

[33] Marcelo A. Solimine, “Recurso contra...”, op. cit.

[34] Ello en tanto sostiene que “no parece sencillo admitir que los códigos procesales penales priven de la posibilidad de interponer recursos a la víctima constituida en el proceso como acusador (incluso a la posibilidad de hacerlo en interés de ésta, por el Ministerio Público Fiscal), al menos frente a la hipótesis extrema de sentencias que configuren una denegación manifiesta de la ‘justicia’ a la que tiene derecho” (José I. Cafferata Nores, Proceso Penal, op. cit., pág. 186 y sgts.).

[35] Este autor analiza la cuestión en base a cuatro posibles posiciones que pueden adoptarse: i) el recurso fiscal como un derecho; ii) el recurso fiscal como algo inocuo y contingente; iii) la previsión legal del recurso fiscal como una obligación para el Estado; iv) el recurso fiscal resulta incompatible con los derechos humanos. Santiago Ottaviano, “El Recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria -Su legitimidad y sus sentidos desde la perspectiva de los derechos humanos-”, Revista de Derecho Procesal Penal (La Actividad del Ministerio Público Fiscal- I), Rubinzal-Culzoni, 2007-2.

[36] Santiago Ottaviano, “El Recurso del fiscal...”, op. cit., pág.310. Por otro lado el autor reconoce que “si bien la justificación del recurso fiscal a partir de los derechos humanos sería sólo estrictamente aplicable a los casos en los que se trata de sancionar violaciones a derechos humanos y no tanto la afectación de bienes supraindividuales, no puede soslayarse que en el actual desarrollo de los derechos humanos muchas de las nuevas generaciones de derechos no son más que reformulaciones de bienes comunitarios desde la perspectiva del individuo (así por ejemplo los derechos vinculados al medio ambiente)”, (idem, pág. 292, nota al pie).

[37] Santiago Ottaviano, “El Recurso del fiscal...”, op. cit., pág. 310.

[38] CSJN, Fallos 272:188 (1968).

[39] En ese orden, explica la Corte que: “porque, en definitiva, la garantía del debido proceso legal ha sido arbitrada fundamentalmente a favor del acusado, no cabe admitir que la posible deficiencia de la prueba de cargo constituya causal de nulidad de lo regularmente actuado dentro del juicio, sobre todo si se tiene presente que el Estado cuenta, a través de órganos específicamente instituidos al efecto –en particular el Juez de Instrucción y el Fiscal– con todos los medios conducentes para aportar los elementos de juicio que estime útiles en abono de la

procedencia de su pretensión punitiva”. CSJN, Fallos 272:188 (1968).

[40] Idem.

[41] Según lo expresado en el considerando 16, “es preciso puntualizar que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Insuficiencias de la índole que ha señalado el aquí en la resolución apelada [deficiencia de la prueba de cargo recaba en instrucción] no son, por su naturaleza, causales de nulidad; sin que ello obste, por cierto, a que los jueces de alzada, en ejercicio de los poderes de superintendencia directa que les están atribuidos, adopten medidas que estimen corresponder en caso de incumplimiento de los deberes propios de los distintos órganos del proceso”. (El resaltado nos pertenece).

[42] Esta última locución es una de las razones por las que la jurisprudencia posterior osciló, según las circunstancias concretas de cada caso, entre revocar decisiones que declaraban la nulidad del debate o convalidarlas cuando se advertía la existencia de “vicios sustanciales” que permiten retrotraer el proceso a etapas que, por no cumplir con las formas esenciales, no pueden ser tenidas por precluidas.

[43] Un claro ejemplo de esta problemática se verificó en el caso “García” Fallos 305:1701 (1983), en el que se había dictado condena por falso testimonio, la defensa apeló tal decisión y la Cámara declaró la nulidad de todo lo actuado desde la etapa de investigación por advertir que el fiscal había acusado por un hecho distinto que por el cual se lo indagó. La defensa interpuso recurso extraordinario fundado en el precedente “Mattei” y en la afectación de su derecho de defensa en virtud de la retrogradación del proceso. La Corte rechazó el recurso porque entendió que la doctrina del fallo citado no aplicaba en el caso en tanto mediaba una “inobservancia de formas sustanciales del juicio”: no había correlación entre indagatoria, acusación y sentencia. Advierte, además, que el caso se diferencia de otros como “Mattei” porque en aquél sí se habían observado las formas sustanciales y la invalidez de todas las actuaciones se fundamentaba en consideraciones rituales insuficiente, meramente formales.

[44] Patricia Ziffer, *op.cit.*, p. 507; Alejandro Carrió en “Nulidades, proceso penal y doble juzgamiento (Repensando el caso “Mattei””, *La Ley*, 1990–D, 479.

[45] CSJN, Fallos 312:597 (1989).

[46] Cnf. Patricia Ziffer, *op. cit.*, págs. 508/509.

[47] CSJN, Fallos 321:1173 (1998).

[48] Ello así en tanto el pronunciamiento cuestionado no contenía una valoración de todos los aspectos del hecho imputado respecto de los cuales se produjo la prueba durante el juicio y esa situación le impedía a la Corte aplicar la ley correcta según su interpretación, pues se estaría pronunciando sobre puntos no decididos y que tampoco fueron objeto de recurso.

[49] Frente a esta circunstancia, los jueces se formulan la siguiente pregunta “¿Es posible -a la luz de nuestro derecho federal- que, en un caso como el de autos, en el que es el acusador público quien requiere la revocación de la sentencia absolutoria, se someta al imputado a un nuevo juicio íntegro cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes?” (Considerando 7° del voto en disidencia).

[50] Citaron jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la que se entendió que no es posible permitir que siendo el Estado el que cuenta con todos los recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo, pues “el Estado no puede originar un nuevo juicio mediante un recurso, aun cuando la absolución pueda parecer errónea” (Suprema Corte de los Estado Unidos “Ex parte Lange” (18 Wall. 163, 169). Citan también otro precedente en el que aquel tribunal entendió que “cuando un recurso acusatorio contra una absolución puede

originar procedimiento que violan la cláusula del non bis in idem, el recurso en sí mismo carece de objeto válido” (Citan el precedente Suprema Corte de los Estados Unidos “Smalis et al. V. Pennsylvania”, 476 U.S. 140 –1986–).

[51] Fallos CSJN, 321:2826 (1998).

[52] Para decidir de esa manera, el tribunal consideró que las cuestiones de competencia son de orden público y que no correspondía que el fiscal amplíe la acusación porque no se trata de hechos nuevos sino de una distinta calificación de los mismos hechos, respecto de la cual no podría haber entendido el juez que intervino en el debate porque era incompetente. Además aclaró que esta decisión no afectaba el ne bis in idem porque la sentencia anulada carece de efectos, por lo que no puede entenderse que hubiera doble juzgamiento.

[53] De los jueces Fayt, López y Bossert.

[54] Este argumento lo sostuvo la mayoría de los jueces, pues fue utilizado tanto por el voto concurrente como por el del Dr. Vázquez (en CSJN, “Polak”, Fallos 321:2826 –1998–).

[55] Ello en tanto aclara que “a partir del fundamento material de la citada garantía no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito. Sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aún siendo inocente, sea hallado culpable” (Fallos CSJN, 321:2826 (1998). Citan el voto en disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué en Fallos 310:2845 (1987) y jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos –“Oregon v. Kennedy”, 456 U.S. 667, 1982; entre otros–). Además, la Corte refirió que la garantía que prohíbe el doble juzgamiento “tiene vigencia para el imputado a partir de que éste adquirió el derecho a que se lo declarase culpable o inocente del hecho por el que acusó, siempre, claro está, que –como en el sub examine– se hayan observado las formas esenciales del juicio y la causa que determine uno nuevo no le sea imputable” (Fallos CSJN, 321:2826 –1998–).

[56] La jurisprudencia no nos ha ayudado a encontrar un caso que pueda encuadrar dentro de este supuesto que habilitaría el nuevo debate.

[57] Fallos 333:1687 (2010).

[58] Fallos 334:1882 (2011).

[59] Para así decidirlo, entendió que el tribunal de juicio al advertir contradicciones entre los peritajes efectuados para determinar la presencia del imputado en el lugar del hecho -aspecto fundamental del caso–, no debió inclinarse por la regla procesal que salvaguarda la inocencia sino que debió realizar un análisis crítico de las pruebas y disponer un último peritaje para poder determinar la cuestión.

[60] Suscripto por los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi.

[61] CSJN, Fallos 321:1173 (1998).

[62] CSJN, Fallos 329:1447 (2006).

[63] En ese voto sostuvo que “al ordenarse la reiteración del debate se retrotrajo el juicio a etapas ya superadas, y se produjo un apartamiento de las formas sustanciales que rigen el procedimiento penal que ocasiona la nulidad absoluta de dicho acto y de todo lo actuado en consecuencia. En tales condiciones, corresponde que esta Corte, en uso de sus facultades extraordinarias, así lo declare (Fallos: 310:56 y sus citas, 1797; 315:2581). Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se declara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de fs. 523. Hágase saber y devuélvase, a fin de que, por quien corresponda, se dicte nueva sentencia conforme a derecho”.

[64] Principalmente tuvo en consideración que la decisión del tribunal superior importó un verdadero avance por sobre la actividad que es propia de los

acusadores, lo que contradice al modelo acusatorio que manda nuestra Constitución Nacional a instaurar. Así advierte que “en el caso bajo estudio no cabe duda alguna que la decisión jurisdiccional de imponer la realización de un nuevo peritaje ante las contradicciones verificadas entre los dictámenes de los dos que fueron concretamente practicados –cuando además ello fue resuelto a fin de quebrar o romper una absolución apoyada en el favor rei– no pudo sino asumir una tendencia claramente incriminante. (...)” y que “la anulación del fallo absolutorio a raíz del recurso de casación de la querrela obedeció fundamentalmente a una actividad jurisdiccional que, distanciándose de los postulados propios de un modelo acusatorio como el regido por nuestra Constitución Nacional, obligó a un tribunal a disponer prueba de oficio que, en el caso, asumió una tendencia incriminante –al punto que modificó sustancialmente el resultado del proceso, trocando absolución por condena–, con la necesaria confusión de roles entre acusador y juez, hasta superar el propio límite que impone el favor rei al avance del poder punitivo, en tanto opción de tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable”.

[65] CSJN, “Kang”, Fallos 330:2265 (2007). En igual sentido lo resolvió en “Carreras, Aldo Omar y otros”, C. 1574. XLIX, sentencia del 11 de noviembre de 2014.

[66] Ello con fundamento en que la decisión del Tribunal Oral presentaba contradicciones, en tanto fundó el decisorio en falencias probatorias para condenar cuando había sido el mismo tribunal el responsable de la ausencia de pruebas.

[67] CSJN, “Kang”, Fallos 334:1882 (2011).

[68] En el voto concurrente votaron los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi. Por su propio voto lo hicieron los jueces Maqueda (quien rechazó el recurso por falta de fundamentación suficiente) y Argibay (que declaró inadmisibile el recurso con fundamento en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –CPCCN–). En disidencia votaron la Dra. Highton de Nolasco y Zaffaroni, en un voto conjunto en el que remitieron al dictamen Fiscal y decidieron dejar sin efecto la sentencia y devolver para que se dicte un nuevo pronunciamiento. El dictamen del Procurador, que propició hacer lugar al recurso, se fundó en que la decisión recurrida presentaba una deficiente fundamentación, en tanto no se ajustaba a la doctrina de la Corte acerca del alcance que cabe atribuir a la garantía del ne bis in idem, por lo que debía ser descalificada por arbitrariedad.

[69] Es llamativa la asimilación esgrimida por la Corte entre los precedentes “Sandoval” y “Olmos”, pues las diferencias entre uno y otro son notorias. Basta con mencionar que en el último se trató de un recurso interpuesto por la defensa contra la sentencia de reenvío (originada por la apelación de la defensa contra la sentencia de condena, que tuvo resolución favorable por el tribunal de alzada quien reenvió para que se realice un nuevo juicio), en virtud de verificarse un supuesto de reformatio in peius. En cambio, en “Sandoval” el recurso que dio lugar al reenvío y nuevo debate lo había interpuesto la acusación privada (querellante).

[70] Alejandro D. Carrió, Garantías Constitucionales en el proceso penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pág. 660.

[71] Sobre los distintos métodos para la interpretación de derechos o principios en pugna cnf. Pedro Serna - Fernando Toller, La interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los Conflictos de Derechos, La Ley, Buenos Aires, 2000.

[72] Cnf. Julia Michelini, “El doble conforme y el juicio de reenvío en el sistema recursivo del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires”, en El sistema recursivo en el proceso penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, obra colectiva dirigida por E. Matías Díaz y Juan L. Finkelstein Nappi, Ad Hoc, Buenos Aires, 2016.

[73] Guillermo J. Yacobucci, *El sentido de los principios penales - Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.

[74] Según Yacobucci, “la función de la justicia es asumir las relaciones de oposición o conflicto que puedan emerger de esa dialéctica”. Al respecto, explica que “en la existencia comunitaria, entonces, no solo existen bienes que son objetivos buscados por los ciudadanos, sino también valores que permiten situar esos bienes dentro de un lugar determinado por su significación propia para la realización personal y política. Pero como todo esto es posible solo merced a un orden que permita a la vez el ejercicio de la libertad y la realización de los fines comunitarios, la estructura normativa de la sociedad se constituye, ella misma, como un bien que es necesario preservar”. *Idem*, pág. 186.

[75] *Idem*.

[76] Respecto del modo de interpretar los derechos fundamentales frente a la regulación normativa resguardando su contenido esencial, Cianciardo explica que los 3 subprincipios que hacen a la estructura del principio de razonabilidad son: adecuación, necesidad y proporcionalidad estricto sensu. El primero de ellos — adecuación o idoneidad— impone que para verificar si una medida se adecúa al fin que se persigue, lo primero a determinar es que aquella efectivamente persiga un fin, que éste sea legítimo o constitucional y socialmente relevante. Una vez verificado esto, corresponderá mediante un análisis ex post determinar que la medida sea capaz para alcanzar el objetivo que se propuso el legislador al dictarla. El segundo subprincipio —necesidad— impone examinar si la medida adoptada es la menos restrictiva de los derechos fundamentales involucrados dentro del universo de medidas que podrían haberse adoptado para alcanzar el mismo fin y con la misma eficacia. Se trata de un análisis comparativo entre las distintas medidas posibles para alcanzar el fin y de verificar que se haya optado por la menos gravosa. Por último, el subprincipio de proporcionalidad stricto sensu, consiste en establecer si la medida guarda relación razonable con el fin que procura alcanzar, es decir que se trata de un balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida de modo de evitar que la misma represente una carga excesiva para el afectado en relación con los beneficios que genera. Asimismo, aparece como límite inquebrantable en la aplicación de este subprincipio la proscripción de afectar el contenido esencial del derecho, es decir que aún cuando las ventajas o beneficios de las medidas sean de gran importancia, de ningún modo se justifica una violación de un derecho fundamental, pues la garantía del contenido esencial está orientada a tutelar la intangibilidad de los derechos. Entonces, en la aplicación del principio de razonabilidad aparece como límite una instancia indisponible cualquiera sea la razón que pueda justificar su afectación. (cnf. Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, segunda edición, Buenos Aires, 2009).

[77] CSJN, “Portillo”, Fallos 312:496 (1989), citado en Guillermo J. Yacobucci, *idem*, pág. 188.

[78] Cnf. Teresa Armenta Deu, *El fiscal instructor ¿es necesario?*, *Revista de Derecho Procesal Penal (La Actividad del Ministerio Público Fiscal- I)*, Rubinzal—Culzoni, 2007—2, págs. 37—81.

[79] Julio B. J. Maier, *op cit.*, T. I, pág. 578.

[80] Cnf. José I. Cafferata Nores, *Proceso Penal y... op. cit.*, págs. 149/151.

[81] Cnf. *Idem*.

[82] Cnf. Karl Heinz Gössel, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho”, *Revista de Derecho Procesal Penal (La Actividad del Ministerio Público Fiscal- I)*, Rubinzal—Culzoni, 2007—2, págs. 9—35.

[83] Cnf. Perfecto Andrés Ibáñez, *Justicia penal, derechos y garantías*, nro. 6,

Editorial Temis, Bogotá, agosto de 2007.

[84] En este sentido, Ibañez entiende que el carácter indisponible de las situaciones penales es una implicancia del principio de estricta legalidad como función del principio de igualdad. En virtud de estos principios, el único fundamento admisible para no proceder con la acción penal debe ser sobre la base de una ley, pues sólo en esta puede encontrar fundamento válido y respetuoso de los principios que gobiernan su actuación (cnf. Perfecto Andrés Ibañez, *idem*, págs. 77/78).

[85] Cnf. Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal...* op. cit., pág. 201.

[86] CIDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, 29 de julio de 1988. Parágrafos 176 y siguientes.

[87] *Idem*. Sin perjuicio de reconocer que se trata de una obligación de medios, la Corte IDH destaca que “debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”. La Corte Interamericana ha repetido esta misma posición, entre otros, en el precedente “Bulacio Vs. Argentina”, 18 de septiembre de 2003, parágrafo 112.

[88] Julio B. J. Maier, op. cit., T. I, pág. 582.

[89] José I. Cafferata Nores, *Proceso Penal y...* op. cit., pág. 148.

[90] En esa inteligencia no es totalmente cierto que la acusación represente sólo el interés de justicia en el proceso dado que “si el fiscal puso en marcha una investigación contra una persona, o la acusa por la comisión de un delito, indudablemente está expresando un interés represivo que es opuesto al interés de autoprotección de los derechos de aquella persona; y si bien el fiscal puede concluir a favor del imputado (v. gr., requiriendo la absolución), lo cierto es que comenzó en su contra.” O sea que “el asunto se originó y desarrolló con contraposición de intereses entre el imputado y fiscal, aunque haya finalizado sin ella”. José I. Cafferata Nores, *Proceso Penal y...* op. cit., pág. 148, nota al pie n° 376.

[91] *Idem*.

[92] Cnf. Julia Michellini, op. cit.

[93] La interpretación que aquí se esboza parte de adherir a la definición de “principios” que propone Robert Alexy para diferenciarlos de las “reglas”. El mencionado autor propone como criterio de diferenciación entre reglas y principios, entre otros: el criterio de la fuerzala regla de colisión. El primero de los criterios mencionados explica que, por sus características propias, los principios admiten distintos niveles de cumplimiento, y lo que la norma ordena es que sea observada en la mayor medida posible o, como dice Alexy, son un “mandato de optimización”; en cambio, las reglas no admiten distintos niveles de cumplimiento; no hay puntos intermedios, se cumple o no se cumple, ya que se aplican de modo absoluto. El segundo criterio de distinción —la regla de colisión— permite advertir que cuando hay un conflicto entre reglas, una de ellas anula a la otra y la preeminencia de una u otra se determinará en función de la especialidad, temporalidad o jerarquía. Estos criterios para resolver antinomias de reglas, en cambio, no sirven para resolver conflictos entre principios. Los principios, cuando colisionan no se anulan uno a otro, ya que no se puede dejar de aplicar ninguno de los dos. El juez decidirá, luego de una ponderación atendiendo a las particulares

circunstancias de la causa, la preeminencia de uno sobre otro, pero sin anular al que no se ha preferido. Juan Cianciardo, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre–diciembre de 2003, págs. 891–906.

[94] Cnf. Enrique Bacigalupo, *op. cit.*, pág. 24.

[95] Cnf. Santiago Ottaviano, “El Recurso del fiscal...”, *op. cit.*, pág. 287.

[96] Explica Ottaviano que “el Derecho Penal es necesario para que una sociedad pueda existir siquiera como tal. Desde esta perspectiva, es razonable concebir ese poder del Estado como una fuente de restricciones a derechos por razones de interés general. En otras palabras, cabe referirse a la potestad penal en los términos del artículo 32 inc. 2 de la Convención Americana, como una justa exigencia del bien común en una sociedad democrática”, (Santiago Ottaviano, “El Derecho a la Verdad” en, Jorge Londoño, (comp.), *Derecho Internacional Humanitario, Conflicto Armado y Tratamiento de las víctimas*, Uniboyacá, Tunja, Colombia, 2002, pág. 229).

[97] En este sentido, la Corte en el precedente “Mattei” dijo que “la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro” (CSJN, Fallos 272:188 –1968–).

[98] En este mismo sentido pareciera haberlo entendido la Corte Suprema en el precedente “Arce” (CSJN, Fallos 320:2145 –1997–).

[99] En sentido similar, pero al tratar la garantía del plazo razonable, lo entiende Alejandro Carrió en “Nulidades...”, *op. cit.*

[100] En igual sentido, entiende Muñoz Conde que debe ser relativizada la afirmación de que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material, puesto que en un Estado de Derecho, no se admite en ningún caso buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio, puesto que en el proceso penal aquella finalidad está limitada por el respeto a las garantías reconocidas en el texto constitucional (Francisco Muñoz Conde, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 111). Cnf. Julia Michelini, *op. cit.*

[101] En el mismo sentido la Corte Interamericana tiene dicho que el Estado tiene la facultad y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público pero “Sin embargo, el poder estatal en esta materia no es ilimitado; su actuación está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho” (CIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, 18/09/2003, parágrafo 124).

[102] Esta postura preliminar se alinea con la reiterada doctrina de la Corte Suprema respecto de los límites del control de constitucionalidad que ejercen los jueces, que establece que “la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos por la Ley Fundamental, gozan de presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable” (CSJN, 314:424; 226:688; 242:73; 285:369, entre muchos otros).

[103] Cnf. Capítulo VI, (punto 5) del presente trabajo.

[104] Cnf. Capítulo IV (punto 5) del presente trabajo.

[105] CSJN, Fallo D.429.XLVIII, del 5 de agosto del 2014

[106] CSJN, Fallo C.1733.XLVIII, del 5 de agosto del 2014.

[107] CSJN, Fallo C.416.XLVIII, del 5 de agosto del 2014.

[108] En los primeros dos precedentes mencionados, la decisión de la Corte no tendrá mayores dificultades para ser acatada, pues la decisión impugnada provenía

de la Cámara Federal de Casación Penal, la cual se encuentra dividida en cuatro salas, lo que permitirá fácilmente cumplimentar con lo allí decidido. En cambio, en el precedente “Chambla” el tribunal al que se le mandó a aplicar este mecanismo de revisión era el Superior Tribunal de Justicia de Neuquén. Aquel, a diferencia de la Cámara de Casación o de los Tribunales Superiores de algunas provincias, no se encuentra dividido en salas sino que es un único tribunal integrado por cinco jueces, por lo tanto, se le presenta una clara dificultad práctica para cumplir con el fallo.

[109] Este nuevo código, a diferencia del anterior, no prevé la existencia de Cámaras, sino que organiza a los distintos jueces que intervendrán en el proceso según sus funciones. Así refiere que existirán jueces con funciones de revisión, jueces con funciones de juicio, jueces con funciones de garantías y jueces con funciones de ejecución (cnf. art. 52 del nuevo Código Procesal Penal de la Nación —aún no en vigente—, aprobado mediante Ley N° 27.063).

[110] Sobre el tema cnf. Daniel Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.

[111] El art. 7.5 de la Convención Americana reza: “Toda persona detenida o retenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable”; el art. 8.1 dispone: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”; el art. 25 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece: “Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a ser juzgado sin dilación injustificada”; y finalmente el art. 14.3.C del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere que: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a ser juzgada sin dilaciones indebidas”.

[112] CSJN, Fallos 272:188, 1968.

[113] En este sentido, tiene dicho la Corte que no es posible “traducir el concepto plazo razonable en un número fijo de días, semanas, de meses o años, ya que su duración puede variar según la gravedad de la infracción” (cnf. CSJN, “Firmenich” Fallos 310:1476, 1987; “Bramajo” Fallos 319:1840, 1996).

[114] CSJN, fallos 272:188, “Mattei”, 29/11/68.

[115] En este orden, cabe tener presente la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación a las pautas para verificar si un plazo es razonable. Así en el caso “Suárez Rosero”, estableció la necesidad de tomar en cuenta: i) la complejidad del asunto, ii) la actividad procesal del interesado y iii) la conducta de las autoridades judiciales. En el caso, la Comisión solicitó a la Corte decidiera si hubo violación, en perjuicio del señor Rafael Iván Suárez Rosero, por parte del Ecuador, de los arts. 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) todos ellos en relación con el art. 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención como resultado del arresto y detención del Sr. Suárez en contravención de una ley preexistente; la no presentación oportuna del Señor Suárez ante un funcionario judicial una vez que fue detenido; su ubicación en condiciones de detención incomunicada durante 36 días; la falta de una respuesta adecuada y efectiva a sus intentos de invocar las garantías judiciales internas, así como la no liberación, o la ausencia de la intención de hacerlo por parte del Estado, en un tiempo razonable, así como de asegurarle que sería escuchado dentro de un tiempo igualmente razonable en la sustanciación de los cargos formulados en su contra (CIDH, “Suárez Rosero vs. Ecuador”, 12/11/1997). Este mismo criterio a la hora de ponderar la duración del proceso fue adoptado por nuestra corte local en diversos precedentes (CSJN, “Barra”, Fallos 327:327; “Santángelo”, S. 2491. XLI, resolución del 08/05/2007; y “Richards”, “R. 1008. XLIII”, resolución del 31/08/2010).

[116] Tal como ya lo mencionáramos el nuevo Código Procesal Penal de la Nación —aún no en vigente—, aprobado mediante Ley N° 27.063, prevé una solución para

estos supuestos al disponer un corte o límite a la potestad recursiva acusatoria. El art. 317 último párrafo que para el caso que “en el nuevo juicio se obtuviere una segunda absolución, esta decisión no será susceptible de impugnación alguna”.

[117] Debe recordarse aquí que el principio pro homine admite dos aplicaciones posibles, como norma de reenvío cuando existan distintos cuerpos normativos que regulen la misma cuestión en un caso concreto y como criterio hermenéutico que aplica a todo el derecho de los derechos humanos (Luis M. García—coordinador—, José M. Ipohorski—Lenkiewicz, Santiago Ottaviano, Gabriela Jugo, Los Derechos Humanos en el Proceso Penal, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 103 y siguientes). Es decir que conforme con este principio, frente a dos interpretaciones posibles de un precepto al momento de su aplicación o frente a dos normas que regulan el mismo derecho, corresponde acudir a la interpretación más extensiva o a la norma más amplia cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, por el contrario, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de derechos (cnf. Mónica Pinto, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú - Christian Courtis (compiladores), La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, 1997).

[118] La redacción original del art. 317 del Código Procesal aprobado por la Ley N° 27.063 dispone lo siguiente: “Reenvío. En todos los casos, los jueces de revisión deberán resolver sin reenvío. Si éste fuere inevitable, no podrán intervenir los jueces que conocieron en el juicio anulado.

Si el reenvío procediere como consecuencia de la impugnación del imputado, o del representante del Ministerio Público Fiscal en su favor, en el nuevo juicio no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero. Si en el nuevo juicio se obtuviere una segunda absolución, esta decisión no será susceptible de impugnación alguna”. En la redacción aprobada por Senadores, siguiendo el Proyecto propuestop or los Senadores Rodolfo Urtubey y Pedro Guastavino, el nuevo art. 317 reza:

“Prohibición de reenvío. Los jueces deberán resolver sin reenvío. Si por efecto de la decisión adoptada debiera cesar la prisión u otra medida de coerción sobre el imputado, se ordenará su cese inmediato o la medida que corresponda.”

[119] Cnf. Patricia Ziffer, “El derecho...”, op. cit. Además esta interpretación encuentra respaldo normativo, principalmente, en el Código Procesal Penal de la Nación, que en su art. 1° establece que “nadie podrá ser (...) perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho”. Según Mariano Bertelotti, esta definición es la que mejor capta el sentido amplio con el que debe interpretarse esta garantía, en “El principio ne bis in idem: un análisis desde una perspectiva histórico—comparada”, en Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico—comparado, Edmundo S. Hendler (comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001. El nuevo Código Procesal Penal de la Nación -aún no en vigente—, aprobado mediante Ley N° 27.063, repite una terminología similar al mencionado art. 1 del código actual (art. 5). Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos también receptan esta garantía pero admiten una interpretación más estricta en tanto de la literalidad de sus textos surge que la misma se activa recién cuando existe una sentencia firme de condena o absolución. Es decir, de sus prescripciones se desprende que habrá afectación a la garantía siempre que se juzgue nuevamente a alguien respecto de un mismo delito respecto del cual ya existe sentencia firme -de condena o absolución—, y pareciera excluir los supuestos en los que aún no se dictó una sentencia concluyente, aún que se hubiera llevado a cabo el juicio.

[120] Esta interpretación, coincide con la última jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto (ya desarrollada en este trabajo) en los precedentes

“Sandoval” (CSJN, Fallos 333:1687 –2010–) y “Kang” (CSJN, Fallos 334:1882 –2011–). También, como lo adelantamos, la última reforma aprobada por Senadores en abril del 2018 al Código Procesal Penal de la Nación suspendido (Ley N° 27.063), pareciera inclinarse por esta concepción amplia del ne bis in idem en tanto prohíbe el reenvío.

[121] Marcelo A. Solimine, “Recurso contra..., op. cit.

[122] José I. Cafferata Nores, Proceso Penal, op. cit., pág. 186 y sgts.

[123] Santiago Ottaviano, “El Recurso del fiscal..., op. cit., pág. 310.

[124] No debe pasarse por alto que el ne bis in idem no se vería conculcado por el recurso fiscal en el caso en el que el tribunal revisor ejerce la casación positiva y resuelve él mismo el fondo de la cuestión, aun cuando ello implique dejar sin efecto la absolución e imponga una condena. Del mismo modo lo entiende D´Albora quien sostiene que no existe doble persecución penal cuando el acusador interponer recurso de casación contra la sentencia absolutoria y la cámara condena sin ordenar el reenvío a nuevo juicio. Explica que para concluir desea manera “tenemos en cuenta lo establecido en el Pacto de San José de Costa Rica, en cuanto veda que el inculcado absuelto por una sentencia firme sea sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos. Si se entiende el vocablo nuevo juicio como la realización de un nuevo debate –con todo lo que ello implica– y si los términos de la sentencia absolutoria dictada por el tribunal de mérito permiten a la cámara resolver sin que sea necesario realizar un nuevo debate, no vemos la violación a la garantía del ne bis in idem”. Nicolás F. D´Albora, “Facultades recursivas del acusador en los sistemas procesales estadounidense y argentino: el límite de la doble persecución penal”, Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Casación 2, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 567. Por contraposición, Lanzón –con quien no coincidimos– propone que aunque no se reenvíe, igual se afecta el ne bis in idem porque implica un nuevo sometimiento a posible condena (Román P. Lanzón, op. cit.).

[125] Parte de la doctrina local –en línea con la doctrina de la Corte en el caso “Weissbrod”– fundamenta la legitimidad del nuevo juicio producto del reenvío al sostener que, de no admitirse perdería sentido el sistema de nulidades que prevén los códigos procesales, puesto que jamás se podría dictar una condena –luego de haber sido declarada una nulidad– sin lesionarse la garantía que impide el doble juzgamiento por el mismo hecho. Sin embargo, disentimos con esta interpretación ya que “la preservación del “sistema de nulidades” previsto por los Códigos es presentada aquí como el argumento decisivo para sostener que no se viola la prohibición de doble juzgamiento (...). Pero este razonamiento (...) sólo puede causar perplejidad. En efecto, si se parte de la base que la ley procesal es la que debe subordinarse a la Constitución Nacional (¡y no al revés!), la pregunta que correspondía plantearse era exactamente la inversa (...)” (Patricia Ziffer, “El derecho..., op. cit.).

[126] Si bien la Corte Suprema no se ha expedido al respecto expresamente, pareciera también inclinarse por la constitucionalidad. Ello a la luz de los decidido en “Luzarreta” y “Telledin” –entre otros– pues en ambos casos el Tribunal Supremo hizo lugar al recurso extraordinario presentado por el Ministerio Público Fiscal y dejó sin efecto la decisión de Cámara que confirmaba la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Oral (CSJN, “Luzarreta, Héctor José y otros s/ privación ilegal de la libertad agravada y reiterada en concurso ideal, etc. -causa n° 1510–”, L. 328. XLIII, del 16 de noviembre de 2009” y “Telledin” Fallos 332:1210 (2009).

[127] Entonces, sostiene Pastor que si el condenado “ha dirigido su pretensión impugnativa contra las comprobaciones y valoraciones del tribunal recurrido, la prueba, consecuentemente, debe extenderse también a esos puntos de impugnación, aunque ello signifique la renovación parcial de la discusión de

primera instancia. La prueba es parcial pues se restringe a los aspectos impugnados con fundamento por el condenado con la carga crítica de hacer verosímil que la renovación de esa prueba en casación pudiera dar un resultado distinto al comprobado y valorado por el tribunal de juicio”. Daniel Pastor en *La nueva imagen de la casación penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, pág. 166).

[128] Se activa no sólo frente a la condena firme sino también cuando se realizó el juicio (en el sentido estricto del término).

[129] La determinación del monto de la pena a aplicar frente a la constatación de la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable exige una valoración circunstanciada del caso por parte de los jueces que les permita formular el juicio de reproche por el injusto cometido. Pues será ese juicio de reproche lo que determine el monto a fijar dentro de los límites legales. En esa inteligencia, los arts. 40 y 41 del Código Penal establecen reglas a tener en cuenta para determinar la pena que atienden a la conducta delictiva en particular y a las características personales del condenado. Asimismo establecen que “el juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”. A la luz de lo expuesto, es dable concluir entonces que en caso de una condena dictada por el tribunal de alzada, en ejercicio de su competencia positiva, la manda legal transcrita exige cumplir con el contacto directo con el condenado y la víctima, lo que hace aconsejable entonces el reenvío al tribunal de juicio interviniente —más informado de las distintas circunstancias a valorar para determinar la pena— para que cumpla aquellas postuladas y determine el juicio de reproche y así el monto de la pena a imponer.

[130] En el marco del ejercicio de la competencia positiva por la alzada, la posibilidad de cambiar la calificación jurídica de los hechos merecería un estudio a parte que excede el objeto de este trabajo. Pareciera que en la medida que no se modifiquen los hechos ya probados en juicio, nada impide a la alzada un cambio de valoración. Sin embargo, no debe perderse de vista que muchas veces ese cambio de calificación conlleva un nuevo enfoque del plexo probatorio, distinto al discutido durante el juicio, por lo que podría dar lugar a una afectación del derecho de defensa del imputado, pues aquel estructuró su defensa de manera tal de desacreditar la configuración de los elementos típicos previstos en una norma que ahora no se aplica. Ello afectará el derecho de defensa del imputado en la medida que implicará negarle la oportunidad de controvertir la valoración de la prueba tenida en consideración para tener por demostrado la configuración de los elementos típicos del nuevo delito que se le imputa. Por otro lado, nuevamente aquí resulta relevante la ya mencionada discusión que viene suscitándose en la doctrina respecto de las dificultades de diferenciar entre cuestiones de “hecho” y de derecho. Tal como quedó expresado en capítulos precedentes, la distinción entre cuestiones de “hecho” y “derecho” no es nítida y en muchas ocasiones ambas cuestiones resultan inescindibles. En ese sentido, es dable recordar que, tal como lo explica la Corte interamericana, “en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho” Corte IDH, “Mohamed vs. Argentina”, 23 de noviembre del 2012).

[131] Es decir, si conforme con la apreciación del tribunal de juicio respecto de los dichos de alguno de los testigos, entendió que no eran suficientes para acreditar algún hecho, la alzada, en principio, no podrá fundar su sentencia sobre la base de interpretar aquella testimonial en un sentido distinto al de los jueces del juicio. La valoración de la credibilidad de la declaración de un testigo le corresponde al tribunal de juicio que presenció aquella declaración, pues se tratan de aspectos ajenos a la revisión en virtud del principio de “inmediación”, conforme doctrina

del caso “Casal” respecto de la extensión de lo revisable.

[132] Un ejemplo real que puede servir para graficar mejor el supuesto que aquí se describe se presentó en el precedente de la Corte Suprema “Luzarreta”. El caso llega la Corte en virtud del recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General. Recurre la decisión de la Cámara de Casación que resolvió confirmar la sentencia del Tribunal Oral que absolvió a los imputados por aplicación del principio de *in dubio pro reo*. En el dictamen del Procurador —a cuyos fundamentos y conclusiones remite la Corte— se inmiscuye en aspectos propios de valoración de la prueba. Advierte que la conclusión arribada sólo es posible mediante una valoración fragmentaria y aislada de las circunstancias del caso y expone que existen elementos probatorios recabados impiden aplicar el principio de la duda para decidir, pues aquellos debieron ser ponderados con especial atención y constituir objeto de un minucioso análisis crítico. También advierte deficiencias lógicas en la sentencia absolutoria y arbitrariedad en la valoración de la prueba testimonial de los damnificados. Sostiene que se soslayó la necesaria correlación de los testimonios y los demás elementos probatorios. Finalmente explica que en el caso el arbitrario análisis de la prueba es lo que hace procedente su revisión en la instancia extraordinaria, pues no se trata de una discrepancia en la valoración de los testimonios, ni de un rechazo de la valoración del juez que tuvo contacto inmediato con ellos, ni tampoco se discrepa en las razones que complementan la credibilidad de un testimonio (como por ejemplo, la observación del lenguaje corporal). Por el contrario observa en la sentencia recurrida una interpretación irrazonable de los testimonios “porque se arriba sin fundamentos a una conclusión contraria al entendimiento natural de estos”. Es así que concluye que el principio del *in dubio pro reo* no puede sustentarse en la pura subjetividad sino que debe derivar racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso, esa circunstancia no ocurre en el caso que examina. Por ello deja sin efecto la decisión apelada y manda al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento (CSJN, “Luzarreta, Héctor José y otros s/ privación ilegal de la libertad agravada y reiterada en concurso ideal, etc. -causa n° 1510—”, L. 328. XLIII, del 16 de noviembre de 2009).

[133] Una solución equivalente a la que así se propone sugiere Nicolás F. D´Albora en cuanto afirma que “El recurso acusatorio contra la sentencia absolutoria que indefectiblemente obligue, en caso de recibir favorable acogida, a la cámara de casación a ordenar la realización de un nuevo debate (juicio de reenvío del art. 471 C.P.P.N) es violatorio de la garantía constitucional contra la doble persecución penal y, por ende, inconstitucional.(...) Pero cuando la cámara está en condiciones de ejercer su competencia positiva y resolver sobre el fondo del asunto (art. 470 del C.P.P.N) no existe óbice constitucional para que se permita al acusador impugnar una absolución con el objeto de lograr una condena” (Nicolás F. D´Albora, op.cit., pág. 567).

[134] CSJN, “Polak”, Fallos 321:2826 –1998—.

[135] Cnf. Pedro Serna - Fernando Toller, op cit., págs. 54–55 y 77–83.