

Acerca del reenvío en la instancia recursiva del Proceso Penal del Tribunal Revisor que revoca la absolución

DR. DANIEL ACOSTA

Juez de la Cámara de Apelación
en lo Penal, Sala IV
Rosario

Advertencia

Como advertencia debe referirse que el presente trabajo parte de la bilateralidad recursiva contra la sentencia penal, con la consiguiente posibilidad de que el fiscal pueda recurrir la sentencia absolutoria.

Sabido es que existe prestigiosa doctrina que, con fuente en el derecho anglosajón y haciendo lo que define como una más estricta interpretación de la prohibición de la persecución penal múltiple (*nem bis in idem*) concebido como el sometimiento al imputado a un riesgo múltiple de sufrir una consecuencia jurídico-penal (*double jeopardy*); pregoña la imposibilidad de conceder al acusador más de una oportunidad para perseguir penalmente y lograr la condena, con la consiguiente negación de otorgarle el recurso para obtener un nuevo juicio, por injusto que pueda ser presentado en apelación¹.

Ello pone un límite infranqueable a la posibilidad de reenvío toda vez que la imposibilidad recursiva de la sentencia absolutoria, vedaría toda posibilidad tanto de reenviar para un nuevo juzgamiento como de emitir directamente el pronunciamiento

condenatorio, pues se carecería de la llave para la apertura de la instancia recursiva.

Si bien tal facultad no supone considerar la existencia de un derecho constitucional para ello, sí lo hace respecto de la innegable posibilidad que el legislador común establezca. Ello a partir de su derecho a la jurisdicción en cuya virtud cuenta con todas las posibilidades de utilización de la totalidad de los medios que el legislador le otorga; entre ellos el derecho a recurrir la sentencia absolutoria²; aunque no se comparte la limitación que se hace al concluir en la irrecurribilidad de la acusación de recurrir la sentencia absolutoria luego del debate³.

La enseñanza que nos da la recepción del principio del máximo aprovechamiento de la instancia y el caso «Casal»

En el considerando N° 24, la Corte en dicho precedente, a nuestro juicio formula su *holding* principal. Así sostiene que, en el marco de la competencia del Tribunal de Alzada - que por estar reservado solamente

a quienes estuvieron presentes en el juicio - lo resultante de la inmediación, constituye... lo único que los jueces de casación no pueden valorar no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso. En el considerando N° 23, hace expresa referencia a la doctrina alemana de la **capacidad de rendimiento**.

La sentencia de la Corte echa por tierra la distinción de cuestiones de hecho y de derecho - no revisables las primeras, a diferencia de las últimas - que se desprende del carácter extraordinario que se le asigna legalmente al recurso de casación, definiendo *...así una instancia de conocimiento jurisdiccional, posterior al dictado de una sentencia condenatoria, que puede denominársela «casación amplia», que engloba a los hechos y a la prueba, en cuya virtud es posible proponer un reexamen abarcativo del fallo, en la medida en que los puntos de*

agravio así lo insten. Esta restricción, atinada por cierto, quedó expresamente prevista en el voto concurrente de la jueza Argibay, en cuyos fundamentos se reconoció esta limitación, generalmente propia de todo recurso, junto a la que se deriva naturalmente de la inmediación que caracteriza al juicio oral⁴.

El fallo estructura - más allá de la ley procesal - un recurso de casación con la más amplia posibilidad de control en su dinámica, pudiendo ser objeto del recurso todo lo que pueda constituir fundamento del fallo condenatorio, salvo aquello sobre lo que medie imposibilidad real, por ser producto de la inmediación. Con ello poco y nada queda del recurso de casación legislado en el CPPN, habiéndose afirmado con razón que sólo una inercia legislativa permite que se lo siga así denominando, siendo más acorde con su necesidad de funcionamiento garantizador del doble conforme que se lo llame *recurso extraordinario de apelación⁵*.

Coincidimos con Perez Barbera en que la Corte asigna por error el nomen iuris de la doctrina, pues no se trata de la **capacidad de rendimiento**, sino de la doctrina de la **posibilidad de control casatorio⁶**.

Sin perjuicio de ello al optimizar el aprovechamiento de la instancia para tratar en este recurso extraordinario no sólo lo que habilita la casación, sino todo fundamento del veredicto, se está echando mano al principio procesal que nos ocupa.

El máximo aprovechamiento de la instancia no constituye el *holding* del precedente, sino que se erige en una herramienta argumental para permitir la realización de la garantía denominada del «doble conforme» que prevén los art. 8.2.h) de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C.P.

«Casal» y el principio de la versatilidad recursiva

La Corte en este precedente atiende a lo que hoy se ha dado en llamar «*bloque de convencionalidad*», en cuya virtud - al menos en lo atinente a lo que aquí nos ocupa - los derechos y garantías que se despliegan a partir del art. 75 inc. 22 de la c.n., determinan - de ser necesario - la maleabilidad del «*bloque de legalidad*» para la satisfacción de aquel bloque aun en detrimento del tenor literal de las facultades recursivas previstas por el legislador.

Entre otras cosas en «Casal» el Procurador sostuvo que: «Hasta que el legislador proceda a una nueva regulación del instituto, la Corte debe proceder a sentar unos lineamientos, como los aquí esbozados, para llevar a cabo la necesaria reforma del recurso de casación, exigida por la Constitución Nacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, otorgando un recurso más amplio al condenado sin destruir los fundamentos del juicio oral y público. La condena de una persona, en razón de la gravedad de sus consecuencias, exige tomar una serie de precauciones jurídicas para evitar sentencias injustas. Se debe establecer un esfuerzo compartido entre el tribunal de mérito y el tribunal de casación, para impedir que esos errores aparezcan o queden sin ser corregidos. De allí que así como el juicio permite al imputado un ejercicio amplísimo de sus facultades defensivas, también la instancia de casación debe generar una revisión de lo decidido tan amplia como sea posible, en cuanto a los motivos de agravio del condenado»; lo que no es novedoso, ya que en «Giroldi» dejó sin efecto la limitación recursiva establecida por el legislador en función del monto de la pena impuesta.

Por ello, a partir del principio que implícitamente sienta de la «versatilidad recursi-

va» también surge una nueva clasificación de los recursos que dimana naturalmente de su *holding* - que determinara como *ut supra* se afirmara que poco y nada quede del recurso de casación estructurado por el C.P.P.N. - en «constitucionalmente idóneos» o «constitucionalmente inidóneos», dejando en un segundo plano en el proceso penal aquella que distinguía entre recursos «ordinarios» y «extraordinarios».

Sentencia de Cámara que revoca la sentencia de Primera Instancia. El quid del reenvío

No puede perderse de vista que el *holding* de la Corte lo formula en relación al máximo aprovechamiento de la instancia en relación a la sentencia condenatoria.

No obstante lo apuntado puede echarse mano a dicho principio para la operatividad de otras garantías que entran en crisis en ocasión de todo reenvío.

En virtud de la ley de implementación progresiva, se pone en plena vigencia el artículo 6 de la ley 12.734, quedando como

artículo 4 del digesto de transición, con el texto siguiente: *Non bis in idem. Nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. No se podrán reabrir los procedimientos fenecidos, salvo la revisión de las sentencias a favor del condenado, según las reglas previstas por este Código.*

El principal bastión de la seguridad jurídica, lo constituye el instituto de la cosa juzgada. El máximo tribunal del país claramente ha señalado que: «La cosa juzgada tiene jerarquía constitucional y procede el recurso extraordinario cuando se sostiene que el fallo apelado ha desconocido sus efectos (Fallos: 187:29; 243:465; 253:253; 259:289 y 273: 312, entre muchos otros)...»⁷. Más aún en materia penal, la Corte lo califica como derecho federal susceptible de tutela inmediata⁸.

Sin perjuicio de ello, esta garantía no solo veda la posibilidad de reflotar una persecución penal respecto de una imputación cuyo proceso culminara en una resolución con fuerza de cosa juzgada; sino además la sola posibilidad de un nuevo sometimiento a un juicio por el mismo hecho⁹.

El Standard actual fijado por la Corte ha tenido una evolución significativa, pues en algunos precedentes parecería condicionar su virtualidad a la ausencia de vicios esenciales en el primigenio proceso¹⁰; pero en «Polak», sentó la regla en virtud de la cual no todo vicio esencial enerva esta garantía – pues siempre que se anula un proceso se invoca la existencia de una irregularidad – sino aquella en que hubiese concurrido la actividad del imputado o su defensa para su verificación; toda vez que la retrogradación del proceso sólo puede producirse cuando la nulidad declarada sea atribuible a una conducta del imputado o su defensa.

Si bien no al extremo que refiere Dálbora al citar la disidencia del Juez Argüello de la CIUDH (Loaiza Tamayo 17-11-97) al sostener que cualesquiera sean los vicios de un proceso, conducen a su anulación, pero no a la absolución¹¹, las propias «Reglas de Mallorca» contemplan como un supuesto posible la retrogradación del proceso, aunque imponiendo sí el apartamiento del primer Juez o Tribunal.

Así, la regla cuarta, apartado 2) reza: *Los Tribunales deberán ser imparciales. Las*

*legislaciones nacionales establecerán las causas de abstención y recusación. Especialmente, no podrán formar parte del Tribunal quienes hayan intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa. Tampoco quienes hayan participado en una decisión después anulada por un Tribunal Superior; por lo que entendemos que no resulta violatorio del principio *nom bis in idem*, aquellos supuestos en los que el desenlace se produce a partir del comportamiento de la defensa, o al menos con su concurrencia.*

La conducta procesal del imputado y su defensa, ha sido un baremo utilizado por nuestra Corte, así como por los Tribunales internacionales, en la interpretación de las garantías del imputado; no es otro que el utilizado en materia de la determinación del plazo razonable. La Corte Interamericana, *in re* «Suarez Rosero» (12-11-97), recurrió a los mismos criterios del precedente «Genie Lacayo», elaborando la pauta del análisis global del procedimiento, en el que se tenían en cuenta tres elementos; la complejidad del caso, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales¹².

También la Corte lo emplea en «Polak», para posibilitar el reenvío – sin vulneración del *nom bis in idem* – en el supuesto de nulidad provocada por el imputado o su defensa, o que hubieran concurrido a su producción.

Recientemente, la jurisprudencia del máximo tribunal del país, en supuestos de anulación de la sentencia y reenvío ha sido contradictoria, pues en el caso «Kang»¹³, consideró al fallo de la Sala III de la Cámara de Casación Penal, que anuló la sentencia absolutoria en virtud del recurso del Ministerio Público Fiscal, una decisión equiparable a la sentencia definitiva – pues bajo la resolución recurrida reenviaba para un nuevo juzgamiento – ya que en tal aspecto la garantía del *non bis in idem*, «...está destinada a gobernar decisiones previas al fallo final. En efecto, llegado el momento de la sentencia definitiva, aun siendo absolutoria, resultaría inoficioso examinar el agravio invocado por la defensa, pues para aquel entonces "el riesgo" de ser sometido a un nuevo juicio ya se habrá concretado.» (Íd. Voto de los Dres. Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay, con disidencia de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Car-

los S.Fayt); posición que ya se avizoraba en el voto minoritario de Petracchi, Maqueda y Argibay, con cita de la disidencia de Petracchi y Bossert en «Alvarado» (Fallos 330:1514).

No obstante ello, más recientemente, la misma Corte, en los hechos resolvió todo lo contrario a lo resuelto en «Kang» al anular la sentencia absolutoria y reenviar los autos al tribunal de origen a fin de que proceda a dictar un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto por el máximo tribunal¹⁴.

Es cierto que nuestra Corte aún no ha receptado como «doctrina recibida» al «double jeopardy», pero ello no impide concluir que el reenvío como fenómeno procesal constituye un disvalor – más allá de la incidencia que puede tomar en lo atinente al plazo razonable – generador de tensiones constitucionales.

En virtud de la ley 12.912, se pusieron en vigencia los artículos 404 y 405 de la ley 12.734, quedando como artículos 478 xvi y 478 xvii del dispositivo de transición, donde se limita sensiblemente la optimización de la instancia en virtud de la inmediatez propia del juicio oral.

Así resuelve todo lo atinente al efecto resciden y eventual – y muy limitadamente rescisorium – de la sentencia del Tribunal de alzada. Su tenor literal es el siguiente: «...*Revocación o anulación total o parcial. El tribunal que hiciera lugar al recurso, según corresponda, revocará o anulará total o parcialmente la resolución impugnada y ordenará el reenvío para la renovación de la actividad que se trate, indicándose en su caso el objeto concreto del nuevo juicio, procedimiento o resolución... Cuando de la decisión resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción o la pena, el cese de una medida de seguridad, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia o resolución no es necesaria la realización de un nuevo juicio o procedimiento, el tribunal resolverá directamente sin reenvío, siempre que se preserve el derecho del imputado a la doble instancia recursiva...*». Es esta una de las normas mejor logradas por la reforma, y se implementa con la ley transición (12.912).

Así es, entendemos que la limitación de la función rescisoria del tribunal del recurso logra un adecuado equilibrio entre las garantías involucradas; principalmente en todo lo atinente a evitar la vulneración del *nem bis in idem*, limitando el reenvío a lo

estrictamente necesario pues si se revoca la absolución y no es necesario para dictar una nueva sentencia el reenvío, el tribunal resolverá directamente en buen romance la denominada «competencia positiva» o «efecto rescisorium».

La norma se encuadra en un garantismo responsable, tributario de normas de integración sistémica como la prevista en el artículo 32 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, que luego de establecer los deberes ciudadanos, sienta el principio según el cual «...*Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática...*», y permite la concreción de un *clearing* de valores realizador de todos los intereses involucrados en el proceso penal.

La resolución del Tribunal Superior que revoca la sentencia recurrida, está vinculada con los errores *in iudicando*; esto es errónea valoración de los hechos, o aplicación del derecho; vgr. en las premisas fáctica y jurídica del pronunciamiento.

Se distingue en doctrina la *iudicium rescidens*, por un lado; y la *iudicium rescisorium*, por el otro, mientras la primera sólo busca destruir el acto impugnado; la segunda, además, busca cubrir el vacío dejado, sustituyendo esa decisión¹⁵; también hoy se la define como «competencia positiva» del tribunal revisor.

Si se trata de revocación, en principio se da la rescisión, y sólo excepcionalmente se suple el vacío dejado por el acto (*iudicium rescisorium*), en la medida que al revocarse la absolución no sea necesario para dictar una nueva sentencia el reenvío: el tribunal la Cámara resolverá directamente.

Si la sentencia es condenatoria y la Cámara revoca, en este caso puede lograrse con el pronunciamiento el máximo aprovechamiento de la instancia dictando el veredicto absolutorio, o en su caso, declarando la extinción de la acción penal o la pena, la extinción de la medida de seguridad, o cuando resulte evidente que para dictar una nueva sentencia o resolución no sea necesaria la realización de un nuevo juicio

o procedimiento. Este último supuesto es el que, a nuestro juicio, habilita a dictar el pronunciamiento condenatorio, luego de revocar la sentencia absolutoria, evitando el reenvío, toda vez que está garantizado el derecho a la doble instancia por vía de ordinarización del recurso de inconstitucionalidad provincial en base al principio de versatilidad recursiva.

Es aquí donde advertimos las bondades del texto que limita al mínimo indispensable el reenvío –recuérdese que el mismo no se dará no sólo si se revoca la sentencia condenatoria, sino cuando se revoca la sentencia absolutoria y no es necesaria la realización de un nuevo juicio– aliviando la tensión con el principio *nem bis in idem*.

Es cierto que, prestigiosa doctrina, concluye en la existencia de un supuesto de *bis in idem*, ante la posibilidad del fiscal de recurrir la sentencia absolutoria, por invocación de los principios que rigen las apelaciones en el derecho anglosajón, a partir de la disidencia de los Dres. Petracchi y Bossert, en el precedente «Alvarado»¹⁶; pero, a nuestro juicio, el dispositivo

no lesiona ninguna garantía constitucional del imputado.

El siempre recordado Palacio fue muy claro en advertir –en igual sentido que Javier De Luca– que la aplicación del principio *nom bis in idem* no lleva a que toda sentencia absolutoria sea irrevocable, pues dicho principio implica la doble persecución en causas sucesivas pero en modo alguno el doble grado de conocimiento dentro del mismo proceso¹⁷.

Por ello revisamos nuestra posición originaria¹⁸ y sostenemos que durante la transición –y aun durante la vigencia plena de la ley 12.734, en la medida que para dictar la nueva sentencia posterior a la absolución no sea necesaria la realización de un nuevo juicio o procedimiento (art. 404 in fine de la ley 12.734) – el Tribunal que dicta la sentencia que revoca la absolución debe asumir (*iudicium rescisorium*) la competencia positiva dictando la correspondiente condena.

De este modo obró la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos

Aires en el conocido caso «García Belsunce»¹⁹ al asumir la competencia positiva y –tras revocar la absolución– disponer la condena e imposición de pena por el delito de homicidio calificado.

El citado es un caso denotativo de lo flagelante que hubiera sido para la garantía del plazo razonable, así como para la credibilidad del sistema judicial, el reenvío para la realización de un nuevo juicio, con la permanente tensión constitucional ante la puesta en crisis del principio *nem bis in idem*.

Competencia positiva y doble conforme

La doctrina que veda la posibilidad de que el fiscal recurra la sentencia absolutoria plantea como enigma «...el saber cómo ha de resolverse el derecho a recurso del imputado, y quién ha de resolverlo en tal caso, pues, frente a esa condena lograda en Casación nace el derecho del imputado al doble conforme ante un tribunal superior»²⁰.

La respuesta al mismo lo dio la Corte en «Casal» a partir del principio que implícitamente sienta de la «*versatilidad recursiva*» y la nueva clasificación de los recursos, que como dijéramos *ut supra* surge naturalmente, en «*constitucionalmente idóneos*» o «*constitucionalmente inidóneos*», dejando en un segundo plano en el proceso penal aquella que distinguía entre recursos “*ordinarios*” y «*extraordinarios*».

Si bien el máximo tribunal del país no ha admitido, al menos como doctrina pacífica mente recibida e invariablemente sostenida, la imposibilidad del reenvío, no caben dudas de que el mismo es reputado como un disvalor; el tratamiento de su problemática así lo denota.

La doctrina ha sostenido con toda razón que : «*El juicio oral provoca... una inseguridad y ansiedad pocas veces experimentada en otros ámbitos, presentándose para el imputado como una decisión que debe tolerar; con lo que se concluye en que luego del debate el imputado no tiene ningún deber de soportar otro debate ni de prolongar su ansiedad e inseguridad*»²¹; por lo que hasta que la Corte

se expida definitivamente sobre ello todo aconseja que se reduzca su operatoria a su más mínimo espectro.

El precedente «Ali» de la Corte santafesina

La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, en fecha 15/12/2009 en autos «Ali, Walter Alfredo, Homicidio agravado s/ Recurso de inconstitucionalidad, Expte. csJ N° 327-año 2008»²², señaló la conveniencia de que: «*a partir del dictado de la presente resolución el tribunal de alzada que, en el marco de un recurso de apelación ordinario, considere que deba revocarse la absolución del imputado, se abstenga de emitir un pronunciamiento de condena y, en su lugar, disponga la remisión de la causa al tribunal de juicio que corresponda para que éste dicte un nuevo fallo que, en caso de resultar adverso a los intereses del encartado, sea revisable por un tribunal superior*».

Esta recomendación, cuyo acierto podría discutirse en la economía del proceso oral, aunque sin certeras pretensiones de éxito,

está erróneamente trasladada a un proceso escrito generando mayores reparos constitucionales que los que intenta paliar.

La Sala Cuarta (integrada) de la Cámara Penal de Rosario, no ha seguido la recomendación de la Corte, por entender que como tal (como recomendación) no es imperativa, y que la misma fue formulada casi como una anotación marginal del *holding* del precedente, en *obiter dictum*, dando argumentos de real valía para ello, al sostener que: «Los pactos internacionales a los que se han hecho mención, incorporados a la Constitución Nacional (Artículos 8, inciso 2, apartado H de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función de lo previsto en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) mandan que la revisión sea hecha por un tribunal jerárquicamente superior, lo que supone la no admisión de un reexamen por otro de igual jerarquía. La metodología propuesta implica revocar la absolución con argumentos para condenar pero sin hacerlo, mandando a otro jerárquicamente inferior que condene, para que luego

otro jerárquicamente igual al primero revise lo que éste hizo. Pareciera que mediante la vía indirecta de un intermediario, además de instaurarse un inusual método de apelación ante un par quien en esencia falló el fondo del asunto, se estaría eludiendo el imperativo contenido en los preceptos constitucionales aludidos, los que en definitiva postulan que los argumentos y la valoración que fundamentaron una condena, sean revisados por un tribunal superior y no por otro igual»²³.

Es inocultable que el autor de estas líneas está a favor del principio de horizontalidad democrática de los jueces, que implica que todos son de la misma jerarquía y sólo los distinguen las competencias. No obstante ello nuestros posicionamientos políticos o nuestros deseos no nos pueden hacer negar la calificación de *Superior* que, del tribunal revisor hacen los tratados internacionales, en el marco de la garantía del doble conforme en consonancia con las normas correspondientes de la Constitución santafesina.

La Convención Americana de Derechos Humanos²⁴ prevé como garantía judicial el

derecho a recurrir el fallo, no ante cualquier Juez o Tribunal, sino ante uno Superior (art. 8, inc. 2, ap. H).

Esta previsión constituye un límite para la estructuración de los Tribunales con competencia recursiva, que echa por tierra las concepciones más racionales y democráticas – a las que adherimos – que reniegan de la estructuración de los Tribunales en forma jerárquica; pues en definitiva son todos jueces con facultades de declarar la ley en el caso concreto, aunque con distinta competencia funcional, siendo denotativo de ello la facultad de cualquier magistrado de declarar la inconstitucional de la ley, en un sistema de control difuso de constitucionalidad como el nuestro.

En consonancia con ello, la Constitución Provincial en sus artículos 83 y 84, prevé las Cámaras de Apelaciones, como uno de los órganos destinados al ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional.

Por ello, y aunque ello no nos agrade, dogmáticamente no podemos concebir al

órgano dotado de competencia funcional para los recursos, sino como una Magistratura jerárquicamente superior, pues en su tarea la dogmática jurídica debe encargarse de la elaboración de un sistema de conceptos fundamentales supratemporales que constituyen el ámbito de las posibilidades que *a priori* tiene el desarrollo del estudio del derecho²⁵. Las posibilidades con las que, *a priori*, se cuenta para la estructuración del órgano que nos ocupa, están limitadas por las disposiciones referidas.

Más recientemente todavía la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, cambia ha vuelto a la dirección correcta al expresar en el considerando 3.1. lo siguiente: «*En primer lugar, se advierte una circunstancia particular de la presente causa, constituida por el hecho que la resolución atacada condenó al imputado, revocando la absolución pronunciada en primera instancia... Siendo ello así, se impone dar andamiaje a la garantía consagrada en los artículos 8, inciso 2, apartado H) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

(en función del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), lo que de conformidad con el criterio seguido por este Tribunal (Cfr. A. y S.T. 229, pp. 62, 352), cabe realizar a través de los remedios previstos en la ley 7055; interpretados éstos -dada la particularidad a la que se hizo alusión- con el alcance que surge del fallo "Casal" (Fallos: 328:3399) del máximo Tribunal de Justicia de la Nación. En suma, corresponde a esta Corte, como «tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica» al que emitió la primera condena (Caso «Herrera Ulloa Vs. Costa Rica», sentencia del 2.7.2004 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), efectuar el análisis amplio del resolutorio impugnado, en lo que ha sido materia de agravio y en los términos precisados en el precedente citado»²⁶, siguiendo el criterio ya sentado por la misma corte, con anterioridad a «Ali», in re «Gorosito»²⁷.

Recordemos que la Corte Interamericana había dicho que: «*De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos* 115, *se debe entender que el recurso que*

contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que "no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces", es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos»²⁸.

Si bien el recurso de inconstitucionalidad provincial no es un recurso ordinario, como exige la Corte Interamericana, tampoco lo es el de casación y no obstante ello la Corte lo ordenó en «Casal», como recaudo para la vigencia de la garantía, la admisibilidad amplia y las reales posibilidades de una revisión integral del fallo lo dotan de idoneidad suficiente, al menos mayor que el resultante de la revisión ante un tribunal de igual jerarquía que aquel que dictara la condena, como resulta de la aplicación de «Ali».

A modo de conclusión

En el proceso escrito – posibilidad que debiera considerarse en el mismísimo juicio oral – ante una sentencia en que la Alzada revoque una absolución, nada obsta a potenciar el máximo aprovechamiento de la instancia dictando el Tribunal la sentencia condenatoria, dando amplias posibilidades de acceso a la instancia recursiva y resultando ser la Corte Suprema de Justicia provincial el Tribunal Superior que garantice el doble conforme a partir de la versatilidad recursiva *tu supra* referida.

Así se habrá de evitar el reenvío concebido como un disvalor tanto para el imputado como para la garantía del plazo razonable, optimizando la capacidad de rendimiento (a nuestro entender máximo aprovechamiento de la instancia sentado en «Casal») de la instancia recursiva ante la operatividad de la «competencia positiva».

Ello evitará no sólo tal disvalor sino aquellos cuestionamientos provenientes del juzgamiento ante un juez de la misma

jerarquía que presupone la aplicación del precedente «Ali»

Entendemos que la forma propuesta en el marco de un dispositivo recursivo como el santafesino –de los que mejor fueron logrados en la ley 12.734 – se dará una respuesta enrolada en un garantismo responsable que satisfaga todas las aristas del bloque de convencionalidad ■

¹ MAIER, JULIO B.; *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, p. 633.

² Conf. FEDEL, DANIEL B; *El recurso de casación*, pp. 87 y 88. *Cathedra*, Bs As 2009.

³ Así se concluye en FEDEL DANIEL ob. cit. p. 89.

⁴ MUCHNIK, JAVIER D. y JOFRE, JORGE L; *El recurso de casación, el principio acusatorio y la garantía de la doble instancia*, (LL 2005-V, 384).

⁵ MUCHNIK, JAVIER; ob. cit.

⁶ PÉREZ BARRERÁ, GABRIEL; *La casación penal y la llamada "capacidad de rendimiento"*, LL 2006-2-1307.

⁷ CSJ 315: 2682, considerando 3º.

⁸ id.

⁹ CSJN Fallos 305:920; 315:2682.

¹⁰ Fallos 305:920.

¹¹ LL del 27 /XII 1999,f.99-760.

¹² En dicha oportunidad había caracterizado al concepto del «plazo razonable» del art. 8, n° 1, de la Convención, como de «no sencilla definición»; recurriendo para precisar su contenido y alcances a los baremos empleados por la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. *El Tribunal*

européu toma en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del caso; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales...

¹³ Fallos 330:2267.

¹⁴ CSJN, T. CA. y otros, 27/05/09. Laleyonline.com.ar. Consulta del 03/06/09.

¹⁵ Conf. HITTERS, JUAN CARLOS; *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, p. 142 de Platense Bs As 1984.

¹⁶ Considerando 11, donde se afirma que: «...la sentencia absolutoria dictada tras un juicio válidamente cumplido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria. Una decisión diversa significaría otorgar al Estado una nueva chance para realizar su pretensión de condena, en franca violación al principio non bis in idem y sus consecuencias». Fallos 321:1173 con cita del fallo *Green vs. United States*, 355 US 184, 1957.

¹⁷ Puntualmente dijo «No parece por último que, por aplicación del principio "non bis in idem", toda sentencia absolutoria sea irrecorrible, pues dicho principio impide la doble persecución en causas sucesivas pero en modo alguno el doble grado de conocimiento dentro de un proceso único» PALACIO, LINO E.; *La sentencia penal absolutoria y la garantía de la doble instancia*, 11, 1999-II, 325.

¹⁸ Cuando decíamos: Así es, la revisión y eventual revocación del fallo absolutorio, a partir de un recurso de la acusación, en la medida que – como nuestro texto lo

dispone – se reenvíe para la renovación de la actividad y el juicio – para no vulnerar el derecho a la doble instancia que le asiste al imputado, que se lesionaría si el Tribunal Superior dictara directamente el pronunciamiento sustitutivo de carácter condenatorio – es respetuosa de todas las garantías que le asisten al imputado y su defensa..

¹⁹ CARRASCOSA, CARLOS ALBERTO s/recurso de casación 18/06/09. *La ley online*, consulta del 30 de junio de 2011.

²⁰ FEDEL, D. ob. cit., pág.103.

²¹ FEDEL, DANIEL B., ob. cit. Pág.90.

²² A. y S. t. 234, f. 378/98.

²³ CAPR Sala IV, 18/03/10 *Chiazza, Cristian Javier s/ encubrimiento*.

²⁴ Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por la República Argentina mediante la ley 23.054.

²⁵ Conf. ARMIN KAUFMANN, prólogo de su obra *Teoría General de las normas*, p. 10, Depalma, Buenos Aires, 1977.

²⁶ CSJ Santa Fe MJE s/ Robo, A. y S. t. 236 pp. 40-48, 13 de abril del año 2010.

²⁷ Reg. A. y S. t. 217 pp. 31-40, 13/11/2006 in re *Gorosito, Carlos Raúl -Robo calificado por el uso de arma- s/ Recurso de inconstitucionalidad - Expte. CSJ N° 570-año 2005*.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentencia del 02/07/04.