
Recursos

El recurso de Casación como garantía

Autor: Dr. Ramón C. Leguizamón

1.- Recursos:

El proceso es un medio instrumental que reglamenta el debido proceso legal establecido en la Constitución Nacional.

Su finalidad es la de resolver los conflictos que se producen en el seno de la sociedad. Por la índole de los conflictos, estos pueden ser de naturaleza civil, comercial, penal, administrativo, laboral, etc..

Los conflictos de carácter penal, deben ser tratados por el proceso penal, respecto al cual se expresa el siguiente concepto: **«constituye un instrumento jurídico indispensable, consagrado por la Constitución Nacional y disciplinado por el Derecho Procesal, que dicta el Congreso Nacional o las Legislaturas provinciales, en virtud del sistema federativo de gobierno, una estructura instrumental que el legislador crea para descubrir la verdad sobre un supuesto hecho delictivo y para actuar en concreto la ley penal...».**⁽¹⁾

También se define desde un punto de vista objetivo, **«que el proceso penal es una serie gradual progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva».**⁽²⁾

Dentro de la dinámica del proceso se

ponen de manifiesto tres funciones claramente diferenciadas:

- a) La jurisdiccional, a cargo del Juez.
- b) La requirente, a cargo del Ministerio Público.
- c) La defensiva que la ejerce directamente el imputado en el aspecto material y el letrado habilitado, que ejercita la defensa técnica.

La dinámica dialéctica del proceso se realiza con la participación contradictoria del órgano de persecución penal y la defensa, que articula la oposición a dichas pretensiones. La función del Juez en abstracto es la de resolver las cuestiones que se plantean; aunque en el proceso, tal cual está delineado en nuestro sistema vigente, su actividad genérica decisoria tiene una activa participación impulsora del proceso, de oficio o a instancia de los intervinientes.

En el proceso penal común, pueden intervenir como partes eventuales, el querrelante, el actor civil y el tercero civil demandado.

En el desarrollo de la actividad decisoria, reglada por el proceso, pueden producirse discrepancias con relación a las pretensiones de los intervinientes, sea porque esta se produzca por propia iniciativa del órgano jurisdiccional o a instancia de parte.

Es posible que la actividad decisoria se realice en forma ilegal o injusta, lo que justifica que las partes procuren la modificación o eliminación de la resolución que se considera errónea o injusta.

Para corregir los errores que se producen en las resoluciones judiciales, sea modificando o eliminando los actos o resolu-

(1) Velez Mariconde, Alfredo «DERECHO PROCESAL PENAL» T.II-Pg. 113/114- Buenos Aires 1969.

(2) Velez Mariconde Ob. cit. P. 115

ciones que se consideran desacertadas, se acuerdan a las partes facultadas para impugnar dichas resoluciones. Se legislan límites y medios. Los límites son objetivos, subjetivos y temporales. Los primeros, señalan las circunstancias en que las partes pueden impugnar las resoluciones; los subjetivos, a quienes se acuerda tal potestad; y los temporales, el lapso dentro del que puede hacerse valer la pretensión impugnativa.

Los medios de impugnación se denominan «recursos». Existen varios tipos de recursos, a saber:

I. I - Recurso de Reposición:

El **recurso de reposición** procede contra las resoluciones que se consideran erróneas, para que el mismo tribunal que las dictó, previa sustanciación, las revoque, elimine, o, modifique por contrario imperio. Constituye un medio impugnativo no devolutivo, dirigido a obtener los objetivos mencionados, por quién se considera agraviado, ejercitando como titular la facultad de impugnación. Se utiliza en la etapa de instrucción y en el plenario.

Los motivos de impugnación pueden fundarse en razones de error en el juicio o en la actividad; pero, deben ser de naturaleza procesal y no sobre el fondo. En instrucción, cuando la resolución es apelable, el recurso se puede interponer con el de apelación en subsidio y, si la resolución es apelable con efecto suspensivo, se concederá con este efecto.

En el plenario el recurso de reposición será susceptible a la apelación, pero la objeción denegada será invocable en casación, cuando lo resuelto en forma adversa tenga entidad tal, que pueda modificar el resultado de la sentencia en el sentido propuesto por el recurrente.

I. II - Recurso de Apelación:

El **recurso de apelación** es la instancia que formula quien inspirado por el

deseo de una mayor justicia, por considerarse perjudicado por una resolución del Juez de instrucción, expresa en forma motivada los puntos de su agravio, para que un Tribunal de grado las revoque o modifique.

En nuestro sistema procesal Penal se concede contra las resoluciones del Juez de instrucción, siempre que expresamente sean declaradas apelables o causen gravamen irreparable (art. 485 Código Procesal Penal).

I. III - El Recurso de Casación:

El **recurso de casación** se ha definido como: «aquel mediante el cual por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos de la sentencia de mérito que le perjudica, reclamando la correcta aplicación de la norma sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión con o sin re-envío a nuevo juicio».

Debe mencionarse que este recurso se otorga contra la sentencia de mérito que, después del juicio plenario, culminado el debate, expuestas las conclusiones de las partes intervinientes, el Tribunal dicta la sentencia donde se determinan los hechos, que son luego intangibles para el Tribunal de Casación.

Cuando se postula la errónea aplicación de la ley sustantiva, conforme al inc. 1º del Art. 493 del Código Procesal Penal, lo que se plantea en realidad, es que se ha aplicado mal la ley sustantiva y se pide un nuevo pronunciamiento que la aplique correctamente, generalmente sin re-envío; aunque el Profesor Maier postula en estos casos la necesidad de un nuevo juicio, referido exclusivamente a la evaluación de las circunstancias atenuantes y agravantes para fijar el monto de la pena, la que no deberá exceder en ningún caso, el límite temporal de la pena impuesta en la sentencia originaria contra la que se alzaré el recurrente.

Sobre este aspecto específico reflexionaré más adelante.

También la anulación es inevitable, cuando se trata de errores in-procedendo, lo que sucede cuando conforme al Inc- 2º del Art. 493 del Código procesal Penal, haya habido inobservancia de las normas que el Código establece bajo pena de inadmisibilidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absolutas (171 - 2da. parte), el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación.

I. IV - Recurso de Inconstitucionalidad:

El **recurso de inconstitucionalidad**: el código legisla en el art. 508 estableciendo que es procedente contra las sentencias definitivas o autos mencionados en el art. 494 del Código procesal Penal siempre que se hubiera cuestionado la constitucionalidad de una ley, decreto o reglamento que estatuyan sobre materia regida por la Constitución de la Provincia, y la sentencia o el auto fueren contrario a las pretensiones del recurrente.

II. Reglas generales aplicables a los recursos:

Las reglas que se enunciarán se refieren a los recursos de apelación, casación y de inconstitucionalidad, en las que se intentará marcar las diferencias, según el Código Procesal Penal de Corrientes, que es la legislación tomada al efecto, pero que sigue los lineamientos generales, reflejados en los demás códigos procesales vigentes en el país.

a) Solo pueden ser recurribles las resoluciones judiciales en los casos expresamente establecidos.

b) El recurso debe entablarse por los medios expresamente reglados, reposición, apelación, casación, inconstitucionalidad, queja.

c) El derecho de recurrir corresponde a quien sea expresamente acordado, siempre que tuviese interés directo.

Cuando la ley no distingue entre las

partes el derecho de recurrir pertenece a cualquiera de ellas.

Las reglas enunciadas constituyen una manifestación de los que se ha denominado: **«taxatividad» de los recursos, que solo existe en la medida de su específico tratamiento en la ley procesal de que se trate y en las condiciones que esta establezca, y ...la interposición es facultativa, de índole disponible, apareciendo como una opción discrecional del recurrente... de igual modo la interposición e impulso, mantenimiento y fundamentación de los medios impugnativos, corresponde de modo exclusivo a la parte que lo ha planteado.**⁽³⁾

III.- Condiciones de interposición.

El recurso de apelación debe interponerse por escrito o en diligencia, ante el mismo Tribunal que dictó la resolución y debe ser motivado bajo pena de inadmisibilidad. El agente fiscal y el querellante conjunto deberán fundamentar el recurso.

El recurso de casación debe ser interpuesto ante el tribunal que dictó la resolución por escrito con firma del letrado, debiendo citarse concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cual es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada motivo con sus fundamentos. La ley expresamente impide la incorporación de otro motivo, fuera de la oportunidad de la interposición del recurso.

La exigencia respecto al recurso de apelación de la específica indicación de los motivos, que equivale al señalamiento e individualización taxativa del vicio, en sustento de disconformidad para que el Tribunal de alzada trate el tema propuesto sin apartarse en su decisión, tiene, además, el propósito de evitar que se avoque a una cuestión no propuesta por el recurrente.

(3) Vazquez Rossi, Jorge E. «DERECHO PROCESAL PENAL» T. II-Pg. 464- Santa Fé 1997.

Respecto a los recursos de casación e inconstitucionalidad, además de la específica indicación de los motivos, que debe efectuarse separadamente, se debe desarrollar los fundamentos de cada motivo que constituyan los capítulos de la impugnación.

La fundamentación significa que cada uno de los específicos agravios, deben ser expresados en forma razonada y con argumentos dirigidos a demostrar el error en el que ha incurrido el tribunal «a quo» y el sustento lógico y racional de la resolución que desea lograrse del tribunal «a-quem». La exigencia de la ley tiende a circunscribir la competencia funcional del Tribunal de Alzada señalándose al respecto que este: **«asume el ejercicio de la jurisdicción dentro de los límites del agravio demostrado por el impugnante. Es por aplicación de la regla «tatum devolutum quantum appellatum» de modo que, con la exigencia en examen, se evita que la alzada o el mismo tribunal (en impugnaciones no devolutivas), entre a merituar cuestiones que habrían quedado consentidas por el interesado».**⁽⁴⁾

III.- Admisibilidad.

Examen sobre la admisibilidad: una vez interpuesto el recurso ante el Tribunal que dictó la resolución impugnada, este debe examinar la admisibilidad para conceder o negar la vía recursiva. Dictada la resolución de admisibilidad, si el recurso es procedente, lo es, por que fue interpuesto respecto a una resolución recurrible, por quien tenía derecho a hacerlo, entablado en término oportuno y reúne los requisitos estructurales requeridos para el acto de interposición (la específica indicación de los motivos y sus fundamentos en el de casación).

Dictada la resolución de admisibilidad (Arts. 480-487-500) se emplazará a los interesados para que en el término establecido

por la ley comparezcan ante el Tribunal de Alzada a sostenerlo (dentro de los tres días y ocho días según que el Tribunal resida en la misma u otra ciudad. Cinco o diez días según el caso para el recurso de casación).

Este tema plantea algunas cuestiones respecto a la forma de contar el término a partir del cual se debe sostener el recurso ante el Tribunal de Alzada. Se ha oscilado entre la mera constancia de recepción a la fecha del emplazamiento y la notificación de una resolución judicial que hace saber a los intervinientes que el expediente se ha radicado en el Tribunal que entenderá en el recurso.

III. II- Sostentamiento - Adhesión y Deserción:

Dentro del término del emplazamiento y elevación de las actuaciones, a partir del momento en que se produce el ingreso, es posible que se produzcan las siguientes situaciones:

a) Que el recurrente mantenga en forma expresa el recurso, lo que constituye la ratificación de la voluntad de recurrir, la que de este modo se integra y fija en forma definitiva el acto de interposición del recurso.

b) Puede producirse el desistimiento por manifestación expresa, o, por el transcurso del término, sin que comparezca el impugnante, lo que produce la deserción del recurso que debe ser declarado de oficio.

c) Puede producirse la adhesión de quien no hubiese recurrido, pudiendo hacerlo por motivos diferentes al que diera origen al recurso.

Respecto a la adhesión, esta es procedente con arreglo a los siguientes requisitos:

a) Que el adherente tenga el derecho a recurrir esto es, que el sujeto haya estado en posesión del derecho impugnativo; es decir, que la resolución sea recurrible y que esté legitimado subjetivamente a hacerlo.

b) Que respecto al adherente, haya perdido el derecho a recurrir por vencimien-

(4) Ayán Manuel «RECURSOS EN MATERIA PENAL» Pg. 134- Córdoba 1985

to del término.

c) Que la adhesión se produzca dentro del término de emplazamiento.

d) Que el adherente exprese bajo pena de inadmisibilidad los motivos en que se funda. Debe manifestar los propios agravios, no siendo necesario que sean los mismos que los expresara el recurrente originario. Puede ser parte adversa, por tanto los motivos serán diferentes.⁽⁵⁾

IV. Efectos de los Recursos.

IV. I - Efectos Suspensivo:

Cuando se interpone un recurso, durante su trámite, por regla debe suspenderse la ejecutoriedad de la resolución atacada. Cuando ocurre de este modo, se opera lo que se denomina el efecto suspensivo de la decisión jurisdiccional.

En las disposiciones generales referidas a los recursos, específicamente en el Art. 478 del Código Procesal Penal se expresa lo siguiente: «**la resolución no será ejecutada durante el término para recurrir mientras se tramite el recurso salvo disposición en contrario**».

Explica Ayan, que «**con arreglo a lo expuesto, el efecto suspensivo se concreta desde que se dicta la resolución declarada recurrible. En tanto no caduque o se renuncie al poder de recurrir que se confiere a los interesados no podrá ejecutarse lo resuelto. Cuando el término para recurrir -que por ley es perentorio excepto para la revisión que procede en todo tiempo- fenece sin que se haya planteado la impugnación, la resolución quedará firme y ejecutoria, sin necesidad de declaración alguna.**

Si se interpuso el recurso, la resolución tampoco podrá ejecutarse mientras se mantenga abierto el trámite impugnativo».⁽⁶⁾

(5) Ayán Manuel. Ob.cit. pg. 156.

(6) Ayan- Ob. cit pg. 177.

La excepciones al efecto suspensivo referidas al recurso de apelación, que se hallan previstas expresamente son entre otras las siguientes:

a) El auto de procesamiento de falta de mérito, el auto que concede o niega la cesación de la prisión preventiva o la excarcelación.

b) La sentencia de sobreseimiento instructorio, etc. Conforme al Art. 428 del Código Procesal Penal la sentencia absolutoria «**ordenará cuando fuere el caso, la libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente, o la aplicación de medidas de seguridad, o la restitución o indemnización demandadas**».

IV. II - Efecto devolutivo.

Según explica Ayán, a quien seguimos en estos puntos «**los recursos son devolutivos o no devolutivos expresa Leone, según que la condictio causae se transfiera o no, a la consecuencia de la impugnación a un Juez de grado superior al de quién emitió la decisión impugnada**». Luego señala que la expresión «**devolutivo**» tiene más vinculación a una tradición legislativa que a un verdadero significado gramatical. En este punto resultan pertinentes las acotaciones históricas que formula el autor a los fines de reflexiones que veremos al tratar el tema de los recursos concebidos como garantías a partir de la reforma constitucional de 1994, que en el Art. 75 Inc. 22 incorpora los pactos y convenciones.

Señala que históricamente los recursos eran medidas que se dirigían contra quien había tomado la decisión y, de modo subsidiario, contra la decisión misma.

De este modo el recurso constituía una verdadera acusación contra la persona del Juez y, debido a ello, otro Juez o Jueces de mayor jerarquía que el acusado, debían conocer la causa «**ex novo**» para examinar la conducta del Juez acusado, su actuación en

la causa, otorgándose de este modo mayores garantías al nuevo pronunciamiento.

En orden al origen de la expresión «efecto devolutivo», sostiene que el procedimiento se remonta a la Roma Imperial, donde los Magistrados ejercían sus funciones por delegación del Príncipe, quien era siempre el titular del poder jurisdiccional. Las resoluciones se dictaban en nombre del Príncipe por delegación de éste, acordándose, en algunas situaciones, a los interesados, la posibilidad de solicitar directamente al Príncipe la revocación de las resoluciones dictadas en su nombre. Planteado el requerimiento, la causa se elevaba al Príncipe a quién de este modo se le devolvía «la judicatura delegada al Magistrado». Ante esa «alzada» el magistrado quedaba despojado de la jurisdicción que ejercía en el proceso por el cual no podía ejecutar su propia sentencia (suspensión). Como se ve, la **suspensión** del mandato era una consecuencia inherente a la devolución de la causa.⁽⁷⁾

De este modo se ve que el efecto devolutivo atribuye al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso en los puntos que fueron objeto de impugnación expresado en los motivos y fundamentos.

Puede verse que, en la apelación, el efecto devolutivo tiene la particularidad de consentir el examen «**ex novo**» de la causa pudiendo incluso tratar errores «**inprocedendo**» e «**in-iudicando**» en los que es factible postular una revalorización de los datos probatorios circunscriptos, claro está a los puntos expuestos en los motivos del recurso.

«La casación» en cambio esta regulada en base a previsiones específicas de injusticia referida a cuestiones de derecho procesal; pues, solo puede examinar cuando se han transgredido reglas de este carácter, lo que puede generar la nulidad total o parcial de la sentencia. En tanto, establecida la plataforma fáctica por el Tribunal de mérito,

esta es intocable y solo es posible examinar las omisiones o errores de aplicación de la ley sustantiva.

Por tanto, las consecuencias originadas en el efecto devolutivo son las siguientes:

a) Interpuesto el recurso, el efecto devolutivo quita competencia funcional al Tribunal «**a-quo**» y la adquiere el «**ad-quem**», sin perjuicio de poder, en el tiempo establecido por la ley, corregir los errores materiales y, si concede, puede volver a recuperar la jurisdicción que fuera «devuelta», si el Tribunal «**ad quem**» declarase erróneamente concedido el recurso o lo rechazare por manifiestamente improcedente (Art. 480 del Código Procesal Penal.)

IV. III - Competencia del tribunal de alzada. Prohibición de la «Reformatio in peius».

Es consecuencia del efecto devolutivo que el recurso atribuye al tribunal de Alzada el conocimiento del proceso referido exclusivamente a los puntos de la resolución que se especificaron como agravios. El acto de interposición señala los defectos y abre respecto a estos la competencia del Tribunal de Alzada; este debe examinar la posibilidad de acoger la pretensión del recurrente limitando el ámbito de lo peticionado.

El Art. 481 del Código Procesal Penal regla lo siguiente: «**El recurso atribuirá al Tribunal de Alzada, el conocimiento del proceso solo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios.**

Los recursos interpuestos por el Ministerio Público permitirán modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado.

Cuando hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio en cuanto a la especie o cantidad de la pena o a los beneficios acordados».

(7) Ayan- Ob. cit. pg. 181/182.

Derivado directamente de la norma transcrita y, como limitación funcional de la competencia del Tribunal de alzada, surge la prohibición de la «**reformatio in peius**» conforme a la cual no se puede «**modificar la resolución impugnada en perjuicio del imputado, cuando aquella hubiere sido recurrida solamente en su interés (por el, su defensor o aún por el Ministerio Fiscal). En otras palabras, si únicamente recurre el imputado -caso distinto si también lo hace el órgano de la acción penal para que se agrave la resolución- queda abierta la perspectiva de la «reformatio in melius» y lo peor que podrá acontecer es que el juzgador «ad quem» confirme el pronunciamiento impugnado.**»⁽⁸⁾

Al respecto se ha dicho que la fase impugnativa puede demostrar la impertinencia de la agravación y entonces la citada disposición podría ser adversa a la justicia, sobre el particular se expresa que: «**la tan discutida prohibición de la «reformatio in peius», en virtud de la cual el recurrente no puede ver agravada la condena contra la que recurra, siempre que no medie recurso de la parte acusadora recabando a su vez la agravación. Es indudable que la fase impugnativa puede demostrar la pertinencia de la agravación, y entonces la citada prohibición militaría en contra de la justicia del fallo, pero si desaparece dicha restricción, el recurrente sería objeto de la más cruel de las burlas, puesto que habría puesto en marcha el instrumento que contra el se vuelva, y además, por temor a la agravación -imagínese un país con pena de muerte- podrían dejar de interponerse recursos perfectamente fundados**»⁽⁹⁾

El axioma prohibitivo ha sido afirmado por la Corte Suprema, considerándolo

(8) Ayan- Ob. cit. pg. 166.

(9) Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Ricardo Levene (h) «DERECHO PROCESAL PENAL»- T.III- Pg. 277- Buenos Aires 1945.

objeto propio del Recurso Extraordinario ante ella, señalando que la prohibición de la «**reformatio in peius**» se halla vinculada a la inviolabilidad de la defensa, dado la sorpresa que provoca un fallo más adverso que el recurrido, cuando el acusador no recurrió, «**y la jurisdicción del Tribunal del recurso solo ha sido excitado por el imputado o por otra persona a su favor, pues de esa manera, el fallo perjudicial «habría sido dictado sin jurisdicción» y además, afectado de una manera ilegítima la situación obtenida por el procesado merced a la sentencia -consentida por el Ministerio Público- de la instancia anterior y lesionaría, de ese modo la garantía del Art. 18 de la Constitución Nacional.**»⁽¹⁰⁾

La prohibición se ha señalado por Artemio Moreno citado por Ayán, tiene su fundamento ideológico en los siguientes brocardos, que expresan principios rectores y son los siguientes:

1º) Nemo iudex sine actore

2º) Nec procedat iudex ex officio; y

3º) Tatum devolutum quantum appellatum.

Conforme están regulados actualmente los recursos, bajo la modalidad de un mecanismo de contralor jerárquico de las decisiones, susceptibles de ser impulsado, tanto por el órgano requirente como por el imputado, como manifestación acorde a los principios de contradicción y bilateralidad se han señalado dos situaciones que deben ser analizadas.⁽¹¹⁻¹²⁾

a) Impugnación del Ministerio Público: Cuando el Ministerio Público interpone recurso acusatorio en contra de la sentencia que favorece al imputado, el Tribunal de alzada puede empeorar la situación del inculpadó de acuerdo a los motivos de la impugnación; pero, también puede reformar la re-

(10) Maier Julio B.J. «DERECHO PROCESAL PENAL»- T.I- Pg. 590- Buenos Aires 1996.

(11) Ayán- Ob.cit. pg. 168.

(12) Ayan Manuel «LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMATIO IN PEIUS» Cuaderno de los Institutos- T. 105- Pg. 159- Universidad Nacional de Córdoba 1969.

solución favoreciendo al imputado (*reformatio in melius*). Si el Ministerio Público, hubiese interpuesto el recurso a favor del imputado la prohibición de la «*reformatio in peius*» impide que el Tribunal de Alzada se pronuncie empeorando la situación del condenado.

b) **Impugnación en interés del imputado:** Si la resolución así fue recurrida solo en interés del imputado, por él, por su defensor técnico o por el Ministerio Público en su favor, el Tribunal de alzada no puede modificar la sentencia en perjuicio del imputado, señalándose que el interés expresado como opción y por consiguiente disponible, es presupuesto de la actividad del Tribunal de alzada.

Manifestaciones de la Prohibición:

La prohibición tiene concreta manifestación en cuanto a:

a) **Especie o cantidad de la pena:** Conforme al Art. 5 del Código Penal el orden de enunciación indica el orden de gravedad, en tanto la cantidad se individualiza respecto a cada figura delictiva, estableciéndose el mínimo y el máximo de la escala de penas para las distintas figuras penales, diseñándose figuras básicas, privilegiadas y agravadas. Si no media recurso acusatorio la sentencia del Tribunal de alzada no puede modificar en perjuicio del condenado la especie o cantidad de la pena, no puede agregar una pena conjunta que el Tribunal «a-quo» tuvo posibilidad de imponer, ni tampoco puede sustituir la reclusión por la prisión ni multa por pena privativa de libertad, aún en la hipótesis que el Tribunal hubiese incurrido en error, o hubiese aplicado una pena por debajo del mínimo de la escala.

b) **Beneficios:** Sin recurso acusatorio al Tribunal de alzada le esta prohibido revocar los beneficios otorgados por el Tribunal «a-quo» particularmente referidos a las modalidades de cumplimiento de la condena de ejecución condicional, etc.

c) **Penas accesorias:** Al respecto se expresa: «Las penas accesorias son consecuencias retributivas inherentes a las penas principales. La inherencia jurídi-

ca de aquellas penas a estas se manifiesta procesalmente por la falta de necesidad de su imposición expresa. Por ejemplo, escribe el mismo autor, no es necesario que la sentencia condenatoria imponga la inhabilitación absoluta del Art. 12 que funciona de pleno derecho, pudiendo el tribunal de apelación corregir la omisión».⁽¹³⁾

d) **Medidas de seguridad:** la discusión respecto a si corresponde o no considerar que la prohibición de la «*reformatio in peius*» alcanza a las medidas de seguridad, la jurisprudencia, a nuestro juicio en forma correcta, ha tomado partido incluyéndolo en la prohibición de la «*reformatio in peius*» considerándose que este principio es violado cuando el Tribunal de alzada sin recurso acusatorio imponga una medida de seguridad o corrección omitida por el inferior.

e) **La declaración de reincidencia:** Entendemos que la declaración de reincidencia sobre la que se omitió pronunciar en la sentencia de «a-quo» no lo debe hacer sin recurso acusatorio el Tribunal de alzada, puesto que importaría abrir un capítulo sobre el que pueden suscitarse controversias en la interpretación del Art. 50 y su declaración sin recurso acusatorio, importaría abrir la jurisdicción sobre un capítulo extraño a su conocimiento y susceptible de provocar un perjuicio para el condenado.

f) **Calificación legal:** Sobre este tema se pueden suscitarse algunas cuestiones que corresponde tratarlas:

1º) Si el recurso ha sido interpuesto en beneficio del condenado, invocando errónea aplicación de la ley sustantiva, pueden suscitarse las siguientes situaciones:

1.1) Que se cuestione la graduación de la pena y la calificación legal. Se cuestiona la calificación de la plataforma fáctica y a la vez se cuestiona la graduación de la pena que tradicionalmente los Tribunales de casación consideran una cuestión discrecional, extraña a la jurisdicción del recurso

(13) Ayan- «LA PROHIBICIÓN ...» Ob. cit. pg. 172.

casatorio. Se ha señalado que la «idea y la decisión que determina la pena sea irrecurrible mediante aquellos recursos que excluyen un nuevo análisis de las cuestiones de hecho se encuentra bastante difundida». Originariamente la determinación de la pena era considerada cuestión de hecho y por lo tanto «privativa del Tribunal de mérito y excluida del recurso de casación. Actualmente ya nadie lo ve de este modo, y los argumentos en contra de la recurribilidad de la pena se trasladan por otros carriles». Igualmente, la autora a quien citamos, critica a quienes sostienen la irrevisabilidad de la determinación de la pena «sobre la base de la incommunicabilidad» de la impresión que el Tribunal se lleva del acusado durante el juicio, ya que ello resulta inaceptable por sus componentes irracionales propensos a dar entrada a perjuicios personales, simpatías o antipatías, obviando que existen reglas básicas que deben observarse en la fundamentación de la decisión judicial. «Una pena no puede estar apoyada sino en hechos precisos y transmisibles. No es posible admitir que el Juez del hecho pueda llegar a la decisión acerca de cual es la pena adecuada al caso, a través de percepciones vagas, que no puede expresar en palabras o por medio de un conocimiento místico acerca de las calidades personales, obtenido durante el transcurso del debate». La fijación de la pena debe hacerse en base a reglas que debe observar el Tribunal de mérito. Por consiguiente se debe analizar si en la fijación del monto de la pena se han aplicado esas reglas que son jurídicas y por tanto, el Tribunal debe tener competencia para juzgar por falta de fundamento o porque la fundamentación utilizada es ilegítima.⁽¹⁴⁾

Por nuestra parte, consideramos que esto merece las siguientes reflexiones: si la plataforma fáctica, inmodificable a los fines de pretender un mejoramiento por cambio de calificación legal, permite que esto sea acogi-

(14) Ziffer, Patricia «LINAMIENTOS DE LA DETERMINACION DE LA PENA»-Pg. 182 y sig.- Adhoc. Buenos Aires 1996.

do por el Tribunal de Alzada, resta considerar el tema de la utilización de las facultades del Tribunal de juicio en orden a la fijación del monto de la pena. Es común que el capítulo referido a la elección de la especie y cantidad de la pena, no sea debidamente tratado por los Tribunales de juicio. Si se ha pronunciado aplicando el mínimo de la escala penal, parece inoficioso, e, innecesario, que justifique la razón de esta opción, por lo menos desde el punto de vista del imputado; pero, si la aplicación de la pena significa un porcentaje de la escala penal que puede ser, por ejemplo, del 20 u 80% de entre el mínimo y el máximo, parece razonable requerir que la cuantificación de la pena sea racionalmente aplicada y debidamente fundamentada, dado que, si bien es un ámbito discrecional del Tribunal de mérito, el ejercicio de esta facultad no puede ser arbitraria y desprovista de todo sustento que permita controlar la logicidad y la proporcionalidad en el ejercicio de esta facultad. Cabe considerar, que en esta situación, en caso de haberse cuestionado la cuantificación de la escala penal procederá el cambio de calificación y el re-envío: poniéndose como límite máximo, el monto proporcional de la escala penal, que en forma equivalente utilizará el Juez «a-quo» en la sentencia modificada, en la calificación anterior, y, establecía como límite máximo, el monto de la pena equivalente a la decisión recurrida. En otra palabras, si la modificación de la calificación legal sobre la plataforma fáctica considerada por el Tribunal de casación, modifica la calificación de un delito tipificado como hurto calificado, que tiene una escala de prisión de 1 a 6 años, y se impuso la pena de 3 años y 6 meses de prisión y se modifica la calificación por la de hurto simple, que tiene pena de 1 mes a 2 años de prisión. El juicio de re-envío que debe realizarse con cesura del proceso; es decir referido exclusivamente al tratamiento de las circunstancias atenuantes y agravantes en los términos de los arts. 40 y 41 del Código Penal, el límite máximo de pena que podrá aplicar el Tribunal que entenderá en el juicio

de re-envío debe considerarse vinculado al porcentual de la escala penal que representa el monto de la pena impuesta al delito calificado, 3 años y 6 meses respecto a una escala posible de 1 a 6 años, lo cual representa el 50%.

Conforme a ello, el Tribunal del re-envío que intervendrá exclusivamente a fin de evaluar las circunstancias atenuantes y agravantes tendrá como límite máximo el 50% de la escala del Art. 162; es decir, que el máximo de la pena que podrá imponer será de 1 año de prisión, sin perjuicio que podrá aplicarse una pena menor. Esta interpretación que se aparta de la que establece como límite el monto y especie de la pena aplicable, como límite de lo que puede reformarse en el nuevo decisorio, nos parece más racional y respeta el principio de proporcionalidad.

1.2) Que se hubiese objetado exclusivamente la calificación legal, consintiéndose expresamente el capítulo referido a la graduación de la pena y a su individualización. Si tenemos en cuenta, que la determinación de la pena, en su especie y cantidad, debe ser debidamente fundamentada y merecer un capítulo especial de la sentencia, por consiguiente puede ser motivo de impugnación y fundamentación del recurso de casación. Al respecto cabe citar lo que expresa autorizada doctrina, aunque referido al recurso de apelación, pero aplicable igualmente al tema que se trata: para Mortara, como ya se ha dicho **«la demanda delimita los poderes, pues, el interés de apelar y su ejercicio, son plenamente libres para el vencido, lo que importa aceptar sin restricciones, la norma. Mattiolo infiere que del precepto consagrado por el Art. 486 del Código de Procedimiento Italiano, según el cual, si la sentencia tiene varios capítulos y solo algunos son impugnados, se entiende que el apelante ha consentido los otros, «deriva la importante consecuencia de que se peca por vicio «ultra petita» y es como tal, anulable por casación, la sentencia del magistrado de se-**

gundo grado que no se limita a rechazar la apelación principal, condenando al apelante en las costas, sino que reforma la decisión del primer juez en daño del apelante, sobre un punto de la primera litis que no había sido objeto de apelación principal; ni incidental, y que por lo tanto, se debe entender aceptado definitivamente por los contendientes».⁽¹⁵⁾

Por lo tanto, postulamos que para respetar la prohibición de la «reformatio in peius» y no producir un nuevo juicio que sería un «bis in idem» sobre el mismo tema en cuestión, no habiendo sido motivo de recurso el capítulo de la graduación e individualización de la pena, el pronunciamiento del Tribunal de juicio en caso de proceder una modificación en la calificación de la conducta inculpada, debe aceptar la proporción de la escala penal que emerge del capítulo que ha sido materia del recurso.

En la actual concepción de los recursos particularmente de casación, la prohibición debe funcionar como garantía en favor exclusivo del imputado.

IV. IV - Efecto extensivo.

Este efecto se produce en los casos establecidos por la ley, cuando el imputado resulta favorecido por los resultados del recurso interpuesto por otro imputado o por el demandado civil.

El efecto extensivo tiene diversas manifestaciones:

a) Cuando el delito juzgado aparece cometido por varios co-imputados, el recurso interpuesto que favorezca a uno de ellos tendrá este efecto respecto a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales. Resulta claro que una excusa absolutoria que tiene carácter personal, no es extensible a los co-imputados. (Art. 185 Código Penal.)

b) En caso de acumulación de causas

(15) Costa Agustín A. «EL RECUERDO DE APELACION»- LL. T. XII. Pg. 1201.

por delitos diversos, el recurso deducido por un imputado favorece a todos, siempre que se base en la observancia de normas procesales que les afecte. Son casos de acumulación de causas por conexidad objetiva, (Art. 38 Inc. 1º y 2º del Código procesal Penal) cuando los delitos atribuidos a los distintos imputados son diferentes, la extensión del beneficio de la aplicación de la ley sustantiva queda reducida a la responsabilidad penal del recurrente. Los no recurrentes se benefician cuando el vicio proviene de aplicación de la ley procesal para situaciones comunes a todos los imputados; Ej. nulidad del debate. «Por el contrario el efecto extensivo no se puede producir si el motivo procesal invocado por el recurrente solo a él atañe; vgr. la nulidad de la citación o de la vista que se le corrió.⁽¹⁶⁾

c) También favorecerá al imputado el recurso del demandado civil cuando se hubiere alegado la inexistencia del hecho, la autoría, o que constituya delito, o que se hubiese producido una causal extintiva de la pretensión penal o que la acción penal no pueda iniciarse o no pueda proseguir.

V - Trámite y discusión.

Para el recurso de apelación y para el de casación la ley prevee en el Art. 489 para la apelación, aplicable conforme al 501 para la casación, una vista al fiscal, en cuya oportunidad, este puede desistir o adherir, si no hubiere interpuesto con anterioridad.

Para el recurso de apelación se prevé una discusión escrita, con informes de las partes: las que pueden fundamentar o mejorar los fundamentos, en su caso.

Igual trámite para el recurso de casación, a menos que algunos de los interesados hubiere pedido dentro del término del emplazamiento el señalamiento de una audiencia para la discusión oral (Art. 502).

En el recurso de apelación, producido los informes previstos por el Art. 491 se dictará la resolución que corresponda.

En el recurso de casación la discusión oral —si se hubiere solicitado— se hace con intervención de todos los miembros del Tribunal, que deban dictar sentencia y el fiscal, otorgándose el uso de la palabra al defensor del recurrente y cuando también hubiere recurrido el Ministerio Público, el fiscal hablará en primer término.

Después de vencido el término de los informes realizado la audiencia oral, el Presidente determinará el tiempo de estudio para cada miembro y fijará día y hora para el acuerdo dentro de un término no mayor de 15 días. (Art. 503).

Casación por Errónea Aplicación de la Ley Sustantiva. La ley dispone que el Tribunal de Casación resolverá de acuerdo a la doctrina aplicable. En este supuesto en que se hará un nuevo encuadramiento legal, el Tribunal deberá respetar la plataforma fáctica fijada por el Tribunal de mérito.

Anulación total o parcial: cuando la anulación se produzca por inobservancia de normas procesales que vician la sentencia recurrida, se remitirá el proceso para «la nueva sustanciación que determine». En caso de anulación parcial el Tribunal debe establecer que parte de la resolución queda firme por no depender ni estar esencialmente conexa con la parte anulada.

Libertad del imputado: El Art. 507 regla, que cuando por efecto de la sentencia deba cesar la detención del imputado el Superior Tribunal ordenará directamente la libertad.

VI - Los recursos como garantía.

Tal como se ha explicado en forma sintética al tratar el tema del efecto devolutivo de los recursos, históricamente la jurisdicción pertenecía al príncipe, y la interposición del recurso, que importaba además, de

(16) Nuñez, Ricardo «CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE CORDOBA»- Pg. 459- Buenos Aires 1978.

una acusación contra quien había decidido, y, subsidiariamente una queja por la resolución recaída, al devolverse la jurisdicción, que el decisor la tenía en forma delegada, realmente se producía la situación de requerir del verdadero titular del poder decisorio, es decir, que el poder jurisdiccional, la retomaré, para escuchar o atender la queja. De este modo el sistema de procedimiento en los recursos tuvo su más amplio desarrollo en el procedimiento inquisitivo, que instituyó el sistema de recursos como instancia de control burocrático, y solo consecuencialmente funcionaba como garantía de seguridad para las personas sometidas a la decisión de la autoridad. Dice al respecto Maier: **«es razonable que así sucediera en consonancia con la organización política imperante. Todos los poderes de la soberanía política residían en quien ejercía el poder político central en forma exclusiva: el Papa o el Monarca. Conforme a ello, los jueces o inquisidores eran solo delegados del Monarca absoluto, quienes estaban obligados a seguir sus reglas y devolver la jurisdicción delegada, por los escalones (organización judicial vertical), a aquel que se le había delegado y que la ostentaba originariamente, en definitiva el Monarca la cúspide del poder político. De allí el significado de hoy llamado efecto devolutivo de los recursos, característica básica de estos remedios, devolución de la jurisdicción a un Tribunal Superior en grado... cuando se excluyen algunos medios de impugnación que pueden ser calificado como ortodoxos».**⁽¹⁷⁾

La finalidad de los recursos ejercida en base a una jurisdicción delegada era la de un control de la correcta aplicación de la regla de la administración de la justicia que había

ejercido la autoridad delegada. De ese modo los Tribunales se organizaban en un orden jerárquico en un sistema vertical, concediéndose la oportunidad de recurrir tanto al acusador como al acusado, instaurándose así la posibilidad bilateral de ejercitar la acción recursiva. Así se podía llegar en última instancia a obtener una condena merced a la instancia del órgano acusador, que vendría a ser la primera condena, frente a la cuál el acusado podría quedar sin recurso. Se ha señalado que esto importaba la exclusión del jurado de enjuiciamiento, llegando de este modo la organización judicial y el sistema hasta nuestros días dejándose de lado las previsiones de los Arts. 24; 75 Inc. 12 y 118 de la Constitución Nacional que establecen el jurado de enjuiciamiento, lo que en el sistema actual es reemplazado por Tribunales que lo forman jueces profesionales y permanentes. Tal como lo afirma Maier, esto termina por decolorar el significado de garantía, que debe poseer un recurso políticamente en un estado de derecho.

La Convención de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Concepción del Recurso como garantía Procesal)

La convención de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, incorporado por el Inc. 22 del Art. 75 de la Constitución Nacional establece en el Art. 8, punto 2, apartado H, **«que toda persona inculpada de delito: tiene derecho a recurrir el fallo ante el juez o Tribunal Superior».** El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el Art. 14 N° 5, establece que: **«que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le ha impuesto sean sometidas a un Tribunal Superior, conforme a lo prescripto por la ley».** Según explica el autor que citamos, cuya interpretación compartimos, a partir de la incorporación de los cita-

(17) Maier Julio B.J. «EL RECURSO CONTRA LA SENTENCIA DE CONDENA: UNA GARANTÍA PROCESAL?»- Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Edición Homenaje a Ricardo c. Nuñez. Nueva serie- N°1. Pg. 141. Año 1995.

dos pactos a nuestro sistema jurídico con rango constitucional se produce en el ámbito de los recursos una transformación, que necesariamente debe ser reflejada en la vigencia normativa y en las leyes, que reglamentan el recurso, que en adelante deben ser establecidos como garantía del imputado. Así pone de resalto tres notas fundamentales, a saber:

a) Que el recurso contra la sentencia debe ser concebido como una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que un Tribunal Superior revise la condena que se le impusiera, y, en consecuencia, el recurso debe perder el carácter de un medio de control estatal de los órganos judiciales superiores del estado, sobre la tarea cumplida por estos.

b) Que el recurso ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes; es decir, que debe perder su bilateralidad. Cualquiera sea el resultado de la sentencia, el acusador no puede entablar recursos contra la sentencia, a menos que lo haga en beneficio del imputado.

El recurso, es, ahora, un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad de la condena, condición de la ejecución de la pena estatal; ello equivale decir que solo la condena dictada por un Tribunal del juicio es recurrible y solo es por el condenado: la absolución salvo el caso de aplicación de una medida de seguridad y corrección y la condena no recurrida a favor del imputado queda firme, por su solo pronunciamiento y cualquier persecución posterior debe ser considerado como un «bis in idem».

c) Que respecto al recurso de casación deben dejar de regir las limitaciones temporales impuestas para recurrir la sentencia según la gravedad. Esto ya tiene vigencia en las provincias de Córdoba, Tucumán y Corrientes. La corte en reciente pronunciamiento declaró inconstitucional las limitaciones recursivas por el monto de la pena.

La primera cuestión que corresponde plantear es; a quien corresponde la garantía.

La respuesta a la luz de los pactos no pueden ser otra que, la garantía recursiva es a favor de la persona condenada. Parece imposible pensar que «la Convención Americana haya propuesto conceder un recurso al Estado; esto es, a sus representantes o al órgano estatal competente para la persecución penal pública para recurrir a la sentencia dictada por los órganos, también estatales encargados de administrar justicia».

Se desestima, pues, todo criterio que pretenda atribuir al recurso, el carácter de garantía en forma bilateral tanto al acusado como al acusador. De igual forma por carácter extensivo tampoco la garantía puede ser invocada por el acusador privado. La crítica se extiende a todo tipo de interpretación de las garantías en perjuicio del garantizado como emerge en los fallos dictados incluso por la Corte Suprema, señalándose por el autor a quien seguimos en esta parte, que esto representa una verdadera hipocresía y que «la garantía ampara en principio a toda persona contra la cual el estado decide aplicar una consecuencia jurídico penal: dicho de una forma más sencillo: ampara, en principio, al condenado penalmente o de manera extensiva, a quien, a pesar de ser absuelto, sufrirá, a raíz de la decisión una medida de seguridad o corrección».

Propone que la garantía procesal funcione de modo que para ejecutar una pena contra una persona sea necesaria una doble conformidad judicial, si el condenado lo requiere. Es decir, que el recurso debe estar instituido en forma de hacer posible que el condenado reclame de modo tal que, de existir vicios en la resolución que condena, se produzca un nuevo juicio y, recién en esa oportunidad se satisfará, el requisito de la doble conformidad.

Al abordarse el tema de modo introductorio en una obra que lo toca incidentalmente, se ha escrito: «**debe precisarse, por otra parte, que cualquier sistema de recurso, aún el más acabado no asegura la consecución del fin que lo justifica, sino que, antes bien, la corrección**

de la sentencia depende siempre de la idoneidad de los jueces que las firman.

No obstante ello, la impugnabilidad de una sentencia condenatoria impone, someter una decisión de tan grave importancia -de imposición de una pena- a una instancia de control similar a la regla de la doble conforme, según la cual «cuando una operación aritmética realizada dos veces da el mismo resultado, hay grandes posibilidades de que sea exacta».⁽¹⁸⁾

Concebido el recurso como una garantía, resulta que la sentencia, en ausencia del recurso acusatorio, que en el nuevo sistema no debe ser permitido, no puede infringir al condenado una consecuencia mayor o más grave que la primera sentencia; el límite estaría constituido por la conformidad con la sentencia de la condena originaria, esto sería alcanzado por la prohibición de la «reformatio in peius».

La primera cuestión que se aborda consiste en señalar que si el recurso funcionara bajo la modalidad bilateral; en tal circunstancia, si por vía de un recurso acusatorio se revoca una sentencia absolutoria contra dicha sentencia, siempre existiría la posibilidad de que el condenado ejercite su derecho al recurso, con la posibilidad de reclamar la prueba de la doble conforme. «Ello no solo implica una tercera instancia ante un Tribunal «más» superior aún, sino, antes bien algo parecido a un «*regressus in infinitum*», pues, con la concepción «bilateral» del recurso siempre es posible que el acusador, vgr. el Fiscal, consiga una condena ante el Tribunal de última instancia, por ejemplo La Corte Suprema, cuando ejerce competencia positiva y sentencia y contra esa «primera condena» siempre se deberá respetar el dere-

cho al recurso, «a desencadenar la prueba de la doble conforme del condenado». Se señala, pues, la inconveniencia práctica de atribuir un recurso contra la sentencia fundada en un juicio público al acusador, y por otra parte indica esto, con verdadera claridad la medida de la garantía. En el juicio por jurado no existe la posibilidad de que el acusador público después de fracasada su pretensión, pueda pretender un nuevo juicio, porque ello importaría un «bis in idem» y, además, se quebrantaría la prohibición del «double jeopardy»; es decir, que no podría volver a correr nuevos riesgos en nuevo proceso con todas las vicisitudes y peligros que ello comporta. Este concepto es del derecho inglés, aplicable a nuestro caso, dado que de modo similar al principio «ne bis in idem» impide una nueva persecución penal.

Con referencia a esta nueva interpretación se ha señalado por Montero Aroca que esto conduce a dos consecuencias: 1) que las sentencias absolutorias no serán recurribles; 2) que las sentencias condenatorias tampoco podrían ser recurribles por los acusadores. Objeta el autor, con referencia al sistema procesal penal español en algunos aspectos similar al nuestro, que la interpretación literal del Art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos conduciría a la destrucción del sistema procesal vigente en relación a los recursos y esto sería así porque: **«1) Se estaría desconociendo un principio que para nosotros es esencial en todos los procesos, incluido el penal, el principio de igualdad de las partes, que hace a la esencia misma de nuestra noción de proceso, en el que no puede admitirse la existencia de impugnaciones privilegiadas.**

El derecho al recurso que reconoce al condenado el Art. 14.5 del Pacto no puede interpretarse aisladamente, sino que ha de integrarse en el sistema español. Para este la igualdad de las partes es consustancial a la naturaleza del proceso, de modo que concedida por el Pacto el derecho a una de ellas, de la

(18) Sancinetti, Marcelo- Ferrantes M. «LIMITES DEL RECURSO DE CASACIÓN SEGUN LA GRAVADAD DE LA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA. LA GARANTIA DE LA IMPUGNABILIDAD DE LA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA» P. 17- Buenos Aires. 1995.

misma Constitución ha de derivarse la concesión de ese mismo derecho a todas las partes. En último caso podría sostenerse que el reconocimiento de un derecho al condenado, no tiene que significar la concesión del mismo derecho al Ministerio Fiscal, si bien debe significarlo para las partes acusadoras particulares y populares, pero ni siquiera esta interpretación debe ser admitida si se sostiene, como hacemos nosotros, que el Fiscal en el proceso penal ha de ser considerado simplemente una parte, por lo que no puede tener más derechos procesales que las otras, pero tampoco menos.

2) Admitido que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho al recurso ha de reconocerse a todas las partes, y sea la sentencia absolutoria o condenatoria (sin perjuicio de que luego, y en el caso concreto, tengan o no gravamen para recurrir), el mantenimiento de otra consecuencia, que cabría entender derivada del artículo 14.5 tantas veces citado, podría conducir a situaciones tan irresolubles que el sistema acabaría destruyéndose. Nos referimos al caso de que, absuelto al acusado en la instancia, recurriese uno de los acusadores y el tribunal superior dictara sentencia condenatoria, que sería la primera en que se condenaba al acusado.

En el supuesto que decimos la aplicación literal de la norma internacional habría de llevar a la regulación de un nuevo recurso, por cuanto la persona condenada tendría derecho a que su condena, y esta se produjo por vez primera en la sentencia del tribunal de recurso, fuera sometida a otro tribunal superior. Esta interpretación es inadmisibles, aunque se haya pretendido otra cosa por quienes se aferran a las palabras del Pacto, desconociendo que este no ha pretendido imponer la existencia de dos

enjuiciamientos por dos órganos judiciales diferentes.

En el Pacto lo único que se persigue es establecer una garantía de los ciudadanos consistente en que un tribunal superior controle la corrección del proceso en que se impone una condena, pero en el no se trata de establecer una doble instancia en sentido estricto, como tendremos ocasión de desarrollar después. Ante la desconfianza que pudiera sentirse frente a tribunales de primera instancia, incluido el Jurado, la garantía procesal consiste en que un tribunal superior, que se presupone más imparcial y compuesto por técnicos con más experiencias y menos implicados socialmente en una causa, examine si la condena se produjo conforme a la legalidad procesal; a ese tribunal superior no se le atribuye el enjuiciamiento del tema de fondo, sino solo el control de las garantías procesales. El derecho al recurso es una garantía procesal que tiende a asegurar que se han observado las garantías de esta naturaleza».⁽¹⁹⁾

En suma: para el autor español, la vigencia de los factores internacionales se hallan por debajo de las regulaciones de las leyes procesales de cada una de las naciones que conforman la Comunidad Europea; lo que conlleva la frustración de un esfuerzo por erigir garantías comunes de rango superior.

VI. I - Idoneidad del recurso para hacer valer la garantía. Características.

Si partimos que el derecho al recurso es una garantía con rango constitucional emergente de la interpretación de la Convención sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con rango constitucional, y de la compatibilidad con el juicio oral y público contra-

(19) Montero Aroca, Juan «PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL» Pg. 170- Valencia. España 1997.

ditorio y continuo en que resulta insoslayable y es primordial la inmediación y la indudable existencia del juicio por jurado, como garantía, como meta constitucional, y como modalidad de enjuiciamiento instituido como fin último por el sistema jurídico, de ello deviene lo siguiente:

a) Que las actuaciones judiciales, particularmente el debate oral y público en virtud, de la inmediación debe prevalecer el conocimiento directo del Juez o Jueces ante quienes ocurre el desarrollo del debate público, pasando las actas y atestaciones a ocupar un lugar secundario para fines específicos, pero de modo alguno destinado al contralor de la actividad de los jueces en la valoración de la prueba, como era propio de la época inquisitiva, en que el recurso pretendía el re-exámen de actividad total de los Tribunales inferiores compaginándose para ello la organización judicial vertical para posibilitar el control.

b) Establecido que el recurso que más se adviene con el sistema procesal, debe ser el denominado de «casación», con la introducción de importantes modificaciones, que se verán más adelante, debe concederse solo al condenado, ya que solo para éste o para quien sufra las consecuencias de carácter penal, puede considerarse que se halla instituido para recurrir contra la sentencia condenatoria o absolutoria que imponga medidas de seguridad. No es sostenible la proposición de bilateralidad, por tanto, que pudiese entenderse que el Estado tiene igual derecho a recurrir que el condenado, si ha fracasado con su intento, por injusta que fuese la sentencia que absuelve o impone una pena menor que la pretendida por el Ministerio Público. Se ha señalado la incompatibilidad de un recurso del Ministerio Público como garantía del órgano del Estado, frente al Estado, por la inconveniencia práctica de poderlo estructurar de modo que pueda existir siempre una posibilidad de recurso a la sentencia condenatoria, cuando por motivo

fundado el condenado pretende un nuevo juicio, para reclamar el requisito del «doble conforme», que habilite la posibilidad de la pena estatal.

c) La pretensión de nulidad por el órgano requirente, frente a una sentencia absolutoria significa que pretende un nuevo juicio para volver a perseguir al imputado y, así, en caso de absolución o de sentencia que no satisfaga totalmente la pretensión acusatoria, podrá renovar el recurso y volver a repetir sin límite la persecución penal.

d) Se considera idóneo el recurso de casación toda vez que el constituye un examen de la sentencia sin reproducción del juicio en su totalidad por principio: pues, el examen del Tribunal de casación debe circunscribirse a analizar el documento sentencial, para discernir si hay una correcta formulación de los juicios lógicos y si no hay transgresiones procesales decisivas en la construcción de estos, para establecer la plataforma fáctica. Establecida la corrección formal de los mecanismos que llevaron al Tribunal de mérito fijar los hechos, si se ha recurrido y habilitado el Tribunal de casación por haberse interpuesto recurso por errónea aplicación de la ley sustantiva corresponderá; que el Tribunal examine los capítulos referidos a la aplicación de la ley sustantiva. En primer lugar se examinará el capítulo de la calificación y el segundo lugar, si se hubiere propuesto, al capítulo de aplicación de las reglas para individualización de las penas. Este tema ya se trata al desarrollar la «prohibición de la reformatio in peius» remitiéndonos a lo ahí escrito.

Otra cuestión, que examina Maier, en el trabajo que sintetizamos, incluye aspectos tales como: la ampliación de causales para interponer casación con motivos que están incluidos en el recurso de revisión, por ejemplo: si durante el trámite del recurso se ha producido sentencia, respecto a testimonio o documentos falsos o que la sentencia haya

sido prevaricante o por cohecho, o cuando se conocen elementos de prueba que tornan evidente que la decisión condenatoria puede variar fundamentalmente. Si esto ocurre mientras tramita la casación, no hay porque esperar que la sentencia quede firme para interponer como recurso de revisión, si el imputado solicita, sostienen que podría haber una instancia probatoria en la tramitación del recurso para la hipótesis de palmaria equivocación de lo dicho e informado por un testigo, tal por ejemplo: si la sentencia consigna que el testigo no reconoció al condenado y la sentencia refiere que lo reconoció. Sería un error palmario de percepción de un dato probatorio relevante. Sin lugar a dudas que estas cuestiones propuestas, que se apartan de la ortodoxia tradicional del recurso de casación, requerirá una elaboración que se cña a objetivos precisos, de modo de introducir causales ampliatorias, que objetivicen de modo práctico, el recurso como garantía de una nueva decisión sobre cuestiones jurídicas, poniendo la atención en evitar que pretenda reproducir el debate sobre los hechos, en la instancia de casación.

VII - Conclusiones:

a) En el desarrollo del tema del recurso como garantía, he tomado exclusivamente el recurso de casación siguiendo el trabajo del Profesor Maier, que elabora una de las exposiciones que construye un modo que nos parezca más adecuado de el recurso de casación.

El tema está abierto a la elaboración y discusión, particularmente en torno a que recursos y dentro de qué límites, fuera del recurso de casación, pudieren considerarse otros remedios o recursos, expresiones de una garantía de rango constitucional, a partir de los Pactos y Convenciones incorporados a la Constitución Nacional.

b) Parece necesario reflexionar si la concepción del recurso como garantía, instituida en exclusivo favor y para beneficiar al condenado constituye una directiva de carácter político-institucional para el legislador de la Nación y de las provincias, o si puede sostenerse la operatividad inmediata de la garantía y derivado de ello, la posibilidad de que los tribunales declaren la inconstitucionalidad de las disposiciones procesales, que impidan el funcionamiento del recurso como garantía para el imputado bajo las modalidades que se han delineado en el estudio que hemos seguido como guía.

* * *

la efectiva protección inmediata y expeditiva de los derechos y garantías contenidos en las cláusulas operativas de los tratados y convenciones internacionales, que hayan sido objeto de ratificación o adhesión por parte de la República Argentina, sin que puedan incluirse o comprenderse otros reclamos con tal motivo».

Se complementan con los arts. 182, «mientras no se dicte la legislación protectora del medio ambiente, los recursos naturales y el patrimonio cultural, histórico y artístico de la Provincia, El Poder Ejecutivo o la Municipalidad, según sea el caso, adoptará medidas para preservarlos, pudiendo los particulares y asociaciones intermedias accionar judicialmente por la vía del amparo.»

Por si fuera poco la constituyente de la provincia de Corrientes, en un ambiente histórico muy especial, con los ánimos exacerbados, puesto que la provincia de Corrientes había sido intervenida incluyó otra norma que la prestigia, cual es el art. 185 «Mientras no se dicte la ley Reglamentaria de una libertad o garantía declarada por ésta constitución y la omisión sea irrazonable, quien se considere afectado por ella en su derecho individual o colectivo podrá solicitar y deberá obtener que la garantía o libertad integre el orden normativo, con efecto limitado a la contienda judicial y al sólo fin de decidirla».

Con ello queremos significar que la figura del amparo en la Provincia de Corrientes, ha tenido acogida siempre, ya sea por la ley a la que citamos o por interpretación jurisprudencial que fue cubriendo los vacíos legislativos.

Antes de la reforma de 1994, ya la provincia de Corrientes había anticipado correctamente la procedencia del amparo en cuestiones urgentes, pero con el valladar de evitar su abuso.

«Como se dijo en un trabajo ante-

rior, por el art. 43 de la Carta Magna que consagra de modo expreso las facultades de Poder Judicial para realizar el control de la constitucionalidad de las leyes, se ha evolucionado desde un control difuso reconocido jurisprudencialmente, a partir del renombrado caso «*Marbury vs. Madison, fallado en 1803 por el Juez Marshall*» hacia el establecimiento normativo de dichas facultades políticas del poder judicial, las que se materializan en el examen constitucional de las leyes y disposiciones inferiores. La consideración judicial, acerca de la invalidez de las leyes en punto a su repugnancia con la ley fundamenta, los tratados u otra ley superior, se ha tornado en un postulado esencial que en adelante los jueces no podrán ya ignorar sin riesgo de violentar la Carta Magna.

Se dijo también que la admisión del análisis de constitucionalidad mediante la acción de amparo, atento el carácter de vía rápida y expedita de tramitación, con ámbito cognoscitivo restringido, puede ser considerada como la instrumentación legal de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el plano nacional. Y se agregó que esta acción de amparo, de neto corte constitucional, también encuentra su basamento en acuerdos internacionales, a tenor del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, que recepta a los tratados internacionales como integrantes del contexto normativo nacional. La Convención Americana de los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, en el art. 25 estatuye la protección judicial que tiene toda persona, a través de un recurso sencillo, rápido y efectivo, iniciado ante los jueces o tribunales competentes, a fin de lograr amparo contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o esa Convención, aun cuando la lesión haya sido cometida por personas que actúen en ejercicio