
EL FALLO “DUARTE” Y LA NUEVA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL NACIONAL: ¿EL FIN DE LAS DEFICIENCIAS DEL SISTEMA BILATERAL RECURSIVO VIGENTE?”*

Aldana Lucía COIAZZET**

Fecha de recepción: 9 de enero de 2015

Fecha de aprobación: 3 de febrero de 2015

Resumen

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Duarte”, estableció que en los supuestos de casación positiva se quebrantaba el derecho al doble conforme. Allí, el máximo tribunal argentino consideró que cuando ha habido una absolución dictada en primera instancia y luego, por la interposición del recurso por parte del acusador, una condena en segunda, dicha garantía ha sido violada. El fin de este trabajo consistirá en tratar de determinar si el nuevo Código Procesal Penal de la Nación viene a continuar con este camino, en pos de eliminar las deficiencias del sistema recursivo actual, o si todavía contiene aspectos oscuros que no respetarían las garantías constitucionales de todo imputado sometido a un proceso penal.

Palabras clave

Caso “Duarte” – casación positiva – doble conforme – casación negativa – *ne bis in idem* – *double jeopardy* – *reformatio in peius* – nuevo Código Procesal Penal de la Nación.

* Agradezco a los profesores Dr. Gustavo A. Bruzzone y Dr. Nicolás F. D’Álora quienes, en el marco del curso de la materia “Régimen del Proceso Penal”, me han inspirado y han colaborado en la escritura del presente artículo. Asimismo, agradezco al Leandro A. Días por haberme ayudado en la confección de la presente publicación.

** Estudiante de abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Escribiente de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Correo electrónico de contacto: aldcoiazzet@live.com.ar.

THE *DUARTE* CASE AND THE NEW FEDERAL CODE OF CRIMINAL PROCEDURE: THE END OF THE DEFICIENCIES OF THE CURRENT BILATERAL RECURSIVE SYSTEM?

Abstract

In the *Duarte* case, the Supreme Court of Argentina established that the procedural institute of positive cassation violates the right to appeal in criminal matters. In this case, the Supreme Court considered that such violation occurs when a Court of Appeals overturns an acquittal after an appeal by the Public Prosecutor and then imposes a sentence on the alleged perpetrator. The aim of this article consists in determining whether the new Federal Code of Criminal Procedure continues the path established by the Supreme Court, or whether there are still obscure elements and, therefore, violations of the rights of the accused.

Keywords

Duarte Case - Positive Cassation - Right to Appeal - Negative Cassation - *ne bis in idem* - *double jeopardy* - *reformatio in peius* - New Federal Code of Criminal Procedure.

I. Introducción

En el presente trabajo analizaré la posición que ocuparán las garantías constitucionales, principalmente el derecho al *dobles conforme* y el *ne bis in idem*, en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, "CPPN"). Para ello, partiré de la solución a la que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ("CSJN") arribó en el caso "Duarte",¹ con fecha del día 5 de agosto del año 2014.

A partir de un desarrollo comparativo, se intentará arribar a dos objetivos. Por un lado, poder establecer si dicha solución jurisprudencial constituye un avance de nuestro tribunal supremo con relación a las garantías constitucionales del imputado o si, por el contrario, todavía se podría hablar de una limitación al derecho al recurso. Por otro, a partir de una comparación entre esta sentencia y la reforma procesal, se tratará de establecer en qué posición quedará la garantía del derecho al recurso y cuáles son los avances y/o retrocesos que la nueva regulación dispone respecto de los déficits que presenta la actual. Para ello, examinaré diversos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("CoIDH") y de nuestro máximo tribunal que consagran los límites

y el alcance de las garantías bajo estudio. En particular, tomaré como punto de partida las consideraciones que la CoIDH ha manifestado, en el caso “Mohamed vs. Argentina”,¹ en torno a la violación a la garantía del doble conforme, para determinar si efectivamente la CSJN recogió lo resuelto por el tribunal internacional y lo consolidó como precedente local en el fallo “Duarte”. Desde esta perspectiva, intentaré dilucidar si lo resuelto por la CSJN ha sido el principio del fin respecto de ciertas deficiencias del sistema bilateral recursivo vigente, en especial del problema de la casación positiva, ante la falta de regulación que, hasta antes de la reforma, padecía la legislación procesal penal a nivel nacional. Asimismo, analizaré las consecuencias respecto de la implementación de la solución propuesta por la Corte que la Cámara Federal de Casación Penal (“CFCP”) ha considerado aplicable en el Acuerdo General Número 6. Tomaré en cuenta la situación análoga que se ha suscitado en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (“PCyF CABA”) en el caso “Alberganti”,² la solución a la que la Sala II arribó y la recepción de ésta en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (“CPPCABA”).

Sin perjuicio de dicho problema, me atreveré a ir más allá de esta cuestión y centraré el análisis en la garantía del *ne bis in idem* para comprender si solo se reduce a la prohibición de una persecución penal múltiple tras una condena firme, o si también es aplicable a aquellos casos en los cuales, al resultar revisable la sentencia absolutoria por otro tribunal, el imputado se vería afectado por un nuevo riesgo procesal. Mediante consideraciones con respecto al concepto de *double jeopardy*, intentaré demostrar que resulta erróneo concebir al doble conforme como una facultad bilateral establecida tanto a favor del imputado como del acusador, puesto que ello conllevaría al quebrantamiento de ciertos principios subyacentes a la garantía del *ne bis in idem*.

II. Casación positiva y derecho al recurso

El Artículo 470 del actual Código Procesal Penal de la Nación (“CPPN”) regula aquella situación denominada por la doctrina como *casación positiva*, al establecer que cuando exista una sentencia dictada por un tribunal de juicio, que no hubiere observado o hubiere aplicado erróneamente la ley sustantiva, el tribunal superior la casará y la

¹ CoIDH, Caso “Mohamed vs. Argentina”, Sentencia del 23 de noviembre de 2012. Serie C. No. 205.

² Causa N° 269-00-CC/04 “Alberganti, Christian Adrián s/inf. art. 68 CC”.

resolverá.³ A primera vista, resulta acertado el criterio del legislador con respecto a la modificación de una sentencia que ostenta dichos vicios y que, de esta manera, perjudicaría al imputado cuando hubiere sido condenado erróneamente. Sin embargo, ¿sería igualmente razonable la aplicación del artículo 470 del CPPN cuando el imputado hubiera sido absuelto en primera instancia y el recurso, en consecuencia, interpuesto por el acusador? Aquí es donde se halla el hilo conductor para comprender el cambio de paradigma de la CSJN a partir del caso "Duarte". Debe tenerse en cuenta, para ello, que la imputada fue absuelta en primera instancia, condenada por la Cámara Federal de Casación Penal ("CFCP") —como consecuencia del recurso acusador— y el ordenamiento procesal solamente le permitió interponer un recurso extraordinario federal contra esa sentencia. Esta situación dio lugar a que su derecho al recurso nazca directamente a partir de la condena, por lo cual hay que entender que el derecho al recurso "se trata de un instrumento más para lograr neutralizar el ejercicio arbitrario del poder penal del Estado, de una herramienta que amplifica el derecho de defensa de la persona sometida a una acusación de carácter penal" (PASTOR, 2001: 137). Esto motivó a que la CSJN colocase como eje de análisis la garantía del doble conforme, para evitar que se le "niegue el derecho exclusivo de todo condenado a recurrir la sentencia" (MAIER, 1997: 408).

Sobre el tema, debe decirse que a partir del caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica",⁴ la CoIDH ha sentado un importante precedente acerca del derecho al recurso mediante la interpretación del art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos ("CADH"): el derecho a recurrir un fallo supone un recurso oportuno, eficaz y accesible.⁵ Esto quiere decir que todo imputado tiene derecho a interponer un recurso contra la sentencia condenatoria, que sea resuelto en un plazo razonable, que dé respuestas al fin para el cual fue concebido y que no requiera mayores formalidades que tornen ilusorio dicho derecho.⁶ Este razonamiento, consolidado desde hace tiempo en el ámbito internacional,⁷ fue receptado en el caso "Mohamed vs. Argentina", cuando el máximo intérprete de la Convención Americana afirmó que el recurso extraordinario federal de nuestro ordenamiento jurídico no otorga una revisión oportuna, accesible y eficaz, por presentar

3 La CoIDH ha sostenido que por *superior* debe entenderse en el sentido de que los jueces que componen este nuevo tribunal deben ser otros de aquellos que han tenido conocimiento previo en la causa. Así en, CoIDH (02.07.2004), *in re* "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Serie C. No. 107.

4 CoIDH (02.07.2004), *in re* "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Serie C. No. 107.

5 *Ibid.*, punto 161, p. 81.

6 *Id.*

7 Ver CIDH Informe N° 17/94 (09.02.1995), sobre el caso 11.086 "Maqueda vs. Argentina".

causales de revisión limitadas o restringidas,⁸ lo cual pone de manifiesto la ausencia de un remedio procesal efectivo en los supuestos de casación positiva. El problema que se presenta, entonces, es que “el legislador nacional no estableció ningún mecanismo para garantizarle al imputado la doble instancia cuando la condena es dictada por la cámara de casación en uso de las atribuciones que le confiere el art. 470 CPP” (D’ÁLBORA, 2014: 122). En base a esto, y a la interpretación que la CoIDH hizo del artículo 8.2.h de la CADH y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCyP”) con respecto a la garantía del doble conforme, nuestra CSJN,⁹ al resolver el caso “Duarte”, sostuvo que “la concreta afectación a la garantía del doble conforme [q]ue impidió un recurso ordinario, accesible y eficaz, impone [q]ue se designe a otra sala de la Cámara Federal de Casación Penal para que actúe como tribunal revisor”.¹⁰

Conforme a dicha sentencia, el día 6 de octubre del corriente año, la CFPP concluyó, por mayoría, que ante situaciones similares a las del caso “Duarte” cada caso recibirá respuesta jurisdiccional por la sala interviniente.¹¹ Esta solución, en principio, parecería ajustarse a los precedentes internacionales citados con relación al respeto de las garantías constitucionales del imputado. Sin embargo, una reflexión más detenida permite inferir que se trata de una solución de compromiso, ya que hace depender los alcances de la revisión enteramente de la discrecionalidad de la sala interviniente. Esta situación podría dar lugar, entonces, a dos inconvenientes: 1) que una sala limitase en demasía los alcances de la revisión, violentándose la esencia del derecho al recurso, y 2) que se produjeran afectaciones a varias garantías constitucionales, en tanto la suerte del imputado quedara librada al criterio del tribunal que resolviera la cuestión. Todo esto podría desembocar en un estado de inseguridad con respecto a la situación procesal en la que pudiese quedar situado el imputado y en una posible afectación a otras garantías, tales como el ser juzgado en un plazo razonable, el principio de inmediación y el principio de igualdad. En definitiva, ¿qué tipo de trámite debe tener lugar en estos casos? Desde esta perspectiva, surgen varias respuestas. Podría resultar aplicable la solución que establecen las disposiciones del artículo 463 del vigente CPPN y subsiguientes en adelante, como sucede en el trámite del recurso de apelación, donde una vez presentado el recurso, e indicado

8 CIDH Informe N° 173/10 (02.11.2010), sobre el caso 11.618 “Mohamed vs. Argentina”. Punto 84, p. 26.

9 Es necesario destacar aquí el voto en disidencia del juez Zaffaroni en “Argul” (Fallos 330: 5212) que propuso la ordinarización del recurso extraordinario federal.

10 Fallo C.1733.XLVIII, consid. 10.

11 CFPP, Acuerdo General Nro. 6.

separadamente cada motivo de agravio, no podrá alegarse ningún otro. O encausar el trámite desde lo establecido por los Artículos 465 y 466 del CPPN en vigor, que permiten una ampliación de los fundamentos, pero que si no hay mantenimiento por parte del recurrente el remedio se declarará desierto, volviéndose así más restringido con respecto a la solución anterior.

Ante tantos posibles problemas, resulta acertado traer a consideración cómo la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo PCyF de la CABA resolvió la situación análoga en el caso "Alberganti". Allí, el tribunal de alzada consideró que, a pesar de no existir dentro del orden jurídico de la ciudad un recurso ordinario y amplio que regule tal situación, resultaba necesario otorgarle al imputado un remedio procesal para que la condena pudiera ser revisada por otros jueces distintos de quienes lo dictaron, proponiéndose como solución el nuevo sorteo de una sala¹². Lo novedoso de este caso, en relación con lo discutido en estas líneas, es que luego, con la entrada en vigencia el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ("PPCABA"), se trasladó lo resuelto por la cámara y receptado asimismo por el Tribunal Superior de Justicia a la normativa local puesto que al artículo 290 del CPPCABA "[p]revé la posibilidad de recurrir la sentencia condenatoria de alzada ante la sala que sigue en turno a aquella que dictó sentencia recurrida, dándole igual trámite que al recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia" (HOPP, 2011: 1702).

Luego de estas observaciones, y sin perjuicio del problema al que podría llevar lo resuelto por la CFCP en el Acuerdo General Número 6, es dable concluir que, hasta aquí, la solución que la CSJN adoptó en el fallo "Duarte", similar a la tomada por el tribunal de revisión en "Alberganti", fue acertada. Ella garantiza el principio del doble conforme, y por lo tanto el derecho al recurso, al otorgarle al condenado la posibilidad de que la sentencia sea revisada por un tribunal distinto al que la emitió, esto es, sortear una nueva sala de casación para que se pronuncie al respecto. No obstante, podría considerarse necesario que esta creación pretoriana de la CSJN sea regulada, de acuerdo con el artículo 4 del vigente CPPN, para evitar así los posibles problemas con respecto al procedimiento a aplicar, tal como sucedió en el fuero PCyF de la CABA. El hecho de que exista una norma clara, precisa y circunstanciada, a la que deba ajustarse cada sala de casación al momento de resolver casos de esta índole, evitaría los eventuales problemas que se han señalado. Sólo de esa forma el imputado no estará inserto en el azar, ni su futuro dependerá de qué

12 Causa N° 269-00-CC/04 "Alberganti, Christian Adrián s/inf. art. 68 CC".

tribunal colegiado resuelva su suerte, situación que se agudiza si se tiene en cuenta el valor simbólico de soportar un juicio público a la luz de una imputación.

Queda por ver, entonces, si la solución de nuestro máximo tribunal se ajusta ya no al principio del doble conforme, sino respecto de la garantía del *ne bis in idem*.

III. ¿Es posible considerar a “Duarte” como un caso de casación negativa?

Si bien es cierto que los casos de *casación negativa* suponen un reenvío ilegítimo de la causa, ya que el tribunal de alzada en vez de casar la sentencia y resolver lo que hace es enviar la causa al *a quo* para que lleve adelante un nuevo juicio y subsane los vicios precedentes,¹³ también lo es que se ha abierto una puerta para que aquellos casos que podrían constituir un reenvío sean resueltos como supuestos de casación positiva y así evitar cuestionamientos constitucionales. Podría pensarse, entonces, que “Duarte” se encuadra dentro de estos últimos ejemplos, puesto que el fiscal, al recurrir la absolución, solicitó que se case la resolución impugnada o bien que se nulifique lo actuado y se reenvíe al tribunal para una nueva sustanciación del proceso.¹⁴ No obstante, es necesario realizar unas breves consideraciones para comprender qué fundamentos habrían llevado a la CFCP, finalmente, a tramitar la causa como un caso de casación positiva.

A partir de los precedentes anteriormente citados, con relación a la garantía del *ne bis in idem*, la CSJN ha entendido que el derecho que asiste a todo imputado a liberarse del estado de sospecha que comporta el enjuiciamiento penal es incompatible con la solución del reenvío.¹⁵ La garantía no sólo veda la aplicación de una pena por el mismo hecho ya penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo ha sido por el mismo hecho.¹⁶ De este razonamiento se desprende que para nuestro tribunal supremo, hoy, resultaría

13 Esta práctica ha sido censurada por la CSJN principalmente en los casos “Sandoval” (Fallos 333:1687) y “Kang II” por violar la prohibición de doble juzgamiento. Ver CSJN (27.12.2011), *in re* “Kang, Yoong, s/rec. Extraordinario”, fallo K. 121. XLIV. No obstante es necesario considerar que esta postura ha venido consolidándose desde las disidencias de Petracchi y Bossert en “Alvarado” (Fallos 321: 1173), y las resoluciones mayoritarias en “Mattei” (Fallos 272: 188), “Gilio” (Fallo G. 931. XLII) y “Polak” (Fallos 321: 2826).

14 Fallo C.1733.XLVIII, consid. 2.

15 Así en Fallo K. 121. XLIV, consids. 3 y 4.

16 CSJN (29.11.1968), *in re* “Mattei, Angel s/ contrabando de importación en Abasto” (Fallos 272:188).

inconstitucional la aplicación del artículo 471 del vigente CPPN sobre casación negativa siempre que la vía recursiva haya sido interpuesta por el acusador, ya que supondría una violación al *ne bis in idem*. Esto significa que no resulta posible, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico federal, que en un caso en el cual el acusador público es quien requiere la revocación de la sentencia absolutoria, se someta al imputado a un nuevo juicio cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes. Si, tal como lo estableció la Corte en "Arce" (Fallos 320: 2145), la garantía del derecho a recurrir una sentencia ha sido sólo consagrada en beneficio del imputado,¹⁷ resultaría inconstitucional realizar un nuevo juicio con el fin de obtener una condena o agravar la ya dictada cuando el recurso ha sido interpuesto por el acusador. Así, un nuevo juicio sería posible únicamente cuando quien lo solicitara fuese el imputado o cuando ha habido en el caso cosa juzgada fraudulenta o írrita (HOPP, 2011: 1700).

Podría entonces comprenderse que en el caso "Duarte" la CFCP, para evitar la violación a la garantía del *ne bis in idem*, según los argumentos anteriormente citados, decidió rechazar un reenvío y casar, en consecuencia, la sentencia. Pero incluso aunque se tratase de un verdadero supuesto de casación positiva, ¿la solución dio lugar, de todos modos, a un *bis in idem*?

Para responder esta pregunta, debe señalarse que no resulta acertado considerar que la garantía del *ne bis in idem* se reduce sólo a la prohibición de la persecución penal múltiple bajo su forma regular, esto es, a que una persona no sufra la reacción penal más de una vez cuando exista identidad de la persona perseguida, identidad del hecho e identidad de la causa (MAIER, 2011a: 603-22). Contrariamente, "dicha garantía no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo ha sido por el mismo hecho".¹⁸ La base de este argumento se halla en las referencias a la Corte Suprema de los Estados Unidos que los jueces Petracchi y Bossert realizaron en su disidencia del fallo "Alvarado" (Fallos 321:1173), con especial hincapié en el concepto de *double jeopardy*. Aquí, ambos magistrados trajeron a consideración jurisprudencia anglo-americana e hicieron hincapié en que la prohibición de la persecución penal múltiple debe

¹⁷ Sin embargo, es necesario destacar que si bien la CSJN consideró que el MPF no se encuentra amparado por dicha garantía, ello no obsta a que el legislador le conceda igual recurso. Este es un tema bastante controvertido que por cuestiones de brevedad no será tratado.

¹⁸ CSJN (07.05.1998), *in re* "Alvarado, Julio s/ averiguación infracción art. 3° ley 23.771 (ANSeS)" (Fallos 321:1173), disidencia de los Dres. Petracchi y Bossert, consid. 10.

ser entendida como protección al individuo de ser sometido a los azares del proceso y de su posible condena más de una vez por un supuesto delito. Y tal como lo han señalado los mencionados magistrados, resulta necesario realizar una breve referencia sobre la posición de la Corte Suprema de los Estados Unidos para determinar cómo su jurisprudencia impacta necesariamente en la interpretación que pueda llegar a realizarse respecto de la garantía del *ne bis in idem*.

IV. *Double jeopardy* y *ne bis in idem*: dos caras de la misma moneda

Cuando se habla de *double jeopardy* se quiere decir que, en el proceso penal, al imputado se le está haciendo correr un doble (*nuevo*) riesgo de ser condenado, o de ser agravada la pena que ha sido impuesta con anterioridad. Aquí, empiezan a peligrar las garantías del *ne bis in idem* y, como bien señala PASTOR (2009: 497-513), la del plazo razonable y la de la *reformatio in peius*. No sólo está en juego el hecho de que la persona vuelva a ser perseguida penalmente por el mismo delito, al imponer el riesgo de una condena (aún más grave), sino también que previamente ya “se ha llegado a un estadio procesal en el que el imputado tiene derecho a obtener un pronunciamiento definitivo” (PASTOR, 2009: 512). En consecuencia, el principio general es que, una vez que el Estado ha tenido oportunidad de juzgar a un individuo, una absolución decretada en primera instancia no puede ser revisada (CARRIÓ, 2014: 639).

La propia jurisprudencia norteamericana se ha ocupado de consolidar, como fundamento del *double jeopardy*, la necesidad de proteger al imputado frente al abuso del poder estatal (SIENRA MARTÍNEZ, 2001: 189). Así, en el fallo “Green vs. United States”,¹⁹ la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que el Estado no puede realizar reiterados intentos por condenar a una persona, ni obligarla a vivir en un permanente estado de inseguridad e incertidumbre, aumentando la posibilidad de declararla culpable aun cuando fuera inocente. De igual manera, en el fallo “Kepner vs. United States”,²⁰ se estableció como *holding* del fallo que el acusador público no tiene el poder de apelar una absolución ya que esto importaría someter al imputado a un nuevo juicio por el mismo delito.

¹⁹ 355 U.S. 184 (1957).

²⁰ (195 U.S. 184 -1904-).

Sobre el tema, y teniendo en cuenta la influencia que tiene el constitucionalismo americano en el argentino, no hay que dejar de lado que la V Enmienda de la Constitución norteamericana consagra la vigencia del *double jeopardy*. Esta última reza: "[n]or shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb".²¹ En un sentido literal, esto se traduce como: "[t]ampoco ninguna persona estará sujeta por el mismo delito que se puso dos veces en peligro de perder la vida o la integridad física". Si bien ella no resultaría aplicable a los delitos menores, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que dicha enmienda prohíbe que una persona sea penada o juzgada dos veces por un mismo delito, cualquiera sea su gravedad.²² Asimismo, el máximo tribunal norteamericano interpretó que la cláusula supone una triple protección: impide una nueva persecución por el mismo delito luego de dictada una condena; garantiza que nadie sea penado dos veces por el mismo delito; y prohíbe que dictada una absolución la persona sea nuevamente perseguida por el mismo delito (SIENRA MARTÍNEZ, 2001: 196).

El sentido, entonces, con el que debe comprenderse la noción de *double jeopardy* es el de impedir que el Estado vuelva a poner al imputado frente al riesgo de ser condenado, puesto que una sentencia absolutoria dictada en el marco de un proceso legalmente válido precluye toda posibilidad de renovar el debate como consecuencia de una impugnación por parte del acusador (ZIFFER, 2005: 516). Aún cuando el principio del *double jeopardy* no llegara a considerarse, a nivel constitucional, una garantía como sí lo es en nuestro sistema procesal el *ne bis in idem*, no resultaría erróneo interpretar los alcances de esta última a la luz de la primera. Tal como lo señala MAIER (2011a), no puede existir duda alguna al afirmar que nuestro sistema constitucional de enjuiciamiento penal es una clara derivación de la comprensión que ofrecen las instituciones jurídicas de principio de los Estados Unidos (p. 636). Igualmente, nuestra Constitución Nacional no es más que un reflejo de la estadounidense y sus principios fundamentales se derivan de ella. Así lo ha señalado nuestro máximo tribunal en "Casal" (Fallos 328: 3399) al sostener que los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional, y que el Poder Judicial norteamericano no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad.²³

21 Constitución de los Estados Unidos de América.

22 Ver Ex Parte Lange (85 U.S. 1683-1873-).

23 *Ibid.*, consid. 11.

Entendido de esta manera, entonces sí puede concebirse al *ne bis in idem* como una prohibición similar e incluso derivado del *double jeopardy*, puesto que ambas protegen al individuo contra la potestad del Estado de perseguirlo penalmente más de una vez por el mismo hecho al no tolerar que corra un nuevo riesgo de sufrir una condena más grave de la ya dictada o directamente ser condenado por el recurso del acusador.

A partir de lo dicho, puede leerse que el principio constitucional del *ne bis in idem* alcanza no sólo a la realización de un nuevo juicio oral, sino también a la renovación de todo proceso cuya sentencia absolutoria se sometió a impugnación, puesto que aún cuando no fuera necesario efectuar un nuevo debate, la no convalidación de la decisión desincriminatoria implicaría un nuevo riesgo procesal. Conforme a esta línea argumentativa parecería correcto sostener que, una vez dictada la sentencia absolutoria, la apertura de la vía recursiva para el acusador constituye un *bis in idem*. Bajo estos parámetros, MAIER (2011a) sostiene, en relación con el sistema bilateral recursivo, que la concesión al acusador del recurso en aquéllos términos, implica la renovación de la persecución penal fracasada, es decir, someter al imputado a un nuevo (*doble*) riesgo en relación con la aplicación de la ley penal (p. 683).

Por todo lo expuesto, la garantía debe entenderse en el contexto de que cuando el Estado, por intermedio de sus órganos de persecución penal, conduce a una persona a soportar un juicio público sobre la imputación que le dirige frente a un tribunal, esa es la única oportunidad que tiene para lograr una condena y carece de cualquier otra chance, puesto que, de lo contrario, se daría lugar a una renovación de la persecución penal, un nuevo riesgo de condena (ZIFFER, 2005: 501-19). De esta manera, si se parte de la premisa de que tanto en los casos de casación negativa como positiva se produce un nuevo juicio que, de ser exitoso, llevaría a una condena del imputado, se puede concluir que en ambas situaciones hay un *bis in idem*. La garantía protege al imputado contra el recurso acusatorio, cualquiera sea la vía de impugnación, debido a que en ambos casos existe en igual medida un doble riesgo en relación a una consecuencia jurídico penal (SIENRA MARTÍNEZ, 2001: 196-200).

Consecuentemente, puede concluirse que la CSJN, al resolver “Duarte”, debería haber anulado la condena de casación puesto que al avalar la legitimación del acusador para recurrir, sólo para intentar luego consagrar la vigencia del principio del doble conforme con la solución de que una nueva sala de casación revise la sentencia condenatoria, ha significado volver a poner al imputado frente al riesgo de ser condenado (*bis in idem*).

V. Doble conforme y *ne bis in idem* a la luz del nuevo CPPN

La solución del caso "Duarte" por nuestro máximo tribunal ha significado un importante avance sobre el derecho al recurso. Sin embargo, a raíz de las críticas anteriormente expuestas, ya están claros cuáles son los problemas que necesitan ser urgentemente solucionados para garantizarle al condenado dicho derecho sin que esto implique una violación a la garantía constitucional del *ne bis in idem*, ni a la prohibición de la *reformatio in peius*. Es aquí donde deviene necesario realizar un análisis sobre cómo la nueva legislación procesal regula el derecho a recurrir una sentencia.

En primer lugar, resulta acertado resaltar que el nuevo CPPN presenta varias características que significan un avance a luz de las garantías constitucionales en el proceso penal. Principalmente, sistematiza una organización horizontal del sistema judicial, a diferencia de la establecida por el cuerpo legislativo vigente, puesto que regula la existencia de un único tribunal revisor y elimina criterios de jerarquización aplicables en diferentes instancias. Así lo establece en el artículo 21 cuando reza: "[d]erecho a recurrir. Toda persona tiene derecho a recurrir la sanción penal que se le haya impuesto ante otro juez o tribunal con facultades amplias para su revisión".

Esto no significa más que una exitosa recepción de los precedentes internacionales, principalmente sobre el concepto de "tribunal superior":²⁴ tribunal compuesto por magistrados diferentes a los que ya han juzgado el caso, con facultades de revisión. De esta manera se simplifica el derecho al recurso porque no se regula cada remedio procesal por separado y no se determinan, taxativamente, cuáles serían los motivos por los que procederá cada uno, sino que aparece solo un remedio procesal de carácter general.²⁵ Asimismo, se consagra la figura del *juez revisor* y a la oralidad como parte del trámite del recurso, junto con la posibilidad de producir prueba en el debate. No obstante, hay que resaltar que el éxito de todo esto dependerá de cómo se redacte (e implemente) la Ley de Organización de la Justicia, ya que aquí podría verse en concreto la consolidación de la organización horizontal.

²⁴ Aquí resultará necesario volver a ver CoIDH (02.07.2004), *in re* "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Serie C. No. 107.

²⁵ Es necesario resaltar que el nuevo CPPN sí diferencia los motivos en los cuáles cada actor legal se encuentra legitimado para recurrir.

Respecto del problema de casación positiva en particular, el nuevo CPPN establece como regla la posibilidad de casar una sentencia sin la producción de un nuevo juicio, siguiendo la tendencia que se ha asentado en los tribunales tras los fallos de la CSJN sobre reenvío:

Artículo 317: Reenvío. En todos los casos, los jueces de revisión deberán resolver sin reenvío. Si éste fuere inevitable, no podrán intervenir los jueces que conocieron en el juicio anulado.

Si el reenvío procediere como consecuencia de la impugnación del imputado, o del representante del Ministerio Público Fiscal en su favor, en el nuevo juicio no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero.

Si en el nuevo juicio se obtuviere una segunda absolución, esta decisión no será susceptible de impugnación alguna.

Aquí tenemos dos problemas. En primer lugar, el reenvío sigue estando presente, a pesar de las advertencias de la Corte en los mencionados casos “Sandoval” y “Alvarado”, y aun cuando se lo regula como *ultima ratio*. En segundo lugar, en todos los casos en los que no puede evitarse el reenvío, los jueces de revisión deberán resolver sin remitir la causa para la celebración de un nuevo juicio: aparece, entonces, la casación positiva como regla y, por ende, los mismos problemas que en actual CPPN. Además, ¿qué significado cabe darle a la frase “si éste no fuere evitable”? Sin lugar a dudas, la distinción entre casos de reenvío y de casación positiva vuelve a quedar a criterio y libre valoración del magistrado que tenga conocimiento en la causa, lo que puede dar lugar a infinitas interpretaciones tanto a favor como en contra del respeto de los principios procesales. Esto llevará a que la suerte de cada imputado quede librada al azar y dependa del criterio con el que el juez interpretará el artículo, lo que hará peligrar un derecho constitucional básico: el principio de igualdad.

En lo que respecta a las soluciones posibles al problema, debe decirse que la sentencia condenatoria, en efecto, puede ser impugnada, tal como lo establece en el artículo 311 inciso a):

Sentencia condenatoria. La sentencia condenatoria podrá impugnarse por los motivos siguientes:

- a) si se alegara la inobservancia de un precepto o garantía constitucional o legal.

A su vez, se prevé específicamente, en el artículo 316 *in fine*, la posibilidad de interposición de un recurso, por parte del imputado, ante una sentencia adversa producto de un recurso acusatorio:

Revocación o anulación de la sentencia. Si la anulación fuera parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio o resolución. Si por efecto de la resolución debe cesar la prisión del imputado, los jueces de revisión ordenarán directamente la libertad.

Si de la correcta aplicación de la ley resultara la absolución del acusado, la extinción de la acción penal, o fuera evidente que para dictar una nueva sentencia no será necesaria la realización de un nuevo juicio; el órgano jurisdiccional resolverá directamente sin reenvío.

En estos casos, si la impugnación fue promovida por el representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante y fuera adversa para el imputado, podrá solicitar su revisión ante otros TRES (3) jueces.

Esta posibilidad de que el imputado ejerza su derecho al recurso ante tres jueces de revisión distintos resulta análoga a la que puede encontrarse en el artículo 290 CPPCABA, ya señalada. De esto se deriva que si se presentara un caso similar a "Duarte", el imputado tendría derecho a interponer el recurso, por lo que "[pondría] en marcha una instancia de revisión que, en caso de coincidir total o parcialmente con la resolución impugnada, daría mayor certeza a la legitimidad de la condena" (SIENRA MARTÍNEZ, 2001: 201). Asimismo, como se encuentra regulado el trámite de aquél a partir del artículo 313, se garantiza una revisión más amplia puesto que, como ya se advirtió, prevé la celebración de una audiencia y la posibilidad de producir prueba. Lo más importante, a diferencia de la regulación vigente, es que establece para cualquier instancia del proceso un recurso ordinario, amplio y efectivo que será resuelto por un tribunal con funciones de revisión con eje en la oralidad. Así, quedaría garantizado el derecho al recurso de todo condenado y, en consecuencia, el doble conforme.

Lo que no puede aceptarse es el hecho de otorgarle legitimación procesal al Ministerio Público y, mucho menos, a la querella, para recurrir una sentencia dictada en favor del imputado, como sí lo hace el nuevo CPPN cuando establece:

Artículo 308: Legitimación del representante del Ministerio Público Fiscal. El representante del Ministerio Público Fiscal podrá impugnar las decisiones judiciales en los siguientes casos:
[...]

b) la sentencia absolutoria.

Artículo 306: Legitimación de la querella. El querellante podrá impugnar el sobreseimiento, la absolución y la condena si la pena aplicada fuere inferior a la mitad de la pena pretendida.

Admitir, en consecuencia, la legitimación del Ministerio Público y de la querella para impugnar una sentencia absolutoria significará continuar con las deficiencias anteriormente resaltadas de nuestro sistema recursivo vigente. Y es que, como señala Julio MAIER (1997: 422):

[e]l recurso y, eventualmente, el nuevo juicio constituyen un derecho del condenado, que no corresponde al acusador, que no puede conducir a consecuencias jurídicas más graves para el condenado que el primer juicio, y cuyo límite máximo es la confirmación de la sentencia (prohibición de la *reformatio in peius*), único riesgo que corre el condenado (ne bis in idem: persecución penal única).

Si bien el nuevo CPPN ofrece una solución del problema de la casación positiva que respeta lo señalado por la CSJN, no termina de garantizar el derecho al recurso, ya que si se le otorgase posibilidad de impugnación de la sentencia absolutoria al acusador, para garantizar el doble conforme debería volvérselo a otorgar un recurso al imputado. Bajo un sistema recursivo bilateral como el que proclama esta nueva legislación, también debería volvérselo a otorgar posibilidad de impugnar al acusador —salvo en los casos de reenvío—. Y así, sucesivamente, quedaría todo bajo un *regressus in infinitum*. Siempre que se le otorgue al acusador posibilidad de recurrir nacerá el derecho al recurso al imputado, lo que conllevará no sólo a quebrantar la garantía de la prohibición de la *reformatio in peius*, sino principalmente la de ser juzgado dentro de un plazo razonable. Ante estas

críticas, un ejemplo a seguir en este aspecto es el Código Procesal Penal Modelo elaborado por Julio B. MAIER (2011b: 531-56): aquí no hay lugar a caso alguno de casación positiva porque no hay legitimidad para que el acusador pueda interponer un recurso contra la sentencia absolutoria. Al prever el derecho al recurso solo a favor del condenado, elimina toda posibilidad de que el tribunal revisor pueda casar una sentencia absolutoria y convertirla en una condenatoria, garantizando así el derecho al recurso y la prohibición de la persecución penal múltiple. Esto no sólo consolida el derecho al recurso al condenado,²⁶ sino que además resguarda la garantía del *ne bis in idem* al prohibir que pueda ser materia de revisión el dictado de una sentencia absolutoria por un recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal o la querrela.²⁷

VI. Reflexiones finales

Como se advirtió al principio, el objetivo de este artículo consiste en determinar si tanto el precedente "Duarte", como el nuevo CPPN constituyen, o no, el principio del fin de las deficiencias del sistema bilateral recursivo vigente.

Es cierto que nuestro máximo tribunal, a través de los precedentes citados, ha llevado a la consolidación de una postura mucho más respetuosa de los derechos y garantías individuales del imputado en el proceso penal. Incluso con sus vaivenes, los magistrados han demostrado un avance en relación con los principios constitucionales que conservan la dignidad humana de toda persona sometida a un proceso penal. Sin embargo, lo que resulta criticable a la CSJN con su solución de "Duarte" es que, aún cuando resuelve por casación positiva y subsana la violación al derecho del doble conforme, deja a la deriva la garantía del *ne bis in idem* al avalar la legitimidad de una segunda condena, producto de la realización de un nuevo riesgo de condena. Aquí, nuestro tribunal supremo no debió haber dado el trámite en cuestión a la sentencia condenatoria casada, ni debió haber resuelto que fuera otra la sala que resolviera al respecto, sino que tendría que haber revocado aquélla y confirmado la de primera instancia que declaraba la absolución. La

²⁶ Ver artículo 155, en adelante, del Proyecto de Código Procesal Penal Modelo en MAIER (2011b: 531).

²⁷ Con respecto al reenvío, como aquí el único legitimado para recurrir es el condenado, no se presentarían los problemas ya esbozados sobre si quien ha interpuesto el recurso ha sido el acusador. Igualmente, existe una discusión doctrinaria respecto de si aún cuando el propio imputado con su recurso provoca el reenvío esto sigue siendo (o no) violatorio de garantías constitucionales. En este sentido, ver ZIFFER (2005: 501-19).

solución de la CSJN en el fallo “Duarte” constituye un *bis in idem* que, de acuerdo a nuestros fundamentos constitucionales, no puede ser tolerado dentro de un ordenamiento jurídico que respete las garantías que todo individuo tiene en el proceso penal.

A lo largo de estos años se ha visto un gran avance en nuestros tribunales con relación al respeto por las garantías constitucionales. En este nuevo CPPN lejos ha quedado el sistema inquisitivo y se consolida netamente un sistema en el que la garantía de juez imparcial es el eje de todo proceso penal. Ya no es el juez “de instrucción” el que acusa e investiga, sino el Ministerio Público. Sin embargo, nada es perfecto. Luego de lo desarrollado, puede concluirse que esta reforma mantiene aún las insuficiencias que conlleva todo sistema bilateral recursivo. Es insostenible reconocerle al acusador la facultad de recurrir una sentencia en perjuicio del imputado. Todo esto no hace más que poner en peligro, principalmente, las garantías del *ne bis in idem*, de la prohibición de la *reformatio in peius* y de la duración razonable del plazo del proceso penal, en un retroceso respecto del reconocimiento efectivo de los principios constitucionales.

Si la garantía del *ne bis in idem* es alcanzada no solo por la prohibición de la doble condena sino también por el riesgo de afrontarla, cualquier recurso contra la absolución supone necesariamente un nuevo riesgo y se tiñe así de inconstitucionalidad. “Duarte”, lamentablemente, no es el principio del fin del sistema bilateral vigente, y el nuevo CPPN, tampoco. Serán los intérpretes de la ley quienes deberán afrontar, en pos de culminar con las carencias que ofrece este sistema, la tarea de adaptar el nuevo ordenamiento procesal a las exigencias constitucionales. Y es que, en definitiva, en un Estado de Derecho no puede permitirse que las garantías constitucionales se interpreten en contra del imputado.

Bibliografía

- CARRIÓ, A. (2014) *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires, Hammurabi.
- D’ÁLBORA, N. (2014) *Condena en casación y doble conforme*, manuscrito inédito.
- HOPP, C. (2011) “Nuevos lineamientos del proceso penal en la jurisprudencia de la Corte Suprema: la censura al juicio de reenvío en perjuicio del imputado y la necesidad de asegurar el recurso contra la condena en la alzada”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, número 10, octubre de 2011, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 1691-709.
- MAIER, J. (1997) “El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?”, en ABREGÚ, M., COURTIS, C. (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Del Puerto, pp. 407-27.

— (2011) *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Del Puerto.

PASTOR, D. (2001) *La nueva imagen de la casación penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc.

— (2009) "¿Nuevas tareas para el principio ne bis in idem?, en ANITUA, G. y TEDESCO, I. (comps.) *La cultura penal, Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*. Buenos Aires, Del Puerto, pp. 497-513.

SIENRA MARTÍNEZ, A. (2001) "La facultad de ministerio público de recurrir la sentencia en contra del imputado: su inconstitucionalidad", en HENDLER, E. (comp.) *Las Garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires, Del Puerto, pp. 175-207.

ZIFFER, P. (2005) "El derecho al recurso y los límites del juicio de reenvío", en BERTOLINO, P. y BRUZZONE, G. (comps.) *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora*. Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo Perrot, pp. 501-19.