

¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales?

JULIO MAIER⁽¹⁾



1. Introducción

Uno de los problemas capitales de la administración de la justicia de nuestro tiempo —en el sentido de su descrédito popular, lo que, de alguna manera, se extiende universalmente— está constituido por la excesiva e increíble prolongación del lapso que media entre el reclamo y la decisión firme, ejecutoriada, e incluso ejecutable en caso de no cumplirse el mandato de la sentencia voluntariamente.

Intentaré tratar aquí una perspectiva de ese problema, complejo al extremo y multidireccional en su solución y que, a mi juicio, constituye una arista necesaria de la solución del problema, pero cuya implementación no resulta suficiente para arribar a ella. Sin embargo, es necesario también circunscribir hoy el tema de exposición para darle dimensiones temporales correctas a este encargo y evitar que nos quedemos en debatir un problema mayor, superior en rango, que tal vez nos supera en complejidad a nosotros los juristas. A mi juicio, la demora o la rémora de la administración de justicia es un problema de juristas, pero no solo nuestro.

.....

(1) Abogado (UNC 1963). Estudios de posgrado en Filosofía Jurídica, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad de Munich (RFA 1963-1965). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC 1974). Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia CABA. Ha publicado alrededor de 100 artículos sobre Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Filosofía Jurídica en publicaciones argentinas, latinoamericanas y europeas.

2. Un poco de historia

Los recursos contra las decisiones judiciales que son estimadas injustas por la parte cuyo interés legítimo afectan no han sido, originariamente, al menos en materia penal, garantías judiciales de las personas involucradas en un procedimiento judicial o de sus protagonistas, tal como hoy parecen ser presentados con alusión argumental —por cierto de manera débil, casi irreflexiva y hasta hipócrita— a las convenciones internacionales sobre derechos humanos.⁽²⁾

Por el contrario, su origen es consustancial al procedimiento inquisitivo, en el cual ellos representaban, antes que una garantía de seguridad individual, un mecanismo de control burocrático para el superior jerárquico, que previamente había **delegado** su poder de juzgar en funcionarios inferiores; esto constituye, precisamente, la característica fundamental de la llamada **justicia de gabinete** por su organización judicial vertical; los recursos suponían una **devolución** del poder recibido de manos de aquel que lo portaba en origen.⁽³⁾

Tal es así que, en una inmensa mayoría de casos, la Inquisición toleró el reexamen **de oficio** obligatorio —esto es, sin que alguna de las partes del procedimiento hubiera interpuesto recurso alguno— sobre la decisión del asunto, una especie de recurso automático, que tuvo su auge en las colonias hispanoamericanas, cuyos conflictos principales siempre terminaban en los órganos supremos de la metrópoli (el Consejo de Indias o la Casa de Contratación). En el derecho hispanoamericano posterior a la conquista y colonización quedaron rastros indelebles de ese derecho español: el llamado “mecanismo de consulta” o “recurso de consulta”, esto es, la obligación de someter el caso, maguer la ausencia de recursos, a la decisión de un tribunal superior en rango, deber que pesaba sobre los tribunales inferiores cuando decidían ciertos asuntos.⁽⁴⁾ Por lo demás, en la teoría de

.....

(2) Ver CADH, art. 8º, nº 2, h), y PIDCyP, art. 14, nº 5. Es inconveniente, confusa y de cierta manera hipócrita esta presentación, si luego se adopta el sistema bilateral de recursos, con la concesión de recursos al acusador, sobre todo a la fiscalía —que representa al Estado—, contra decisiones que no le convienen, pero sí al acusado; se puede ver esta forma de presentación y exposición en SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN, *Strafprozessrecht*, 4ª ed., Munich, C. H. Beck, 2007, § 31, p. 197 y ss. Ciertamente, aquellas convenciones merecen otra interpretación: ver MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, Bs. As., Editores del Puerto, 1996, § 6, p. 708 y ss.

(3) *Ibid.*, t. I, § 6, p. 705 y ss.

(4) *Ibid.*, p. 706. Ello impedía el comercio fluido y afectaba a la libertad de comercio, por el enorme retraso burocrático de la resolución de los conflictos; en fin, uno de los motivos

los recursos quedó marcado idiomáticamente, de modo indeleble, aquello que llamamos “**efecto devolutivo** de la interposición de los recursos”, que no es otra cosa que la transmisión y consecuente devolución del poder de decidir del inferior al superior en una organización judicial vertical, una vez usado por delegación aquel poder de decisión; el oficio superior que ejercía así el control sobre el ajuste de la labor cumplida por el inferior a las reglas sobre la base de las cuales se le había delegado el poder de juzgar.⁽⁵⁾

El correlato de esta concepción que dio nacimiento a los recursos —antes inexistentes, pues en el derecho germano o común antiguo, reino de la composición, la justicia de vecindad era pública y ante la asamblea de la comunidad, según rasgo genérico predominante— se percibe, incluso hoy, en la organización judicial y en el procedimiento penal. Nuestro derecho de la organización judicial y el derecho europeo-continental todavía conservan, más o menos, la organización vertical de los tribunales de justicia, lo que recuerda a la **jurisdicción delegada** de la Inquisición o a la *justice retenue* francesa, que consistía, precisamente, en afirmar que todo el poder de juzgar residía en el rey, quien lo delegaba en sus oficiales, pero lo conservaba en origen.⁽⁶⁾

Por lo demás, el procedimiento judicial, consecuentemente, era registrado, documentado en actas, única manera de lograr que *a quo* y *ad quem* —me refiero al tribunal cuya decisión es recurrida y al tribunal que se expide sobre la decisión recurrida— decidieran en paridad de condiciones —en latín *par conditio*, según la denominan los procesalistas—, esto es, sobre una misma base de conocimiento o fuente de información pues, inversamente, cuando el proceso se desarrolla por audiencias, la base de conocimiento y fuente de información de cada tribunal reside en su propia audiencia —en su propio procedimiento—, nunca idénticas la una de la otra.⁽⁷⁾

.....
desencadenantes de nuestra Revolución de Mayo (1810) y, seguramente, argumento real fundante de la independencia de los países hispanoamericanos.

(5) Precisamente esta característica, traducida convenientemente como “efecto devolutivo de los recursos”, es una de las dos que le permite a Jorge Clariá Olmedo distinguir a los recursos y separarlos de otras impugnaciones procesales. La otra es la suspensión del efecto de cancelación de la cosa juzgada. Ver CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Tratado de Derecho Procesal*, Bs. As., Ediar, 1968, p. 443. Ver también ROXIN, CLAUS, *Derecho procesal penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2000, § 51, p. 446.

(6) De allí el “*puvoir en casation*”, origen del recurso del mismo nombre, y el poder de gracia que ejercía el rey o su tribunal superior.

(7) MAIER, JULIO B. J., *op. cit.*, p. 706.

De tal manera, ese sistema y esa concepción del procedimiento y de la organización judicial, aun con variadas modificaciones, llegaron hasta nuestros días, razón por la cual, al menos en el derecho continental, los recursos no implican, necesariamente, y sobre todo en materia penal, el desarrollo de una garantía de seguridad individual. Es por ello, también, que a los ordenamientos jurídico-procesales y a los juristas de ese ámbito les cuesta adaptarse a instituciones como el derecho al recurso del condenado, prohijadas por convenciones de derechos humanos y establecidas para recordarnos las seguridades individuales de quienes son perseguidos penalmente; esas adaptaciones —en ciertas ocasiones hasta necesarias en sí mismas— dan nacimiento a reformas y nuevas **reglamentaciones** algo ridículas, rayanas en la hipocresía.⁽⁸⁾ Sobre el final de este punto intentaremos bosquejar una reforma tal de la organización judicial y del sistema de recursos que permita concebirlo, al menos a aquel contra la sentencia, como una garantía judicial del justiciable. Lamentablemente —a mi juicio—, ese no es, al parecer, el camino elegido ni por el legislador penal ni por los tribunales.⁽⁹⁾

3. Nueva visión de los recursos

3.1. La supresión del sistema de recursos

El origen histórico de los recursos contra las decisiones judiciales, marcadamente autoritario, por una parte, y las inconsecuencias y contradicciones de su sistema actual, pendiente, como lo hemos observado múltiplemente, de un delicado equilibrio entre ese autoritarismo y la comprensión del sistema conforme a la idea básica del Estado de derecho en materia penal —equilibrar las armas y garantizar al imputado un trato justo—, por la otra,

.....

(8) Ver MAIER, JULIO B. J., "Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?", en *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1999, p. 941 y ss. Allí se consigna, en nota al pie final (p. 948), el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos y de su Protocolo Adicional n° 7, en vigor desde 1988, que ha reconocido los problemas del derecho continental y ha pretendido superarlos mediante la afirmación —rayana en la hipocresía— de dos principios básicos, originariamente no contenidos en la Convención (*ne bis in idem* y recurso para el condenado), seguidos de excepciones a ellos que tocan, precisamente, los problemas neurálgicos, excepciones que, a nuestro juicio, solo provocan la desactivación de las garantías previamente afirmadas.

(9) Ver los desaguizados de la Corte IDH en el "Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica", 02/07/2004, y el intento de seguirlo, por "obligación internacional", de nuestra CSJN en "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa". Ver PASTOR, DANIEL ROBERTO, "El futuro de la casación penal", en Gustavo A. Bruzzone y Daniel R. Pastor (dirs.), *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal - Casación*, n° 5, Bs. As., Ad-Hoc, 2008, p. 15 y ss., con los fallos y sus comentarios.

han logrado consagrar, al lado de las reglas básicas, excepciones abiertas a esas reglas que, a la par de convocar a una adaptación forzada a la idea política de mención, pueden dar pie a aplicaciones autoritarias, no bien se exagere su uso y se las interprete extensivamente. Ese riesgo me ha conducido a estimar que resulta necesaria una transformación del sistema de control de las decisiones judiciales, para garantizarle al eventual afectado por ellas la menor posibilidad de error y adaptar mejor el procedimiento judicial a la idea política del Estado democrático de derecho, pues el sistema actual y algunas de sus normas ya pueden ser, en ocasiones, calificados de hipócritas y hasta de cínicos.⁽¹⁰⁾

Cuando uno se pregunta “¿por qué recursos contra las decisiones judiciales?” responde, en primer lugar, con el temor al error del primer tribunal, provocado por el primer juicio. Pero no bien uno advierta que es del todo posible —e, incluso, más probable, como decía Beling— la producción del yerro acerca del problema planteado en una decisión en la resolución del segundo tribunal, producto del segundo juicio,⁽¹¹⁾ seguramente caerá en cuenta de que, históricamente, el temor reside en una razón varias veces más práctica: el número —o, quizás, también la clase— de jueces que integra los respectivos tribunales (quedémonos con el número para sintetizar), siempre menor el de primera instancia que el de segunda instancia, siendo estos últimos integrados con un número mayor de jueces.⁽¹²⁾ Como

.....

(10) Las reglas y los desarrollos jurisprudenciales a que ha dado lugar el recurso del condenado contra la sentencia condenatoria, incluidas allí las reglas del Protocolo n° 7 de la llamada Convención Europea sobre Derechos Humanos (ver mi “*Anfechtung der Verurteilung: Garantie des Angeklagten oder Entscheidungskontrolle*”, *op. cit.*, p. 948), la sentencia de la Corte IDH y la de nuestra CSJN, de forzada adaptación (ver nota anterior), no solo se desentienden de las reglas básicas del proceso penal de un Estado de derecho y de su realización práctica, sino que también hacen honor a aquella respuesta de Sebastián Soler a Alfredo Orgaz en una de las polémicas honrosas de nuestra producción jurídica, a propósito de la repercusión civil de la sentencia de condena penal: “... sospecho que entonces el interesado clamaría que lo amáramos un poco menos”. Ver SOLER, SEBASTIÁN, “Algunas cuestiones civiles en el Proyecto de Código Penal”, en Alfredo Orgaz y Sebastián Soler, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1963, p. 44.

(11) Y no será la primera vez que ello suceda; multitud de anécdotas acuden a mi mente, como recuerda el texto de un tango famoso. Ver MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, t. I, § 7, nota al pie 99, p. 797 y ss. Al decir de Binding, prevalece el tribunal peor informado sobre el mejor informado, realidad que conduce a la idea de que los recursos aspiran a lograr otra finalidad: asegurar una organización judicial vertical, regida por el principio de la jerarquía.

(12) No es casual que, en Alemania, contradictoriamente, solo las sentencias por hechos punibles menos graves —y por tanto, eventualmente, también penas leves— puedan ser

parece natural, un número mayor de jueces —la integración de los tribunales superiores— requiere mayor deliberación entre ellos sobre la solución del caso y, precisamente por esa razón, existiría así un menor espacio para el error en este supuesto.

Entre nosotros, el argumento es todavía más certero porque el temor se reduce a las sentencias del juez unipersonal, cuando opera como juez de mérito que, por ello, no sigue procedimiento formal alguno de deliberación para la obtención de la sentencia, sino que —se puede decir con cierta licencia idiomática— delibera el caso consigo mismo, en el silencio de su despacho.⁽¹³⁾ Si una mayor estructura de deliberación en la construcción de la sentencia asegura mayor acierto o menor posibilidad de error es algo que puede discutirse, pero sí parece indudable que esa realidad, unida a otras que fundan argumentos coadyuvantes, garantiza mayor seriedad en la elaboración del fallo y en la realización correcta del procedimiento que marca la ley para arribar a él.⁽¹⁴⁾

No obstante, la objeción histórica de un juez francés, enojado por este procedimiento de control,⁽¹⁵⁾ me parece atendible: si ese número mayor de jueces que colaboran en un tribunal, unido a su mayor sapiencia y seriedad para la función, junto a su mayor experiencia, según se predica de los tribunales superiores, garantiza una mejor sentencia, ¿por qué no prescindir del juez de primera instancia y acudir directamente al tribunal de segunda instancia, al parecer, mejor situado desde cualquier punto de

.....

impugnadas mediante un recurso amplio (cualquier agravio y fundamento de injusticia) —la llamada *Berufung* (apelación)—, mientras que las sentencias por hechos punibles de mediana criminalidad y graves, amenazados con penas más graves, solo son impugnables por casación (revisión), recurso limitado a la crítica sobre errores de procedimiento y relativos a la interpretación y aplicación de la ley penal material (infracción a la ley). Ver ROXIN, CLAUS y SCHÜNEMANN, BERND, *Strafverfahrensrecht*, 26ª ed., Munich, C. H. Beck, 2009, §§ 54 y 55, p. 413 y ss. Para la sorpresa que revela la nota, correspondida por todos los autores alemanes, pero no criticada por ellos, sino, antes bien, explicada políticamente y defendida con fuerza poco habitual, ver también MAIER, JULIO B. J., *La ordenanza procesal penal alemana*, Bs. As., Depalma, vol. II, Libro 3, Cap. 3: Advertencias, 1982, p. 272.

(13) Este es el caso del CPP CABA, arts. 279, 281 y concordantes. Vuélvase sobre la solución tradicional de la ley procesal penal alemana (ver nota anterior).

(14) Ver ROXIN, CLAUS y SCHÜNEMANN, BERND, *op. cit.*

(15) Ver a Meyer en VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Bs. As., Lerner, 1969, p. 236: "si los jueces de grado valen más que los de primera instancia, que juzguen ellos directamente las causas, y no se ofenda a la justicia poniéndola primero, y casi por vía de experimento, en poder de hombres ineptos".

vista conforme a aquella opinión?; ¿para qué perder tiempo y algo más en sostener una organización judicial con dos instancias, si ya bastante demora y cuesta el procedimiento penal en sí mismo? Tiempo y dinero que podrían ahorrarse de conocer en primera instancia al tribunal que satisface los deseos de justicia, bien lograda en la segunda instancia. Más razón le asiste a esta tesis si pensamos en los principios que rigen el juicio penal, dificultados de sobremanera en una segunda instancia, al punto de que ella constituye, llevada a cabo correctamente, con satisfacción de esos principios —al decir de alguien que sí demostró su saber—,⁽¹⁶⁾ una segunda primera instancia y no tan solo una segunda instancia.

La imposibilidad de contestar este sencillo argumento da pie a la solución. No resulta importante la creación de varias instancias, pues de su crecimiento en número no depende la mejor administración de justicia ni el evitar errores; si la cuestión fuera así de sencilla, bastaría pensar en cuántas instancias necesitamos para una administración de justicia ideal y perfecta, y obrar normativamente en consecuencia, con la mayor aproximación posible a ese ideal. Sí es importante, en cambio, discutir cómo debemos integrar satisfactoriamente un tribunal para decidir un caso o un aspecto parcial de ese caso; más sencillamente, cuántos jueces y de qué clase son necesarios para resolver una determinada cuestión. Esa es una pregunta política, en principio, a decidir, quizás, por aproximación a un ideal,⁽¹⁷⁾ que puede tener respuesta, como tantas otras, por juicios de oportunidad, dependientes del contexto real en el que se inscribe la pregunta y de sus posibilidades, pero también en atención a parámetros normativos y, además, quizás por una mezcla de ambos conceptos. Del mismo modo deberíamos preguntarnos por el modo de proceder de esos jueces para resolver las diferentes cuestiones, pregunta que, en relación a la sentencia, ya contestan con claridad y suficiencia nuestros códigos de procedimientos penales.

A modo de ejemplo, "¿cuántos jueces y de qué clase deben integrar el tribunal que decida una prisión preventiva?". Una resolución que hoy decide un juez unipersonal y es apelable ante un tribunal colegiado integrado por

.....

(16) BINDING, KARL, *Grundriß der deutschen Strafprozessrecht*, 4ª ed., Berlín, 1900, citado y traducido por FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ, en "Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Colegio de Abogados, San José de Costa Rica, 1980, n° 41.

(17) Por ejemplo, juicio por jurados (CN arts. 24; 75, incs. 12 y 118), para qué casos y cuántos jurados.

tres jueces puede tener respuestas únicas o variadas, según la gravedad de la situación. Sería natural, por ejemplo, que la orden de detención la expida, de ordinario, un juez unipersonal e inaudita parte, por el peligro que sufriría su ejecución con la demora, pero también que ella fuera revisable, inmediatamente o a pedido de quien la sufre, en una audiencia, presidida por un tribunal colegiado, en la cual pueda ser tratada la cuestión ampliamente, incluso desde el punto de vista de su reemplazo por medidas de coerción de menor gravedad (hoy llamamos a esa posibilidad "excarcelación" o "eximición de prisión"). Sería también deseable que la prisión fuera examinable en períodos de tiempo y de la misma manera por un tribunal integrado como el anterior o, quizás, por más jueces, cuando la prisión preventiva se prolongue, alcance una duración mayor, determinada por la ley. Con ello no se está tan lejos de la actual apelación, pero el sistema parece más racional.

Si ello es correcto, ya podemos prescindir durante el procedimiento, al menos en gran medida, del sistema de recursos. Obsérvese que, durante el juicio público, ello ya ha sucedido⁽¹⁸⁾ por elementales razones de intermediación, concentración, celeridad y coordinación. Por los mismos motivos que pueden ser descriptos como el máximo de celeridad con el menor esfuerzo posible —"economía procesal", si se quiere—, es ahora recomendable pensar en el procedimiento hacia atrás y llevar a cabo una transformación posible, sobre todo en el procedimiento preliminar. Ciertamente los recursos, a pesar de cualquier decisión legal que pretenda y pregone lo contrario, son la causa más clara de prolongación temporal e interrupción del trámite de un procedimiento penal en curso.

3.2. El recurso del condenado como garantía judicial

Dos son las razones básicas según las cuales no podemos proceder de esta manera con el recurso del condenado contra la sentencia de condena; la afirmación rige también, analógicamente, para el recurso de quien, a pesar de no ser condenado, soporta, según la sentencia penal, una medida de seguridad y corrección, sobre todo cuando esa medida representa la privación de su libertad. Sobre el particular ya hemos escrito suficiente,⁽¹⁹⁾ pero vale la pena repetir, sintéticamente, ciertos conceptos.

.....

(18) Ver CPP Nación, art. 440; CPP Bs. As., art. 429; CPP Córdoba, art. 451 y CPP CABA, art. 273.

(19) Ver MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 632 y ss., 705 y ss. y 793 y ss.

La primera razón es más que simple y trae a colación la justificación de un derecho positivo muy especial, porque se trata del derecho internacional de los derechos humanos y de nuestra CN. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8º, nº 2, h) y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 14, nº 5), ambos no solo ratificados por nuestro país —con lo cual pasaron a formar parte, prácticamente, de nuestra legislación interna—, sino, antes bien, con actual estatus constitucional (bloque de constitucionalidad), en virtud del texto vigente del art. 75, inc. 22 de nuestra CN, disponen que la persona juzgada en un procedimiento penal tiene, entre otros derechos, el de recurrir el fallo ante un tribunal superior —se supone, cuando ese fallo le es desfavorable— o, con un texto más claro, que quien es declarado culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le ha impuesto, sean sometidos a un tribunal superior, según previsión legal.

El derecho positivo no deja dudas acerca del derecho de un imputado condenado y de alguien que, incluso, no fue condenado, pero sufre una disminución de derechos según la sentencia penal, salvo pequeños errores del texto fácilmente solucionables por analogía en favor de quien es portador de la garantía, interpretación antes aclarada en nuestro texto. La facultad debe ser reglamentada por la ley procesal penal —establecer un recurso idóneo como una facultad del portador de la garantía—, y el relativo —pero sugestivo— desliz de que la existencia de un “tribunal superior” en la organización judicial puede ser fácilmente explicado como la necesidad de que ese tribunal tenga poder, emanado del recurso interpuesto, para revocar, modificar o transformar la sentencia dictada por el primer tribunal que intervino y ya juzgó, decisión que, precisamente, es objeto del recurso.

La segunda razón resulta más compleja para explicar. El Estado de derecho no se satisface, al parecer, con la existencia de un solo juicio en contra del trasgresor, para fundar una condena y una pena (o una medida de seguridad y corrección grave), sino que, cuando el condenado o quien debe soportar la pena o la medida no aceptan la decisión estatal,⁽²⁰⁾ precisa que, en principio, otro juicio, presidido por otros jueces, ratifique total o parcialmente la bondad de la decisión o, por lo contrario, si ese no es el caso, revoque o reforme la decisión.

.....

(20) Obsérvese que este es un uso legítimo de la llamada *verdad consensual* o del poder *dispositivo* en materia penal; el Estado satisface su concepto de justicia pública, en esta materia, con un solo juicio, si el condenado acepta la sentencia.

Desde otro punto de vista relativo al perseguido penalmente: el Estado de derecho en su forma actual, según la medida de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, reclama la concesión al condenado de una nueva chance, posibilidad, si él lo desea, para demostrar su inocencia o la necesidad de una reacción menor del Estado respecto de su conducta antijurídica. Con ello podríamos sentenciar que la condena, o la aplicación de una pena o de una medida grave, si quien debe soportar la pena o la medida lo requiere, debe tener como fundamento dos condenas en dos juicios distintos. Allí aparece el **derecho al recurso** como la expresión de voluntad de aquel a quien se le ha impuesto una pena o una medida de seguridad, en el sentido de la realización de este nuevo juicio, del aprovechamiento de esta segunda chance, que el orden jurídico procesal penal le ofrece.

Claro es que tal facultad es susceptible de ser reglamentada por la ley, siempre y cuando tal reglamentación no la suprima o altere de tal manera que equivalga a suprimirla (art. 28 CN). Por una parte, quien desee esta segunda chance deberá invocar primero, y luego verificar, que el error que supone en la primera sentencia, que le impone una pena o una medida, es plausible, esto es, racional, probable, caso en el cual dará pie a la apertura del nuevo juicio, que versará sobre su agravio y decidirá con el límite de la extensión de su agravio. Por lo demás, si el error supuesto no toca a las comprobaciones fácticas de la sentencia que permanecen incólumes, el mismo tribunal que estudia su plausibilidad podrá ahorrar tiempo y procedimiento, y establecer el nuevo orden (condena más leve o absolucón) al admitir el recurso, si no son necesarias verificaciones posteriores (por ejemplo, sobre la medición de la pena). Caso contrario, dispondrá la realización de un nuevo juicio para establecer los supuestos que precisa conocer. Si el tribunal *ad quem* no admite el recurso, ello implica la confirmación de la sentencia de mérito. Con ello quiero explicar, también, que es posible dividir el examen entre un tribunal, quizás **superior** en una organización jerárquica —a la letra de las convenciones—, que juzgue sobre la probabilidad de la existencia del error que funda el recurso, y otro de mérito y reenvío que realice el nuevo juicio, si así es ordenado.

El nuevo juzgamiento, a pedido de quien es perseguido penalmente, perjudicado por la solución establecida en la primera sentencia de mérito, no puede culminar en una decisión que perjudique al recurrente aún más que la sentencia recurrida. La prohibición de la *reformatio in peius* adquiere así sentido material y no tan solo formal, dependiente de la expresión de voluntad

de un acusador que decide no recurrir la sentencia. Por esta misma razón, pero más aún por la infracción contra el principio que prohíbe la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*) —es decir, prohíbe una segunda chance para el acusador de lograr la condena querida por él—, se le debe conceder solo al condenado o a quien sufre la imposición de una pena o de una medida de seguridad y corrección; únicamente a él le incumbe este derecho y los acusadores deben ser privados de la facultad de recurrir la sentencia cuando ella no satisface sus demandas (no condena o impone penas o medidas más leves que las requeridas). El texto mismo de las convenciones avala también esta solución, si ello fuera necesario para el intérprete.

En el texto que desarrollé para la CABA y que no fue utilizado en la sanción de su Código, no se procedió de manera ortodoxa como en el texto académico; allí solo se permitió el recurso de la fiscalía, y eventualmente, el del querellante, cuando la sentencia era el producto de un delito doloso perpetrado, en relación a ella, por un juez del tribunal (prevaricato, cohecho, exacciones ilegales o recepción de dádivas, por ejemplo) o por otro autor (amenazas o coacción contra un juez, un testigo o un perito), con influencia en la sentencia, por ejemplo, únicos casos en los cuales el acusador podía recurrir la sentencia de mérito, si verificaba, previamente, para tornar admisible su recurso, el presupuesto que lo tornaba factible.⁽²¹⁾

Quizás deba decirse también que el sistema **bilateral** de recursos contra la sentencia —aquel que permite recurrir tanto al acusado como al acusador— resulta ya imposible desde un punto de vista lógico, porque conduce, en extremo, a un *regressus in infinitum*. En efecto, cuando la fiscalía o el acusador recurren en busca de una condena frente a la absolución que puso fin al primer juicio o en busca de una condena más grave que satisfaga sus demandas, y su recurso triunfa, allí comienza, nueva u originariamente, la facultad del condenado de interponer un recurso contra la eventual condena y, con palabras más simples, todo comienza de nuevo. Esta razón fue, claramente, la que motivó a la Convención Europea de Derechos Humanos en su Protocolo Adicional n° 7, que estableció tanto **el derecho al recurso del condenado como el principio de la prohibición de la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*)**, principios desconocidos literalmente en el texto original de la convención y reconocidos posteriormente por el Protocolo citado, y a fijar múltiples excepciones a esas normas

.....

(21) Ver art. 213 del Proyecto de CPP modelo para la Nación, 2005, sin publicar y entregado al Secretario de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación.

básicas del ordenamiento jurídico-penal, excepciones que conducen a la negación de los principios citados o a su alteración a tal punto, que resultan intolerables para ellos, porque los eliminan en el sentido del art. 28 de nuestra CN.⁽²²⁾

4. ¿Hacia una nueva organización judicial horizontal?

Claro es que se puede conservar la organización judicial vertical, hasta ahora predominante, para receptar esta serie de sugerencias, y más claro aún es, para nuestro derecho positivo que, en cierta manera, ella deberá soportar las reformas necesarias, pues ese tipo de organización viene, incluso en algunos casos, impuesto constitucionalmente.⁽²³⁾ Pero la implementación del recurso contra la condena de quien va a sufrirla sería bastante más sencilla con una organización judicial horizontal, en la cual los jueces, sin distinción —o con la única distinción de la competencia territorial del tribunal en el cual cumplen funciones, por razones de distancia espacial—, fueran todos jueces del Estado que los instituye y desarrollaran, en cada caso, la función que se les asigna, por algún método que proscibiera la arbitrariedad en la atribución particular del caso.

Tampoco resulta necesaria la formación rígida de un tribunal, integrado siempre con el mismo número de jueces que son necesarios para cumplir la misión encomendada dentro de la administración de justicia, y con los mismos jueces, a variar solo por integración ante el apartamiento de uno de los titulares (recusación o excusación), solución escasamente imaginativa, sino que es recomendable que todos los jueces que tienen una misma competencia territorial y material conformen un tribunal integrado con múltiples jueces como organización, tantos como sea necesario según la cantidad y clase de los asuntos a decidir y el número de jueces que tiene que decidirlos.

De este modo, no es necesario concebir al tribunal revisor como un tribunal "superior", en sentido jerárquico, sino, antes bien, superior en sentido material para el caso y, por el contrario, sí es posible determinar que este tribunal

.....

(22) Ver MAIER, JULIO B. J., *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?*, op. cit., nota al pie n° 7, p. 948.

(23) Nuestra CN, en el art. 108, conoce al menos un tribunal superior instituido por ella, la CSJN; varias de las constituciones locales hablan no solo de la Corte Suprema o Tribunal Superior provincial, sino, incluso, de otros tribunales de primera y segunda instancia; reglas constitucionales, por cierto, criticables.

revisor esté integrado por más jueces que aquel que dictó la sentencia de mérito, necesariamente, además, integrado por otros jueces distintos a aquellos que intervinieron anteriormente. Ello no obstruye la posibilidad de crear tribunales con una competencia material de "menor cuantía", por ejemplo, dedicados al derecho contravencional o de faltas, cuando se lo elabora como un sistema penal, o al derecho penal de penas leves (por ejemplo, no privativas de libertad), y otros de "mayor cuantía", dedicados a delitos relativos a la criminalidad media y de gravedad, ni tampoco impide crear distintos tipo de tribunales e integraciones (jueces profesionales, escabinado, jurados) para distintos tipos de delitos, incluso según su gravedad.

Déjenme decir, finalmente, que esta organización horizontal se corresponde mejor con un Estado democrático de derecho que con la organización vertical a la que estamos acostumbrados.



