

**Dra. Angela Ledesma.**

Jueza de la Cámara de Casación Penal

Agradezco la invitación.

De mas esta decir que me adhiero en un todo a las expresiones del Dr. Mario Juliano

Me voy a referir a algunas cuestiones que están flotando por allí y que todavía no están claras, en las que habrá que seguir avanzando, y que tiene que ver con el después de “Herrera Ulloa “y un después de “Casal”.

Sin lugar a dudas el derecho al recurso integra el derecho a la tutela judicial efectiva, integra el derecho de acción, el derecho de acceso a la justicia, por lo tanto, no debemos minimizar los alcances de este derecho al recurso; pero por otro lado sin lugar a dudas si hoy tenemos un nuevo derecho sustancial que es un derecho que rige a lo largo y a lo ancho de nuestro continente para mas de trescientos millones de habitantes, esto es el art. 8 punto 2 H de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art 14 punto 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que como todos saben hoy son letra expresa de nuestra Constitución Nacional del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

Y como bien decía al comienzo de su exposición el Dr. Juliano, el error judicial y mas aún el error en materia penal -también lo dice expresamente el procurador Righi en su dictamen en el caso Casal- es de mínima admisibilidad, de mínima tolerancia, por ello debemos garantizar esta revisión amplia de la sentencia. El derecho al recurso, como todo derecho humano, tal lo explicaba muy bien Pedro Nikken - primer presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, es de reconocimiento progresivo, vamos avanzando en su comprensión y cristalización. Ayer también el Dr. Heredia se ha referido este principio

de progresividad en la materia, que se muestra en un después de Herrera Ulloa –julio de 2004- y de Casal –septiembre de 2005-.

En el momento en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expide en el caso Casal, cuando estábamos esperando que nos tirara por las orejas tanto a la Cámara Nacional de Casación Penal, como –creo- a los demás Tribunales Superiores de provincia, que cumplen funciones de casación, teníamos información que existían 22 denuncias ante la Comisión Interamericana contra la Republica Argentina por violación al derecho al recurso; pero hubo denuncias posteriores y me voy a referir a algo que no fue publicado y que es importante porque marca cuales deben ser los estándares mínimos se exigen hoy a nuestro país, por parte de la Comisión para hacer efectivo este derecho al recurso, los que debemos respetar mas allá de las normativas vigentes. También coincido con el Dr. Juliano y con lo que expresaba ayer el Dr. Heredia que el derecho convencional está por encima de nuestro Código Procesal.

En el año 2007 Argentina fue denunciada ante la Comisión Interamericana en un caso “Posadas” precisamente con relación a una inadecuada regulación de este derecho al recurso en el orden nacional y federal. Sabemos que hubo diversas reuniones, tenemos conocimiento que hace diez o quince días , no mas, vino un representante de la Comisión y tuvo una reunión en el Ministerio de Justicia exigiendo al país cumpla con estos estándares mínimos del Derecho al Recurso, por lo que también tengo la ilusión de que ello impulse la reforma federal para adecuar nuestra normativa.

¿Cuales son estos estándares mínimos? A los que me voy a referir rápidamente para que luego veamos lo que esta pasando con el Código del Chubut y lo que esta haciendo la Corte Suprema , porque la Corte esta cumpliendo una tarea muy importante desde diciembre de 2004 en la definición del modelo de enjuiciamiento y también a lo que hace al reconocimiento de los tratados, de este nuevo derecho sustancial o

derecho convencional, al dar respuesta a algunas de estas cuestiones que son objetadas en orden a la regulación del derecho al recurso.

- En primer lugar un proyecto de ley reglamentaria marco del art. 8. 2 h de la CADH es una de las exigencias; la reducción del cumplimiento de requisitos formales que condicionan la interposición del recurso del condenado, entre ellos la necesidad de mantener el recurso, este es un tema dramático, porque el mantenimiento del recurso fue instituido precisamente para impedir y restringir la vía, como ustedes saben toda esa estructura no fue pensada como garantía mínima de juzgamiento – derecho al recurso- sino como mecanismo de contención , por ello la regulación es altamente formalista, sobre todo en los recursos de casación o equivalentes. Cuando hablamos de casación hablamos en términos generales de un recurso que hoy debe garantizar este derecho a la revisión integral de la sentencia.

- La Corte Suprema de Justicia la Nación se ha expedido en algunos casos con relación a este fastidioso mantenimiento del recurso, el primer caso que conozco es de junio del 2006, el caso “Laskiewicz”, poco conocido de mi Sala en que habíamos hecho disidencia precisamente por que interpretamos que a partir de lo establecido por la Corte en Dubra el imputado debe ser notificado acerca de la firmeza que adquiere la sentencia definitiva si no se manifiesta voluntad en contrario, de tal modo que cuando por un olvido por un error del abogado defensor no se ha producido el mantenimiento del recurso, lo mínimo que habría que hacer, es anoticiarlo para que sea él, que es el titular del derecho al recurso, sea quien manifieste si pretende seguir adelante con esta vía o no. Esto lo habíamos votado en disidencia, llegó a la Corte, aclaro un dato interesante se trataba de una suspensión de juicio a prueba donde el Tribunal que la concedía imponía la prohibición de conducir automotores que no había sido pedida ni discutida en audiencia, entonces la Corte dijo que en estos casos se deberían flexibilizar los requisitos de admisibilidad del recurso para preservar la vía de

impugnación y que deberían ser soslayados los obstáculos formales en favor de la garantía de la doble instancia, el Procurador se había referido concretamente también como antecedente al caso Dubrá.

También hemos recibido algún tirón de orejas más reciente de la Corte y en este caso yo no había hecho disidencia, la decisión fue del 15 de diciembre del año 2009 en un caso Garay, en este el imputado se presenta im pauperis corremos esta presentación al Defensor Oficial, que la sustenta, en ella el imputado manifestó en la presentación im pauperis que en el momento del dictado de sentencia definitiva su abogado particular había interpuesto erróneamente un recurso, nosotros chequeamos que es lo que había pasado con el expediente y encontramos que el imputado se había notificado en el momento de la audiencia de debate, que había estado presente al momento de la lectura de no solo del veredicto sino que en los fundamentos de la sentencia y que no se había interpuesto ningún recurso, la sentencia fue del año 2007, entonces no abrimos el recurso de casación. La Corte se remite al precedente Schenone de Octubre de 2006 y revoca nuestra decisión, manda a abrir el recurso y seguir adelante con su trámite. En el caso Schenone queda planteado el estado de indefensión porque la defensa técnica al momento de hacer una presentación im pauperis se limitó a repetir las expresiones del imputado y no cumplió mínimamente su labor técnica. Este es un llamado de atención importante en orden a la apertura del recurso, aún cuando ha sido presentado extemporáneamente.

- Otro de los estándares que se están exigiendo tiene que ver con la posibilidad del imputado de ampliar los agravios o motivos de casación desarrollados al interponer el recurso. Este también es un tema importante por que aquí hay un derecho a la discusión en la audiencia y tengo entendido que Ustedes también lo están haciendo, entonces, ¿por qué voy a limitar los agravios a los introducidos oportunamente al momento de deducir el recurso? En el punto, también en un caso de mi

sala, que se llama “Catrilaf” del 26 de junio del 2007 , donde nosotros habíamos hecho disidencia, dando razón a la defensora oficial Dra. Eleonora Devoto, cuando con fundamento en Casal introdujo en audiencia nuevos agravios, se admite ésta posibilidad. Si ustedes leen el fallo de la Corte, no van a saber que paso, porque en realidad solamente hay una remisión a Casal, si vemos el expediente, vamos a comprender lo que aconteció, el recurso extraordinario federal tuvo como fundamento la falta de tratamiento de un agravio introducido en audiencia. Hubo otras decisiones posteriores en igual sentido. En la práctica, esto sucede con relación a la declaración de reincidencia su inconstitucionalidad o interpretación dada al instituto o supuestos de prohibición de doble juzgamiento.

- Otra de las exigencias, que en el orden federal suele ser complicado cumplir, es la interposición del recurso ante el Tribunal de Alzada que habrá de resolver el recurso por que tendríamos que tener Tribunales de casación regionales, esto es complicado y cuando proyectamos el Código Nacional en el año 2007 no pudimos cumplir con este estándar de carácter organizativo.

- El Dr. Mario Juliano se refirió a la ampliación del catálogo de motivos que habilitan la apertura de la vía, para posibilitar así la revisión integral en los términos de Herrera Ulloa, y Ustedes lo tienen bastante bien regulado, pero me parece que hay que tener cuidado al interpretar ciertas reglas, como los art 372 y 374, porque podrían dar lugar a restricciones, si observamos que por allí hay una expresión que dice que el límite del conocimiento del tribunal está dado por los motivos introducidos por la parte, ello podría imposibilitar la revisión en general y de oficio cuando se configuran vicios absolutos. Creo que a partir del Informe 24 del año 1992 de la Comisión Interamericana que es recogido en informes posteriores, como hizo referencia el Dr. Juliano , que es también reiterado el fallo Herrera Ulloa, hay un mandato de revisión integral de la legalidad del fallo, y este mandato de revisión

integral la legalidad del fallo, interpreto que nos está mandando a revisar en general la legalidad de este. Así muchas veces, quizás también les suceda a Ustedes aquí, en el orden nacional y federal es muy común, la arbitrariedad en la motivación de la pena, sea porque se discute poco o no se discute, entonces hay muchas veces falta de argumentación suficiente, nosotros que casi lo vemos a diario, en éstos supuestos nos expedimos de oficio declarando la arbitrariedad en la motivación de la pena y sin que haya habido planteos en sentido concreto de las partes; como también cuando existen vicios absolutos.

- Hay otro estándar interesante, vinculado con los dos anteriores es si se le exige al recurrente ab initio que desarrolle todos los argumentos ó si el recurso se considerará fundado con la sola mención de los agravios que afecten la persona del condenado y podrá después en audiencia hacerse ampliaciones, o pedir una aclaraciones el tribunal, toda vez que si el desarrollo ha sido escueto o pobre no se puede limitar el derecho al recurso.

- Continuando con los estándares, también que si exige que solo resuelva la admisibilidad el tribunal del recurso y la verdad es que esto también en el orden nacional y federal es absurdo, todavía queda por allí algún Tribunal de juicio por suerte pocos que deniegan el derecho al recurso del condenado. Ni decidir todos los planteos que en este sentido tenemos de quejas cuando se trata de esas decisiones importantes del proceso en los términos de la Comisión Interamericana, pues todavía no se tiene en claro cuáles son esas decisiones importantes, ello está vinculado con el concepto elaborado por la Corte en orden a los agravios tardía o imposible reparación posterior. Un supuesto que a mi me toca mucho, es el de la revocatoria del sobreseimiento. ¿Por qué el sobreseimiento es recurrible y no lo es su revocatoria? No es lo mismo estar sometido a proceso con todas las consecuencias que ello implica que no estarlo.

- Hay otros estándares que ustedes están cumpliendo como es la registración del debate oral para que se pueda revisar si se ha desarrollado regularmente, esto en el orden nacional no se está cumpliendo aun no todos los tribunales pueden realizar la videofilmación, todavía tenemos problemas en ese sentido.

- Hay una cuestión que no se si ha planteado acá, es subsanación del recurso cuando existan vicios formales, también dentro de estos estándares se exige que si los hubiere sean formales o materiales y siempre que puedan provocar el rechazo de la concesión de la impugnación, esto se haga saber previamente a la parte y se le de un plazo para que pueda solucionarlo, así lo prevé el art. 400 del C.P.P. de la provincia de Santa Fe, es decir la posibilidad de subsanar la irregularidad.

-Hay un estándar mas que se refiere a la posibilidad de admisión de la prueba para demostrar la existencia de alguna irregularidad durante el juicio, siempre que se cuestione el registro, éste no existiere, o no surja del soporte electrónico, digital o papel, lo que fuera.

En éste aspecto no quisiera dejar de introducir un bocadillo, hay que tener cuidado con una cuestión, en realidad el derecho al recurso tiene que ver con un juicio sobre el juicio, es decir un juicio sobre la sentencia y sobre la regularidad de los antecedentes mínimos que se deben haber cumplido para llegar a esta sentencia y para que sea válida, pero no hacemos un segundo juicio, sobre el fondo; amplitud del recurso no significa que hacemos un juicio sobre el fondo sino un segundo juicio sobre el juicio.

-El último estándar lo fija de una manera muy docente la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva nro 11 del año 1990, cuando nos habla de los alcances de la expresión garantizar y se refiere a la necesidad de garantizar las estructuras organizativas. Creo que en eso Ustedes lo están cumpliendo.

Volviendo al tema del juicio sobre el juicio, me voy a referir a un Fallo de la Corte Suprema que me parece importante, es el fallo Tarditi, este fallo fue de la Sala 1 de Casación, el imputado fue condenado por un Tribunal Oral por el delito de homicidio agravado y la Cámara vuelve a fijar los hechos y hace una redefinición de éstos y a partir de la cual califica los acontecimientos como homicidio culposo, la querrela llega a la Corte. Aclaro que era un caso de un policía, un caso de un gatillo fácil, allí la Corte hace suyo el dictamen del Procurador. La sentencia es del 16 de septiembre del 2008, la querrela plantea si realmente esta revisión amplia que habilita el derecho al recurso del imputado alcanza a una modificación de los hechos. El Procurador dice claramente que la modificación de los hechos está prohibida porque aquí hay una oposición entre el derecho a la revisión y la inmediación que debe existir por parte del juzgador, este es un tema en que habrá que tener cuidado porque podemos vernos tentados a redefinir los hechos, en la decisión de éste caso se insiste en que la solución dada por el tribunal del recurso es contraria a la inmediación.

-Hay otro tema que dejó flotando el Dr. Juliano el *ne bis in ídem*, prohibición del doble juzgamiento y la revisión, en realidad al menos tenemos dos casos Kang y Lagos Rodas, donde la Corte intervino por que se alegó el no tratamiento de agravios introducidos en audiencia de informes, donde se plantea que frente al recurso de la acusación existe la imposibilidad de ordenar la realización de un nuevo juicio por violación al *ne bis in ídem*, la Corte dijo que era indispensable abrir estos recursos, esta regla constitucional no solo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra. Si bien algunos vocales de Máximo Tribunal no acogieron el recurso, la decisión se tomó por con cuatro votos a favor del recurso y tres en contra, la Corte concluye diciendo, citando a varios precedentes, que nos encontramos frente a una sentencia definitiva porque no es lo mismo resolver esta cuestión antes que después de la

realización de un segundo juicio como consecuencia del recurso de un fiscal; vale decir la decisión pone en crisis el problema de la posibilidad del recurso del fiscal conforme estos fallos.

- Otra pregunta que podemos formularnos, es hasta donde tiene atribuciones el tribunal del recurso ¿? Si seguimos a Maier cuando expresa que la sentencia solo puede como máximo ser el correlato de la acusación y si en esto somos tremendamente estrictos con el Tribunal de juicio ¿por qué le daríamos mayores atribuciones al tribunal del recurso?

El tribunal de recurso podría apartarse y acusar por un delito distinto, una cuestión no introducida por las partes al debate ¿? Como respuesta, parece claro que la tesis y la antítesis es lo que legitima la síntesis, que la síntesis no es legítima cuando los jueces por aquello del iura novit curia decimos el derecho y con excusa de ser la boca de la ley, encuadramos o tipificamos una conducta en una figura distinta de las introducidas por las partes al debate; en éstos casos se está violando varios principios: un principio sustancial que es el de contradicción, el derecho de defensa en juicio, el debido proceso, el derecho a ser oído y el principio acusatorio. Este es un tema que me gusta mucho introduzco así otra cuestión que se vincula con el reenvío.

Qué sucede si al casar la sentencia se resuelve sobre el fondo, cosa que muchos jueces hacen con fundamento en un juzgamiento sin dilaciones. En punto a ello debo confesar que en más de un oportunidad impuse pena. Hasta que me día me pregunté qué estoy haciendo tratando de definir si voy a imponer un año y seis meses o dos años de prisión, entonces advertí dos problemas, uno que no siempre tenemos enfrente al imputado y el segundo que dejo sin derecho al recurso al condenado si fijo pena en casación. Lo charle con Maier y quedo claro solamente puede imponer pena el tribunal de recurso si la defensa esta pidiendo el mínimo, porque en ese caso no habría agravio, de lo contrario habrá que reenviar para que se discuta el quantum. En este aspecto vuelve a estar

en juego ese principio sustancial que es el principio de contradicción, que las partes discutan la sanción conforme quedó planteada la cuestión después de la admisión del recurso en el fondo es decir reenviar para que se produzca un nuevo debate sobre la pena. El Dr. Michell y yo lo estamos haciendo, creo no los otros jueces de la Cámara.

En los supuestos de absolución por parte del tribunal del recurso en cambio, no queda duda, porque para dictar una sentencia absolutoria no es necesaria la realización de un nuevo juicio y cuando de vicios absolutos se trata no hay nada más que hacer, tal es el supuesto de la violación del derecho al interrogatorio.

Por lo demás si nos replanteamos algunos otros problemas y tratamos de compatibilizar el reenvió con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, advertimos que todavía hay una serie de cuestiones para resolver. Tenemos muchos problemas el bis in idem y el reenvió es un gran tema, queda bastante tela para cortar, empezamos con un reconocimiento al derecho al recurso y ahora mas allá de Herrera Ulloa y de Casal todavía hay mucho por hacer trabajar.

Lo importante es que cada uno de nosotros sea concientes de que en nuestra tarea diaria en la realización del proceso penal, en lo que nos toque actuar, podemos ponemos un granito de arena para la plena vigencia del estado democrático y republicano de derecho