

EL DERECHO AL RECURSO Y LA REPRODUCCIÓN DE LA PRUEBA EN LA ALZADA.

Por Gisela Huñis*

1. Introducción.

Las reflexiones que proponemos versarán sobre el alcance del recurso de apelación en el proceso contravencional-penal de la Ciudad de Buenos Aires, y surgen a partir de su formulación como garantía procesal del condenado a que sea revisada su sentencia por un tribunal superior.

El “derecho al recurso” plantea distintas cuestiones interesantes y complejas que no escapan a nuestro conocimiento, entre otras, las formas en que se lo puede concebir, esto es, como una garantía procesal exclusivamente a favor del imputado, o como una facultad bilateral establecida tanto a favor del imputado como del acusador público, o bien también podría serlo a favor de la víctima.

Sin embargo, no nos proponemos ahondar y profundizar sobre estos puntos, sino que nuestra intención es, a partir del concepto “*recurso*” entendido como “*garantía procesal del imputado*”, exponer un aspecto del problema: el relacionado con la posibilidad de conciliar un esquema de segunda instancia, *escrito, no público, lento, basado en actas protocolizadas y sin la presencia de sus protagonistas*; con el enjuiciamiento penal que impone un Estado de Derecho, esto es, con un juicio *público, oral, rápido y con la presencia ininterrumpida de sus protagonistas*.

Se esbozarán algunas reflexiones sobre el alcance del principio de inmediatez; y a partir de ellas se postularán los distintos argumentos que permiten sostener que un proceso que contempla la reproducción de la prueba en la Alzada, resguarda en mejor medida, más ampliamente, el derecho a la “revisión integral de la sentencia condenatoria”, en tanto no implica el sacrificio de los principios de inmediación y publicidad, y resulta coherente con un sistema de enjuiciamiento penal oral, público, acusatorio y con participación ciudadana, que exige nuestra Constitución Nacional.

2. El camino del “recurso” en la jurisprudencia y en la legislación.

* Secretaria de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas n°2, del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es claro que la incorporación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos a nuestra Constitución Argentina (art.75 inc.22 CN), y la jurisprudencia que felizmente le siguió en el orden internacional (“Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”¹) y en el orden Nacional (“Casal”²), vino a modificar la historia político criminal del “recurso”.

El artículo 8 n° 2 ap.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, por un lado, indica que *“toda persona tiene derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”*; y por el otro, el art.14 n°5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con mayor claridad o precisión que la Convención se refiere a que *“toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley”*.

La redacción de ambos preceptos, y su incorporación como derecho interno argentino, trajo diversos inconvenientes en lo que se refiere a su interpretación y aplicación; pero al mismo tiempo implicó un llamado de atención, una convocatoria al cambio, para que adecuemos nuestro ordenamiento a los nuevos parámetros constitucionales que surgieron a partir de la reforma constitucional practicada en el año 1994, y la jurisprudencia internacional y nacional que le siguió.

Ha sido en este proceso de cambio, que la legislación y la jurisprudencia nacional, con lentitud exasperante, poco a poco, fue concibiendo al “recurso” dentro del marco de un modelo de justicia acusatoria, oral y con participación ciudadana.

A partir de la reforma constitucional del año 1994, se alzaron distintos fallos que visualizan “signos de transformación” hacia una administración de justicia republicana.

El fallo “Giroldi”³ inició esa dirección, re-definió los alcances de la doble instancia, al indicar que, en virtud de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y las reformas legislativas que habían experimentado las vías recursivas (ley 23.774 que modificó el art.280 CPCC, ley 23984 y ley 24050), la existencia del recurso extraordinario no cubría de manera eficaz el contenido de la “doble instancia”, tal como exigían los tratados internacionales, y que era la Cámara Nacional de Casación Penal el “tribunal intermedio” que se constituía en la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que consagran los arts.8 inc.2 ap h de la CADH y 15 inc.5 del PIDCyP.

¹ CIDH, dictada en Julio de 2004.

² CSJN, Casal, La Ley, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, 28 de octubre de 2005.

³ CSJN, “Giroldi Hioracio D. y otro s/recurso de casación-causa 32/93”, del 07/04/95, JA 1995-III-571.

Ese fue un primer paso, en donde la Corte Suprema señaló la capacidad del Tribunal de Casación Penal para constituirse en garante del derecho a la doble instancia, pero no fue más que eso: un paso.

Faltaba aún precisar la extensión de la garantía, si las limitaciones que la Casación se había auto impuesto -sólo revisaba las cuestiones de derecho, y excepcionalmente, revisaba los hechos cuando se demostraba que existía violación a la sana crítica o a las reglas de la lógica- cumplía con la garantía de la doble instancia que permitía una revisión plena del proceso.

El pronunciamiento de la Corte Suprema en el caso “Casal” avanzó sobre el punto, dio un paso agigantado al exigirle al tribunal competente en materia de casación que agotase su capacidad revisora, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y derecho. A partir de esta nueva tendencia que exhibe el carácter abierto de los tratados internacionales y la optimización de sus derechos, los tribunales intermedios deberán sí o sí, reexaminar los hechos, la prueba, y el derecho, en la medida de los agravios articulados, y siempre que la inmediación que caracteriza el juicio oral así lo permita. En síntesis: el recurso contra la sentencia condenatoria deberá garantizar un examen integral de la decisión que pretende impugnarse .

Esta redefinición de la materia revisable, en donde los hechos y las pruebas adquieren nuevas dimensiones, implica una necesaria redefinición de la capacidad revisora de la segunda instancia.

En el fallo “Casal”, la Corte Suprema resolvió esta redefinición, señalando que el Tribunal de segunda instancia puede revisar sólo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Fundamentalmente, porque el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro, pues, una interpretación de la Constitución Nacional no puede ser contradictoria.

En palabras de la Corte, *“si se exige la publicidad del juicio (art. 8.5 CADH y 14.1PIDCyP), con lo cual está exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, no puede interpretarse que el derecho a revisión que mandan los arts.8.2h de la CADH y 14.5 del PIDCyP imponga un requisito que la cancela.”*(considerando 24).

Pero esta definición en donde lo “revisable” es lo que “agota la capacidad de rendimiento” y donde la “capacidad de rendimiento” se encuentra limitada por el principio de inmediación, resuelve sólo parcialmente la cuestión.

Pues no hay duda de que debe formar parte del derecho al recurso del condenado el de lograr un contralor, por parte del tribunal de alzada, tanto de los hechos como de la aplicación del derecho. Es claro que la distinción entre cuestión de hecho y cuestión de derecho ya no puede ser más la línea divisoria entre los vicios de la decisión que la hacen impugnables⁴.

Sin embargo, nos preguntamos si este giro del recurso, si esta nueva posibilidad de revisión, basta para satisfacer la “capacidad de rendimiento” y la garantía constitucional de origen supranacional.

Para poder respondernos esta cuestión, primero, deberíamos entender que la única restricción que la Corte ha establecido en el ejercicio del derecho al recurso estuvo determinada por el principio de inmediación. Luego, podríamos repreguntarnos cuáles son esas cuestiones que dependen de la inmediación, y finalmente analizar si existe alguna modalidad, mecanismo, o metodología, que posibilite la revisión de estas cuestiones, permitiendo que el tribunal superior realice un examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior, de manera tal que se satisfagan los requisitos del art.8.2 h de la Convención Americana en cuanto mandan un examen integral de la sentencia, y no uno limitado.

3. La inmediación y la reproducción de la prueba en la Alzada.

En el fallo “Casal”⁵ se indica que en general no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivo proveniente de la inmediación. Que por regla, buena parte de la prueba, la documental o pericial, esta registrada por escrito. Entonces, la cuestión queda limitada únicamente a los testigos, respecto de quienes el control se realiza a través de las actas (las actas de juicio). Sin embargo, se admite que existe un ámbito que no es controlable: el de la impresión personal que esos testigos pueden causar al tribunal. No obstante, si se pretende que esa impresión sea un elemento fundante válido de la sentencia, el Tribunal deberá dar cuenta circunstanciada, pues se pueden revisar esos criterios.

Esta propuesta, implica que la Alzada puede revalorar la prueba, entendida esta como la que fuere consignada en el acta, para así determinar si la sentencia aplicó correctamente las reglas de la sana crítica. La prueba no controlable sería la que percibe

⁴ Pastor Daniel R. “LA NUEVA IMAGEN DE LA CASACIÓN PENAL Evolución histórica y futuro de la casación penal”, publicado en Derechopenal.com.

⁵ CSJN, Casal, considerando 25.

el Juez a través de sus sentidos, la relacionada con la impresión personal que le causan los testigos.

Esta distinción, nos parece por demás compleja y difícil de aplicar en la práctica. Ello, en tanto concebimos el concepto de la inmediación como una implicación necesaria del proceso oral y público. Como la relación del juez con las fuentes de prueba, como la “observación inmediata”⁶, o como la “integral y directa percepción por parte del Juez de la prueba”⁷, es decir, que la inmediación es, a nuestro parecer, la esencia del juicio.

Vigente el principio de la libre convicción, tampoco existiría otro modus operandi posible, puesto que el juzgador debe formar criterio en virtud de una apreciación personalísima, de una captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba que sólo puede ser llevada a cabo por quien tiene contacto con el imputado y los testigos.

De modo que, esta forma de concebir y entender a la práctica de la inmediación hace imposible cualquier pretensión de racionalizar u objetivar el proceso de obtención de conocimiento, y la justificación de los resultados.

La consecuencia es que –conforme a este punto de vista- “lo visto y oído” por el juez en ese encuentro sublime con sus fuentes de información, a más de no ser (al menos en lo esencial) verbalizable y justificable, sería también de imposible fiscalización, por quien no hubiera participado, y en el mismo plano de proximidad, de la misma singular experiencia. Ni siquiera en el caso de una registración literal del interrogatorio, que nunca podría extenderse a aspectos gestuales de la comunicación de los que el Juez habría sido espectador privilegiado y exclusivo.⁸

De ahí que, para cierta doctrina, de autorizarse un recurso amplio, con revisión de los hechos probados, *sea regla de principio la renovación del debate sobre los puntos que motivan el recurso*⁹.

Se trataría de una regla de garantía constitucional sólo a favor del imputado, no admitiéndose en estos casos, el recurso por parte del acusador público, ya que implicaría un ne bis in idem, en tanto se concedería dos veces la oportunidad de perseguir y obtener una condena.

⁶ Florian, E.: De las pruebas penales. I De la prueba en general, 3ª ed., trad. De J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1982, p. 188.

⁷ Silva Melero, V.: Las pruebas en el proceso penal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, I. p.28.

⁸ Perfecto Andrés Ibañez, “Sobre el valor de la inmediación”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal 4, Ed. Ad Hoc, 2004, p.55

⁹ Maier J. “Derecho Procesal Penal. Fundamentos” Editores del Puerto, Bs. As., 1999, p.660.

Sin embargo, cuando el derecho a “apelar” en procura de un nuevo juicio le corresponde al imputado por los errores graves ocurridos durante el juicio o reflejados en la sentencia, ese riesgo es asumido por él, y en este caso, el recurso contra el fallo resulta concebido como una garantía procesal que permite una nueva persecución penal, en tanto el riesgo múltiple queda eliminado a través de la prohibición de la *reformatio in peius*.

Será, entonces, el imputado quien para intentar lograr un nuevo juicio sin fallas, deberá probar el error del juicio o de la sentencia como así también la alta probabilidad de que un nuevo juicio modificará la decisión, ya sea porque en el juicio se prescindió de una información esencial, o porque se conoció una información después del debate que alteraría su resultado, o porque se demostrará que la sentencia se fundó en un falso testimonio.

Así concebido el principio de inmediación ofrece la *ventaja* de que “en la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de voz, el modo de decir, y tantas otras circunstancias que modifican y desarrollan el sentido de las palabras y suministran tantos otros indicios a favor o en contra de los afirmado con ellas”¹⁰. Pero al mismo tiempo, ofrece la *desventaja* de que estas características facilitan una práctica errónea, desacertada y desfavorable, que permite que los Jueces evadan su deber de motivar con el argumento del “estado anímico de la certeza”, como factor psicológico escondido en los más profundo de la mente humana.

Así, enmascaran la debida fundamentación y motivación de sus actos bajo una falsa apariencia de “verdad” basada en su apreciación personal de las pruebas, olvidándose que la verdad histórica buscada se determina por la concordancia entre un hecho real (el hecho de que el testigo dijo haber visto equis circunstancia) y la idea que de él se forma el entendimiento.

De modo que, la verdad es tanto objetiva como subjetiva, y si bien la convicción procede de la individualidad del juez, su misión le impone el deber de examinar los puntos aislados en que se funda la prueba, compararlos entre sí, deducir de ellos las consecuencias, y después de haberlos minuciosamente cotejado, teniendo en cuenta los motivos en pro y en contra, establecer una conclusión definitiva sobre los diversos resultados de todas estas operaciones mentales.¹¹

¹⁰ Pagano F.: Considerazioni sul processo criminale, Nápoles. 1749, p.106.

¹¹ Mittermaier Karl: Tratado de la prueba en materia criminal, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1979, p.66.

La imposibilidad del Juzgador de llevar a cabo esta tarea, reconocerá que su sentencia ha obedecido a un sentimiento oscuro y mal definido, que se basó en la actitud del acusado, de los testigos, de la calidad de vida de cada uno, etc.; cuestiones estas fácilmente engañosas que no pueden bastar para motivar la decisión del Juez.

Así las cosas, el principio de inmediación no puede convertirse en una especie de *blindaje del juicio*. No se puede permitir que los Jueces evadan sus funciones de motivar sus decisiones, se debe exigir que acrediten por la razón y la experiencia el conjunto de motivos que le sirven de base a su convicción; y es preciso que esta tarea sea precedida de un esfuerzo grave e imparcial, profundizando y apartando los medios que tiendan a hacer admitir la solución contraria.

Máxime, cuando las expresiones y argumentos utilizados en el debate, aún cuando pudieran ser traducidos en forma literal, no son el fiel reflejo de lo que allí sucedió, ya que existe otro lenguaje: el gestual, que se conforma de rasgos esencialmente ambiguos, que pueden ser importantes y peligrosos factores determinantes de la decisión.

Estas otras “manifestaciones o expresiones de los testigos”, que no pueden ser registradas en las actas de debate, no dejan de ser pruebas válidas por esta circunstancia, ya que han sido percibidas por el Juez en el juicio oral y público, y valoradas por él para formar o no su convicción acerca de la comisión del hecho acusado.

También existen “otras expresiones verbales o gestuales” que sí se asientan en las actas de audiencia, pero que tampoco son el fiel reflejo de lo ocurrido durante el juicio. Es decir, al ser las actas de debate “meras palabras”, “versiones” de lo que el Secretario entiende que manifestaron los testigos en el juicio, lejos están de ser “espejos” del juicio, de reflejar la inmediatez propia del debate, precisamente, porque no se encuentran exentas del error humano, ni del influjo de las influencias sentimentales generadas en cualquier ser humano que interviene de un proceso.

Entonces, de la reseña efectuada se concluye que:

- a) Son muy pocas las cuestiones que no dependen de la inmediación;
- b) Que las actas de debate no son un reflejo de lo acontecido durante el juicio;

En efecto, por su carácter intransferible y personalísimo, la inmediación del juicio es la percepción y apreciación de todas las declaraciones que en él se desarrollan, y no sólo la impresión personal que el Juez tuviere acerca de la persona que depone.

El debate en sí mismo se encuentra bañado por la inmediación, no sólo la valoración de los datos fácticos resultantes de las declaraciones, sino, incluso la propia percepción de ellos, es un tipo de experiencia abierta a la inmediación.

Es en este último aspecto, en la percepción casi por contacto con los testigos, que se presentan los mayores problemas. Las emociones pueden influenciar el “aspecto de las cosas”, más aún si quien declara es la víctima, ya que no podrá distanciarse del hecho delictivo para registrar con la objetividad necesaria las particularidades de la acción. Sólo el hecho de que esa declaración haya sido registrada unilateralmente por un tercero (el Secretario) y en otro ámbito distinto al del Tribunal de segunda instancia, impide que este último efectúe una apreciación genuina sobre ese juicio.

Lo que acaba de apuntarse, pone claramente de relieve que un debido uso del principio de inmediación impediría a los tribunales de segunda instancia basar sus juicios en las actas previamente realizadas en otro juicio. De igual manera, que existe una regla que impide incorporar por lectura las declaraciones testimoniales recibidas durante la instrucción, en el juicio oral y público, porque ello desvirtúa la confrontación de las partes y del juez con/sobre las fuentes de producción de los datos, sería también propicio que los jueces de segunda instancia no basaren sus sentencias en las actas que, aún cuando sean realizadas por quien actúa con el firme propósito de ser fiel transmisor de lo percibido, no dejan de contener sensibles desviaciones de la realidad.

Entonces, parecería ser que la manera de garantizar una revisión integral de la sentencia que responda más adecuadamente con el principio de inmediación (tal como fue caracterizado en este trabajo) es la reproducción de la prueba en la Alzada.

Nos parece que esta propuesta, se corresponde más adecuadamente con enjuiciamientos penales mandados por la oralidad y la publicidad; y tiende a evitar que por intermedio de las actas de audiencia, los procesos sean transformados en escritos y secretos.

Cuando existe la posibilidad fáctica y jurídica de satisfacer dos garantías constitucionales: tanto la de revisión amplia de la sentencia como la publicidad que impone la oralidad de los actos, nos parece que nada obsta para que ambos principios sean consagrados con un alcance mayor al que fue dado en el fallo “Casal”.

Como señala Mónica Pinto¹², cuando en un mismo ámbito coexisten normas internacionales de distinto alcance, la aplicación e interpretación de las normas de derechos humanos debe hacerse a la luz del principio pro homine, del principio de no discriminación, y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Consideramos que un Tribunal de Alzada, frente al recurso del condenado, puede realizar un nuevo debate en los límites del recurso, aunque no se nos escapa que ello también puede llevar a nuevas críticas, como que los testigos para el momento en que sean citados por la alzada ya tengan un conocimiento “viciado”, “defectuoso”, o “imperfecto” de los hechos; o que nunca existirá un fallo exento de errores ya que esa nueva percepción también podrá ser errónea.

Sin embargo, no compartimos estas objeciones, ya que mientras el recurso sea concebido como una garantía del imputado, nunca podrá desfavorecerlo o perjudicarlo por un nuevo fallo erróneo. Tampoco es un argumento suficiente para contrarrestar la garantía el hecho de que la prueba fuere defectuosa por el transcurso del tiempo, ya que los testimonios que se brindaron en primera instancia, probablemente, también hayan estado “tocados” por el paso del tiempo.

Así es que, de la mano de la efectiva protección del derecho fundamental del condenado a recurrir la sentencia y del principio de publicidad como garantía tanto de la sociedad como del imputado, es que propiciamos amplificar los alcances de ambos principios o garantías a través de una revisión integral de la sentencia que posibilite, en determinados supuestos, la reproducción de la prueba en segunda instancia en la medida de los agravios articulados, y no su revalorización a través de actas escritas.

4. Algunas opiniones y otras razones acerca de la conveniencia de la reproducción de prueba o el nuevo juicio en la Alzada.

Por su parte, Maier, ha propuesto una dilatación significativa del objeto del recurso, que comienza con tornarlo accesible y desprovisto de todo rigorismo formal y que se extiende a la incorporación de todos los motivos que autorizan el llamado recurso de revisión, a la posibilidad de introducir hechos nuevos o elementos de prueba nuevos

¹² Pinto Mónica: “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” publicado en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, comp. Martín Abregú; Christian Courtis, Ed. Del Puerto, p.164.

y a la de demostrar la falsa percepción sustancial de los elementos valorados en la sentencia ¹³.

Otras opiniones, también en consideración al derecho fundamental del condenado a recurrir su sentencia, sostienen que *“sólo un nuevo jurado podría modificar un veredicto anterior, y sólo podría hacerlo, en principio, después de sustanciar nuevamente el caso”*¹⁴; que *“ya no es cierto que lo que se considera “prueba” sea lo que se hubo concretado en la instancia inferior, en el juicio oral y público ante el tribunal de instancia única, sino que “prueba” será ahora lo que se produzca ante la instancia de revisión. De este modo se cambia el concepto de “prueba” y se lo compatibiliza con el ejercicio de la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio ya que no será más posible vedar la discusión sobre que el tribunal de juicio hubiera procedido arbitrariamente, haciéndole decir al testigo, al perito o al elemento de que se trate lo que la defensa tiene derecho a demostrar que no dijo o no expresó. Y, para ello, no hay otra posibilidad que la de oír nuevamente a éstos o evaluarlos con una nueva actuación de los mismos ante el mismo tribunal de alzada que entiende en la revisión del fallo agravante”*.¹⁵

Es indispensable que los órganos de impugnación abran la posibilidad de producción de lo que es motivo del agravio, exclusivamente de esto, durante el trámite del recurso. Nos parece que ya es hora de abandonar la idea de que “prueba” es lo que se produce en una instancia con ultra actividad en todas las sucesivas etapas del mismo proceso.

Creemos que no es un impedimento para llevar adelante este “cambio” la falta de leyes que reglamenten en forma exhaustiva el derecho al recurso, ni la falta de implementación del juicio por jurados, *ya que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias*¹⁶.

Existen razones más que sobradas para que el “recurso” adquiera otra morfología, es cuestionable que un Tribunal que no ha percibido en forma directa la producción de la prueba apoye en su conciencia su convicción sobre los hechos, en base

¹³ Cf. Maier, DPP, t. I, pp. 717 y ss.; Córdoba, Gabriela E., Las nuevas relaciones entre los recursos de casación penal y extraordinario federal en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en NDP 1997/B, pp.710 y siguiente.

¹⁴ Hendler, Derecho Penal y procesal penal, pág.217.

¹⁵ Granillo Fernández, Héctor “Problemas de una administración de justicia en la que pugnan los sistemas inquisitivo y acusatorio”, publicado en la revista La Ley del 24 de noviembre de 2005.

¹⁶ CSJN, “Ekmedjian c/Sofovich”, en JA, t.1992-III, p.194.

a las constancias del acta de audiencia y los informes y documentos que fueron incorporados al debate. Máxime, cuando es ya conocido por todos que las actas de audiencia, no se caracterizan por ser los espejos del juicio; y ni siquiera la ley exige que así sea.

Muy por el contrario, el Código Procesal Penal de la Nación, por una parte, exige que el acta de debate contenga el nombre y apellido de los testigos, el juramento prestado, y las menciones que el presidente ordenare hacer o aquellas que solicitaren las partes y fueren aceptadas; aclarando al finalizar del precepto que la falta o insuficiencia de estas enunciaciones no causa nulidad (art.394). Además, va más allá, expresando que únicamente, cuando en las causas de prueba compleja el tribunal lo estime conveniente, el secretario resumirá al final de cada declaración la parte sustancial que deba tenerse en cuenta (art.395).

La Ley de Procedimiento Contravencional, por otra parte, sólo exige que el acta contenga “las partes sustanciales de la prueba diligenciada” (art.47); y por último la ley 1330 -aplicada a las causas penales cuyas competencias fueron transferidas al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, prevé expresamente que: *“El acta de audiencia sólo tiene por misión describir históricamente los actos cumplidos y las personas que los realizaron; no es necesario el contenido abreviado de los actos de prueba, ni su omisión conduce a la nulidad del acta o del debate”* (art.59.inc.3).

Con todo esto, pretendemos que el recurso sea algo más que un “juicio sobre el juicio”, en el cual no se juzga la conducta del imputado, sino la de los jueces, y sólo aquella que ellos mismos han dejado entrever en las constancias que dejaron asentadas en las actas escritas. Con la impugnación procesal, de hecho, también pueden ser atacadas las comprobaciones fácticas del tribunal de mérito, en tanto ellas hayan sido realizadas por un procedimiento contrario al orden procesal, y el imputado agraviado así lo hubiere planteado.

Al respecto, cabe destacar que no todo agravio podría habilitar un nuevo juicio, al igual que no cualquier vicio es apto para provocar la nulidad o invalidez del acto. La viabilidad de este “nuevo juicio” dependerá de la aptitud del recurso para demostrar que el acta de audiencia no ha sido un fiel reflejo del juicio, y que ello ha sido traducido y receptado en la sentencia condenatoria en contra de los derechos del imputado. Se deberá probar que la única vía apta para subsanar esas violaciones es a través de un nuevo juicio; y que el vicio ya ha sido señalado por el recurrente en el momento

procesal oportuno, esto es, en el juicio oral y público, y que pese a ello, sus objeciones fueron omitidas en forma injustificada y arbitraria por el sentenciante.

Así es que, si el defensor firma sin objeciones el acta de debate, podríamos decir que ello ha implicado ni más ni menos que su consentimiento acerca de su contenido, de manera tal que mal puede ahora argüir la falsedad o errónea percepción de la prueba, por ejemplo.

En fin, si la sentencia debe ser eliminada es preciso que el agraviado realice, en el trámite del recurso, una demostración acabada de las transgresiones en que se ha incurrido, para permitir el nuevo examen de la cuestión.

5. Conclusiones.

La evolución del “recurso”, trae aparejado un sin número de consecuencias en la práctica de los recursos, impone nuevos contenidos a la institución que sean compatibles con la mayor efectividad posible en el respeto de los derechos fundamentales de los individuos.

De acuerdo a esta evolución, se debe determinar si los rasgos que presentan los tribunales de segunda instancia (las Cámaras de Apelaciones) son todavía defendibles a la luz de las nuevas exigencias constitucionales.

Con este trabajo, pretendimos dar un paso hacia la ampliación de la garantía, entendiendo a la inmediación como límite impreciso, ambiguo y falible para determinar lo revisable o irrevisable de una sentencia condenatoria. Entendimos que la capacidad de revisión, no puede quedar acotada por el principio de inmediación, sino que el mismo implica la necesaria reproducción y revalorización de la prueba por parte del tribunal de alzada. Así, quedarían satisfechas ambas garantías, tanto el principio de publicidad que importa la oralidad de los actos, como el de revisión amplia de la sentencia condenatoria.

Con todo lo dicho, no quisimos de ningún modo, desvalorar o minimizar, el gran avance que ha importado el fallo “Casal” de la Corte Suprema, tanto por sentar que el principio acusatorio es una manda constitucional que debe regir nuestro sistema penal, como por cancelar la distinción entre las cuestiones de hecho y las de derecho que implicaron un foco extendido de arbitrariedad judicial que permitió a los Tribunales de Casación despojarse del deber de revisar y corregir sentencias erróneas con el pretexto de la inexistencia de una equivocación jurídica.

Sino que con el análisis aquí realizado, pretendimos reflexionar acerca del alcance que debe tener la limitación de la capacidad de revisión y la eficacia de concebir como limitación válida del derecho de revisión al principio de inmediación.

A partir de estas cuestiones, repensamos “el recurso”, concibiéndolo sin restricciones de revisión de las comprobaciones fácticas, ampliando las posibilidades de impugnación en toda la extensión posible, para hacer efectivo el derecho fundamental del imputado tanto a la revisión integral como máxime revisión de lo revisable, como al de publicidad de la sentencia de condena. Sin dejar de advertir que el “nuevo juicio” requerirá de una demostración acabada por parte del agraviado acerca de su procedencia y conveniencia, que no podrá ser utilizado como un mecanismo paliativo de la torpeza o impericia de las partes, y que tenderá a efectivizar el sistema de justicia, procurando la certeza en el menor tiempo posible, en forma ágil y rápida, en concordancia con los principios de inmediación y oralidad.

Por mandato de estos derechos fundamentales de jerarquía suprema el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria debería ser ampliado a las cuestiones que dependen de la inmediación, porque como se explicó a lo largo de este trabajo, todo el juicio depende de la inmediación, y porque además, es fáctica y jurídicamente posible hacerlo.

No obstante, sería conveniente regular este proceso de segunda instancia, fijando plazos cortos, perentorios y sancionatorios, y ordenando la oralidad en toda el procedimiento. Se puede permitir el enjuiciamiento pleno, de hecho y de derecho, de las acciones denunciadas como violatorias de la ley procesal; se puede permitir la revisión de todo error, cualquiera sea su naturaleza, y ello a costa de realizar un nuevo juicio, cuando esta forma o modalidad sea la única que permita la mayor efectividad en el cumplimiento del fin que hoy se le debe asignar al recurso penal a la luz de la nueva imagen que le imprime la configuración del orden jurídico-penal actual: asegurar una protección jurídica realista, eliminar todo error eliminable, en fin, proteger al acusado frente a toda arbitrariedad judicial en la mayor amplitud posible.