

Los recursos ordinarios en el proceso penal

Por Ezequiel Moyano

1. Introducción.
2. Medios de impugnación y recursos. Aspectos generales.
3. El recurso como garantía del imputado.
 - a. Unas reflexiones sobre el fallo “Casal” y el fallo “Herrera Ulloa”.
4. Aclaratoria.
5. Reposición.
6. Apelación.
7. Casación.
 - a. Aspectos históricos.
 - b. La casación en la PBA.
8. Queja.
9. Colofón.

1. Introducción

En el presente trabajo hemos querido desarrollar muy sucintamente algunos aspectos que nos parecen básicos acerca de los recursos ordinarios en el proceso penal conforme a la ley procesal vigente en la Provincia de Buenos Aires. Hemos buscado darle una impronta netamente garantista, única posible y adecuada según nuestra normativa constitucional y convencional vigente.

Esperamos que esta breve reseña sirva para quienes se adentran por primera vez en el mundo recursivo como una análisis preliminar que después permita un mayor ahondamiento en la materia con la bibliografía de los grandes maestros que nos han precedido e inspirado, cuyas obras hemos citado como pie de página. No hemos pretendido agotar el conocimiento sobre la materia recursiva, sino más bien, limitarlo y acotarlo a lo esencial, permitiendo una visión primaria de todos los recursos que facilite su posterior estudio.

2. Medios de impugnación y recursos. Aspectos generales.

El proceso constituye, visto desde el punto de vista más adecuado a la constitución, un medio para solucionar conflictos; detrás de todo proceso subyace un conflicto originado por una apa-

rente¹ acción típica, antijurídica y culpable que lesiona bienes jurídicos. El acto procesal por el cual se establece la solución a ese conflicto es, generalmente, el dictado de una decisión, llamada sentencia o fallo. Adelantándonos a nuestro pensamiento, diremos que si ese pronunciamiento es condenatorio, puede ser pasible, a pedido de parte, de un posterior control y revisión, de acuerdo a la lógica republicana que impera en todo nuestro ordenamiento jurídico, a los efectos de garantizar sentencias de calidad.

En el mundo jurídico no pueden aceptarse resoluciones judiciales, que constituyen pronunciamientos de uno de los poderes del estado, que tengan errores tales que tornen injusto lo decidido, contrario a la Constitución Nacional y a las elementales garantías del proceso penal.

Es necesario, como enseña Juan Carlos Hitters, partir del principio de la falibilidad humana². Los jueces son personas, y por tanto pueden equivocarse. Se erigen así los medios de impugnación como una elemental forma de corregir y rectificar, sea por el mismo órgano que dictó la resolución, sea por un órgano superior, el decisorio que contiene un error a los efectos de excluirlo del mundo jurídico.

Se vuelve necesario distinguir los medios de impugnación, como genero, que consisten en herramientas legales para atacar un decisorio, del recurso propiamente dicho, como una especie dentro de los medios de impugnación, que se refiere a una forma de atacar una resolución a través de un nuevo examen por parte de un tribunal diferente al que dictó la resolución con la finalidad de que éste revoque, anule o modifique la resolución atacada.

El libro IV del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires con buen criterio, a nuestro modo de ver, ha incorporado un capítulo sobre impugnaciones, estableciendo criterios generales que pueden aplicarse a todos los recursos. Sin embargo, todo lo expuesto no puede aplicarse a las decisiones tomadas por el Ministerio Público Fiscal, que no es un órgano jurisdiccional, y por tanto sus resoluciones no son jurisdiccionales. Una regulación general permite establecer pautas orientativas, que evitan tener que incurrir en la analogía o en construcciones doctrinarias. Este libro abarca no solo a recursos tradicionales sino, también, aquellos que, sin responder a algunas clasificaciones doctrinarias sobre el concepto de recurso, son incorporados al amparo del más amplio término aquí utilizado³

¹ Justamente el proceso buscará averiguar si existió un delito.

² HITTERS, Juan C. Técnica de los Recursos Ordinarios, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 2004, p 26

³ GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor y HERBEL, Gustavo. Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y Anotado. 2º ed. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2008. T. 2. p 411

Enfocándonos propiamente en los recursos, estos son alcanzados por el denominado *principio de taxatividad* de los recursos (art. 421 CPPBA); esto quiere decir, que solo los decisorios judiciales que expresamente se mencionen como impugnables, pueden ser recurridos; y, a la vez, solo pueden ser atacados por “*los medios y en los casos expresamente establecidos en este Código*”. Así, la interposición de cualquiera de los recursos debe ser en el tiempo y mediante la forma impuestos para cada tipo de impugnación, debiendo en todos los casos efectuarse una específica indicación de los motivos en que se sustenten. De lo contrario, serán inadmisibles.

Los recursos tienen dos momentos bien claros y diferenciados, por un lado la concesión y por otro lado la resolución.

El primero de ellos es realizado por el mismo órgano que dictó la resolución (el *a quo*) y allí se realiza un análisis relacionado a las denominadas cuestiones de **admisibilidad**, allí se deberá controlar el cumplimiento de los requisitos que condicionan la aceptación del recurso y que permiten el tratamiento de los agravios.

Los requisitos son:

- a) **impugnabilidad objetiva:** es necesario verificar si estamos ante una resolución jurisdiccional que pueda ser objeto del recurso interpuesto.
- b) **requisitos formales:** se procede a controlar si el recurso interpuesto se encuentra presentado en el plazo que fija la ley, y si el lugar de interposición es el correcto.
- c) **impugnabilidad subjetiva:** se refiere a quienes son los sujetos habilitados legalmente por la legislación procesal para recurrir y que a su vez resulten agraviados por la decisión. La inteligencia de esta cláusula debe hacerse de forma restrictiva, es decir, solo podrán recurrir los expresamente mencionados en el código y siempre y cuando posean estos un agravio.
 - i) el sujeto deberá tener un **interés directo:** éste surge de la existencia de un agravio efectivo y subsistente. El agravio se da cuando la decisión produce un perjuicio o una desventaja consistente en la restricción de un derecho que es generada por la diferencia entre lo pedido en la pretensión procesal y lo finalmente otorgado en la resolución judicial. Además debe subsistir al momento de interponer un recurso.
- d) **motivos específicos:**
 - i) Conforme los lineamientos básicos del sistema adversarial, el proceso es una contienda entre partes, y la materia recursiva no es ajeno a ello, por eso es necesario una clara expresión de voluntad emanada de la parte legitimada

sobre la intención de recurrir y que esta sea sostenida hasta que se expida el tribunal revisor.

- ii) Se vuelve necesario poner de manifiesto las razones por las cuales el resolutorio es agravante. Es decir que el litigante debe demostrar cuales fueron los errores en los que incurrió el juez o tribunal. El recurso debe ser autosuficiente, conteniendo en el mismo escrito todos los enunciados que permitan al órgano revisor entender por qué el órgano inferior se ha equivocado, sea en el procedimiento, derivado de la inobservancia de normas procesales, generado por la falta de requisitos de determinados actos procesales, sea la sentencia o los actos que la precedieron (“*error de iure in procedendo*”) o bien en el razonamiento lógico derivado de la valoración de la prueba o de una errónea aplicación de la ley (“*error de iure in iudicando*”). El error de hecho, además, consiste en un supuesto fáctico falso o incorrectamente interpretado⁴.

Declarado admisible el recurso se produce un envío⁵ al superior tribunal, la alzada, para que entienda y resuelva el caso. Esto es el momento de la **resolución**. Previamente, el tribunal superior se encarga de hacer un nuevo examen de admisibilidad, donde su resolución es soberana y no está en forma alguna atada por lo resuelto por el *a quo*. Es claro que si rechaza el recurso, se vuelve inútil pronunciarse sobre el fondo.

El conocimiento de la alzada se encuentra limitado a los puntos de agravio, sin que pueda revisar cuestiones ajenas a las que son materia de impugnación. Sin embargo, siempre debemos exceptuar los casos en los cuales con la intromisión en cuestiones ajenas la alzada mejora la situación del imputado; o las nulidades absolutas que son declarantes aún de oficio. Lo que decimos deviene lógico y se condice con el principio dispositivo de los recursos que rige todo el proceso, pues puede ser que las partes se conformen con algunos puntos del resolutorio, y sobre estos no debe expedirse la alzada, dado que en esos aspectos la finalidad del proceso, la paz entre litigantes, ha sido alcanzada. El tribunal deberá abocarse, entonces, al tratamiento de los puntos de agravio, ya que, sobre los otros se presume conformidad.

⁴ BERTOLINO, Pedro J. y SILVESTRINI, Alberto J., Proceso y procedimientos penales de la provincia de Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2ªEd., Buenos Aires, 2015, p.629.

⁵ Es común también el uso del término “*elevantar*”, con referencia al órgano superior

En el art. 435 del CPPBA se introduce el principio de raigambre constitucional y convencional de la *non reformatio in peius*. Las resoluciones recorridas no pueden modificarse por la alzada en perjuicio del imputado. Claramente el órgano revisor no puede excederse, sin importar el error que contenga la sentencia, para que con su decisión se agrave la situación del imputado. Así lo ha expresado la CSJN al decir que “... *de esta manera se lo colocaría en la disyuntiva de correr ese riesgo (el de recurrir) o consentir una sentencia que considera injusta...*”⁶

La situación opuesta sí es admitida, es decir, que la Alzada se exceda de lo planteado, que en principio constituye el marco de su conocimiento, para beneficiar al imputado. Esto es de toda lógica y tiene sentido, en virtud de que las funciones del proceso son de orden público y debe verificarse la legitimidad de la sanción estatal⁷.

Los recursos pueden ser ordinarios o extraordinarios, y entendemos que la diferencia está dada en la mayor o menor posibilidad de examen que posee el órgano revisor. Es decir, en los recursos ordinarios la posibilidad de conocer sobre el caso es mayor y pueden analizarse cuestiones de hecho, de prueba y también de derecho; a la vez que pueden subsanarse cualquier clase de errores. Mientras que en los recursos extraordinarios se acota el margen de discusión limitándose, en principio, al mero análisis de las cuestiones de derecho, es decir que solo pueden sanearse los errores *in iudicando*⁸.

En el derecho procesal penal pueden distinguirse dos efectos básicos de los recursos:

a) El efecto suspensivo (art. 431 CPPBA): este efecto se refiere a la imposibilidad de ejecutar la sentencia que ha sido recurrida, hasta tanto no se expida el tribunal revisor. Es decir, que lo que la sentencia ordena no puede hacerse efectivo porque la misma se encuentra impugnada, y como tal, no se encuentra firme. En igual sentido opinó el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires en el fallo “*Bruera Mariano Oscar s/ Habeas Corpus*” en el cual se dijo “...*Considero que configura un error grosero por parte del a quo que se haya efectivizado la detención de los encausados sin haber previamente adquirido firmeza la confirmación de la denegatoria de eximición de prisión, pues jamás podría haberse detenido legítimamente a los causantes por dicha circuns-*

⁶ Fallos 329:1447

⁷ GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor y HERBEL, Gustavo. Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y Anotado. 2º ed. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2008. T. 2. p 449

⁸ Empero, esta clasificación ha quedado un poco dentro del marco teórico, sobretodo a partir del fallo Casal, que nos marca que la distinción entre recursos ordinarios y extraordinarios debe ceder en pos de la garantía de revisión del fallo de condena.

tancia si la sentencia de la Cámara no se halla firme...” “...Ya en otras ocasiones esta sala estableció el criterio que ni siquiera es necesario que la parte interponga el remedio procesal para que se active el efecto suspensivo, pues no puede ejecutarse la resolución, durante el tiempo que los interesados tienen a su disposición para recurrir (art. 431 del C.P.P)...”.

b) El efecto extensivo: (art. 430 CPPBA): Este carácter constituye una excepción al principio dispositivo, contenido en el art. 433 CPPBA, que rige todo lo referente a los recursos. Si en un proceso hubiere coimputados, los recursos interpuestos por uno extiende sus efectos beneficiosos para otras partes implicadas, siempre y cuando, los motivos no fueran estrictamente personales. Por el contrario, todas aquellas cuestiones que sean comunes son extensivas a los demás implicados en el proceso. Esto es de toda lógica, toda vez que si el superior entiende, por ejemplo, que el hecho no configura una figura delictual esto es así para todos los imputados no pudiendo aplicarse solo a uno de ellos. Y a su vez, resulta lógico que los beneficios personales no pueden extenderse a el resto que son ajenos, por ejemplo la inimputabilidad.

3. El recurso como garantía del imputado.

No resulta superfluo destacar que a partir de la incorporación de diversos pactos y tratados de derechos humanos a nuestra Constitución Nacional, los cuales tienen jerarquía constitucional y son letra misma de la Constitución, se ha conformado un bloque normativo que excede al mero articulado de nuestra norma máxima y que se complementa o integra con otro cúmulo de normas, el articulado de los pactos mencionados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. Éstos deben entenderse como formando un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos⁹.

Dicho esto, nos referimos a dos pactos que contienen dos normas de gran importancia. En efecto la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 8.2.h que: “**Artículo 8. Garantías Judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior**”. Mientras que

⁹ CSJN Fallos 320:2145

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14.5: “*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 prescrito por la ley.*”.

Estas normas, hoy con plena vigencia y operatividad, han venido a consagrar una nueva garantía, antes no explicitada en nuestra normativa (sin perjuicio de su derivación implícita del art. 33 de la Constitución Nacional).

En cuanto al alcance de esta normativa diremos que, se trata de la facultad del imputado de hacer revisar el fallo de condena (que le es adverso) por un tribunal distinto de aquél que dictó la resolución recurrida, cuyo análisis debe ser un reexamen de cuestiones tanto fácticas como jurídicas, revisando todo lo que sea revisable y agotando el esfuerzo de la máxima revisión posible.

Es claro entonces que el imputado en un proceso penal que haya tenido una resolución judicial adversa tiene el derecho a que la misma sea revisada por un órgano superior. Cuando generalmente se habla del “doble conforme”, no debe entenderse que el Estado necesite dos fallos para condenar y privar a una persona de su libertad, sino que se trata de un derecho puesto en cabeza de una persona física que sufre el embate del aparato estatal para hacer revisar la sentencia que es contraria a sus intereses. Esta faz recursiva o nuevo examen no puede consistir en una violación al *non bis in idem*, es decir que no puede volver a repetirse el juicio del que derivó la resolución apelada, sino que debe producirse o repetirse el juicio en cuanto a lo que hubiera sido materia de agravio, a los efectos de que el órgano revisor pueda evaluar y apreciar lo sucedido que derivó en perjuicio del recurrente y poder así fallar del mejor modo posible.

No solo hablamos de la posibilidad de recurrir sentencias condenatorias, sino también poder recurrir, por ejemplo, sentencias absolutorias pero que dispongan medidas de seguridad o que restrinjan algún derecho, toda vez que esto configura un agravio.

Cabe preguntarse entonces, a quién pertenece la posibilidad de recurrir; y si, como nosotros afirmamos, esta es del imputado, porqué la ley ritual bonaerense ha establecido facultades recursivas al Ministerio Público Fiscal y al particular damnificado.

Adelantamos que no es correcto darle estas facultades a la parte acusadora, por varios motivos.

Primeramente, los pactos internacionales antes mencionados hablan del derecho a recurso como garantía del imputado y habilitar la revisión cuando el fallo sea condenatorio.

Ya lo dijo nuestro máximo tribunal en el fallo “Arce”¹⁰ *“las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes”*.

Misma lógica puede aplicarse a la posibilidad recursiva del particular damnificado; si bien no cabe duda que la víctima es una persona física y tiene derechos y garantías (por ejemplo el artículo 25 de la CADH) pero estos nunca pueden violar o alterar garantías del imputado, pues esto implicaría un contra sentido y una regresión en materia de garantías, contrario al principio imperante en materia de derechos humanos donde los Estados deben ir avanzando y progresando en afianzar nuevos derechos o, al menos, no cercenar los existentes. La reflexión que impulsamos no es baladí, pues sucede que si la parte acusadora recurre y el órgano revisor resuelve perjudicando al imputado, éste queda sin posibilidades de hacer revisar ese fallo por un recurso ordinario, pues si bien es cierto que tiene a disposición una batería de recursos extraordinarios, estos no son los adecuados para efectivizar la garantía en cuestión, toda vez que, como mencionáramos, en estos recursos se acota la discusión, limitándose a cuestiones de derecho; sin perjuicio de mencionar los estrictos requisitos formales de admisibilidad que los mismos poseen. Si admitiéramos esto, tornaríamos la garantía en algo de imposible concreción. Además esto llevaría a un limbo recursivo de nunca acabar, toda vez que si el recurso fiscal derivara en una condena del imputado, este podría recurrir para satisfacer su garantía del doble conforme; y el nuevo fallo absolviera, el fiscal debería poder recurrir para tener satisfecha la doble instancia. Esto deviene imposible. Primero porque los derechos humanos no pueden ser nunca para el Estado, sino que este tiene el deber de garantizarlos y para eso se lo inviste de facultades y poderes, mas no de derechos. Para finalizar diremos que muchas veces la búsqueda de la “verdad” debe ceder ante los derechos humanos. La persecución penal busca solucionar conflictos, y no la verdad que, como concepto metafísico, deviene inalcanzable. Por eso, estas soluciones que al acusador le parecerán “injustas” son las únicas adecuadas a la Constitución Nacional y a los derechos humanos.

Sin embargo, la posición que sostenemos parece ser minoritaria. Tanto el Tribunal de Casación como la Corte Suprema de Justicia de la Nación han sostenido la constitucionalidad del recurso fiscal. Por ejemplo en el fallo “ASAT JONATHAN EMANUEL FACUNDO JUAN MANUEL DO COUTO HENRIQUES LUCAS DANIEL S/

¹⁰ Fallos 320:2151

RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR AGENTE FISCAL” resuelto por la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires se ha dicho “...*En cuanto a la potestad recursiva del Ministerio Público Fiscal, cabe recordar, como lo he sostenido en anteriores pronunciamientos que conforme la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Arce”, el derecho al recurso del Ministerio Público Fiscal no es asimilable al del imputado, no obstante reconocer que la facultad recursiva puesta en cabeza del acusador no quebranta la prohibición del “non bis in idem”...*”. “...*Seguidamente, la doctrina de nuestro máximo intérprete constitucional ha sido conteste en afirmar que no vulnera el orden constitucional el supuesto de que los reglamentos internos confieran la posibilidad de que el acusador interponga recurso con ciertas limitaciones (CSJN Fallos 322:2488)...*”. “...*De igual manera, vale decir que “...el Estado titular de la acción penal puede autolimitar el ius perseguendi...” (CSJN Fallos 320:2145), por lo que el Poder Legislativo Provincial mediante la redacción del art. 452 del C.P.P. ha considerado apropiado dispensarle una vía impugnativa idónea al Ministerio Público, bajo las condiciones allí estipuladas...*”.

Al respecto ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “...*Las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados contratantes...*” (Fallos 320:2145), como así también que “...*cabe concluir que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma de rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho...*” (Fallos 322:2488).

a. Unas reflexiones sobre el fallo “Casal” y el fallo “Herrera Ulloa”.

Nos parece sumamente importante que en el análisis de los recursos y la potestad recursiva se haga mención a estos precedentes.

El fallo “Casal”¹¹.

El caso llega al tribunal debido al rechazo del recurso deducido ante la Cámara Nacional de Casación Penal, cuyo fundamento fue que Casal pretendía la revisión de los hechos que se dieron por probados en la sentencia y que esto era ajeno a la competencia de la

¹¹ Fallos 328:3399

Cámara, que sólo puede revisar la manera en que se interpretaron y aplicaron las leyes penales y procesales.

En “Casal Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa Causa N° 1681C”, resuelto el 20 de septiembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que era innegable que a partir de la reforma constitucional de 1994 el imputado gozaba del derecho de revisión del fallo de condena. Con la incorporación de pactos y tratados que garantizan ese derecho, la Casación no puede quedarse con su rol histórico y tradicional, es decir, hacer un mero análisis de derecho sobre la doctrina legal. Es necesario garantizar, y siendo conteste con la jurisprudencia internacional, una revisión *integral* del fallo recurrido; esto es, sobre hechos, prueba y derechos. Y que los órganos encargados de hacer efectiva esta garantía son la Casación o el órgano provincial equivalente.

En nuestra provincia el órgano erigido para hacer efectiva la garantía de la revisión del fallo de condena es el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Podemos sintetizar los principios rectores para asegurar el derecho al recurso del imputado en lo siguiente¹²:

- A)** acceso a una instancia amplia de revisión que incluya los aspectos vinculados con la fijación de los hechos y la valoración de la prueba, y que se vea caracterizada por una relativa sencillez en al formalización de los agravios.
- B)** El recurso de casación constituye un recurso efectivo para la revisión de la sentencia conforme el art. 8.2.h de la CADH, en la medida que no se lo regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que se permita la tribunal revisor examinar la validez de la sentencia en general, la legalidad de la prueba y el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado.
- C)** En ese contexto, para habilitar la instancia de casación bastará la presentación plausible de todo agravio que, razonablemente, pueda constituir un error de decisión.
- D)** El examen de la sentencia debe ser integral, incluyendo las tradicionales cuestiones de hecho y prueba, sin que la norma del art. 456 del CPPN debe ser interpretada estrictamente.
- E)** Debe utilizarse en esa revisión la teoría de la máxima capacidad de rendimiento.
- F)** El único límite a esa revisión integral está dado por la imposibilidad fáctica que implica la intermediación -no es razonable que la constitución fomente la publicidad como recau-

¹² BERTOLINO, Pedro J. y SILVESTRINI, Alberto J., Proceso y procedimientos penales de la provincia de Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2ªEd., Buenos Aires, 2015, p.629.

do inherente al juicio oral y a la vez exija que el tribunal del recurso también supervise los aspectos vinculados propiamente a la intermediación.

El caso “Herrera Ulloa”¹³.

Este caso ha sido el precedente en el cual se ha inspirado nuestra Corte Suprema y cuya doctrina fue receptada en el caso “Casal”.

Allí, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴ consideró que *“...el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona (...). Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (...).” Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida...”* La CIDH también hace suyo lo expuesto por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el cual en un fallo análogo sostuvo que la limitación de dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

Por integral debemos entender *“... un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior...”*.

4. Aclaratoria.

¹³CIDH, “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”. Sentencia del 2 de julio de 2004

¹⁴ Cabe destacar que las sentencias de la CIDH son obligatorias para los países que han adherido a la Convención Americana de Derechos Humanos y ratificado su competencia. Incluso nuestra CSJN así lo ha establecido en el fallo “Girolidi”.

Se debate si la aclaratoria constituye *per se* un recurso toda vez que no hay un nuevo análisis y mucho menos una modificación sustancial o revocación de la sentencia recurrida. Nuestro código procesal penal parece enrolarse en esa teoría y considerarlo un remedio procesal, dado que no lo regula dentro de los recursos, sino en su art. 109, el cual reza: *“ARTICULO 109.- Rectificación.- Dentro del término de tres (3) días de dictadas las resoluciones el órgano interviniente podrá rectificar, de oficio o a instancia de parte, cualquier error u omisión material contenidos en aquellas, siempre que no importe una modificación esencial. La instancia de aclaración suspenderá el término para interponer los recursos que procedan.”*

Es decir, se busca que el juez que dictó una resolución subsane las deficiencias de orden material o conceptual que la afecten, o bien la integre de conformidad con las cuestiones involucradas en el proceso supliendo las omisiones de que adolece el pronunciamiento siempre que, en cualquiera de esas hipótesis, no se altere lo esencial de aquél.¹⁵

Lo que puede el juez, de oficio o a pedido de parte es, corregir errores materiales, siendo esto los meros errores de copia, de nombres, aritméticos, etc.; o suplir las omisiones en que hubiese incurrido sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio. Debe interpretarse que se autoriza suplir omisiones de pronunciamiento tanto sobre cuestiones accesorias como sobre pretensiones principales o defensas oportunamente articuladas en el proceso.

Es importante lo establecido por el último párrafo, pues parece adherir a la teoría de que la resolución judicial y la aclaratoria conforman una unidad lógica, donde la aclaratoria integra y completa la resolución judicial. Por eso se suspende el término para interponer el recurso, toda vez que el agravio surgirá de la aclaratoria que completa la resolución.

El límite principal es que la aclaratoria no puede nunca importar una modificación esencial, es decir no puede cambiar el sentido de lo decidido. Sobre este aspecto quedará en manos del juzgador identificar que es “una modificación esencial” y que no lo es. Pero como ejemplo podríamos decir que si una sentencia ha absuelto no podría por medio de aclaratoria, condenar; o bien si una providencia ha denegado la excarcelación extraordinaria, no podría una aclaratoria lograr la concesión. Ello así porque sino serviría la aclaratoria como otro recurso, rompiendo con el principio de que cada resolución y cada agravio poseen un recurso específico, y solo uno.

¹⁵ PALACIO, Lino E., Los Recursos en el Proceso Penal, Ed. AbeledoPerrot, 3º Ed., Buenos Aires, 2009, p. 43).

Este instituto es aplicable a toda resolución judicial, sean decretos, interlocutorias o incluso sentencias definitivas. Como bien dice el art. el plazo para interponerlo es de tres días y los legitimados son, las partes, los que se vieran agraviados por el error (por ejemplo si hubiera un error en cuanto al nombre de los coimputados), y el juez puede hacerlo de oficio, al advertir el error en el que ha incurrido.

5. Reposición.

Este instituto encuentra acabada recepción legislativa en los artículos 436, 437 y 438 del CPPBA.

Entiendo que este no es en sí un recurso, toda vez que no se produce un envío de la causa a un órgano superior para que reexamine la causa, sino que es el mismo órgano que dictó la resolución agravante al cual se le solicita que revise su decisión y la revoque, por contrario imperio. Es decir, que si el juez en el caso tuvo la potestad para decir A, tendrá también la potestad para volver a analizar lo resuelto y decidir B (lo opuesto), modificando y dejando sin efecto lo antes decidido. De esto se deduce que el recurso se presenta ante el mismo órgano que dictó la resolución.

Sin perjuicio de esto, la reposición admite su interposición de forma oral siempre que la resolución agravante se de en el marco de una audiencia. Esta debe deducirse en forma oral e inmediatamente después de dictada la resolución, donde el tribunal resolverá en el acto (art. 429 del CPPBA). Su interposición constituye protesta de recurrir en casa-ción.

Por ende la naturaleza jurídica del recurso es la de un remedio procesal dentro de los medios de impugnación.

Las resoluciones impugnables por este medio son aquellas que se dictan sin sustanciación. El plazo para interponer el recurso es de tres días, y debe interponerse fundamentadamente y por escrito. También el tribunal dispone de tres días para resolver previa vista de los interesados, es decir, que previamente se le debe dar traslado a estos para que se manifiesten acerca del auto.

Una vez resuelto la reposición, hace que la resolución recurrida se vuelva ejecutable. Es decir, que lo decidido, que fue impugnado, si no se hace lugar a la revocatoria y por lo tanto, se mantiene puede ejecutarse, y no puede ser apelado posteriormente.

Sin embargo, la resolución no podrá ejecutarse si se deduce la apelación en subsidio. Esto se encuentra condicionado a que la resolución que se ataca sea expresamente ape-

lable o cause un gravamen irreparable. Es decir, que este es el único que recurso que constituye una excepción al principio de eventualidad de los recursos, por el cual a cada resolución o a cada agravio corresponde un único recurso. Y en este caso deben interponerse de manera conjunta ambos recursos. Si se deniega la revocatoria, pasará a tramitarse como un recurso de apelación.

6. Apelación

El recurso de apelación constituye un recurso ordinario cuyo objeto consiste en lograr que un tribunal superior en grado al que dictó la resolución impugnada, tras un nuevo examen tanto de las cuestiones de derecho cuanto de las de hecho, y en la medida de los agravios articulados, disponga la revocación o la nulidad de aquélla así como, en su caso, la de los actos que la precedieron¹⁶.

Se trata entonces de un remedio procesal que puede usarse en dos sistemas diferentes: 1) durante el transcurso de la investigación penal preparatoria (en adelante, IPP), contra las sentencias que expresamente se declaren apelables o contra las que causen un gravamen irreparable y 2) contra las sentencias de juicio oral en lo Correccional, o las sentencias de juicio abreviado o directísimo de igual materia.

En cuanto al uso de recurso de apelación dentro de la IPP, éste debe buscar atacar resoluciones judiciales, es decir que solo puede usarse a partir de la intervención del Juez de Garantías; la impugnación contra decisiones del fiscal a cargo de la investigación podrá hacerse ante el fiscal general.

En nuestro ordenamiento, la encargada de resolver al respecto es la Cámara de Apelación y Garantía de cada departamento judicial, según corresponda.

El Código aquí vuelve a seguir el principio de taxatividad de los recursos, al establecer que *“El recurso de apelación procederá contra las decisiones que expresamente se declaren apelables”*. Algunas de ellas son:

- La inhibitoria,
- La legitimación del particular damnificado,
- La prisión preventiva,
- La excarcelación o su denegatoria,
- La eximición de prisión o su denegatoria,

¹⁶ PALACIO, Lino E., Los Recursos en el Proceso Penal, Ed. AbeledoPerrot, 3º Ed., Buenos Aires, 2009, p. 61).

- El sobreseimiento,
- Las excepciones,
- El auto de elevación a juicio.

En estos casos, el plazo de interposición del recurso será de cinco días desde que se notificó la resolución agravante, sin perjuicio de los especiales plazos de la excarcelación y eximición de prisión, cuyo plazo es de 48 horas; y, si no se hubiese elegido informar oralmente, se resolverá también en el plazo de cinco días.

En cuanto a la otra oportunidad procesal, el Código nos habla de “gravamen irreparable”, que se trata de aquel perjuicio que se irroga a una parte durante el proceso que no puede ser subsanado por la sentencia definitiva o en otra etapa posterior. Como no puede ser subsanado en el curso del proceso, es necesario que no se lleve adelante un proceso viciado y existan carriles recursivos que nos permitan sanear el proceso.

Respecto de la otra gran competencia de este recurso, es proveer a la revisión de las sentencias recaídas en juicio correccional, o abreviado o directísimo de igual materia, asegurando el derecho al recurso que posee todo imputado. Además coopera enormemente con los principios de celeridad y economía procesal, desdoblando el trabajo de casación y optimizando los procesos.

Siguiendo con el principio de economía procesal y celeridad, las Cámaras de Apelación y Garantías se dividen en salas que se componen de dos jueces, las cuales pueden intervenir en número par en las causas y en caso de disidencia, intervendrá el presidente de la Cámara. Sin embargo, es menester que a las audiencias acudan los tres jueces sino sería imposible que puedan decidir. Sin perjuicio de esto, el código recepta lo resuelto en el precedente “Dieser” de la CSJN¹⁷, donde, para no afectar la garantía de imparcialidad, los jueces que hubieren intervenido y hubieren manifestado opinión en una decisión del mismo, no podrán intervenir, debiendo abocarse al mismo la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial mas cercano que predeterminará la Suprema Corte de Justicia. Entiendo que la norma se equivoca, y una interpretación más adecuada de la misma nos permite entender que la intervención de dos jueces en un caso no puede invalidar la intervención del resto de sus colegas que no han opinado al respecto. En nuestra opinión la solución sería que pase la causa a otra Sala, por sorteo, o que la misma sala se componga

¹⁷ Fallos 329:3034

con otros jueces para que sea fallada con el grado de imparcialidad que la Constitución y los pactos prescriben.

A los efectos de este recurso, el Ministerio Público Fiscal y el particular damnificado podrán recurrir la sentencia absolutoria, si hubieran pedido la condena, y la condenatoria que otorgara una pena inferior a la mitad de la recorrida.

En cuanto a la tramitación del recurso, éste no podrá exceder los seis meses, prorrogables por seis meses más en causas complejas. El mismo debe interponerse fundadamente ante el mismo órgano que dictó la resolución que genera el agravio, debiendo manifestar si se pretende informar a la Cámara oralmente, para que se designe audiencia. Además debe cumplirse con la carga procesal de constituir domicilio en el radio urbano de la ciudad donde tenga asiento la Cámara, si fuere distinto del que tiene el juzgado de primera instancia. Caso contrario, el domicilio quedará constituido en los estrados del juzgado.

Una vez que resuelve el tribunal inferior, la Cámara deberá hacer saber a los interesados que se ha concedido el recurso y queda la causa radicada. Para fallar el tribunal superior tendrá a disposición el medio tecnológico por el que se grabó la audiencia, las copias que hubiere acompañado el recurrente, sin perjuicio de que los jueces puedan requerir el expediente. Por art. 446 CPPBA, la Cámara podrá declarar inadmisibile (en el nuevo análisis de admisibilidad) el recurso sin más trámite, evitando pronunciarse sobre el fondo.

El principio dispositivo que rige toda la materia recursiva se encuentra debidamente normado en el art. 445 del CPPBA, donde el recurso puede desistirse por el apelante, siempre y cuando no se hubiere adherido otra parte. Sin embargo, el fiscal requiere anuencia del Fiscal General. Sin perjuicio de esto, concedido el recurso, se le dará vista al Fiscal de Cámara para que informe si mantiene o no el recurso.

En el art. 447 del CPPBA encontramos lo que se denomina “*Alegatos in voce*”, que se refiere a la posibilidad de informar en audiencia oral al tribunal cuales son nuestros agravios y cuales son los errores en los que ha incurrido la sentencia.

7. Casación.

a. Aspectos históricos.

La casación constituyó una función asignada por los artífices de la Revolución Francesa de 1789 como un mecanismo para hacer primar la omnipotencia de la ley, producto del pueblo, el soberano, por sobre la voluntad de los jueces, miembros del antiguo régimen. En efecto, se trata de una palabra que deriva del francés “*casser*” que significa anular.

Surge así desde sus inicios como un órgano constitucional político (no judicial) situado al lado del poder legislativo para ejercer un contralor sobre los jueces¹⁸. Por lo tanto sus miembros no eran jueces y no podían resolver las cuestiones planteadas, mas solo anular las decisiones judiciales. Esta es la denominada *casación propia*, que es la génesis de la casación. Posteriormente cuando éste se convirtió en un órgano judicial pudo resolver las cuestiones en vez de reenviarlas a otro tribunal para que las falle según su criterio, originando la *casación impropia*.

Es decir que se trata de un órgano con importantes funciones para la vida de una nación, porque armoniza la interpretación legal de determinadas normas que se ponen en pugna, originando precedentes y puntos de vista legítimos para los tribunales inferiores. Tiene a su cargo la función de unificar jurisprudencia, a los efectos de evitar interpretaciones contradictorias y generar interpretaciones que sirvan de pauta o guía para los tribunales inferiores¹⁹

En nuestro país no cabe duda que esa función la tienen las Cortes Provinciales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, a los efectos de aliviar el extenso caudal de trabajo que estos tribunales poseen, los legisladores han ideado otros órganos con funciones similares, como son la Cámara Nacional de Casación Penal, en el ámbito nacional y federal, y el Tribunal de Casación penal de la Provincia de Buenos Aires (TCP, en adelante).

Por todo lo expuesto, podrá pensarse que la casación constituye un recurso extraordinario, y de hecho así lo creen varios autores²⁰, y no cabe duda que en su función histórica así lo es. Tanto porque solo produce el tratamiento de cuestiones de derecho, como por el rigor formalista que impera en los estándares de admisibilidad. Sin embargo, a partir de la adhesión de nuestro país a sendos tratados y pactos de Derechos Humanos, así como también la incorporación de muchos de ellos al articulado constitucional, art. 75 inc. 22 mediante de la Constitución Nacional es necesario repensar y rever la función de la casación.

b. La Casación en PBA.

¹⁸ HITTERS JUAN C., Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación, Ed. Librería Editora Platense, p 30

¹⁹ Nótese que la independencia que gozan los jueces hace que estos no deban seguir o aplicar el precedente de los tribunales superiores, sin embargo la mayoría lo hace a los efectos de evitar recursos inútiles y colaborando con el principio de economía procesal; siempre dejando a salvo su criterio.

²⁰ Entre ellos Lino Palacio y Juan Carlos Hitters

Desde el fallo “Casal”, corresponde que exista un órgano revisor de las sentencias, y que lo haga de manera integral, como mencionaremos más adelante, que pueda expedirse sobre cuestiones de hecho y de derecho.

El ordenamiento penal bonaerense imperante desde la nación de la ley 11.982, marca que uno de los alcances del TCP es cuando el recurso sea interpuesto con motivo de la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal o de la doctrina jurisprudencial correspondiente en la decisión impugnada; o cuando lo inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto grave del procedimiento o un quebrantamiento de las formas esenciales del proceso o de la resolución (sin perjuicio de las excepciones contenidas en el art. 449 del CPPBA), conforme art. 448 del CPPBA. También el TCP tiene funciones elementales en la excepcionalísima revisión del juicio por jurados, cuyo abordaje excede el marco del presente trabajo.

Es decir que el recurso de casación será procedente, siempre que en la resolución recurrida, no se hubiere aplicado el precepto legal correspondiente al caso, o este se hubiere aplicado erróneamente. Si hablamos, en cambio, de defectos procesales, es cuando la sentencia no está fundada, o lo está de manera insuficiente, aparente o defectuosa. Es decir cuando aquella no posibilita inferir la verificabilidad y la racionalidad del discurso, revelándose un apartamiento del deber esencial de los jueces de fundar debidamente sus sentencias²¹. Sin perjuicio de otros defectos procesales que pudieran haber acontecido con anterioridad a la sentencia que llevan a que ésta se vicie, si se apoya en actos anteriores viciados.

Tradicionalmente se había entendido que el TCP debía realizar una suerte de valoración indirecta de la prueba, esto consiste en revisar la logicidad del razonamiento que había realizado el magistrado de primera instancia; con este análisis solo se limitaba a verificar que no hubiera situaciones manifiestamente absurdas. Sin embargo, y como mencionaremos anteriormente, el fallo “Casal” hizo mella en el ámbito provincial y a partir de allí el TCP se constituyó en el órgano erigido por la provincia de Buenos Aires para satisfacer la garantía del “doble conforme” que emana del art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP.

El nuevo paradigma nos marca que todas las cuestiones de hecho son íntegramente revisables por el órgano casatorio.

²¹ BERTOLINO, Pedro J. y SILVESTRINI, Alberto J., Proceso y procedimientos penales de la provincia de Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2ªEd., Buenos Aires, 2015, p.655

En cuanto a que resoluciones son recurribles, el CPPBA nos las marca en su art. 450: puede deducirse recurso de casación sobre: resoluciones que denieguen la libertad personal (también los citados por la Cámara), sentencias definitivas (por definitiva debemos entender aquella que termina el proceso o impide su continuación) de juicio oral, juicio abreviado, y directísimo en materia criminal.

También puede interponerse respecto de autos dictados por la Cámara revocatorios de los de primera instancia, siempre que pongan fin a la acción, a la pena, o a una medida de seguridad o corrección.

Por último, podrá deducirse respecto de los autos dictados por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal cuando denieguen la libertad personal, incluso en la etapa de ejecución. Es necesario entender que este recurso solo procederá cuando la sentencia de Cámara revoque lo decidido en primera instancia y lo decidido sea justamente una restricción a la libertad personal del imputado o del condenado. Pues si la Cámara confirma la sentencia de primera instancia ya se encuentra satisfecha la garantía del doble conforme²²

Fuera de esta norma, el art. 427 del CPPBA nos marca que la resolución recaída sobre la presentación de un hábeas corpus originado en las Cámaras de Apelación y Garantía es recurrible ante Casación.

La nueva concepción del recurso de Casación como un recurso ordinario, nos lleva a plantear una flexibilización en cuanto a los requisitos para su interposición. En caso de duda o de errores subsanables debe estarse por la permanencia del recurso, toda vez que se trata del único posible para dar cumplimiento a la garantía de revisión propia del imputado.

Concurren para la interposición de este recurso dos plazos elementales: dentro de los siete días de notificada la resolución que genera agravio, deberá manifestarse por escrito, y ante el mismo órgano que la dictó, la intención de interponer el recurso. Esta manifestación es sumamente importante, pues de no hacerse se pierde el derecho a recurrir.

Previamente debe haberse hecho formal protesta de recurrir a casación, es decir que cuando la parte perciba el agravio lo debe manifestar, pidiendo su reparación o bien dejado a salvo la protesta de recurrir a casación, siempre que el agravio se haya desarrollado en el marco del debate oral o previamente. Igualmente el art. 429 trae las excepciones, donde se admite igualmente el recurso, no siendo necesaria la formal protesta.

²² Cfr. TCP, sala 2ª, 2/10/2008, "Gamerro, Enrique Alberto", causa 33.718; ídem, 18/12/2008, "Mico Gargajo, Carlos Alberto s/ recurso de casación", causa 36.549.

Posterior a esta manifestación, rige un plazo de 20 días que se cuenta desde la notificación de la resolución para fundar el recurso. Y la tramitación en general no podrá exceder los seis meses, pudiendo ser prorrogada por seis meses más por resolución fundada. Los fundamentos de la prórroga pueden, naturalmente, darse por: la complejidad del caso, el número de imputados, etc.

Como todos los recursos, la pieza debe ser autosuficiente, de modo tal que su lectura nos delimite el objeto procesal, exponiendo una reseña de los hechos, los agravios y de que forma se relacionan con el fallo impugnado. Esto requiere una clara mención de las disposiciones legales que se consideren no observadas o aplicadas erróneamente. Además de la mención es preciso explicar el error en el fallo, en relación a la normativa y como debe entenderse. Para finalizar deberá, por supuesto, explicitarse la solución que conforme a todo lo expuesto debe dictarse.

Sin embargo, aunque la redacción del precepto pareciera sancionar con la inadmisibilidad, la práctica judicial ha exhibido cierta indulgencia, para asegurar plenamente la garantía de la defensa contra rigorismos formales excesivos²³.

Sobre quienes son los legitimados para recurrir podrá observarse que los arts. 452, 453 y 454 del CPPBA traen las disposiciones pertinentes. Según esta normativa los acusadores, tanto el público como el privado, están facultados en los siguientes casos²⁴: la sentencia absolutoria, cuando haya pedido la condena del imputado; la sentencia condenatoria, cuando se haya impuesto una pena privativa de la libertad inferior a la mitad de la requerida: el sobreseimiento²⁵. Cabe destacar muy especialmente la imposibilidad del Ministerio Público Fiscal de recurrir en los casos del juicio por jurados. Celebramos esto, toda vez que, como decimos, la facultad recursiva es propia del imputado, y esta dispositiva ayuda a consolidar el sistema acusatorio y el debido proceso, que tantas veces se ha visto atemperado por emergencias y presiones sociales. Además el recurso contra una sentencia basada en un veredicto que emana del pueblo debe darse en excepcionálísimos casos, pues lo contrario significaría una incongruencia con el principio de soberanía popular.

Por supuesto el imputado constituye el otro gran legitimado de este recurso, pudiendo hacerlo en los siguientes casos (conforme art. 454 CPPBA): las sentencias condenatorias

²³ BERTOLINO, Pedro J. y SILVESTRINI, Alberto J., *Proceso y procedimientos penales de la provincia de Buenos Aires*, Ed. AbeledoPerrot, 2ªEd., Buenos Aires, 2015, p.659.

²⁴ En el punto 2 de este trabajo hemos dejado a salvo nuestra opinión.

²⁵ El art. 452 también habla de los supuestos del art. 448 y 499. Parecería ser que se trata de una norma sobreabundante toda vez que se entiende que el recurso que interpone este sujeto debe estar basado en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal.

del Tribunal en lo Criminal con o sin jurados; la sentencia que le imponga una medida de seguridad; y, de la sentencia que lo condene a indemnizar por los daños y perjuicios.

En cuanto al trámite, una vez revisada la admisibilidad por el tribunal inferior, éste remitirá las actuaciones a la Casación, produciéndose la radicación en una Sala, la cual nuevamente volverá a expedirse sobre su admisibilidad. El auto de radicación deberá indicar también que tiempo tendrá cada miembro de la Sala para estudiar los escritos, a la vez que fijará un plazo para que las partes puedan expresar sus agravios de forma oral en una audiencia. Esto es de suma importancia, toda vez que respeta los principios de oralidad y publicidad que son propios del debido proceso. Aunque corresponde decir, que esta audiencia puede ser obviada por las partes, supliéndola por la presentación del típico "memorial de agravios", que constituye una pieza escrita en donde se expresan los agravios, los errores y se debe poner de manifiesto como se produce la equivocación del juez y por qué su fallo es contrario al derecho o a los hechos²⁶.

Toda vez que la Casación se ha vuelto un recurso ordinario, en donde pueden libremente discutirse cuestiones de hecho como de derecho, será necesario que pueda producirse prueba por los litigantes para abonar las pretensiones que sustentan. En este sentido, el art. 457 del CPPBA, prescribe que se podrá ofrecer prueba pertinente y útil a las pretensiones articuladas. La prueba se ofrece con el escrito de interposición del recurso, y se producirá, de ser posible, en la audiencia oral²⁷. El litigante deberá demostrar la estrecha vinculación de la prueba con las cuestiones planteadas, o la imposibilidad de haberla producido en una etapa anterior.

Mención aparte merece la situación de cómo se producirá esa prueba, toda vez que debe evitarse la realización de un nuevo juicio igual al anterior, pues esto violaría la garantía del *non bis in idem*. Al respecto Granillo Fernández enseña que una respuesta podría plantearse en el sentido de reproducir aquella prueba que ha sido materia de agravio, por ejemplo si el agravio se genera en que la testigo en el juicio dijo A, y el fallo dice que dijo B, una solución sería hacer declarar a esa testigo en el punto pertinente, sin necesidad de una repetición de todo el juicio. No podemos más que coincidir con esta teoría que aparece

²⁶ Es nuestra opinión que tales cosas como los memoriales deben dejarse de lado. La oralidad es un sistema propio de las repúblicas que facilita el conocimiento y el acceso por parte de una mayor cantidad de personas. Por eso nos parece que la audiencia oral es lo más adecuado. No ignoramos, tampoco, que una audiencia requiere una mayor preparación de los litigantes, sin embargo, es menester que se asuman las responsabilidades del caso y se ponga el mayor esfuerzo para poner en vigencia las elementales notas que caracterizan el debido proceso: la oralidad, la publicidad, la contradicción y la acusatoriedad.

²⁷ Nótese que si se ha ofrecido prueba es imposible obviar la audiencia oral y suplirla por el memorial de agravios, *cfr.* art. 458 *in fine*.

como un punto intermedio entre el evitar un nuevo juicio y posibilitar una revisión integral del fallo.

Por otro lado, mucho se ha hablado de la posibilidad de grabar o filmar las audiencias y luego con este material audio o audio visual realizar una nueva valoración de la misma. Al respecto cabe preguntarse ¿Cómo puede formarse la convicción del juzgador en base a un video o a un audio? ¿Cómo puede evaluar los gestos del testigo, sus miradas, etc.? ¿Cuál sería la diferencia con el análisis de un acta escrita? Pues entendemos que la acabada valoración de la prueba no puede hacerse sino a través de la inmediación y el contacto directo con los órganos o medios de prueba, por lo cual, descartamos de plano esta teoría.

Esta audiencia oral, será recibida por todos los miembros del Tribunal, aunque su dirección la ejercerá el presidente del mismo. Allí se pasará a informar sobre los agravios, siendo primeramente la palabra del defensor, si fuera el único recurrente, y sino del ministerio público fiscal en primer término y luego de la defensa. También se podrán presentar notas referidas a los puntos debatidos en el mismo.

Terminada esta audiencia, el Tribunal pasará a deliberar, con un plazo de 20 días como máximo para dictar la sentencia. Por supuesto el fallo en cuestión deberá ser por mayorías, en un acuerdo, con delimitación sobre las cuestiones a expedirse, y el voto deberá ser impersonal, es decir que cada magistrado deberá individualmente emitir su opinión.

Aquí se vislumbran dos posibilidades: una es la contenida en el art. 460 del CPPBA, que es la denominada casación impropia; esto es, que en los casos en que la doctrina legal o jurisprudencial se hubiera aplicado erróneamente, el tribunal anulará la sentencia original dictando una nueva conforme a la correcta observación de la ley o jurisprudencia.

Por otro lado, el art. 461 del CPPBA nos remite a la función casatoria propia, que es la de la anulación y el reenvío a otro tribunal para que resuelva. Esto se funda en elementales situaciones lógicas; cuando se trate de defectos esenciales del procedimiento, o quebrantamiento de las formas del proceso será necesario que se realice un nuevo juicio con respeto a todas las normas procesales vigentes. Pues sería imposible para el TCP llegar a una solución posible si justamente todo el proceso se encuentra viciado. Sin embargo, puede suceder que algunos puntos del resolutorio por su independencia puedan subsistir sin perjuicio de los puntos que han sido anulados.

8. Queja.

El presente recurso es uno de los más importantes para hacer efectiva la garantía de revisión del fallo, y por supuesto, la garantía de la defensa en juicio. Hablamos de la queja por recurso denegado²⁸. Como vimos existen dos momentos bien claros en cuanto a los recursos. Este recurso tiene cabida cuando, el tribunal inferior, a la hora de analizar los requisitos de admisibilidad, rechaza el recurso por, justamente, no cumplir algún requisito. Entonces, surge el recurso de queja como un carril para que el tribunal superior revise la decisión tomada por el inferior. Entonces, el superior deberá decidir si el recurso fue bien o mal denegado, y en su caso, resolverlo o mandar a que continúe su tratamiento.

Nuestro código ha desistido de darle un tratamiento aparte o autónomo, regulándolo en el art. 433. En efecto prescribe que ante la denegatoria del *a quo*, podrá interponerse una queja directamente en la alzada.

Es importante destacar que este recurso debe auto abastecerse documentalmente. Es decir, que no solo en su escrito deberá consignarse todo lo referido al recurso originariamente denegado sino que también deberá acompañarse una explicación lógica de por qué el litigante cree que el recurso ha sido mal denegado, refutando todo lo expuesto por el *a quo* en su fundamentación para denegarlo; más para que prospere el recurso deberá acompañarse toda pieza que permita inferir a la alzada que el quejoso ha tomado todos los recaudos para satisfacer los requisitos de admisibilidad, por ejemplo el escrito presentado en tiempo y forma con el cargo, la resolución agravante, la resolución denegatoria, entre otros.

Al recibir la queja, el tribunal *ad quem* procederá a ponderar lo resuelto por el inferior y en base a lo que le presente el recurrente resolverá si el recurso se encuentra bien o mal denegado. Si se está por lo primero, podrá admitirse y resolverse en un mismo acto (si por la naturaleza del recurso fuera posible) o, podrá mandarse a que el recurso continúe su trámite correspondiente. En cambio, si se está por lo segundo, el superior evitará pronunciarse sobre el fondo, atento al principio de economía procesal.

En cuanto a los legitimados, lo serán cualquiera de las partes a las cuales se les haya denegado un recurso. En cuanto al órgano que conoce y resuelve será siempre el superior.

Este recurso posee un plazo diverso, según si el recurso denegado fuera el de casación o el de apelación; en el primer caso, el plazo será de 10 días, mientras que en el segundo, será de tres días.

²⁸ Dejamos aparte por su especial naturaleza jurídica, la queja por retardo de justicia contenida en el art. 110 del CPPBA, que no busca impugnar una decisión sino por el contrario lograr su dictado.

9. Colofón.

Mucho más podrá escribirse sobre la materia de los recursos, sin embargo solo hemos pretendido dar una aproximación a los recursos ordinarios en la provincia de Buenos Aires en materia penal.

Esperamos que se siga consolidando una visión garantista, adecuada a la constitución nacional y a los tratados de derechos humanos, tanto en la legislación como en la jurisprudencia y la doctrina.

A medida que se garantice el derecho a la revisión del fallo de condena, y esta revisión sea cada vez más integral, podrán lograrse mejores sentencias de calidad y mejores condiciones de justicia. Se vuelve necesario que los órganos revisores no se dejen llevar por las presiones sociales y realicen evaluaciones y controles de calidad acerca de las sentencias que se recurren, estableciendo estándares de calidad al respecto y precedentes a seguir (sin perjuicio de la independencia de los jueces) que sean respetuosos de las garantías elementales mínimas del procesos, estableciendo un piso tuitivo acorde con el principio de legalidad y de convencionalidad.

Acercarnos hacia una ordinarización de los recursos, y al alentar la oralidad y publicidad en los mismos creemos contribuir a un afianzamiento del debido proceso que conlleve a un alejamiento cada vez mayor del sistema inquisitivo.

Esperamos que quienes nos lean compartan nuestros valores y ayuden a replicarlos.