

Maestría en Derechos Humanos

Universidad Nacional de La Plata



Capacidad de rendimiento del derecho a la revisión del fallo

**La determinación y revisión de los aspectos fácticos de
la sentencia.**

**El derecho a la revisión del fallo y la bilateralidad
recursiva.**

Tesis para acceder al título de Magister en Derechos Humanos

Juan Pablo Gomara

**Director Dr. Alberto Binder
Codirector Dr. Mario Luis Coriolano**

2020

Capacidad de rendimiento del derecho a la revisión del fallo

Capacidad de rendimiento del derecho a la revisión del fallo

Capacidad de rendimiento del derecho a la revisión del fallo

ÍNDICE

PRESENTACIÓN DEL TEMA.....	11.
CAPÍTULO I.	
LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.....	21.
1. Introducción.....	23.
2. La Convención de Viena.....	23.
3. Principio <i>pro hómine</i>	26.
4. Principio evolutivo.....	32.
5. Control de convencionalidad.....	34.
CAPITULO II.	
EL DERECHO A LA REVISIÓN: LA GARANTÍA.....	39.
1. Genealogía del derecho.....	41.
2. Pronunciamientos de los órganos internacionales.....	42.
3. El Comité de Derechos Humanos.....	43.
3.1. La caracterización del derecho.....	43.
3.2. Los casos ante el Comité.....	47.
4. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	57.
4.1. La caracterización del derecho.....	60.
4.2. Los casos ante la Comisión.....	66.
5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	103.
5.1. La caracterización del derecho.....	103.
5.2. Los casos ante la Corte.....	109.
CAPITULO III.	
LOS ASPECTOS FÁCTICOS DEL FALLO I	

El carácter cognoscitivo del sistema de garantías.....	145.
1. Introducción.....	147.
2. La verdad en el proceso penal.....	150.
3. La teoría fundaherentista de Susan Haack.....	163.

CAPÍTULO IV.

LOS ASPECTOS FÁCTICOS DEL FALLO II

Las condiciones formales de uso del concepto de verdad.....	173.
1. Introducción.....	175.
2. Las condiciones formales del uso del concepto de verdad.....	175.
3. Diagrama institucional del proceso penal. Imparcialidad.....	176.
4. Las reglas de formación de la prueba. La regla de exclusión.....	187.
5. La metodología para la toma de decisión. El contradictorio.....	200.

CAPITULO V.

LOS ASPECTOS FÁCTICOS DEL FALLO III

Las condiciones materiales del uso del concepto de verdad.....	209.
1. Introducción.....	211.
2. La valoración de la prueba.....	211.
2.1. El proceso de análisis.....	220.
2.2. Las inferencias.....	224.
3. La presunción de inocencia. El estándar probatorio.....	228.
3.1. La decisión política.....	228.
3.2. El carácter objetivo del estándar.....	238.

CAPÍTULO VI.

EL DEBER DE MOTIVAR LOS ASPECTOS FÁCTICOS DEL FALLO.....	259.
1. Introducción.....	261.
2. Resistencia a la motivación.....	264.

3. El deber de motivar como garantía del principio de presunción de inocencia.....	274.
4. ¿Qué significa motivar?.....	277.

CAPÍTULO VII.

LA REVISIÓN DE LOS HECHOS.....	287.
1. Introducción.....	289.
2. La revisión de la verdad.....	293.
3. La revisión de la valoración.....	295.
4. El control de las inferencias y los elementos subjetivos.....	300.
5. La “inmediación” y el “juicio” como espacio para la experiencia perceptiva del juzgador y las partes.....	303.
6. La revisión del estándar probatorio.....	310.
7. La decisión del tribunal revisor.....	319.

CAPÍTULO VIII.

LA REVISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.....	329.
1. Introducción.....	331.
2. El Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires.....	332.
3. La Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	335.
3.1. El derecho a la revisión y la doctrina de la arbitrariedad...	340.
3.2. La Corte Suprema y el estándar negativo de revisión.....	343.
3.3. La Corte Suprema y la inmediación del juicio.....	356.
3.4. La Corte Suprema y el control del estándar probatorio.....	375.

CAPÍTULO IX.

EL RECURSO DEL ACUSADOR PÚBLICO.....	385.
1. Introducción.....	387.
2. La Corte Suprema y el recurso fiscal.....	388.
3. La absolución en el juicio por jurados.....	390.

4. La competencia negativa y la prohibición de bis in idem.....	394.
5. La competencia positiva vs intermediación.....	398.
6. La intermediación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	406.
7. Recurso extraordinario y tribunal superior.....	416.
8. La competencia positiva de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.....	428.

CAPÍTULO X.

EL DERECHO DE LA VÍCTIMA EN LA CONVENCION.....433.

1. La víctima en el proceso penal según la jurisprudencia de la Corte Interamericana.....	435.
2. La responsabilidad de los estados en el marco de la Convención Americana.....	436.
3. El deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar.....	443.
4. El derecho de las víctimas y familiares a la protección judicial y a conocer la verdad.....	446.
5. El deber del Estado de garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la verdad.....	450.
6. La debida diligencia en la investigación.....	453.
7. ¿En qué casos el Estado se encuentra obligado a iniciar de oficio una investigación, identificar, juzgar y, eventualmente, sancionar a los responsables?.....	457.
8. El deber de investigar, juzgar y sancionar en casos particulares....	459.
8.1. Los casos de delitos de lesa humanidad.....	459.
8.2. Las graves violaciones a los derechos humanos.....	461.
8.3. Violaciones cometidas por agentes del Estado que no son delitos de Lesa humanidad ni graves violaciones a los Derechos Humanos.....	463.
8.4. Los casos de violencia contra la mujer.....	469.
8.5. Los delitos cometidos por particulares.....	476.

9. La víctima en el proceso penal. El derecho al recurso del acusador privado.....	485.
10. ¿Tiene la víctima derecho al recurso?.....	489.
11. ¿Derecho de la víctima a la revisión del fallo absolutorio?.....	493.
CONCLUSIONES FINALES.....	501.
1. Introducción.....	503.
2. El aspecto cognoscitivo del sistema de garantías.....	504.
3. La verdad como garantía.....	504.
4. Las condiciones formales y materiales del uso del concepto de verdad.....	505.
5. El deber de motivar.....	507.
6. La revisión de los hechos.....	507.
7. El recurso del acusador público.....	509.
8. El recurso del acusador privado.....	510.
BIBLIOGRAFÍA.....	513.

PRESENTACIÓN DEL TEMA.

El interés en el derecho a la revisión del fallo condenatorio que motiva el presente trabajo reside fundamentalmente en que se trata de un derecho convencional que parece no haber alcanzado todo su desarrollo. Por el contrario, se puede afirmar que apenas se han trazado los lineamientos generales por parte de los órganos internacionales de aplicación de tratados y que, todavía, resta ver con más detenimiento las consecuencias que de esa labor se derivan para el derecho en particular y para el proceso en su integridad.

La jurisprudencia interna también se encuentra en proceso y, si bien se han producido avances significativos en las decisiones de la Corte Suprema, esos criterios aún no han permeado lo suficiente en los órganos encargados de llevar a cabo la revisión del fallo. A ello se suma el hecho de que no han sido resueltas las tensiones que van emergiendo de la concepción bilateral simétrica de los recursos en el proceso penal y las cuestiones de organización judicial que de ellas se derivan.

Para la doctrina argentina, el derecho a la revisión del fallo condenatorio, es un tema que recientemente se ha convertido en objeto autónomo de investigaciones. Las primeras, vinculadas al análisis de la dogmática del recurso de casación, procurando acomodar ese instrumental histórico a los fines exigidos hoy por los instrumentos de derechos humanos¹. Las segundas, ya despojadas del lastre de la casación, focalizadas casi exclusivamente en su condición de garantía individual².

¹ PASTOR, Daniel R. "La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal", ed. Ad-Hoc.

² HERBEL, Gustavo A. "Derecho del imputado a revisar la condena", ed. Hamurabi.

No guía el presente trabajo una propuesta meramente descriptiva del estado actual del tema, sino la voluntad de indagar hasta dónde puede rendir el concepto de revisión del fallo como garantía, es decir, en su funcionalidad política, en especial en lo relativo a los aspectos fácticos de una sentencia de condena.

Lo cierto es que hace apenas poco más de una década que el derecho a la revisión comenzó a problematizarse y entrar en tensión con los derechos internos vigentes. Hasta ese momento, daba la impresión de cierta aceptación general en cuanto a que los recursos tradicionales (apelación y casación) abastecían sus exigencias.

En Argentina, el código de Córdoba de 1940 fue el que dio el puntapié al proceso de oralización, al que siguieron en el resto de las provincias y, tardíamente, en el ámbito nacional. Esta primera oleada reformista trajo consigo el denominado sistema mixto, de origen napoleónico, y el recurso de casación como único medio de impugnación compatible con la instancia de juzgamiento oral y público. El recurso de casación fue adoptado por la doctrina y la jurisprudencia prácticamente en su versión tradicional, limitada a cuestiones de derecho³.

La segunda oleada reformista, iniciada por el Código de Córdoba de 1991⁴, trajo consigo la adopción del sistema de enjuiciamiento acusatorio, impactando más en el diseño de las etapas de investigación e intermedia, pero manteniendo el recurso de casación como medio de impugnación contra el fallo dictado en instancia única, oral y pública. Los movimientos reformistas de

³ Conf. DE LA RÚA, Fernando, *“La casación penal”*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

⁴ Ley 8123.

Argentina influenciaron al resto de América, por lo que el proceso resultó bastante similar⁵.

Muchos de los ordenamientos procesales provinciales se modificaron en alguno de ambos sentidos cuando la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya habían sido ratificados por nuestro país, es decir, cuando el derecho a la revisión del fallo ya constituía una obligación del Estado asumida internacionalmente.

Así fue que, con el peso de la tradición histórica de la casación europea, las casaciones locales que se crearon para revisar las decisiones de los órganos de juzgamiento oral fueron muy restrictivas en su labor, tanto en lo relativo a los criterios de admisibilidad como a los de procedencia.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, si bien los motivos de casación no se limitaban a la ley sustantiva, los criterios restrictivos condujeron a numerosas declaraciones de inadmisibilidad por estrictas cuestiones de forma, sin chance alguna de saneamiento, dejando sin revisión centenares de condenas.

También fueron inicialmente implacables en el rechazo de toda cuestión que directa o indirectamente se vinculara con la valoración de la prueba o la determinación del hecho o de algún extremo fáctico del mismo. Los dos argumentos a los que se echaba mano alternativa o conjuntamente para justificar tal proceder eran, en primer lugar, la ajenidad de dichos planteos debido al carácter extraordinario del recurso de casación que no estaba previsto para esas cuestiones y, en segundo término, el límite que imponía la inmediación que derivaba del juzgamiento oral.

⁵ Ver código de proceso penal modelo para Iberoamérica.

De ese modo, las personas condenadas se encontraban con que la cuestión nuclear de toda sentencia condenatoria, como es la determinación de los hechos, quedaba prácticamente fijada en forma definitiva en el juicio oral y no era susceptible de ser revisada.

En los primeros años de la década del 2000, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos comenzó a pronunciarse a favor de la necesidad de garantizar una revisión amplia. En el caso de Argentina, estos pronunciamientos desencadenaron una creciente litigación tanto en el orden interno como en el internacional, por la violación del derecho a la revisión.

Pocos años después llegaron los primeros pronunciamientos de la Corte Interamericana sobre la materia, lo cual desencadenó procesos de modificaciones, tanto legislativos como jurisprudenciales, que han derivado en nuevas tensiones que aún no han concluido ni parecen haber sido saldadas adecuadamente.

Los dos países de la región respecto de los cuales más se han pronunciado los órganos del sistema interamericano han sido Costa Rica y Argentina. Resultan particularmente interesantes los procesos desencadenados en ambos países entre los órganos del Sistema y el Estado y viceversa, a través de los cuales se produce el desarrollo de los estándares que dan contenido al derecho a la revisión del fallo.

En efecto, en los últimos años se han producido reformas procesales en algunas provincias⁶ y en el orden nacional⁷ que en relación a la regulación de la

⁶ El Código Procesal Penal de Chubut, en el Título III hace referencia al “Derecho del imputado al recurso contra la condena. Consulta”. El Código Procesal Penal de Río Negro en su Libro V habla del “Control de las decisiones judiciales” y en sus Títulos II y III de las “Decisiones impugnables y legitimación” y del “Procedimiento de la impugnación”. El Código Procesal Penal

garantía convencional del derecho a la revisión del fallo han optado por despojarse de las denominaciones tradicionales de los recursos y se limitan a hacer mención al control o impugnación de la sentencia.

El presente trabajo tiene como objeto de estudio el derecho a la revisión del fallo condenatorio exclusivamente en su carácter de garantía convencional. Para ello nos despojaremos totalmente de las históricas denominaciones de los recursos como *apelación* y *casación* y del peso que la tradición de dichos remedios porta. Es decir, la crítica que se le formula al recurso de casación por su carácter limitado no tiene por objeto postular su reemplazo por el recurso de apelación, pues ello implicaría volver al proceso escrito o que la garantía se convierta en un segundo juicio (una segunda primera instancia), ambas aquí rechazadas. Aún cuando se pretenda denominar apelación solamente a un recurso amplio contra la sentencia emitida en un juicio oral, tal denominación no brinda utilidad alguna y, ante eventuales confusiones, es preferible prescindir de ella.

El trabajo centra su atención de modo preponderante en la revisión de los aspectos fácticos del fallo. En este sentido se atenderá al proceso de determinación de los hechos jurídicamente relevantes de una sentencia condenatoria, cuestión tradicionalmente poco atendida por la jurisprudencia. Establecer qué significa valorar la prueba, determinar el grado de justificación de una hipótesis, cuál es el estándar probatorio exigido, qué implica motivar una decisión, son todos aspectos a abordar, necesariamente, de modo previo a la cuestión de la revisión de la determinación de los hechos que fundamentan una condena.

de Neuquén, en el Libro V habla del “Control de las decisiones judiciales” y en sus Títulos II y III de las “Decisiones impugnables y legitimación” y del “Procedimiento de la impugnación”.

⁷ Ley 27.063

Esto configura una primera delimitación del objeto de estudio y, a su vez, un recorte del mismo que merece una breve justificación. Se dejan explícitamente afuera las cuestiones relativas a la revisión de los aspectos jurídicos de fondo. Es decir, quedarán marginadas del trabajo las cuestiones que tradicionalmente han sido consideradas como motivos de casación sustantiva. Esta delimitación no tiene que ver con la tradicional distinción entre errores de derecho y errores de hecho, ya objetada por resultar difícilmente practicable y por su nula utilidad, sino con la distinción entre, por un lado, valoración de la prueba y determinación de los hechos de la sentencia (lo cual comprende tanto cuestiones de hecho como de derecho) y, por el otro, la interpretación de las normas penales aplicables a esos hechos.

La primera razón de dicha exclusión radica en que la revisión de esos aspectos de la sentencia no presenta otra dificultad que la de establecer el alcance o inteligencia de una norma de derecho penal. La segunda, consiste en que las eventuales complicaciones que puede originar una casación formulada en esos términos, para poder ser compatibilizada con el derecho convencional a la revisión del fallo, ya han sido abordadas de modo satisfactorio, a mi criterio, por un sector de la doctrina⁸ que ha evidenciado la imposibilidad de cumplimiento de los fines políticos tradicionalmente asignados al recurso de casación por medio de la bilateralidad recursiva. Con lo cual o se abandonan los mismos o, si se pretende mantener un tribunal de casación que cumpla la finalidad política de preservar el derecho y garantizar la interpretación uniforme del mismo, este debería habilitarse exclusivamente en favor de la persona acusada. Es decir, la finalidad política de la unificación se cumpliría exclusivamente a través del recurso del acusado.

⁸ PASTOR, Daniel R., *“La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal”*, ed. Ad-Hoc.

Sin perjuicio de que la revisión de los extremos fácticos de la sentencia condenatoria constituye el aspecto central del presente trabajo, también se abordará el impacto que tiene no sólo la bilateralidad de los recursos sino también su regulación simétrica y las dificultades que ello genera para el derecho a la revisión del fallo como garantía del condenado.

También se abordará la situación de la víctima desde la perspectiva de los instrumentos de derechos humanos a fin de desentrañar cuáles son las obligaciones a las que el Estado se ha comprometido internacionalmente de modo general. A partir de ello, se analizará específicamente, a qué está obligado el Estado en relación a la víctima cuando establece la regulación del proceso penal y, de modo particular, cuando reglamenta los recursos.

Por último, debo advertir acerca de un segundo recorte temático. El presente trabajo no incluye el análisis del derecho a la revisión respecto de los veredictos de culpabilidad del jurado popular. Me refiero específicamente al sistema de enjuiciamiento por jurado popular de tipo anglosajón, un modo de enjuiciamiento que tradicionalmente no ha exigido a los jueces populares que fundamenten su decisión.

Las posibles discusiones que se pueden generar son múltiples y van desde si el carácter inmotivado de la decisión del jurado es consustancial al modelo o es sólo un rasgo de tradición histórica⁹, pasando por si la amplitud de la revisión varía en el caso de decisiones de jueces técnicos y jueces legos¹⁰, si el derecho a una revisión amplia es renunciable¹¹ de antemano al elegir ser

⁹ El ordenamiento español pide al jurado una sucinta fundamentación de la decisión.

¹⁰ HARFUCH, Andrés, *“El veredicto del jurado”*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019.

¹¹ CIDH, informe 66/12 caso 12,324 “Godoy vs Argentina”, deja la duda acerca de si se puede considerar que el derecho a la revisión amplia es renunciable cuando la persona imputada contaba con la opción de escoger otro procedimiento que garantizara esa amplitud.

juzgado por conciudadanos¹², hasta si el hecho de que en el juicio por jurados la decisión adoptada mediante la discusión de doce ciudadanos legos compensa, en términos de garantía epistemológica, al derecho a la revisión amplia en los juicios de jueces técnicos¹³.

La Corte Interamericana ha abierto un interrogante al respecto a partir de su decisión en un reciente caso¹⁴ pues, si bien no abordó la cuestión del derecho a la revisión, hizo referencia a algunos aspectos del jurado vinculados a la tradición del dicho sistema. La complejidad de todas estas cuestiones justifican de por sí un estudio específico que excedería ampliamente el objeto del presente trabajo.

Existe otra circunstancia que explica también este recorte temático. En Estados Unidos, tanto las reglas federales de procedimiento (FRP) como las reglas federales de evidencia (FRE) están formuladas y pensadas desde el juicio por jurados. Es decir, en términos normativos, el juicio por jurados (*Jurytrial*) es la regla, mientras que en juicio por jueces técnicos (*Benchtrial*) es la excepción, al cual, igualmente de le aplican las mismas reglas. Si se observan las reglas de evidencia se puede advertir la forma casuística de la regulación, que expresa una severa preocupación por preservar al jurado de pruebas con bajo valor epistémico.

En Argentina, la regla es el juicio oral con jueces técnicos, el juzgamiento por jurados populares, en las provincias en la que está receptado, constituye la excepción. Nuestra regulación probatoria, a diferencia de las reglas de evidencia norteamericanas, está plasmada a partir de principios generales, no

¹² A ello se agrega que en algunos ordenamientos procesales como los de Neuquen y Chubut, el juzgamiento por jurados no es una opción del acusado son que resulta obligatorio.

¹³ HAACK, Susan, “*La justicia, la verdad y la prueba. No tan simple después de todo*” publicado en “*Debatiendo con Taruffo*”, Jordei Ferrer Beltràn y Carmèn Vazquez (coeds), Ed. Marcial Pons, pàg. 332.

¹⁴ Corte IDH, caso “VRP, VPC vs Nicaragua”, sent. 8 de marzo de 2018.

de forma casuística. No manifiestan demasiada preocupación o temor por preservar a los jueces de ciertos elementos probatorios, por el contrario, salvo las pruebas que afectan garantías individuales, se acepta todo, “confiando” en que el juez sabrá oportunamente asignarle el valor que le corresponde. Es decir, en nuestro país está invertida la relación regla/excepción y, por tal motivo, el objeto del presente trabajo está centrado en la revisión las decisiones de aquellos procesos que, normativamente, constituyen, por ahora, la “regla”, esto es, las sentencias condenatorias emitidas por jueces técnicos.

Sin perjuicio de ello, los desarrollos que se realicen en términos del concepto de verdad como garantía y las condiciones formales y materiales del uso del concepto de verdad, aplican también al sistema de enjuiciamiento por jurado popular.

CAPITULO I

LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

1. Introducción.

En la presentación del trabajo se expuso como objetivo, el análisis de la capacidad de rendimiento que puede extraerse del derecho a la revisión del fallo contenido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana y en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se ha precisado también que el interés en el rendimiento del derecho a la revisión se centrará de modo especial en las cuestiones fácticas de la sentencia.

Ahora bien, para encarar la tarea de establecer el alcance o rendimiento del derecho a la revisión del fallo es necesario contar con algunas reglas que ordenen la labor en función de algún criterio. Cuáles son las reglas, de dónde se obtienen y cuáles son los criterios ordenadores de las mismas es lo que se abordará a continuación.

2. La Convención de Viena.

Nos encontramos en el ámbito del derecho internacional y, específicamente, en el derecho internacional de los derechos humanos. El derecho internacional de los tratados tiene reglas de interpretación propias que se encuentran positivizadas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Esas reglas, pensadas en su oportunidad para los instrumentos que regulaban las relaciones entre Estados firmantes, deben ser adaptadas a la especificidad de los tratados de derechos humanos que, a diferencia de los demás, regulan las relaciones entre los Estados y las personas bajo su jurisdicción. A ello se suman las reglas interpretativas exclusivas del derecho internacional de los derechos humanos.

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece los siguientes criterios:

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos;

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del

tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

La regla del artículo 27 que establece la imposibilidad de que el Estado se ampare en el derecho interno para incumplir una obligación derivada de un tratado debe ser extendida a la interpretación de las cláusulas mismas del tratado. En este sentido, un Estado tampoco puede invocar el derecho interno para interpretar una norma de un tratado de un modo más limitado. Luego se verá que esta derivación del artículo 27 se plasma en las reglas de interpretación positivizadas en los mismos tratados de derechos humanos.

La Convención de Viena menciona que los tratados deben interpretarse de buena fe, criterio que suele estar referenciado al artículo 2.2 de la Carta de la Naciones Unidas que establece que *Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.*

Continúa señalando que la interpretación debe ser conforme el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado (interpretación gramatical semántica). Es decir, sólo se puede dar a un término un sentido especial cuando conste que esa ha sido la intención. A su vez, la determinación de lo que es el “sentido corriente” puede estar corregido por los criterios

subsiguientes, es decir, en el “contexto” (interpretación sistemática) de los términos del tratado y de acuerdo a su “objeto y fin” (interpretación finalista)¹⁵.

El contexto del tratado incluye tanto el texto como el preámbulo en donde suelen encontrarse plasmadas las preocupaciones que conducen a los Estados Partes a la celebración y los objetivos que los mismos buscan mediante el acuerdo. Vinculado al contexto pueden mencionarse lo que la Convención de Viena denomina criterios de interpretación complementarios, entre los que incluye los trabajos preparatorios, estos es, anteproyectos, conferencias, etc.

Por último, mediante la exigencia de que la interpretación sea conforme el objeto y fin del tratado, se procura evitar interpretaciones que distorsionen, desvirtúen o neutralicen las finalidades del Tratado. Con base en este criterio teleológico se suele hacer referencia también al *efecto útil* del tratado, es decir, a su efectividad.

Estas son reglas generales de interpretación de tratados internacionales, las cuales, como ya se mencionó, deben ser adaptadas a la especificidad de los tratados de derechos humanos. En este sentido, lo que redirecciona todos los criterios de interpretación es la especificidad del objeto y fin de este tipo de instrumentos: la protección de la persona.

3. El principio *pro homine*.

Los tratados de derechos humanos no son tratados multilaterales en los cuales los Estados se realizan concesiones recíprocas para beneficio mutuo sino,

¹⁵ AMAYA VILLARREAL, Álvaro Francisco, “*El principio pro homine: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado*”. AGUIRRE ARANGO, José Pedro, “*La interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos*”.

como señaló la Comisión Europea en su oportunidad, establecer un orden público común de las democracias libres¹⁶. La Corte Interamericana ha sostenido que *al aprobar estos tratados de derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*¹⁷. *Se inspiran en valores superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo y tienen una naturaleza especial que los diferencia de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los estados parte y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno*¹⁸.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 29 establece:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*

¹⁶ Comisión Europea "Austria vs Italia" Application N° 788/60.

¹⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva 02/82, del 24 de septiembre de 1982.

¹⁸ Corte IDH, caso "Ivcher Bronstein vs Ecuador", sentencia de 24 de septiembre de 1999.

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El artículo 29 establece una serie de supuestos para resolver potenciales conflictos interpretativos: entre cláusulas de la misma Convención; entre cláusulas de la Convención y el derecho interno del Estado; entre la Convención y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. El criterio ante estas eventuales conflictividades normativas es siempre el mismo: se aplica la norma o la interpretación que más derecho reconoce o la que menos limitaciones impone, conocido como la *cláusula del individuo más favorecido*¹⁹. De aquí deriva el criterio hermenéutico por excelencia en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos: *el principio pro homine*.

El principio pro homine ha sido definido por Mónica Pinto como un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos²⁰.

Este principio, propio del derecho de los derechos humanos, junto al criterio del derecho de los tratados relativo al objeto y fin aplicado a los instrumentos de derechos humanos, impregnan toda la labor interpretativa en la materia. Como se dijo, el objeto y fin de los tratados de derechos humanos es la protección de

¹⁹ AYALA CORAO, Carlos, *“El derecho de los derechos humanos (La convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos). Memoria del V Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional*, 1ra edición, Instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

²⁰ PINTO, Mónica, *“El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”*.

la persona, por lo tanto, toda interpretación de un tratado de derechos humanos para ser conforme a su objeto y fin debe ser *pro persona*²¹. La Corte Interamericana ha señalado que el objeto y propósito de la Convención es la protección del ser humano, lo que requiere que los Estados garanticen y respeten los derechos contenidos en este, para que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas (*effet utile*)²².

La Corte ha enfatizado también que *“la aplicación correcta de la Convención Americana contribuye a tornar una realidad los derechos por ella protegidos, los cuales, a su vez, sirven a un propósito concreto (effet utile, principio de la efectividad), el de la protección eficaz de los derechos humanos. Cualquier interpretación en sentido contrario minaría la realización del objeto y propósito de la Convención Americana”*²³.

Es decir, sea por el artículo 29 de la Convención Americana o por el artículo 31 de la Convención de Viena²⁴, el criterio hermenéutico dirimente en materia de derechos humanos es el principio *pro homine o pro persona*. Todos los demás adquieren carácter complementario y se subordinan en la adopción de la solución final a aquel. Esto significa que se puede recurrir al sentido corriente de los términos o al contexto si la solución que deriva de la aplicación de los mismos es la que mayores derechos o mayor extensión al derecho reconoce. En relación al sentido corriente de los términos, la Corte Interamericana ha

²¹ MEDINA QUIROGA, Cecilia *“Las obligaciones de los Estados bajo Convención Americana sobre derechos humanos”*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de siglo después: 1979-2004. 1ra edición, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 2005.

²² Corte IDH, caso “Baldeón García vs. Perú”, sent. de 6 de abril de 2006.

²³ Corte IDH, Medidas Provisionales respecto de la República de Trinidad y Tobago, resolución del 25 de mayo de 1999, voto concurrente de Canção Trindade.

²⁴ GROSS ESPIEL, Héctor *“Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia”*, Pág 235 y sgtes.

señalado que *no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado*²⁵.

A su vez, es posible entender que el criterio teleológico que refiere al objeto y fin puede y debe a su vez particularizarse en el derecho humano específico que se esté analizando. La Corte Interamericana ha señalado que el derecho al debido proceso debe ser analizado de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana. Específicamente ha señalado que, en el caso de la jurisdicción militar, el Estado *“no respetó los parámetros de excepcionalidad y el carácter restrictivo que caracteriza a la jurisdicción castrense, ya que dicha jurisdicción no era competente para conocer de tales hechos, todo lo cual contravino el principio de juez natural que forma parte del derecho a un debido proceso y del acceso a la justicia”*²⁶.

En el caso del presente trabajo, la norma de tratado cuyo alcance se pretende establecer es el derecho a la revisión del fallo condenatorio, el cual ha sido considerado como una garantía contra el error judicial. En ese sentido, el objeto y fin de la norma en cuestión es evitar el error judicial a través de una revisión de la sentencia de condena, por lo tanto, la interpretación deberá ser siempre a favor de esa finalidad y garantizando el efecto útil de la misma.

El principio *pro homine* derivado del artículo 29 de la Convención Americana establece como criterio decisor de las eventuales divergencias entre normas de diferentes tratados²⁷ o entre normas de tratados y derecho interno de un

²⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva 03/1983 del 8 de septiembre de 1983.

²⁶ Corte IDH, caso “19 Comerciantes vs. Colombia”, sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 173.

²⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva 05/85 del 13 de noviembre de 1985, allí la Corte sostiene que en verdad, frecuentemente es útil [...] comparar la Convención Americana con los dispuestos en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podrá emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.

Estado o entre interpretaciones normativas divergentes, la opción a favor de la norma o interpretación más favorable al reconocimiento del derecho en análisis²⁸.

A modo de ejemplo, en relación al derecho de revisión del fallo, se han planteado en el ámbito de la Corte Interamericana algunas de las situaciones mencionadas. Así, para decidir si la cláusula de la Convención Americana garantiza el derecho a la revisión también en los casos en los que la condena proviene de una segunda instancia que revoca una absolución, la Corte rechazó la propuesta del Estado de interpretar dicha cláusula de acuerdo al protocolo del Convenio Europeo, por resultar más restrictivo del derecho²⁹. Algo similar ocurrió con los casos de aforamiento de funcionarios públicos³⁰.

En un caso en el que se analizaba el derecho al plazo razonable de duración de la prisión preventiva, si bien la Corte Interamericana sostuvo que dicha violación se debe determinar en cada caso concreto según los criterios elaborados jurisprudencialmente por ella, reconoció que un Estado Parte podía establecer en su derecho interno un plazo legal por encima del cual cualquier encierro deviene irrazonable³¹.

Una situación interesante se había planteado en relación a la prohibición de *bis in idem*, en el que una de las partes había invocado que la inteligencia que la Corte Suprema del Estado le otorgaba a dicha garantía era más amplia que la reconocida por la Corte Interamericana, ya que aquella impedía también la posibilidad de realizar un segundo juicio válido en el marco del mismo proceso.

²⁸ SALVIOLI, Fabián, “*La interpretación pro homine y las obligaciones generales de los Estados*”. Conferencia dictada el 17 de julio de 2007 durante el XXV curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica.

²⁹ Corte IDH, caso “Mohamed vs. Argentina”, sent. 23 de noviembre de 2012.

³⁰ Corte IDH, caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, sent. 17 de noviembre de 2009.

³¹ Corte IDH, caso “Bayarri vs Argentina”, sent. 30 de octubre de 2008.

Lamentablemente, la Corte Interamericana no se pronunció al respecto porque entendió que la parte que invocaba ese alcance no había demostrado lo que alegaba, en la medida en que había omitido acompañar la jurisprudencia interna que acreditaba su posición³².

La Convención Americana reconoce la potestad de los Estados para reglamentar los derechos contenidos en dicho instrumento. En el caso del derecho a la revisión del fallo, si bien se acepta que los Estados cuentan con un margen de apreciación para desarrollar esa tarea, se debe tener en cuenta que toda regulación es, en si misma, una limitación al ejercicio del derecho, por lo que, la interpretación que de dicha regulación se realice debe ser siempre restrictiva, controlando la necesidad de la misma, que se trate de un criterio válido de restricción y que no sea contrario al objeto y fin del derecho y a su efecto útil³³. Al respecto, resulta ilustrativa la insistencia de la Corte Interamericana en señalar que las exigencias formales que se impongan en el derecho interno al regular el derecho a la revisión del fallo deben ser mínimas³⁴.

4. El principio evolutivo.

El derecho internacional de los derechos humanos no es considerado una empresa concluida, ni siquiera que pueda ser concluida en algún momento. Por el contrario, se trata de un ámbito dinámico, en constante transformación y modificación, lo cual determina que uno de sus rasgos definitorios sea el carácter inacabado.

³² Corte IDH, caso "Mohamed vs Argentina", sent. 23 de noviembre de 2012.

³³ PINTO, Mónica, *"El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos"*.

³⁴ Corte IDH, caso "Norín Catrimán y otros vs Chile", sent. 29 de marzo de 2014.

Se suele señalar que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, debiendo ser dicha interpretación evolutiva consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados³⁵.

El carácter evolutivo debe ser entendido en términos de progresividad en el reconocimiento de los derechos humanos, tanto en el sentido de amplificar el número de derechos como en el de otorgar interpretaciones que amplíen el alcance de los ya reconocidos. Es decir, la necesidad de acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida no podría nunca justificar una regresión en materia de derechos humanos.

De acuerdo a las reglas generales, al interpretar un tratado se debe tomar en cuenta el sistema dentro del cual se inscribe el mismo, de conformidad con el inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena. Por lo cual, en materia de derechos humanos se debe tener en consideración el carácter evolutivo que rige en dicho ámbito como interpretación progresiva de los instrumentos de protección³⁶.

El criterio de interpretación evolutiva le ha permitido a la Corte Interamericana establecer un alcance a ciertos derechos que seguramente no era aquel que se encontraba en la gestación del instrumento. De este modo, pudo incorporar dentro del derecho a la propiedad el reconocimiento de la modalidad de la propiedad comunitaria, propia de las comunidades originarias de América. Del mismo modo, le permitió a la Corte establecer un salto cualitativo en el reconocimiento del derecho a la vida, abandonando la protección de carácter

³⁵ Corte IDH, caso "Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay", sent. 17 de junio de 2005.

³⁶ Corte IDH, caso "Tibi vs. Ecuador", sent. 7 de septiembre de 2004.

estrictamente biológico para avanzar hacia un reconocimiento de la vida digna³⁷.

En relación al derecho a la revisión del fallo condenatorio, el mismo se inserta dentro de la metagarantía que es el debido proceso o proceso justo. En este contexto, los diseños de procedimiento penal se suelen encontrar cíclicamente en procesos de reformas que, en principio, deberían tender hacia un reconocimiento cada vez mayor de las garantías convencionales. En atención a ello, el principio evolutivo debería posibilitar el acompañamiento de esos procesos de modo tal que los mecanismos de supervisión de las sentencias de condena sean cada vez más efectivos en el escrutinio de los errores judiciales.

5. El control de convencionalidad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos integra expresamente nuestro texto constitucional desde 1994. En esa medida, además de ser materia federal, siempre que se ejerza por nuestros tribunales el “control de constitucionalidad”, también estarán comprendidas las cláusulas convencionales en esa tarea. Es decir, siempre que el “control de constitucionalidad” se refiera a Derechos Fundamentales, ese control deberá abarcar los derechos contenidos en la Convención Americana, así como otros instrumentos receptados por nuestra Carta Magna en su art. 75 inc. 22.

Más allá de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de aplicación de la Convención, ha señalado reiteradamente la necesidad de ejercer también un “control de convencionalidad”. Así, en un primer momento,

³⁷ Corte IDH, caso “Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, sent. 19 de noviembre de 1999.

ha dicho que: *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*³⁸.

En otra oportunidad señaló que *“...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana...”*³⁹.

Posteriormente, la Corte ha señalado en relación al Comité Judicial del Consejo Privado de Barbados que el mismo *“no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley era también “convencional”*⁴⁰.

La Corte Interamericana, en los casos mencionados, luego de sostener lo antes transcripto, agrega que: *“El Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*⁴¹.

³⁸ Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sent. 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

³⁹ Corte IDH, caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, sent. 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

⁴⁰ Corte IDH, caso “Boyce y otros vs. Barbados”, sent. 20 de noviembre de 2007, párr. 78.

⁴¹ Corte IDH casos “Almonacid Arellano vs Chile”, sent. 26 de septiembre de 2006, párr. 124; caso “Boyce y otros vs. Barbados”, sent. 20 de noviembre de 2007, párr. 76.

Al sostener que dicho control debe ser efectuado no sólo teniendo en cuenta la letra de la Convención sino la interpretación que de la misma ha hecho ese Tribunal como “intérprete final”, significa que el “control de convencionalidad” debe ser llevado a cabo por los jueces con el mismo alcance que le otorga la Corte Interamericana y, por lo tanto, ningún órgano judicial interno podría adoptar en dicha tarea criterios más restrictivos que los elaborados por el “intérprete final” de la Convención.

La Corte ha sostenido que *el fin último de la Convención Americana es la protección eficaz de los derechos humanos y, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la misma, los Estados deben dotar a sus disposiciones de un efecto útil (effet utile), lo cual implica la implementación y cumplimiento de las resoluciones emitidas por sus órganos de supervisión*⁴².

La tarea que la Corte le encomienda a los jueces locales en relación al control de convencionalidad debe ser entendida en el marco de las obligaciones que el artículo 2 de la Convención impone a los Estados partes de adoptar medidas de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades allí consagrados. En esta labor, los jueces locales deben regirse por las reglas interpretativas antes señaladas.

Esto significa que deben tener en consideración el objeto y fin del tratado y del derecho específico involucrado y el *effet utile* del mismo. Por lo tanto entre dos interpretaciones posibles tanto de la cláusula convencional como del derecho interno que regula esa cláusula, el principio *pro homine* obliga a optar por la menos restrictiva. Para esto debe tener en consideración el alcance que la Corte Interamericana le haya otorgado al derecho en cuestión. Sin embargo,

⁴² Corte IDH, medidas provisionales, Penitenciarías de Mendoza, resolución del 22 de noviembre de 2004.

en virtud del artículo 29 de la Convención, el juez local no podría invocar la jurisprudencia de la Corte Interamericana para aplicar un criterio más restrictivo que el ya reconocido por la legislación o la jurisprudencia interna. Tampoco podría el juez pretender invocar un criterio de otro órgano de supervisión de un tratado de derechos humanos aplicable al Estado parte, si ese criterio es más restrictivo que el empleado por la Corte Interamericana o viceversa. En definitiva, no puede recurrirse a los instrumentos de derechos humanos para restringir derechos.

CAPITULO II

EL DERECHO A LA REVISIÓN: LA GARANTÍA.

1. Genealogía del derecho.

El derecho a la revisión no se encontraba en el proyecto de Pacto de la Comisión de Derechos Humanos, sino que se basó en una moción hecha por el Estado de Israel, en la tercera reunión del Comité de la Asamblea General en 1959.

El delegado israelí Baror se limitó a insistir en la intención de que se reconozca un derecho de apelación. El proyecto original de Israel contemplaba una excepción para los delitos menores, posteriormente incorporados a propuesta de Ceilán, entendiéndose que ello podía ser regulado por la legislación interna de cada país.

En el caso del Sistema Interamericano, la segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro entre el 17 y 30 de noviembre de 1965, mediante Resolución XXIV encomendó al Consejo de la Organización que actualizara y completara el Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, tomando en cuenta los proyectos de Convención elaborados por los gobiernos de Chile y Uruguay y oyendo el criterio de la Comisión Interamericana.

Por resolución del 1º de mayo de 1968, el Consejo encomendó a la Comisión Interamericana la redacción de un texto revisado y completo de Anteproyecto de Convención, el cual fue finalmente transmitido el 18 de julio de 1968 al Consejo. En virtud de ello, el Consejo resolvió con fecha 2 de octubre de 1968 convocar a una Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos para considerar el Proyecto de Convención, a celebrarse del 1 al 30 de septiembre de 1969, en la ciudad de San José de Costa Rica.

El proyecto de la Comisión establecía en su artículo 7.2 que *el proceso debido, en materia penal, abarcará las siguientes garantías mínimas: i) Derecho de recurso ante tribunal superior del fallo de primera instancia*”.

Cuando se trata el texto del artículo 7 durante la séptima Sesión de la Comisión “I”, celebrada el 13 de noviembre de 1969, en el marco de la Conferencia, el Delegado de Ecuador, Juan Isaac Lovato, manifiesta que en relación con este inciso, en algunos países hay dos instancias, pero puede ser que en otros haya hasta tres. Por lo tanto sugiere que se diga *“Derecho a recurrir del fallo ante tribunal superior”*, proposición que fue sometida a votación y aprobada.

El proyecto de artículos de la Comisión “I” (arts. 1-33) y de la Comisión de Estilo, pasó el texto al artículo 8 inc. g, y quedó redactado como *“Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”*. Finalmente, la norma pasó al inciso h del artículo 8.

2. Pronunciamientos de los Órganos Internacionales.

En este apartado se expondrá el desarrollo que ha tenido el derecho a la revisión del fallo, contenido tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana de Derechos Humanos, a través de los órganos de aplicación de dichos Tratados.

Se tratarán por separado cada uno de los órganos, intentando una caracterización del derecho de modo general y luego, se expondrán algunos casos en los que dichos órganos se han pronunciado, sin pretender, sobre todo respecto del Comité del Pacto, agotar la casuística.

Si se analizan los pronunciamientos de modo cronológico, se puede observar que existe un dialogo entre los órganos de los diferentes sistemas de protección que va impulsando de modo conjunto el desarrollo progresivo del alcance del derecho. En este sentido, se observa que los órganos del sistema interamericano, invocan con bastante frecuencia las decisiones del Comité de Derechos Humanos y traspolan los estándares elaborados por éste.

De todos modos, no resultaría arbitrario afirmar que el Sistema interamericano, a través de la Comisión y de la Corte Interamericana, es el que ha efectuado el desarrollo más sustancial en relación al derecho a la revisión del fallo condenatorio.

Se ha omitido expresamente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por considerar que, debido a la incorporación tardía del derecho a través del Protocolo 7 como también a las limitaciones con las que se lo contempla, se encuentra rezagado en relación a los órganos del sistema universal y del sistema interamericano, sin dejar de reconocer el desarrollo jurisprudencial que dicho tribunal ha realizado a partir del derecho a un juicio justo en temas vinculados al derecho a la revisión, como en otros apartados se mencionarán.

3. Comité de Derechos Humanos.

3.1. Caracterización del derecho al recurso.

El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto dispone 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 prescrito por la ley.

Como demuestran las versiones en los diferentes idiomas ("crime", "infracion", "delito"), la garantía no se limita a los delitos más graves⁴³. El Comité señala que no importa la nomenclatura del recurso, sino que el mismo cumpla con los elementos que exige el Pacto⁴⁴.

Para el Comité, el recurso de revisión (lo que nosotros conocemos como acción de revisión en nuestros ordenamientos) es aplicable únicamente a sentencias que ya sean ejecutables, constituye un medio extraordinario de apelación que depende de facultades discrecionales del tribunal y, por ende, no satisface el derecho del artículo 14.5 del Pacto⁴⁵.

El fallo y la pena deben poder ser revisados íntegramente y la revisión que se limita a los aspectos formales o legales de la sentencia no cumple con el alcance de la garantía que exige el párrafo 5 del art. 14 del Pacto⁴⁶.

La mencionada cláusula del Pacto supone el derecho a una revisión de hecho y de derecho por un tribunal superior⁴⁷. Aún cuando el Pacto deja en libertad a los Estados para fijar las modalidades del recurso, impone la obligación de revisar a fondo la sentencia y la condena, desde el punto de vista de la suficiencia de las pruebas y desde el punto de vista de la ley, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza del asunto⁴⁸.

⁴³ Comité de DDHH del PIDCyP, Observación General nº 32, párr. 45.

⁴⁴ Com. Nº 701/1996, "Cesario Gómez Vazquez c. España", 20 de julio de 2000, párr. 11.1.

⁴⁵ Com. Nº 1100/2002, "Yuri Bandajevsky c. Belarus", 18 de abril de 2006, párr. 10.3. Com. Nº 2120/2011, "Lyubov Kovaleva y otros c. Belorus", 2 de noviembre de 2012, párr. 11.6.

⁴⁶ Com. Nº 701/1996, "Cesario Gómez Vazquez c. España", 20 de julio de 2000, párr. 11.1. Com. 986/2001, "Joseph Semey c. España", 30 de julio de 2003, 9.1. Com. Nº 1007/2001, "Manuel Sineiro Fernandez c. España", 19 de septiembre de 2003, párr. 7.

⁴⁷ Com. Nº 836/1998, "Kestutis Gelazauskas c. Lituania", 17 de marzo de 2003, párr. 7.2.

⁴⁸ Com. Nº 973/2001, "Maryam Khalilova c. Tajikistán", 13 de abril de 2005, párr. 7.5. Com. Nº 985/01, "Kholinisso Aliboev c. Tajikistán", 6 de noviembre de 2005, párr. 6.5. Com. Nº 1100/2002, "Yuri Bandajevsky c. Belarus", 18 de abril de 2006, párr. 10.3. Com. Nº 1542,

Si bien el artículo 14, párrafo 5, no requiere que se realice un nuevo juicio o audiencia, el tribunal que lleve a cabo la revisión debe poder analizar los hechos de la causa, incluida la prueba de cargo. Esto implica no sólo examinar la legalidad de la prueba sino también su valor probatorio⁴⁹, no pudiendo el tribunal revisor limitar el examen a si las conclusiones a que llega el tribunal de primera instancia son o no arbitrarias⁵⁰. Para el Comité, una revisión judicial del fallo y la condena que se realiza sin audiencia pública no reúne los requisitos del artículo 14.5⁵¹.

El recurso de reposición tampoco cumple el derecho a que el fallo y la condena de una persona sean revisadas por un tribunal superior que se prevé en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto⁵².

El Comité señala que la expresión “conforme a la ley” contenida en el artículo 14.5 no tiene por objeto dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados partes. Al contrario, lo que debe entenderse por tal expresión son las modalidades de acuerdo con las cuales la revisión por un tribunal superior debe llevarse a cabo⁵³.

“Abdeel Keerem Hassan Aboushanif c. Noruega”, 2 de septiembre de 2008, párr. 7.2. Com. N° 2120/2011, “Lyubov Kovaleva y otros c. Belarus”, 2 de noviembre de 2012, párr. 11.6.

⁴⁹ Com. N° 1363/2005, “Gerardo Gayoso Martínez c. España”, 23 de noviembre de 2009, párr. 9.3. Comité de DDHH del PIDCyP, Observación General n° 32, párr. 45.

⁵⁰ Com. N° 1101/2002, “José María Alba Cabriada c. España”, 15 de noviembre de 2004, párr. 7.3.

⁵¹ Com. N° 623-627/1995, “Victor P. Domukovsky y otros c. Georgia”, 29 de mayo de 1998, párr. 18.11.

⁵² Com. N° 836/1998, “Kestutis Gelazauskas c. Lituania”, 17 de marzo de 2003, párr. 7.2.

⁵³ Com. 1095/2002, “Bernardino Gomariz Varela c. España”, 22 de julio de 2005, párr. 7.7. Comité de DDHH del PIDCyP, Observación General n° 32, párr. 45.

Capacidad de rendimiento del derecho a la revisión del fallo

La circunstancia de que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por un tribunal de segunda instancia queda amparada dentro del alcance del derecho a la revisión del fallo y la pena⁵⁴.

El hecho de que en ciertas ocasiones, una persona, en razón de su cargo, sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, no puede menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal⁵⁵.

El Comité ha considerado de modo conjunto los derechos contenidos en el apartado c) del párrafo 3 y en el párrafo 5 del art. 14 del Pacto, en el sentido de que confieren el derecho a la revisión judicial sin demora. Si bien no ha establecido un plazo, consideró que una demora de cuatro años y tres meses, salvo circunstancias excepcionales, era injustificadamente larga⁵⁶.

El tribunal que tiene a su cargo la revisión del fallo y de la pena debe motivar debidamente su decisión pues es la única forma de saber si realmente procedió a reexaminar la sentencia⁵⁷.

⁵⁴ Com. 1095/2002, "Bernardino Gomariz Varela c. España", 22 de julio de 2005, párr. 7.7. Com. 1381/2005, "Jaques Hachuel Moreno c. España", 11 de septiembre de 2007, párr. 7.2. Comité de DDHH del PIDCyP, Observación General n° 32, párr. 45. El Comité adopta una postura diferente en caso de que el tribunal revisor aumente la pena impuesta en primera instancia sin modificar "de manera esencial la caracterización del delito, sino que refleja que la valoración por parte del Tribunal de la gravedad de las circunstancias del delito conllevaba la imposición de una pena mayor", Com. N° 1156/2003, "Rafael Perez Escolar c. España", 28 de marzo de 2006, párr. 9.2.

⁵⁵ Com. 1073/2002, "Jesús Terrón c. España", 5 de noviembre de 2004, párr. 7.4. Comité de DDHH del PIDCyP, Observación General n° 32, párr. 45.

⁵⁶ Com. N° 818/1998, "Sandy Sextus c. Trinidad y Tobago", 16 de Julio de 2001, párr. 7.3. Com. N° 580/1994, "Glen Ashby c. Trinidad y Tobago", 21 de marzo de 2002, párr. 11. Com. N° 845/1998, "Rawle Kennedy c. Trinidad y Tobago", 26 de marzo de 2002, párr.7.5. Comité de DDHH del PIDCyP, Observación General n° 32, párr. 49.

⁵⁷ Com. N° 1542, "Abdeel Keerem Hassan Aboushanif c. Noruega", 2 de septiembre de 2008, párr. 7.2.

El derecho a la revisión del fallo condenatorio sólo puede ejercerse efectivamente si la persona declarada culpable tiene derecho a acceder a un dictamen debidamente motivado y por escrito en el tribunal de primera instancia y, como mínimo, en el primer tribunal de apelación cuando el derecho interno prevea varias instancias de apelación⁵⁸, también a otros documentos, como la transcripción de las actas del juicio, que sean necesarios para que pueda ejercer efectivamente el derecho a apelar. La negativa de un tribunal a entregar al acusado y su defensor copia íntegra de las actas del juicio importa una violación al art. 14.5 del Pacto⁵⁹.

3.2. Los casos ante el Comité.

Cesario Gómez Vázquez.

Gómez Vázquez fue condenado por la Audiencia provincial de Toledo de España a la pena de 12 años de prisión como autor de asesinato en grado de frustración. Contra esa sentencia sólo procedía recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual, en el caso, fue presentado y rechazado.

El tribunal revisor fundamentó su decisión en relación a los agravios en que “siendo también de destacar, en este orden de cosas, que tales pruebas corresponden ser valoradas de modo exclusivo y excluyente por el tribunal a quo”, “el recurrente, por tanto, reconoce la existencia de múltiples pruebas de cargo y sus razonamientos únicamente se concretan en interpretarlas a su modo y manera, dialéctica impermisible cuando se alega este principio de presunción de inocencia, pues si tal se aceptase sería tanto como desnaturalizar el recurso de casación convirtiéndolo en una segunda instancia”.

⁵⁸ Com. 233/1988, “Henry c. Jamaica”, 1 de noviembre de 1991, párr. 8.4.

⁵⁹ Com. N° 622/1995, “Peter Lumley c. Jamaica”, 30 de abril de 1999, párr. 7.5. Comité de DDHH del PIDCyP, Observación General n° 32, párr. 49.

En cuanto a la denuncia relativa al principio in dubio pro reo, el tribunal respondió que “olvida la parte recurrente que este principio no puede tener acceso a la casación por la razón obvia de que ello supondría valorar nuevamente la prueba, valoración que, como he dicho y repetido, no es admisible”.

El Comité consideró que al no garantizar el recurso de casación una revisión íntegra del fallo y la pena, el Estado violó el art. 14.5 del Pacto⁶⁰.

Anthony B. Mansaraj y otros.

Los autores de las comunicaciones eran miembros o ex miembros de las fuerzas armadas de la República de Sierra Leona y habían sido acusados, entre otros delitos, de traición y omisión en la represión de motines. Fueron declarados culpables por el Consejo de Guerra de Freetown y condenados a muerte el 12 de octubre de 1998. No hubo derecho de apelación. Los días 13 y 14 de octubre de 1998, el Relator Especial sobre nuevas comunicaciones había solicitado al Gobierno la suspensión de las ejecuciones mientras el Comité las estudiaba. El 19 de octubre de 1998 un pelotón de fusilamiento ejecutó a 12 de los 18 condenados.

El Comité consideró que el Estado parte había violado el párrafo 5 del art. 14 del Pacto y por consiguiente, también el art. 6 que protege el derecho a la vida pues, de su párrafo 2 se desprende que sólo puede aplicarse dicha pena capital cuando se han respetado todas las garantías procesales, entre ellas el derecho de apelación⁶¹.

⁶⁰ Comité DDHH, comunicación n° 701/1996, del 11 de agosto de 2000.

⁶¹ Com. N° 839, 840 y 841/1998, “Anthony B. Mansaraj y otros c. Sierra Leona”, 16 de julio de 2001, párr. 5.6.

Sandy Sextus.

Sextus fue detenido el 21 de septiembre de 1998 como sospechoso de haber cometido asesinato. El 25 de julio de 1990 fue declarado culpable por decisión unánime del jurado y sentenciado a muerte por el cargo de asesinato. Después de más de cuatro años y siete meses, el tribunal de apelaciones denegó la solicitud del autor de recurrir el caso. El 10 de octubre de 1996, el Comité Judicial del Consejo Privado de Londres rechazó la solicitud del autor de autorización especial para recurrir de la condena y la pena. En enero de 1997, la pena de muerte fue conmutada por 75 años de prisión.

El Comité consideró que el Estado violó el art. 14 párrafo 3 ap. c) y párrafo 5 del Pacto⁶².

Bernardino Gomariz Varela.

Varela fue imputado del delito de apropiación indebida. Con fecha 16 de mayo de 1996 el juzgado de lo penal nº 2 de Murcia absolvió al acusado. La empresa querellante interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial hizo lugar y condenó a Gomariz Varela por el delito de apropiación indebida a la pena de cinco meses de arresto. El acusado interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual fue desestimado.

El Estado parte rechazó los alegatos indicando que el derecho al doble grado de jurisdicción no puede interpretarse al absurdo, como el derecho al doble grado del doble grado del doble grado, e invocó el párrafo 2 del Protocolo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, según el cual, el derecho a la doble instancia puede estar sujeto a excepciones en casos en que la persona

⁶² Com. Nº 818/1998, "Sandy Sextus vs Trinidad y Tobago", dictamen del 01 de agosto de 2001.

haya sido condenada después de una apelación en contra de su absolución en primera instancia. El Estado agregó que el párrafo 5 del art. 14 del Pacto no puede ser entendido como una prohibición de utilizar recursos para las partes acusadoras⁶³.

El Comité señaló que la circunstancia de que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva por el Estado parte, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de la sentencia⁶⁴.

Lyubova Kovaleva y otros.

El 30 de noviembre de 2011, el Tribunal Supremo de Belarús declaró culpable al Sr. Vladislav Kovalev de la comisión de los siguientes delitos: vandalismo con circunstancias agravantes; destrucción y daño intencionales de bienes llevados a cabo con medios peligrosos; adquisición, porte, almacenamiento y venta ilícitos de explosivos; almacenamiento, porte y transporte de un artefacto explosivo, actos llevados a cabo reiteradamente por un grupo de personas previamente concertadas para ello; no denunciar la preparación de un delito particularmente grave ni a su autor ni el paradero de este; y complicidad en la comisión de actos terroristas con resultado de muerte y lesiones graves o de otra índole, en particular daños a gran escala u otras consecuencias graves. Esos delitos se habrían cometido entre 2000 y 2011, incluido el de ser cómplice de otro acusado, el Sr. K., en la perpetración de atentados terroristas el 11 de abril de 2011 en la estación de metro Oktyabrskaya de la ciudad de Minsk. Fue condenado a muerte por fusilamiento. Las autoras de la comunicación afirmaron que no cabía recurso contra la decisión del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2011. El 7 de diciembre de ese año, el Sr.

⁶³ Com. 1095/2002, "Bernardino Gomariz Varela c. España", 22 de julio de 2005, párr. 4.4.

⁶⁴ Com. 1095/2002, "Bernardino Gomariz Varela c. España", 22 de julio de 2005, párr. 7.7.

Kovalev presentó una solicitud de indulto al Presidente de Belarús. Las autoras sostuvieron que, dado que tanto la solicitud de revisión de la sentencia como la de indulto son procedimientos discrecionales, habían agotado todos los recursos internos disponibles y efectivos⁶⁵.

El Sr. Kovalev fue condenado a muerte en primera instancia por el Tribunal Supremo el 30 de noviembre de 2011 y en la sentencia se indicó que era firme y que contra ella no cabía recurso. Si bien el Sr. Kovalev utilizó el mecanismo del recurso de revisión, el Comité observó que la revisión era aplicable únicamente a sentencias que ya ejecutables y, por tanto, constituía un medio extraordinario de apelación que dependía de facultades discrecionales del tribunal o del fiscal. Señaló que la revisión, cuando tenía lugar, se limitaba exclusivamente a cuestiones de derecho y no permitía revisar hechos o pruebas, por lo que no podía ser calificada de recurso a los efectos del artículo 14, párrafo 5. El Comité recordó a este respecto que, aun cuando el sistema de recurso tal vez no sea automático, el derecho a recurrir que reconoce el artículo 14, párrafo 5, impone al Estado parte la obligación de revisar a fondo la sentencia y la condena, desde el punto de vista de la suficiencia de las pruebas y desde el punto de vista de la ley, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza del asunto. En ausencia de una explicación del Estado parte, el Comité entendió que la posibilidad de recurrir la sentencia del Tribunal Supremo, dictada en primera instancia, no se ajustaba a lo dispuesto en el artículo 14, párrafo 5⁶⁶.

⁶⁵ Com. Nº 2120/2011, “Lyubov Kovaleva y otros c. Belorus”, 2 de noviembre de 2012, párr. 2.3.

⁶⁶ Com. Nº 2120/2011, “Lyubov Kovaleva y otros c. Belorus”, 2 de noviembre de 2012, párr. 11.6.

Jesús Terrón.

El autor era diputado de las Cortes de Castilla-la Mancha. Fue juzgado por el Tribunal Supremo y condenado el 6 de octubre de 1994 por un delito de falsedad en documento privado a dos años de prisión y a pagar una indemnización de cien mil pesetas. El autor no interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por considerarlo fútil, en vista de la reiterada jurisprudencia del Tribunal denegando dicho recurso cuando se interponía para revisar los hechos establecidos en las sentencias de tribunales ordinarios⁶⁷.

El Estado Parte argumentó que el artículo 14, párrafo 5, del Pacto no es aplicable cuando un individuo es juzgado en primera instancia por el tribunal de la más alta jurisdicción, como el Tribunal Supremo, en razón de la situación personal del acusado. El Estado consideró que el juzgamiento en única instancia por el más alto tribunal de jurisdicción ordinaria era consecuencia de una circunstancia puramente objetiva, consistente en ocupar un determinado cargo público. Estimó, asimismo, que la inexistencia de revisión de la condena se equilibraba con el enjuiciamiento por el tribunal de más alta jurisdicción. Según el Estado Parte, el autor nunca se opuso a ser juzgado en única instancia y sólo lo hizo una vez que fue condenado. Finalmente, el Estado Parte argumentó que en caso de infracciones mínimas resultaba contraproducente el establecimiento de un procedimiento de revisión ante un tribunal superior, debido al coste económico que ello acarrea y a la innecesaria prolongación del proceso, citando al respecto el artículo 2, párrafo 2, del Protocolo nº 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que exonera la revisión en el caso de delitos menores⁶⁸.

El Comité señaló que es cierto que el texto en español del párrafo 5 del artículo 14 se refiere a “*un delito*”, mientras que el texto en inglés se refiere a un

⁶⁷ Com. 1073/2002, “Jesús Terrón c. España”, 5 de noviembre de 2004, párr. 2.1-2.2.

⁶⁸ Com. 1073/2002, “Jesús Terrón c. España”, 5 de noviembre de 2004, párr. 4.3-4.6.

“*crimen*” (“*crime*”), y el texto en francés a “*una infracción*” (“*une infraction*”), pero consideró, sin embargo, que la condena impuesta al autor era suficientemente seria, en cualquier circunstancia, para justificar una revisión por un tribunal superior.

El Comité sostuvo que no podía compartir el argumento del Estado relativo a que el acusado no había objetado el procedimiento, dado que el juzgamiento del autor por el Tribunal Supremo no era un hecho que dependiera de la voluntad del mismo sino que estaba establecido por la ley procesal penal del Estado Parte.

El Comité señaló que si bien la legislación el Estado Parte disponía en ciertas ocasiones que una persona, en razón de su cargo, sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no podía por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal. Por consiguiente, el Comité concluyó que se había violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación⁶⁹.

José María Alba Cabriada.

El 4 de abril de 1997, la Audiencia Provincial de Cádiz condenó al autor por un delito contra la salud pública a 10 años y un día de prisión, suspensión de cargo público y al pago de una multa de ciento veinte millones de pesetas⁷⁰.

El autor interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando la violación de su derecho a la presunción de inocencia y el error en la apreciación de la prueba. El 27 de enero de 1999, el Tribunal Supremo

⁶⁹ Com. 1073/2002, “Jesús Terrón c. España”, 5 de noviembre de 2004, párr. 7.2-7.4.

⁷⁰ Com. Nº 1101/2002, “José María Alba Cabriada c. España”, 15 de noviembre de 2004, párr. 2.1.

rechazó el recurso de casación, indicando que le correspondía únicamente examinar si existían indicios plurales y debidamente comprobados, que fueran concomitantes, que estuvieran interrelacionados y que la racionalidad de la inferencia o deducción efectuada por el tribunal de instancia se basara en las reglas de lógica y de experiencia, para comprobar que el juicio de inferencia a que llega el tribunal de primera instancia no pueda ser calificado de irracional, caprichoso, absurdo o extravagante, sino congruente con las reglas de la razón y con las máximas de experiencia. El Tribunal declaró que le estaba terminantemente prohibido hacer una nueva valoración de los hechos que la sentencia de primera instancia consideraba indicios, ya que esta función, en virtud de la ley, correspondía exclusivamente al tribunal sentenciador⁷¹.

El Comité señaló que el Tribunal de segunda instancia se limitó al examen de si las conclusiones a que llegó el tribunal de primera instancia eran o no arbitrarias o constituían una denegación de justicia, considerando que este sometimiento limitado del caso al tribunal superior no estaba de acuerdo con las exigencias del artículo 14, párrafo 5. Por lo tanto, dada la limitada revisión efectuada por el Tribunal Supremo en el caso, el Comité concluyó que el autor era víctima de una violación del artículo 14, párrafo 5, del Pacto⁷².

Abdeel Keerem Hassan Aboushanif.

El 11 de enero de 2006, el Tribunal de Distrito de Sarpsborg lo declaró culpable de fraude fiscal y de varias infracciones a la Ley noruega relativa al impuesto al valor agregado y sobre contabilidad. Fue condenado a 20 meses de prisión y a pagar una indemnización a las oficinas de recaudación de impuestos y de la seguridad social de Østfold. El 3 de febrero de 2006 interpuso un recurso de

⁷¹ Com. N° 1101/2002, “José María Alba Cabriada c. España”, 15 de noviembre de 2004, párr. 2.2.

⁷² Com. N° 1101/2002, “José María Alba Cabriada c. España”, 15 de noviembre de 2004, párr. 7.3.

apelación, alegando que había habido vicios de procedimiento, como el hecho de que el tribunal de distrito hubiera basado su decisión en documentos que no habían sido presentados a las partes. El 1º de junio de 2006, el Tribunal de Apelación de Borgarting no admitió el recurso a trámite y el autor sostuvo que no se expresaron los motivos de esa decisión, pues el tribunal se limitó a indicar que era evidente que la apelación no prosperaría. El autor recurrió esta decisión ante el Comité de Apelaciones de la Corte Suprema (*Kjæremåsutvalget*). Este recurso fue desestimado el 19 de julio de 2006⁷³.

El Comité concluyó que, en el caso de autos, el Tribunal de Apelación no expuso ninguna razón de fondo para explicar por qué consideraba evidente que el recurso de apelación no prosperaría, lo que ponía en duda que se haya procedido a reexaminar en profundidad la sentencia condenatoria y la pena impuesta al autor. El Comité consideró que, en las circunstancias del caso, el hecho de que no hubiera un fallo debidamente motivado, aunque sea en forma sucinta, que justifique la decisión del tribunal de que la apelación no prosperaría, obstó al ejercicio efectivo del derecho a la revisión de la sentencia condenatoria, conforme al párrafo 5 del artículo 14 del Pacto⁷⁴.

Gerardo Gayoso Martinez.

En su sentencia de 4 de octubre de 1999, la Audiencia Nacional condenó a Martinez por un delito contra la salud pública a la pena de cuatro años de prisión y multa de mil cuatrocientos millones de pesetas. Con fecha 1 de febrero de 2000 el autor interpuso recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, solicitando que revisara íntegramente el fallo y la pena impuesta. Denunció irregularidades y errores tanto de hecho como de derecho.

⁷³ Com. N° 1542, "Abdeel Keerem Hassan Aboushanif c. Noruega", 2 de septiembre de 2008, párr. 2.1-2.2.

⁷⁴ Com. N° 1542, "Abdeel Keerem Hassan Aboushanif c. Noruega", 2 de septiembre de 2008, párr. 7.2.

Mediante sentencia del 5 de julio de 2001, el Tribunal confirmó la sentencia recurrida⁷⁵.

El Tribunal desestimó la solicitud de revisión de las pruebas de cargo argumentando que ello resultaba ajeno al objeto del recurso, pues técnicamente se trataba de una cuestión de hecho, que no podía abordar por la técnica misma del recurso. En concreto, el Tribunal afirmó que *“El juicio sobre la prueba se basa, por lo tanto, en la credibilidad de testigos que manifestaron haber visto al recurrente en tareas vinculadas directamente con el transporte de la droga, conduciendo uno de los vehículos, etc. Es claro, entonces, que las razones dadas por la Audiencia (...) son juicios que se fundamentan en la inmediación con la que la prueba fue recibida, es decir que la percepción directa de tales declaraciones es la base de su valoración y de la atribución de credibilidad. Consecuentemente, en el marco del recurso de casación la cuestión resulta ajena al objeto del mismo, pues técnicamente es sólo una cuestión de hecho, que esta Sala no puede abordar por la técnica misma del recurso”*⁷⁶.

Con fecha 31 de julio de 2001, el autor interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, denunciando entre otras cuestiones la violación a su derecho a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia e infracción del derecho a la doble instancia previsto en el artículo 14, párrafo 5 del Pacto. Por resolución de 30 de septiembre de 2002 el Tribunal Constitucional decidió inadmitirlo a trámite, considerando, entre otros, que el Tribunal Supremo había revisado el fallo condenatorio y la pena conforme a las exigencias derivadas del artículo 14.5 del Pacto⁷⁷.

⁷⁵ Com. Nº 1363/2005, “Gerardo Gayoso Martínez c. España”, 23 de noviembre de 2009, párr. 2.9.

⁷⁶ Com. Nº 1363/2005, “Gerardo Gayoso Martínez c. España”, 23 de noviembre de 2009, párr. 2.10.

⁷⁷ Com. Nº 1363/2005, “Gerardo Gayoso Martínez c. España”, 23 de noviembre de 2009, párr. 2.11.

El Comité recordó que, si bien el artículo 14, párrafo 5, no requiere que se realice un nuevo juicio o audiencia, el tribunal que lleve a cabo la revisión debe poder analizar los hechos de la causa, incluida la prueba de cargo. Señaló que, en el caso, el Tribunal Supremo afirmó no poder volver a valorar la prueba apreciada por el tribunal de primera instancia dada la naturaleza del recurso de casación, que está “limitado a cuestiones de derecho”. El Comité concluyó que la revisión realizada por el Tribunal Supremo se limitó a comprobar que la prueba, tal como fue apreciada por el tribunal de primera instancia, fue lícita, sin realizar una apreciación de su valor probatorio en relación con los hechos que justifique el fallo condenatorio y la pena impuesta. En consecuencia, no constituyó una revisión del fallo condenatorio y la pena impuesta en el sentido requerido por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto⁷⁸.

4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Entre los años 1984 y 1989 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió un grupo de denuncias contra el Estado de Costa Rica por la violación al art. 8.2.h de la Convención. En esos casos se denunciaba que los arts. 474, 475 y 476 del Código de Procedimiento Penal de ese país contravenían la mencionada cláusula convencional en tanto exceptuaban de la posibilidad de revisión las condenas penales menores a ciertos montos de prisión, las de inhabilitación, internación de seguridad o multa⁷⁹.

⁷⁸ Com. N° 1363/2005, “Gerardo Gayoso Martínez c. España”, 23 de noviembre de 2009, párr. 9.3.

⁷⁹ CIDH, “Villalobos Calvo; Noé Emilio v. Costa Rica”, casos 9328, 9329, 9742, 9884, 10131, 10193, 10429, 10469.

El 18 de abril de 1985 la Comisión adoptó la decisión 26/86 mediante la cual declaró la admisibilidad del caso y consideró que, efectivamente, se había negado por decisión judicial la revisión de la condena. De conformidad con el art. 50 de la Convención, recomendó al Estado la adopción de medidas necesarias para hacer efectiva la garantía judicial prevista en el art. 8.2.h. El gobierno de Costa Rica informó que una Comisión Especial de Magistrados y Funcionarios especializados se encontraban elaborando un proyecto de ley para dar cumplimiento a la recomendación.

En el año 1989, mediante ley 7135 de la *Jurisdicción Constitucional* y en virtud de los nuevos artículos 10, 48, 105 y 138 de la Constitución, se creó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, con la posibilidad de emitir sentencias con carácter *erga omnes*.

El 16 de mayo de 1990, mediante sentencias 282-90 y 712-90, la Sala Constitucional hizo lugar a un habeas corpus y ordenó la libertad de un sentenciado que no había tenido la posibilidad de que su condena sea revisada. En virtud del carácter *erga omnes* de esa decisión, la misma amparaba a todos aquellos que se encontraran en la misma situación y resolvió a tener por no puestas las limitaciones del art. 474 del Código de Procedimiento Penal.

El 18 de mayo de 1990 la Sala Constitucional de la Corte Suprema volvió a pronunciarse sobre el tema, sentando que *“el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso”*.

Con fecha 22 de febrero de 1991, el gobierno de Costa Rica sometió a la Corte Interamericana una solicitud de Opinión Consultiva acerca de la compatibilidad de un proyecto de ley de reforma a dos artículos del Código de Procedimiento Penal y de la creación del Tribunal Superior de Casación Penal, en trámite ante la Asamblea Legislativa.

La Corte entendió que la respuesta a las preguntas del gobierno de Costa Rica podrían traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la Opinión Consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, lo cual distorsionaría el sistema de la Convención⁸⁰.

El 2 de octubre de 1992, la Comisión emitió el informe 24/92 mediante el cual reconoció que a partir de la sentencia 282-90 de la Sala Constitucional de la Suprema Corte, se establecían en ese país las garantías legales necesarias para la vigencia del derecho reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención.

Con fecha 5 de mayo de 1993, Costa Rica promulgó la ley 7333 que creó el Tribunal de Casación Penal para conocer de las sentencias que impongan pena hasta cinco años de prisión y cualquier otra sanción no privativa de la libertad, mientras que la Sala III de la Corte conservó la casación respecto de sentencias de más de cinco años.

La reforma fue incorporada al Código de Procedimientos Penales promulgado en 1996 y que entró en vigencia en 1998 siguiendo, en cuanto al recurso de casación, al Código de Procedimientos Penales Modelo para Iberoamérica de 1988.

⁸⁰ Corte IDH, OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991.

Los casos litigados tempranamente contra el Estado de Costa Rica abrieron el camino a los órganos del Sistema Interamericano para abordar el tratamiento del derecho a la revisión del fallo condenatorio.

4.1. Caracterización del derecho a la revisión del fallo.

La Comisión ha concebido la revisión del fallo como una garantía primordial en el marco del debido proceso legal, cuya finalidad es evitar que se consolide una situación de injusticia. Agrega que el debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho de defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia mediante una revisión adecuada⁸¹.

Al constituir el derecho a la revisión del fallo una garantía fundamental del debido proceso penal, sin el cual el derecho de defensa en juicio carecería de eficacia, la Comisión sostiene que los Estados deben observarla en todo proceso penal, en cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo al artículo 8.2.h, por lo que el análisis sobre el conjunto de garantías que integran el debido proceso penal, en tanto significan el límite a la regulación del poder penal del Estado en una sociedad democrática, debe ser especialmente riguroso al tratarse de una pena privativa de la libertad⁸².

Para la Comisión, el objetivo de este derecho es permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica y evitar, de este modo, que quede firme una decisión adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionan un perjuicio indebido

⁸¹ CIDH, Informe 55/97, caso 11.137, Fondo, Juan Carlos Abella (Argentina), 18 de noviembre de 1997, párr. 252. Informe 98/17, caso nº 12.925, "Oscar Raúl Gorioitía (Argentina), 5 septiembre de 2017, párr. 41.

⁸² CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr.128.

a la persona. Afirma que la “doble conformidad judicial”, expresada mediante el acceso al recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y, al mismo tiempo, brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado⁸³.

Al ser el derecho a recurrir el fallo parte del debido proceso legal y, por ende, constituir una garantía primordial en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada, la etapa de revisión del fallo es también parte del proceso disciplinario que debe observarse para la destitución de un juez. En suma, la revisión del fallo condenatorio en un proceso disciplinario es una garantía del debido proceso para el juez o jueza, pero también una protección contra las arbitrariedades a la independencia judicial⁸⁴. La ejecución anticipada de una decisión sancionatoria que se encuentra pendiente de un recurso, resulta incompatible con el principio de presunción de inocencia y crea obstáculos para la eventual restitución ante un resultado favorable de los recursos.⁸⁵

El texto del artículo 8.2.h de la Convención no establece una distinción expresa entre las etapas procesales para el ejercicio del derecho a recurrir el fallo. Agrega la Comisión que de los trabajos preparatorios de la norma surge la expresa voluntad de incluir el derecho a recurrir el fallo condenatorio emitido en segunda instancia. Considera que la garantía no está limitada a una etapa procesal, sino que se establece con el fin de que una sentencia condenatoria

⁸³ CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 186-187. Informe 98/17, caso n° 12.925, “Oscar Raúl Gorioitía (Argentina), 5 septiembre de 2017, párr. 42.

⁸⁴ CIDH, Informe 103/13, caso 12.816, Fondo, Adán Guillermo López Lone y otros (Honduras), 5 de noviembre de 2013, párr. 154.

⁸⁵ CIDH, Informe 103/13, caso 12.816, Fondo, Adán Guillermo López Lone y otros (Honduras), 5 de noviembre de 2013, párr. 160.

sea revisada por un tribunal jerárquicamente superior, así se trate de una condena impuesta en única, primera o segunda instancia⁸⁶.

Para la Comisión es irrelevante el nombre o denominación que se le asigne al recurso, lo importante es que cumpla con determinados estándares. En este sentido, el recurso:

- Debe proceder antes de que la sentencia adquiriera calidad de cosa juzgada⁸⁷.
- Debe ser oportuno, es decir, resuelto en un plazo razonable⁸⁸.
- Debe ser eficaz, dar resultado o respuestas al fin para el que fue concebido⁸⁹. La Comisión resalta que la eficacia del recurso se encuentra estrechamente vinculada con el alcance de la revisión, ya que

⁸⁶ CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 70-73.

⁸⁷ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 185. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 255. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 255. CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 75. CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr. 130. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 188. Informe 98/17, caso n° 12.925, "Oscar Raúl Gorigoitia (Argentina), 5 septiembre de 2017, párr. 43.

⁸⁸ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 185. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 255. CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 75. CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr.130. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 188. Informe 98/17, caso n° 12.925, "Oscar Raúl Gorigoitia (Argentina), 5 septiembre de 2017, párr. 43.

⁸⁹ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 185. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 255. CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 75. CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr.131. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 188. Informe 98/17, caso n° 12.925, "Oscar Raúl Gorigoitia (Argentina), 5 septiembre de 2017, párr. 43.

la falibilidad de las autoridades judiciales y la posibilidad de que cometan errores que generen una injusticia, no se limita a la aplicación de la ley, sino que incluye otros aspectos tales como la determinación de los hechos o los criterios de valoración probatoria. De este modo, entiende que, el recurso será eficaz para lograr la finalidad para la cual fue concebido, si permite una revisión sobre tales cuestiones sin limitar *a priori* su procedencia a determinados extremos de la actuación judicial⁹⁰. La Comisión ha señalado que el recurso debe, además de proceder contra la indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de normas de derecho, incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido una nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas⁹¹. En este sentido, el derecho a recurrir el fallo condenatorio no implica necesariamente un nuevo juicio o una nueva “audiencia” si el tribunal que realiza la revisión no está impedido de estudiar los hechos de la causa. Según la Comisión la norma exige la posibilidad de señalar y obtener respuesta sobre errores que hubieran podido cometer el juez o tribunal, sin excluir *a priori* ciertas categorías como los hechos y la valoración y recepción de la prueba, y aclara que la forma y los medios a través de los cuales se realice la revisión dependerán de la naturaleza

⁹⁰ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 186. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 256. CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 76. CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr.131. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 189.

⁹¹ CIDH, Informe 55/97, caso 11.137, Fondo, Juan Carlos Abella (Argentina), 18 de noviembre de 1997, párr. 261-262.

de las cuestiones en debate así como de las particularidades del sistema procesal en el Estado concernido⁹². Los Estados cuentan con un margen de apreciación interno para diseñar su sistema procesal que prefieran, siempre que respeten las garantías contenidas en la Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas del derecho internacional⁹³. Señala que, en este sentido, corresponde a los Estados adoptar las medidas necesarias para compatibilizar sus sistemas procesales con las obligaciones de la Convención, mencionando a modo de ejemplo, que en el caso de los sistemas procesales penales en los cuales rigen los principio de oralidad e inmediación, los Estados están obligados a asegurar que dichos principios no impliquen exclusiones o limitaciones en el alcance de la revisión. Asimismo, la revisión del fallo por un tribunal superior no debería desnaturalizar la vigencia de los principios de oralidad e inmediación⁹⁴.

⁹² CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 189. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 259. CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 80. CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr.134. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 192.

⁹³ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 190. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 255. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 260. CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 81. CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr.135. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 193.

⁹⁴ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 191. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 261. CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 82. CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr.136. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 194.

- Debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio el derecho⁹⁵. Dentro de este aspecto, la Comisión considera que, dado que el artículo 8.2.h no exige una revisión automática, la regulación de algunas exigencias mínimas para la procedencia del recurso no resulta incompatible con la Convención, tales como la presentación del recurso como tal y la previsión de un plazo dentro del cual debe interponerse. Sin embargo, aclara que el rechazo en ciertas circunstancias sobre la base del incumplimiento de requisitos formales establecidos legalmente o definidos mediante la práctica judicial, puede resultar en una violación del derecho a recurrir el fallo⁹⁶.

Para la Comisión, el derecho a la revisión del fallo se enmarca dentro del conjunto de garantías que conforman el debido proceso legal, las cuales se encuentran vinculadas entre sí y obliga a que el derecho deba ser interpretado de manera conjunta con esas garantías. En este sentido, la debida fundamentación de la sentencia como también la posibilidad de conocer las actas completas del expediente y del juicio, se encuentran estrechamente vinculados con la efectiva posibilidad de revisar el fallo.

Lo mismo ocurre con el derecho de defensa en juicio, en relación al cual, la Comisión se vale del estándar del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al considerar que se infringe el derecho a la revisión del fallo si no se informa al acusado de la intención de su abogado de no presentar razones de apoyo a su recurso, privándolo de la

⁹⁵ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 185. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 255.

⁹⁶ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 192. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 262. CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 83. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 196.

oportunidad de buscar otro representante a fin de que sus asuntos puedan ventilarse en apelación⁹⁷.

4.2. Los casos ante la Comisión.

Cesar Alberto Mendoza y otros.

La Comisión partió del hecho probado de que en Argentina, en virtud del marco legal aplicable que regulaba el recurso de casación y de la existencia de una práctica judicial arraigada, en el sentido de interpretar restrictivamente ese marco, existía una seria limitación en cuanto a las perspectivas de cualquier alegato que no se enmarcara dentro de lo que históricamente se había considerado “revisable” mediante el recurso de casación.

En virtud de ello, sostuvo que resultaba comprensible que las defensas de las víctimas, en la búsqueda de que el recurso sea admitido y decidido, no solicitaran la revisión de cuestiones de hecho o de valoración de la prueba sino que direccionaran sus alegaciones a la incorrección en la aplicación de las normas, a la inconstitucionalidad de la pena o a la arbitrariedad manifiesta. La Comisión señaló que no correspondía a ella determinar las posibles cuestiones que las defensas hubieran podido articular, pero que, debido al restrictivo marco legal y a la constante práctica judicial restrictiva imperante, el análisis no podía circunscribirse a si las autoridades judiciales dieron respuesta a los argumentos planteados por las defensas en los recursos de casación, sino que

⁹⁷ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 193. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaue y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 263. CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr.138. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 197.

debía tomarse en consideración que las víctimas iniciaron la etapa procesal de la revisión del fallo condenatorio con una limitación *a priori* respecto de la determinación de los hechos y la valoración probatoria.

Cesar Alberto Mendoza fue condenado a la pena de prisión perpetua por hechos cometidos cuando era menor de 18 años de edad. La defensa pública interpuso recurso de casación denunciando la arbitrariedad por falta de fundamentación suficiente en relación a la sanción impuesta, al omitir fundamentar la no aplicación de la reducción del art. 4 de la ley 22.278. También interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia alegando que la sanción impuesta constituía una pena cruel, inhumana y degradante, incompatible con la readaptación social. La titular de la defensa pública de menores también interpuso recurso de inconstitucionalidad. El Tribunal de mérito rechazó el recurso de casación por considerar que las valoraciones que realizaron los magistrados en relación a la graduación de la pena quedaban, por principio, excluidas del control casatorio. Contra esa decisión, la defensa pública interpuso recurso de queja, el cual fue desestimado por la Cámara Nacional de Casación Penal al sostener que no advertía omisión de fundamentación ni apartamiento de la norma del art. 4 de la ley 22.278, en tanto el tribunal justificó la necesidad de imponer pena a Mendoza al dar cuenta de la cantidad y gravedad de los hechos, sin que el comportamiento que llevaba intramuros alcanzara para eximirlo de pena o para aplicarle la reducción. En cuanto al argumento relativo al exceso en el monto, la Cámara sostuvo que las reglas que rigen la individualización de la pena son de aplicación propia de los jueces de mérito y quedan, en principio, fuera del control de la casación pues la ponderación a efectuarse depende de poderes discrecionales del tribunal de juicio, salvo que se verifique un supuesto de

arbitrariedad manifiestamente violatorio de garantías constitucionales, que no se advertían en el sub-judice⁹⁸.

Los dos recursos de inconstitucionalidad fueron admitidos por el tribunal de juicio y rechazados por la Cámara de Casación Penal. Frente al cuestionamiento de la pena como cruel e inhumana, la Casación sostuvo que la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes no extiende su ámbito de aplicación a los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes a estas. Agregó que al contemplar nuestra legislación la posibilidad de acceder a la libertad condicional, la pena de prisión perpetua impuesta a un menor no resultaba violatoria de la Convención sobre los derechos del niño. Enfatizó que el monto de pena determinado por el tribunal de juicio, en uso de sus facultades que le son propias, soberano en la apreciación de las circunstancias agravantes y atenuantes, no es pasible de inspección casacional salvo supuestos de arbitrariedad o absurdo notorio que no se observaban en el caso⁹⁹.

La Comisión entendió que la Cámara de Casación Nacional se había limitado a evaluar si existió alguna fundamentación y a verificar la presencia de razones para imponer una condena, examen que no incluyó consideración alguna sobre la corrección de la fundamentación de la sentencia condenatoria, específicamente, si la pena impuesta era adecuada a la luz de las facultades otorgadas por el art. 4 de la ley 22.278 y de las circunstancias particulares de la víctima. En atención a ello, concluyó que no resultaba compatible con el artículo 8.2.h que el derecho a la revisión del fallo sea condicionado a la

⁹⁸ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 61-65.

⁹⁹ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 66.

existencia de una violación de derechos constitucionales o a una arbitrariedad manifiesta¹⁰⁰.

Claudio David Nuñez y Lucas Matías Mendoza fueron condenados a las penas de reclusión perpetua y prisión perpetua respectivamente por hechos cometidos cuando aún no habían cumplido 18 años de edad. Contra esa sentencia se interpusieron tres recursos de casación, uno por la defensa particular de Mendoza, otro por la defensa pública de Nuñez y el tercero, a favor de ambos, por la defensa pública de menores. La defensora particular de Mendoza fundó su recurso en la errónea apreciación de los hechos y las pruebas y en la falta de idoneidad de algunas pruebas. Por su parte, la defensa pública de menores alegó la errónea aplicación del art. 4 de la ley 22.278, en tanto los jueces tenían la facultad de prolongar el período de observación de los menores, permitiéndoles demostrar un avance positivo en su proceso de resocialización, el cual debería haber sido tomado en consideración al momento de juzgarlos. La defensora pública de Nuñez alegó la arbitrariedad de la sentencia por considerar que no se había meritudo suficientemente la aplicación de la sanción impuesta, omitiéndose fundamentar la no aplicación de la reducción prevista en el art. 4 de la ley 22.278. Agregó también que resultaba arbitraria la valoración de la prueba, considerandola engañosa, insuficiente y discordante, y que la prueba indiciaria en la cual se apoyaba la sentencia no había sido acreditada a través de prueba directa, sino que en todos los casos debieron recurrir a una relación hipotética sobre la vinculación de los hermanos Nuñez en la autoría del raid delictivo. Además se interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad por considerar que la pena de prisión perpetua a menores de 18 años de edad violaba el art. 37 (a)

¹⁰⁰ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 202.

de la Convención sobre los derechos del niño, agregando que se trataba de una pena cruel e inhumana¹⁰¹.

El tribunal de juicio, rechazó los cinco recursos, señalando que las condenas estaban perfectamente ajustadas a derecho en tanto los menores habían tenido más de dos años de tratamiento tutelar y cumplido los 18 años. Agregó que el recurso de la defensora pública incursionaba en cuestiones de hecho, interpretación y valoración de la prueba, aspectos ajenos al recurso de casación, y que la sentencia estaba debidamente fundamentada, siendo soberano el tribunal de juicio de establecer la graduación de la pena. En cuanto al recurso de la letrada particular de Mendoza, consideró que se limitaba a cuestiones de hecho y valoración de la prueba, extrañas al recurso de casación. Respecto de la Convención sobre los derechos del niño, señaló que no se entendía la aplicación pretendida, confundía las cuestiones de hecho ajenas al recurso con algunas de derecho mal planteadas y que no se hallaban comprendidas entre los motivos exigidos por la ley. En relación a los recursos de inconstitucionalidad, señaló que ninguno de los tratados internacionales invocados vincula los calificativos de “cruel, inhumano o degradante” con la pena de prisión o reclusión perpetua¹⁰².

Contra esa resolución, las defensas de ambos menores interpusieron recursos de queja por casación denegada. La Cámara Nacional de Casación Penal declaró admisible el agravio formulado por la defensa pública a favor de Nuñez referido a la falta de aplicación del art. 4 de la ley 22.278 y dictaminó que el *a quo* había cumplido efectivamente con los requisitos legales y que la sentencia se encontraba suficientemente fundada en relación a la individualización de la pena impuesta a Nuñez, en tanto guardaba proporcionalidad con la magnitud y

¹⁰¹ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 72-74.

¹⁰² CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 75.

la gravedad de los delitos¹⁰³. El resto del recurso fue rechazado por considerar que los fundamentos solo reiteraban planteos que ya habían sido contestados por el tribunal en momentos procesales anteriores sin que la defensa se haya hecho cargo de refutarlos y que tales planteos versaban sobre valoración de la prueba, cuestiones que consideraba no censurables por vía de casación¹⁰⁴.

También fueron considerados mal denegados los recursos de inconstitucionalidad, señalando, luego, la Cámara Nacional de Casación Penal que el tribunal de juicio cumplió con los requisitos del artículo 4 de la ley 22.278 y descartó la reducción, sin evidenciar esa decisión tintes de arbitrariedad. Por último, consideró que, en tanto se contemplaba la posibilidad de acceder a la libertad condicional, la pena de prisión perpetua no era contraria al art. 37(a) de la Convención sobre los derechos del niño¹⁰⁵.

La Comisión observó que gran parte de los argumentos presentados mediante los recursos de casación quedaron excluidos de la revisión por parte de la Cámara de Casación y que la imposibilidad de obtener una revisión respecto de cuestiones de hecho o de valoración de la prueba, constituyó una violación al derecho a la revisión del fallo. Sostuvo que la Cámara sólo se limitó a determinar si existió una fundamentación y si se cumplieron los requisitos mínimos del artículo 4 de la ley 22.278, sin realizar una evaluación de las razones que sustentaron la imposición de las penas de prisión y reclusión perpetuas¹⁰⁶.

¹⁰³ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 77-78.

¹⁰⁴ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 77.

¹⁰⁵ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 79.

¹⁰⁶ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 213.

Saúl Cristian Roldán Cajal fue condenado a la pena de prisión perpetua por hechos cometidos cuando aún no había alcanzado los 18 años de edad. La defensora oficial interpuso recurso de casación contra esa sentencia alegando que no se había meritado debidamente el resultado del tratamiento tutelar y su positivo progreso, careciendo la sentencia de motivación en ese sentido, señalando que debió haberse reducido la pena en los términos del artículo 4 de la ley 22.278. La Suprema Corte de la provincia de Mendoza rechazó el recurso estimando que la defensa procuraba la revisión de cuestiones de hecho y prueba, lo cual resultaba privativo del a quo, y que, mientras se hubieran respetado los postulados que gobiernan el correcto entendimiento humano, resultaba incensurable en casación. Descartó también el agravio de falta de fundamentación en tanto entendió que el tribunal de mérito había consignado las razones de su decisión¹⁰⁷.

La Comisión sostuvo que, criterios como los sostenidos por la Suprema Corte de Mendoza limitan el alcance de la revisión, excluyendo los alegatos relacionados con cuestiones de hecho y de valoración de la prueba. Agregó que la Suprema Corte se limitó a transcribir algunos de los fragmentos de la sentencia, sin efectuar una valoración al respecto. Esta revisión circunscripta a determinar si existió o no fundamentación, sin evaluar los alegatos sobre la incorrección de dicha fundamentación, también resulta incompatible con el alcance del art. 8.2.h de la Convención¹⁰⁸.

Ricardo David Videla Fernández fue condenado a la pena de prisión perpetua por delitos cometidos cuando aún no había alcanzado los 18 años de edad. El defensor particular presentó recurso de casación cuestionando la falta de declaración de nulidad de algunos de los medios de prueba utilizados, la

¹⁰⁷ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 82-84.

¹⁰⁸ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 216-217.

errónea aplicación del tipo penal, la falta de motivación, la motivación ilógica y arbitraria de la sentencia. Los recursos fueron rechazados por la Suprema Corte de la provincia de Mendoza, señalando que para quebrantar una sentencia porque en su motivación estaría implicada prueba ilegítima o nula, era obligación del quejoso demostrar clara y concretamente de qué modo esa aparente probanza o elemento de juicio influía esencial y decisivamente en el acto jurisdiccional. En cuanto a los demás alegatos, sostuvo que el quejoso no había respetado la plataforma fáctica tenida por acreditada en la instancia anterior, siendo los hechos un límite ineludible ya que la tarea del control jurídico asignado a esa Corte, suponía el respeto a los hechos fijados por el *dictum*. Indicó que se procuraba un examen *ex novo* de la causa, lo que conllevaba a la inviabilidad formal debido a la naturaleza excepcional y restrictiva de esta etapa extraordinaria¹⁰⁹.

La Comisión reiteró que criterios como los sostenidos por la Suprema Corte de Mendoza limitan el alcance de la revisión, excluyendo los alegatos relacionados con cuestiones de hecho y valoración probatoria, lo que resultaba incompatible con el derecho a recurrir el fallo¹¹⁰.

Concluyó que, si bien el fallo “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación había significado un avance en la garantía del derecho a recurrir el fallo, continuaba siendo necesario que el Estado disponga las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar la plena vigencia del derecho a la revisión¹¹¹.

¹⁰⁹ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 85-88.

¹¹⁰ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 221.

¹¹¹ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 230.

Norín Catrimán y otros.

Aniceto Norín Catrimán y Pascual Pichún (Lonkos de la Comunidad Mapuche) fueron juzgados por delitos contenidos en la ley de terrorismo y absueltos, recuperando su libertad luego de un año y tres meses de detención preventiva. El Ministerio Público y el querellante particular presentaron recursos de nulidad ante la Corte Suprema por considerar que la sentencia no contenía una valoración adecuada de la prueba. La Corte declaró procedente y, por mayoría, resolvió anular el juicio y la sentencia, ordenando la realización de uno nuevo, luego del cual fueron condenados por el delito de “amenazas terroristas” a la pena de 5 años y 1 día de presidio¹¹².

La defensa de ambos imputados presentó recurso de nulidad contra la sentencia condenatoria, denunciando: i) la vulneración de garantías constitucionales y tratados internacionales, ii) defectos formales en cuanto a la exposición de los hechos, la valoración de la prueba y las exposiciones de las razones que sirvieron para fundamentar el fallo, iii) falta de prueba adecuada de la autoría, iv) falta de prueba adecuada del carácter terrorista de los incendios, v) errada interpretación del derecho en cuanto el delito de “amenaza terrorista” no está tipificado en la ley, vi) incompetencia del tribunal. La Corte Suprema rechazó el recurso: frente a la denuncia de violación de derechos constitucionales y tratados internacionales argumentó que la reserva de identidad de testigo estaba autorizada por ley y que, en base a una lectura integral de la sentencia, no podía concluirse que se hubiera trasladado a los condenados la carga de demostrar su inocencia. Respecto a individualización de los hechos, señaló que la sentencia contenía una clara, lógica y completa exposición de los hechos probados y de las razones para calificarlos jurídicamente, más allá de toda duda razonable. En relación a la falta de acreditación de la autoría, señaló que en los considerandos 15, 16, 17 y 18 del

¹¹² CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilieu Saravia, Víctor Ancalaf Llaue y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 70-83.

fallo condenatorio se consagraban las razones para declarar culpables a los acusados. En cuanto a la tipificación, sostuvo que la alegación se basaba en una errónea interpretación de la ley 18.314. Finalmente, frente al planteo de incompetencia, concluyó que el recurrente no tenía en consideración la reforma procesal¹¹³.

En otro proceso penal, Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, Patricia Roxana Troncoso Robles, José Benicio Huenchunao Mariñán y Juan Ciriaco Millacheo Licán fueron condenados a la pena de 10 años y 1 día de presidio mayor en grado medio en calidad de autores del delito de incendio terrorista, bajo la ley 18.314. Los cinco acusados presentaron recurso de nulidad contra la sentencia invocando la omisión del tribunal de juicio de no haber valorado prueba relevante. En el caso puntual de Juan Ciriaco Millacheo se denunció la apreciación errónea de la prueba testimonial. Además se invocaron violaciones al derecho a la igualdad en razón de los criterios diferentes de admisión y apreciación de las pruebas aplicada a los procesados y a la parte acusadora. La Corte de apelaciones de Temuco afirmó que su análisis debía limitarse a verificar si la sentencia condenatoria recurrida daba cumplimiento al estándar legal de valoración de la prueba, y que no entraría a pronunciarse sobre los hechos que dieron lugar a la condena. Concluyó que el tribunal de juicio valoró adecuadamente los medios probatorios que sustentaban sus conclusiones, precisando que, si bien los jueces están obligados a analizar todas las pruebas, no están en el deber de analizar todos y cada uno de los elementos probatorios que conforman el expediente¹¹⁴.

¹¹³ CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 84-85.

¹¹⁴ CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 92-98.

En un tercer proceso, Víctor Ancalaf Llaupe fue condenado a la pena de 10 años y 1 día por los delitos terroristas establecidos en el art. 2.4 de la ley 18.314. Contra esa sentencia se interpuso recurso de apelación, cuya resolución modificó el fallo originario, en el sentido de no tener por acreditada su participación en dos de los hechos atribuidos, y mutó la pena en 5 años y 1 día. Contra esa resolución se presentó recurso de casación así como recurso de queja, solicitando la anulación por falta o abuso grave en la adopción de la decisión. El recurso fue declarado inadmisibile, en tanto la queja fue admitida y rechazada por no existir, a juicio del tribunal, falta o abuso grave por parte de los jueces sentenciantes¹¹⁵.

La Comisión entendió que el derecho a recurrir un fallo ante un juez o tribunal superior había sido vulnerado por el sistema jurídico chileno, tal y como fue aplicado por los tribunales que conocieron en los casos. Señaló que el artículo 364 del código procesal penal establece que *serán inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal*, procediendo únicamente el recurso de nulidad por las causales expresamente señaladas en la ley. Agregó que, tanto las Cortes de apelaciones como la Corte Suprema ante las que tramitaron los recursos, efectuaron una interpretación particularmente restrictiva de su competencia para pronunciarse sobre los fallos, en el sentido de que únicamente podían expedirse sobre asuntos de derecho, en el marco de las causales estrictamente delimitadas en la ley. En virtud de ello, la Comisión concluyó que la imposibilidad de obtener una revisión respecto de cuestiones de hecho o de valoración de la prueba como consecuencia de la exclusión previamente establecida en la legislación interna, constituyó una violación al derecho a recurrir el fallo¹¹⁶.

¹¹⁵ CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 107-108.

¹¹⁶ CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 265-267.

Oscar Alberto Mohamed.

Mohamed, quien se desempeñaba como conductor de colectivos, tomó intervención en un hecho de tránsito en el que resultó herida una persona que luego falleció. A raíz del hecho, Mohamed fue juzgado por homicidio culposo ante el juzgado correccional, quien dictó sentencia absolviendo al acusado.

El Ministerio Fiscal recurrió la absolución ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Federal, quien hizo lugar a la impugnación y resolvió condenar a Mohamed como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo, a la pena de tres años de prisión de cumplimiento en suspenso. Para arribar a dicha condena la Cámara efectuó un análisis discrepante con el fallo de primera instancia en lo relativo tanto a la prueba testimonial como a la imprudencia del acusado. La Cámara discrepó con el *a quo* en cuanto a la valoración del testigo presencial del hecho y centró la cuestión en que aún cuando Mohamed haya tenido luz verde en el semáforo ello no lo relevaba de la maniobra imprudente de sobrepasar a otro vehículo en el cruce de calles. Determinó la violación al deber objetivo de cuidado a partir del deber general de mantener el control sobre el riesgo que se introduce voluntariamente, del deber de preservar la necesaria visibilidad cuando se realiza una maniobra de adelantamiento y de la prioridad que conserva el peatón cuando cruza por la senda peatonal.

El único medio de impugnación que el ordenamiento jurídico de Argentina preveía en ese momento contra una resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones era el recurso extraordinario federal, el cual fue interpuesto por su defensa, argumentando arbitrariedad en la valoración de la prueba. La Cámara denegó el recurso sosteniendo que los argumentos del recurrente, que pretenden introducir una cuestión federal, se referían a cuestiones de hecho,

prueba y derecho común, valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado y que la sentencia contaba con fundamentación suficiente para ponerla a salvo de la acusación de arbitrariedad, explayándose en que dicha doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad convertir a la Corte Suprema en una tercera instancia ordinaria ni corregir fallos equivocados. Mohamed interpuso queja por denegatoria de recurso federal, la cual fue declarada inadmisibles con la sola mención del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹¹⁷.

La Comisión entendió que el recurso extraordinario federal interpuesto contra la sentencia condenatoria emitida por la Cámara de apelaciones no otorgaba una revisión oportuna, accesible y eficaz, en virtud de que las causales del recurso, esto es la inconstitucionalidad y la arbitrariedad manifiesta, presentan desde el inicio perspectivas de revisión limitadas o restringidas. Señaló que, de este modo, resultaba comprensible que la defensa de la víctima, en la búsqueda de que el recurso fuera admitido y decidido, no solicitara la revisión de cuestiones de hecho o de valoración probatoria sino que formularan alegaciones basadas en la inconstitucionalidad del proceso o en su arbitrariedad manifiesta. La Comisión señaló que no correspondía a ella determinar posibles cuestiones que hubieran podido formularse, sin embargo, debido al marco legal, consideró que el análisis no debía circunscribirse a si las autoridades judiciales que conocieron del recurso dieron respuesta a los argumentos presentados en el mismo, sino que debía tomar en cuenta que la víctima inició la etapa recursiva con una limitación *a priori* respecto de los alegatos que podían presentar¹¹⁸. Recordó lo señalado en el caso “Abella” en cuanto a que el recurso federal es limitado y extraordinario, de restringida procedencia, por lo que no satisfacía la

¹¹⁷ CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 30-36.

¹¹⁸ CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 84-85.

garantía del inculpado a impugnar la sentencia¹¹⁹. Agregó la Comisión que, adicionalmente, el art. 280 del código procesal civil y comercial de la Nación otorga amplias facultades a la Corte para rechazar el recurso sin entrar a examinar el fondo del asunto, por lo cual, la revisión que la Corte Suprema podría hacer era discrecional¹²⁰.

En virtud de lo reseñado, la Comisión concluyó que no es compatible con el art. 8.2.h de la CADH que el derecho a la revisión sea condicionado a la existencia de una violación de derechos constitucionales o a una arbitrariedad manifiesta pues, al margen de que hayan estado presentes dichas violaciones o arbitrariedades, toda persona condenada, aún en segunda instancia luego de una absolución en primera instancia, tiene derecho a solicitar una revisión de cuestiones de diverso orden y a que las mismas sean analizadas efectivamente por el tribunal jerárquico que ejerce la revisión, precisamente con el objeto de corregir posibles errores de interpretación, de valoración de la prueba o de análisis¹²¹.

Rubén Luis Godoy.

Godoy fue imputado por la muerte de una joven de 19 años en la provincia de Santa Fe, quien fue atacada y como consecuencia de fuertes golpes que recibió con un elemento contundente, falleció de un traumatismo de cráneo. A partir de ciertos rastros en el cuerpo de la víctima, se entendió que se trataba de un delito contra la integridad sexual¹²².

¹¹⁹ CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 89.

¹²⁰ CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 90.

¹²¹ CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 93.

¹²² CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr. 38.

Una vez concluida la investigación y elevado el proceso a juicio, luego de la requisitoria, el procesado –de acuerdo con las normas del código procesal penal de Santa Fe- podía optar por ser juzgado en un proceso oral en única instancia, en cuyo caso, el tribunal competente era la Cámara de apelaciones en lo penal. Godoy hizo uso de esta opción y fue juzgado en audiencia oral y condenado a la pena de prisión perpetua como autor de los delitos de tentativa de violación y homicidio calificado¹²³.

En virtud de la opción escogida por Godoy, el código procesal penal de Santa Fe, sólo contemplaba, contra la sentencia condenatoria pronunciada en el marco de un juicio oral, la posibilidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad, el de inaplicabilidad y el de revisión. La Defensa presentó recurso de inconstitucionalidad fundamentando la impugnación en la violación al principio de inocencia, sosteniendo que los jueces habían partido de preconceptos acerca de la culpabilidad de Godoy. Se puntualizó en el valor indiciario que se le otorgó a la confesión, que se alegó fue obtenida bajo tortura. Se agregó que la condena se basó únicamente en prueba indiciaria que no permitían señalar de modo inequívoco al señor Godoy como autor. Se denunció que la prueba no fue debidamente considerada, en especial que se ignoraron pruebas de descargo. Señaló también que en la etapa de investigación se omitió realizar pruebas indispensables tales como la identificación de rastros en la escena, huellas de calzado¹²⁴.

La Cámara resolvió declarar inadmisibile el recurso por entender que no había en el fallo arbitrariedad o violación a las garantías constitucionales y, en segundo lugar, debido a que los aspectos alegados sobre valoración de la prueba serían materia de apelación y no del recurso de inconstitucionalidad

¹²³ CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr. 46-47.

¹²⁴ CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr. 50-52.

agregando que, si con las actas pormenorizadas del tradicional plenario escrito la admisibilidad del recurso de esa instancia ante la Corte provincial había sido severamente acotada, el aspecto probatorio se mostraba aún más difícil de revisar cuando se trata de juicios orales donde la intermediación juega una importancia decisiva en la formación de la convicción. Contra esa resolución, la defensa de Godoy interpuso recurso de queja ante la Corte de la Provincia, el cual fue denegado, fundamentando su decisión, en lo referido a la confesión, en que el impugnante no aportó razones valederas tendentes a demostrar que la declaración en sede policial hubiese ingresado al proceso de modo espurio. Luego, agregó que los agravios del recurrente conducían al examen de temas de hecho, prueba y derecho común que fueron resueltos con fundamentos suficientes que permitían desechar los vicios de arbitrariedad denunciados¹²⁵.

El Estado argentino alegó que la petición carecía de fundamento en lo relativo al incumplimiento del derecho a recurrir el fallo, debido a que la decisión de someterse a procedimiento oral de única instancia fue adoptada por el señor Godoy en forma voluntaria, con completa conciencia que aun cuando el procedimiento escrito era más lento, ofrecía la posibilidad de una valoración más rigurosa de la prueba, y sobre todo le otorgaba el derecho de impugnar la sentencia, por lo que, todo reclamo posterior sobre el beneficio de doble instancia devino improcedente¹²⁶.

La Comisión, luego de analizar la normativa que regulaba los recursos contra las sentencias dictadas en el marco de procesos orales y que estuvieron a disposición de Godoy, destacó que dicho marco legal aplicable contenía una seria limitación en cuanto a las perspectivas de efectividad de cualquier alegato que no se enmarcara en las causales de inconstitucionalidad y arbitrariedad

¹²⁵ CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr. 55-57.

¹²⁶ CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr. 30.

manifiestas, por lo que resultaba comprensible que la defensa de la víctima, en la búsqueda de que el recurso sea admitido y decidido, no solicitara la revisión de cuestiones de hecho o de valoración de la prueba sino que formulara alegaciones principalmente basadas en la inconstitucionalidad del proceso o en su arbitrariedad manifiesta. Consideró que el análisis no debía circunscribirse a si las autoridades judiciales que conocieron del recurso dieron respuesta a los argumentos presentados por las partes mediante el recurso de inconstitucionalidad, sino que debía tomar en cuenta que la víctima inició la etapa recursiva con una limitación *a priori* respecto de los alegatos que podían presentar, ello debido a que al momento de los hechos operaba una exclusión automática de cuestiones de hecho y valoración probatoria, incompatibles con la Convención¹²⁷.

La Comisión reiteró su postura en cuanto a que no es compatible con el art. 8.2.h de la Convención que el derecho a la revisión del fallo sea condicionado a la existencia de una violación de derechos constitucionales o a una arbitrariedad manifiesta pues, al margen de que se presentaran dichas violaciones o arbitrariedad manifiesta, toda persona condenada tiene derecho a solicitar una revisión de cuestiones de hecho, de derecho y de recepción y valoración de la prueba y a que las mismas sean analizadas efectivamente por el tribunal jerárquico que ejerce la revisión¹²⁸.

Analizó luego, el recurso de inaplicabilidad de ley y concluyó que se trataba de un recurso aún más restringido que el de inconstitucionalidad, por lo que tampoco cumplía con los requisitos antes mencionados. En función de ello,

¹²⁷ CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr. 141.

¹²⁸ CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr. 145.

concluyó que el Estado había vulnerado el derecho contenido en el artículo 8.2.h de la Convención¹²⁹.

En cuanto al argumento del Estado referido a que Godoy había optado voluntariamente por el procedimiento de juicio oral y que con ello había renunciado al derecho a una revisión amplia de la sentencia, tal como garantizaba el procedimiento escrito mediante el recurso de apelación, la Comisión recordó que, al constituir el derecho a la revisión una garantía fundamental del debido proceso, sin el cual el derecho de defensa en juicio carecería de eficacia, los Estados deben observarla en todo proceso penal. Por consiguiente, un sistema que implique que un inculpado al elegir un juicio oral tenga que renunciar por anticipado a una garantía de esta naturaleza, especialmente cuando se está frente a un proceso penal en el que se podría aplicar, como fue el caso, una pena de prisión perpetua, es contrario a la Convención Americana¹³⁰.

Adán Guillermo López Leone y otros.

López Leone se desempeñaba como juez de sentencia del tribunal de sentencia de San Pedro Sula y como presidente de la junta directiva de la Asociación Jueces por la Democracia. En el contexto del golpe de Estado en Honduras ocurrido el 28 de junio de 2009 y que culminó con la destitución del Presidente José Manuel Zelaya Rosales y el establecimiento de un estado de excepción, se produjeron numerosas manifestaciones en diferentes localidades, las cuales fueron violentamente reprimidas. López participó en una manifestación masiva en las cercanías del aeropuerto de Toncontín, que terminó en una confrontación violenta entre los manifestantes y la fuerza

¹²⁹ CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr. 147.

¹³⁰ CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr. 128.

pública, a raíz de la cual, López sufrió una fractura en la pierna izquierda. El Secretario de Estado en el Despacho de Defensa Nacional presentó una queja ante la Corte Suprema de Justicia por la participación del magistrado en la manifestación. Meses después, la Corte Suprema emitió un acuerdo de destitución por haber participado activamente en la manifestación política realizada en las inmediaciones del aeropuerto.

Tras ser notificado, López presentó recurso de apelación ante el Consejo de la Carrera Judicial, el cual fue desestimado y confirmó la destitución¹³¹.

Luis Alonso Chévez de la Rocha se desempeñaba como juez de sentencia del tribunal de sentencia de San Pedro Sula. Según su declaración, se encontró circunstancialmente con una manifestación realizada con motivo del golpe de Estado, que el ambiente se llenó de humo y fue privado de su libertad por la policía. Chévez había expresado en diferentes ámbitos su posición contraria al gobierno de facto que había asumido luego del golpe. Meses después, la Corte Suprema emitió un acuerdo de destitución respecto del juez Chévez, quien interpuso recurso de apelación ante el Consejo de la Carrera Judicial.

El Consejo declaró con lugar su reclamo por entender que la detención producida no resultaba vinculante en virtud de que la autoridad competente ya se había pronunciado en cuanto a que no había detención ordenada en su contra. También estableció que no se había demostrado cuáles fueron las injurias o las palabras que afectaron a sus compañeros y aún en este caso, en vista del principio de proporcionalidad, debió imponerse multa o suspensión, pero no el despido. El Consejo observó que las pruebas demostraron que al abogado Chévez le daba vergüenza pertenecer al Poder Judicial y que si trabajaba en el mismo era por necesidad y que, ante tales manifestaciones de

¹³¹ CIDH, Informe 103/13, caso 12.816, Fondo, Adán Guillermo López Lone y otros (Honduras), 5 de noviembre de 2013, párr. 50-61.

inconformidad, no era conveniente para ninguna de las partes el sostenimiento de la relación laboral, por lo que resultaba imposible su restitución¹³².

Tirza del Carmen Flores Lanza se desempeñaba como Magistrada Propietaria de la Corte de Apelaciones de la Seccional San Pedro Sula. Días después del golpe de Estado, Lanza interpuso, en calidad de ciudadana, una acción de amparo ante la Corte Suprema de Justicia en el cual alegó el ingreso ilegal al domicilio del señor José Manuel Zelaya Rosales, su captura y su expatriación, identificando al jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas como responsable y solicitó como medida cautelar la urgente repatriación. Adicionalmente, presentó una denuncia penal ante la Fiscalía General de la República acusando a cuatro miembros del Consejo Superior de las Fuerzas Armadas y a varios diputados de los delitos de abuso de autoridad, usurpación de funciones, terrorismo, rebelión, traición a la patria y delitos contra altos funcionarios del Estado. Meses más tarde, la Corte Suprema emitió acuerdo de destitución en virtud de las acciones desplegadas por la magistrada. Lanza presentó recurso de apelación ante el Consejo de la Carrera Judicial, que desestimó el mismo y confirmó la destitución¹³³.

Ramón Enrique Barrios se desempeñaba como juez del tribunal de sentencia de San Pedro Sula. Pocos días después del golpe, el periódico Tiempo publicó un artículo titulado “no hubo sucesión constitucional” bajo el nombre de Ramón Enrique Barrios, cuestionando la legalidad del proceso de destitución del Presidente Zelaya y alertando sobre la necesidad de salir en defensa de la institucionalidad del Estado de Derecho. Varios meses después, la Corte Suprema emitió un acuerdo de destitución en virtud de la opinión vertida en el diario.

¹³² CIDH, Informe 103/13, caso 12.816, Fondo, Adán Guillermo López Lone y otros (Honduras), 5 de noviembre de 2013, párr. 62-79.

¹³³ CIDH, Informe 103/13, caso 12.816, Fondo, Adán Guillermo López Lone y otros (Honduras), 5 de noviembre de 2013, párr. 80-99.

Barrios presentó recurso de apelación ante el Consejo de la Carrera Judicial, que decidió dejar sin valor el acuerdo y garantizarle así al reclamante su estabilidad en el poder judicial¹³⁴.

La Comisión concluyó que en los procedimientos seguidos contra los magistrados mencionados, el Consejo de la Carrera Judicial actuó como una instancia de revisión de las decisiones de la Corte Suprema, sin embargo, dicho Consejo no era un órgano competente (no estaba entre sus funciones la de conocer en los recursos contra decisiones de la Corte), ni imparcial (la Corte tenía una posición institucional clara y pública a favor de la legalidad del golpe de Estado lo cual era abiertamente contrario al interés de las víctimas), ni salvaguardó el derecho de defensa de las víctimas y no era, además, un órgano superior jerárquico respecto del cual revisó la decisión (el Consejo es un órgano dependiente de la Corte Suprema), por lo que no se cumplieron los estándares del artículo 8.2.h de la Convención¹³⁵.

Manfred Amrhein y otros.

La Comisión acumuló ocho peticiones, correspondientes a diecisiete personas, presentadas entre marzo de 2004 y noviembre de 2006, vinculadas a la inexistencia de un recurso ordinario que permita recurrir las sentencias de condena penal. En el momento de los hechos, el código procesal penal de Costa Rica vigente desde 1996 preveía el recurso de casación como medio de impugnación de las sentencias condenatorias, el cual ya había sido declarado incompatible con el artículo 8.2.h de la Convención por la Corte Interamericana en el fallo “Herrera Ulloa”. Con posterioridad a dicha sentencia de la Corte, y en

¹³⁴ CIDH, Informe 103/13, caso 12.816, Fondo, Adán Guillermo López Lone y otros (Honduras), 5 de noviembre de 2013, párr. 100-110.

¹³⁵ CIDH, Informe 103/13, caso 12.816, Fondo, Adán Guillermo López Lone y otros (Honduras), 5 de noviembre de 2013, párr. 158.

cumplimiento de la misma, en el año 2006 Costa Rica sancionó la ley nº 8503 de *“Apertura de la Casación”* que desformalizaba en parte dicho recurso y establecía la posibilidad de presentar procedimientos de revisión en los casos en los que la sentencia hayan adquirido firmeza y se haya cuestionado en su oportunidad la vulneración al art. 8.2.h. En el año 2010, Costa Rica realizó una segunda modificación mediante ley N° 8837 *“Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal”*, que directamente establecía el recurso de apelación como medio de impugnación de la sentencia y reestablecía el recurso de casación a su tradicional finalidad. Dicha ley también contemplaba en su transitorio III la posibilidad de presentar procedimientos de revisión en los casos de sentencias que hayan adquirido firmeza y respecto de las cuales se haya denunciado la violación al art. 8.2.h.

En todos los casos, los recursos de casación que se interpusieron en los diferentes procesos penales fueron rechazados con argumentos vinculados a la tradicional concepción del recurso de casación como remedio extraordinario que no permitía cuestionar la determinación de los hechos. También fueron rechazados los procedimientos de revisión presentados de acuerdo a la regulación originaria, los presentados de acuerdo a las leyes 8503 y 8837¹³⁶.

La Comisión observó que la mayoría de las sentencias condenatorias, con excepción de dos, fueron emitidas durante la vigencia del código procesal penal de 1996 por lo cual el análisis respecto de ellas se circunscribió al marco legal vigente en ese momento que sólo contemplaba como posibilidad de revisar una condena, antes de que adquiriera firmeza, la interposición de un recurso de casación. La Comisión recordó lo señalado por la Corte en el caso “Herrera Ulloa” respecto del mismo marco legal, en cuanto concluyó que el

¹³⁶ CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 32-183.

recurso de casación allí previsto no satisfacía el requisito de ser un recurso amplio en virtud de que imponía restricciones *a priori* que no permitían un examen comprensivo de las cuestiones debatidas y analizadas ante el tribunal inferior. Luego de analizar las causales de procedencia, limitadas básicamente a errores de derecho, concluyó que el recurso no resultó ni eficaz ni accesible para lograr la finalidad de garantizar el derecho a recurrir el fallo. Señaló que la limitación provenía del mismo texto legal que excluía *a priori* la posibilidad de revisar cuestiones fácticas y probatorias y condicionaba la labor de los abogados defensores a procurar que el recurso sea admitido y decidido, relegando planteos vinculados a cuestiones de hecho, prueba y valoración. Por ello, la Comisión entendió que resultaba suficiente determinar que las víctimas hayan debido iniciar la etapa recursiva con una limitación normativa respecto de los alegatos que podían presentar, lo que la tornaba incompatible con el derecho del artículo 8.2.h de la Convención¹³⁷.

En relación a las leyes 8503 y 8837, la Comisión señaló que al momento de su entrada en vigencia las sentencias ya habían adquirido carácter de cosa juzgada, por lo que, la responsabilidad internacional del Estado se materializó al momento en el que las víctimas no tuvieron acceso a un recurso que permitiera una revisión integral del fallo antes de que este adquiriera firmeza. Por tal razón, el análisis de dicha modificaciones legislativas fue circunscripto por la Comisión a los fines de evaluar si dicha violación fue subsanada o no por el Estado.

A partir de ello, la Comisión analizó la reforma incorporada por la ley 8503 que alcanzó a los recursos de casación presentados por dos de los peticionarios (Rojas Madrigal y Martínez Melendez). Observó que la procedencia del recurso de casación continuó siendo limitada a la inobservancia o errónea aplicación de

¹³⁷ CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 204-208.

un precepto legal, que continuó exigiendo la indicación de manera expresa de las disposiciones legales que se consideraran inobservadas. Señaló que la única modificación consistió en una nueva causal del recurso cuando la sentencia no haya sido dictada mediante el debido proceso o con oportunidad de defensa. La Comisión entendió que dicha modificación no logró resolver el problema central del recurso de casación relativo a la valoración de cuestiones de hecho y de prueba y que tampoco logró revertir la rigurosidad y el formalismo en la presentación del mismo. Expresamente mencionó que en el caso del señor Rojas Madrigal el tribunal revisor rechazó los argumentos asumiendo como cierto el marco fáctico establecido por el tribunal de juicio, sin contemplar la posibilidad de analizarlo. En el caso de Martínez Melendez, frente a una alegación relativa a la errónea apreciación de la prueba, el tribunal revisor indicó que no era cuestionable en sede de casación objetar la veracidad de los hechos enunciados en la pieza acusatoria. De ese modo, la Comisión concluyó que el Estado, aún bajo el nuevo régimen legal del recurso de casación, violó el derecho a recurrir el fallo.

La Comisión advirtió que la ley 8503 establecía que los recursos de casación rechazados antes de la entrada en vigencia de la misma sólo tenían la opción del procedimiento de revisión, cuyo alcance tampoco fue modificado de manera esencial, manteniendo el carácter extraordinario y una finalidad diferente a la de la doble conformidad, en tanto procedía sólo contra sentencias que ya habían adquirido firmeza y con el objeto de corregir sólo errores judiciales en relación a aspectos que no hubieran sido incorporados al juicio o en la etapa recursiva ordinaria. Por ello, concluyó que el Estado tampoco subsanó la situación de la mayoría de los peticionarios, cuyos recursos ya habían sido denegados con anterioridad a que la modificación de la ley 8503 entre en vigor¹³⁸.

¹³⁸ CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 217-222.

La Comisión analizó por último las modificaciones de la ley 8837 que creó el recurso de apelación de sentencia. Esta reforma importó un cambio sustancial en la regulación del recurso estableciendo la apelación como el medio de impugnación de la sentencia condenatoria que materializa el derecho a la revisión del fallo del artículo 8.2.h de la Convención. Esa reforma fue analizada por la Corte Interamericana en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia de “Herrera Ulloa” el 22 de noviembre de 2010. La regulación del recurso de apelación no fue aplicada a ninguno de los peticionarios.

La nueva ley contenía disposiciones transitorias para aquellos casos en que los recursos de casación habían sido rechazados antes de la entrada en vigencia de la norma, previendo la posibilidad, por única vez, de interponer un procedimiento de revisión. Asimismo, para aquellas personas cuyos recursos de casación se encontraban pendientes de resolución al momento de la entrada en vigencia de la ley, contemplaba la posibilidad de solicitar la conversión del recurso de casación ya presentado a uno de apelación conforme la nueva norma. En cuanto al procedimiento de revisión, la Comisión reiteró las mismas objeciones que las señaladas en relación al mismo procedimiento previsto en la ley 8503. En cuanto al mecanismo de conversión del recurso, la Comisión mencionó que el señor Rojas Madrigal tenía un recurso de casación pendiente al momento de la entrada en vigor de la ley 8837 y que solicitó expresamente dicha conversión, la cual fue rechazada con el argumento de que sólo hacía una mención a la vulneración del artículo 8.2.h de la Convención Americana y no exponía cuáles eran los motivos que lo llevan a considerar que, pese a que su recurso fue interpuesto antes de la entrada en vigencia de la ley n° 8837, se le debía aplicar el trámite de la apelación de

sentencia. De ese modo, la Comisión consideró que el Estado violó el art. 8.2.h de la Convención y además no subsanó dicha violación¹³⁹.

Caso Gorigoitia.

El 12 de septiembre de 1997 la Cámara Primera del Crimen de Mendoza condenó al señor Gorigoitia por el delito de "homicidio simple" a la pena de catorce años de prisión y a la inhabilitación absoluta por igual término, descartando la calificación de "homicidio culposo" alegada por la defensa. La Cámara Primera sostuvo lo siguiente: "El señor Gorigoitia] inició su realización homicida (...) mediante una inexcusable indiferencia ante el posible resultado dañoso. Gorigoitia conocía el arma y sabía las consecuencias que trae utilizarla en una persecución a gran velocidad, se presentó el resultado típico y, pese a ello, disparo en tales condiciones". La Cámara Primera indicó que el señor Gorigoitia no actuó con las previsiones que amerita el uso de las armas de fuego según el Manual de Policía. Asimismo, argumentó que "para afirmar la existencia de dolo en el ámbito de lo jurídico, hay que servirse de hechos, de las circunstancias, de los fenómenos que lo simbolizan (...). En ese sentido, tomó en cuenta un examen psicológico realizado por el Cuerpo Médico Forense en el que se señaló que tiene dificultad para adecuarse a las exigencias y límites externos así como para lograr un manejo racional de las situaciones, percibiendo las interrelaciones como competitivas" agresivas, poco fiables y no continentales. También se indicó que "transportada esa personalidad al

¹³⁹ CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 223-226.

hecho que nos ocupa (...) su actuación es el fiel reflejo de su personalidad”.

La Defensa interpuso recurso de casación argumentando que no se había acreditado el dolo y que tampoco podía derivarse de la descripción objetiva de los hechos. Agregó que no se explica porqué la conducta del otro policía que también disparó en la persecución se consideró justificada y la de Gorigoitia no.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza decidió rechazar el recurso de casación “por resultar formalmente improcedente”. Señaló que el recurso de casación “debe ser motivado y que esta motivación debe ser suministrada por la parte recurrente en el mismo escrito de interposición, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que sustenta”. En ese sentido indicó lo siguiente: (...) cuando se aduce falta de motivación de la sentencia, es necesario individualizar el acto viciado, (...) señalando la posibilidad razonable de incidencia de la prueba ilegal u omitida en el razonamiento el tribunal de mérito (...). Con respecto al motivo sustancial alegado, corresponde desestimarlo “in limine”, porque las argumentaciones recursivas revelan, en suma, la discrepancia valorativa del impugnante con el criterio de la Cámara con relación al material probatorio incorporado legalmente al debate, porque el Tribunal de Casación no puede rever ni juzgar los motivos que conformaron la convicción del Tribunal a-quo (...). La Segunda Sala agregó que “la Cámara ha fundado en forma clara, completa y generosa el dolo eventual que le atribuye a la conducta del encartado”, para lo cual citó textualmente el razonamiento de la Cámara. Asimismo, indicó que la Cámara examinó minuciosamente la hipótesis de que el imputado hubiera actuado con culpa. En consecuencia, determinó que corresponde desestimar el remedio intentado.

La Comisión destacó que el artículo 474 del CPPM regula los dos motivos que pueden alegarse en un recurso de casación: la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva; o la inobservancia de normas procesales en ciertas circunstancias. En ese sentido, la propia regulación limita al recurso de casación a errores de derecho tanto sustantivos como procesales.

En segundo lugar, la Comisión observó que este marco legal dio lugar a una práctica judicial descrita en la sección de hechos probados, reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ámbito federal, y que resulta aplicable al presente caso tomando en cuenta la coincidencia en la regulación del recurso de casación en dicho ámbito y en la Provincia de Mendoza, entre otras provincias. Dicha práctica consistía en interpretar restrictivamente el marco legal que regula el recurso de casación, de forma tal que quedaban excluidos de la revisión cuestiones de hecho o de valoración probatoria.

Concluyó que, en virtud de lo anterior, en términos generales existía una seria limitación en la ley y en la práctica en cuanto a las perspectivas de efectividad de cualquier alegato que no se enmarcara dentro de lo que históricamente se había considerado “revisable” mediante el recurso de casación.

Sostuvo que no correspondía a la Comisión determinar las posibles cuestiones que hubieran podido formularse en el presente caso de no haberse aplicado los factores limitantes. Tal como la Comisión ha referido “resulta suficiente determinar que las presuntas víctimas iniciaron la etapa recursiva con una limitación normativa respecto de los alegatos que podían presentar (...) operaba una exclusión automática de las cuestiones de hecho o valoración probatoria, sin análisis de la importancia o naturaleza de dichas cuestiones a la luz del caso concreto. Esta exclusión resulta, en sí misma, incompatible con el alcance amplio del recurso contemplado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana”.

En todo caso, el alcance limitado del recurso de casación se vio reflejado en la manera en que fueron resueltos dichos recursos en el asunto concreto. Como se desprende de los hechos probados, el recurso de casación presentado por la defensa del señor Gorigoitia incorporó una serie de argumentos relacionados con los hechos y la manera en que los mismos se adecuaban o no a la modalidad dolosa de la comisión del delito de homicidio. Asimismo, se presentaron argumentos relacionados con la valoración probatoria efectuada en primera instancia.

Tomando en cuenta que el recurso de casación fue declarado “formalmente inadmisibles” por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, conforme al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, la CIDH considera que los argumentos formulados por la defensa que cuestionaban aspectos de hecho y de valoración probatoria, fueron considerados por dicho tribunal como manifiestamente inadmisibles. Por lo tanto, el tribunal no entró a analizar los alegatos de fondo sino que éstos fueron inadmitidos *in limine*. La decisión del recurso de casación por parte de esta autoridad judicial incluye motivaciones que ponen en evidencia que el rechazo de los recursos se debió a la práctica judicial de interpretación restrictiva de la regulación del recurso de casación.

La CIDH resaltó que la propia Segunda Sala indicó que “no puede rever ni juzgar los motivos que conformaron la convicción del Tribunal a-quo”. La Segunda Sala sostuvo entonces que correspondía desestimar el recurso *in limine* en tanto los argumentos de la defensa “revelan, en suma, la discrepancia valorativa del impugnante con el criterio de la Cámara con relación al material probatorio incorporado legalmente al debate”. La Comisión destacó también que la Segunda Sala se limitó a determinar si la sentencia de la Cámara estuvo motivada, dejando constancia de dicha motivación en los extremos alegados

por la defensa, pero sin efectuar valoración alguna sobre dicha motivación ni menos un doble conforme en cuanto a sus contenidos.

La Comisión concluyó que el Estado de Argentina violó el derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana, en perjuicio del señor Gorigoitia. Agregó que estas violaciones no obedecieron a la interpretación aislada de un juez en el caso particular de la víctima, sino que ocurrieron en el contexto de una legislación y práctica que excluía la revisión de los hechos y la valoración y recepción de prueba. Debido a ello, la Comisión concluyó que el Estado incumplió, además del derecho consagrado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana, la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de dicho instrumento. Teniendo en cuenta el alcance más general de estas conclusiones, la Comisión destacó la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 20 de septiembre de 2005, conocida como “el fallo Casal”. Como se indicó en la sección de hechos probados, mediante esta decisión la Corte Suprema de Justicia de la Nación efectuó un análisis de la práctica judicial de los tribunales argentinos y especialmente de la Sala de Casación Penal, en el sentido de interpretar de manera restrictiva las normas que regulan el recurso de casación y la consecuente denegación de dicho recurso cuando se solicitaba una revisión de cuestiones relacionadas con los hechos o con la valoración probatoria. Tomando en cuenta las disposiciones relevantes del derecho internacional de los derechos humanos y haciendo expresa mención al artículo 8.2 h) de la Convención Americana y al artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación indicó la necesidad de cambiar dicha interpretación restrictiva por una más amplia que no limitara la revisión a cuestiones de derecho, sino que incluyera aquellas cuestiones de hecho o de valoración probatoria, con la limitación de lo que esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. La Comisión señaló que

valoraba positivamente el fallo Casal y lo entendía como un primer esfuerzo a fin de compatibilizar las prácticas judiciales con las obligaciones internacionales de Argentina en materia de derechos humanos. Agregó que, sin embargo, según la información disponible a través del sistema de casos y el trabajo de monitoreo de la CIDH, dicho fallo no ha provocado cambios suficientes para resolver los problemas señalados en el presente análisis. Uno de los obstáculos que encuentra la Comisión para concluir que el Estado ha subsanado esta problemática, es la falta de obligatoriedad del fallo Casal. La Comisión observa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se abstuvo de declarar la inconstitucionalidad del artículo 456 del CPPN – que regula la procedencia del recurso de casación y que como se indicó es de contenido casi idéntico al artículo 474 del CPPM – dicha sentencia constituye una pauta interpretativa pero jurídicamente no es de obligatorio acatamiento por los jueces. Sostuvo que, aún más, la Comisión nota que la pauta interpretativa ofrecida por el fallo Casal, no resulta evidente del texto de la norma¹⁴⁰.

Caso Del Valle Ambrosio.

El 23 de diciembre de 1997 la Cámara Novena del Crimen de Córdoba resolvió declarar a Carlos Eduardo Domínguez Linares y a Julio Cesar Ramón Del Valle Ambrosio cómplices necesarios del delito de defraudación calificada por administración fraudulenta, en los términos de los artículos 45, 174 inc. 5 y 173 inc. 7 del Código Penal e imponerles a cada uno la pena de tres años y seis meses de prisión con accesorias de ley y costas (arts. 9, 12 del Código Penal; 550 y 551 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba).

El abogado defensor de Carlos Eduardo Domínguez Linares, interpuso recurso de casación contra la sentencia condenatoria alegando que en la misma se “ha

¹⁴⁰ CIDH, Informe 98/17, caso nº 12.925, Ocasr Raúl Gorigoitia (Argentina), 5 de septiembre de 2017.

aplicado erróneamente el Código Penal [...]”. En su escrito hace referencia a lo establecido en la ley penal, comparando con lo determinado en la sentencia. Así, refiere que “ha fijado el hecho y el reproche de mi defendido, basada en el RIESGO innecesario o excesivo que ocasionaron los administradores al patrimonio del Banco, con los préstamos acordados”. Indicando también que “el perjuicio exigido por la ley con relación a esta forma de comisión es EFECTIVO y no potencial. Debe haberse producido una DISMINUCIÓN del patrimonio después del hecho cuestionado”. Agregó en el recurso que “la sentencia de V.E. ha fundado la condena de mi defendido en una circunstancia decisiva para su reproche penal en función de la caracterización típica de la conducta considerada como delictiva. Esa circunstancia, como ya se señaló, NO SE ENCONTRABA DESCRIPTA EN LA ACUSACIÓN, CONSITUYENDO UN HECHO [ilegible] de acuerdo al concepto del art. 389 del C.P.P., sin haber cumplido en el debate, las prescripciones de dicha [ilegible] legal”.

Por su parte, el abogado defensor de Julio Cesar Ramón Del Valle Ambrosio, también interpuso recurso de casación en contra de la sentencia condenatoria. Del expediente se desprende que el recurso de casación se presentó por: [...] errónea aplicación de la ley sustantiva como consecuencia de la inobservancia de las normas establecidas por el código bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, porque a su criterio, el Tribunal ha valorado equívocamente los elementos probatorios colectados como prueba y en consecuencia ha violado el art. 406 del C.P.P. al no haberse estado a favor de Ambrosio ante la duda y el art. 413 inc. 4to del mismo ordenamiento procesal penal, toda vez que no se observó las reglas de la sana crítica racional, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo lo cual está contemplado en los arts. 39, 115, y concordantes de la Constitución de la Pcia. De Córdoba y 18 de la Constitución Nacional.

La Cámara Novena del Crimen de Córdoba resolvió conceder los recursos de casación y elevarlos a la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia.

El 17 de diciembre de 1998 la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba resolvió declarar formalmente inadmisibile el recurso de casación interpuesto en favor de Carlos Eduardo Domínguez Linares. Dicha Sala señaló que: [...]En el caso, el recurrente presenta disconformidad con la calificación legal otorgada a los hechos, con prescindencia de todas las conclusiones fácticas adoptadas por el sentenciante, conforme a las cuales la conducta endilgada al imputado no consistió en mero incumplimiento contractual que aparejase un perjuicio potencial, sino en la complicidad primaria en la obtención de asistencias crediticias fraudulentas que ocasionaron (sic) [ilegible] Banco Social un perjuicio efectivo. Tomando como eje [ilegible] impugnación aisladas referencias efectuadas por [ilegible] sentenciante acerca del riesgo innecesario, convie[ilegible] éste argumento dirimente del decisorio, sin [ilegible] demostración de su relevancia y a él circunscribe el [ilegible] recursivo. [...] II.1. El defensor del imputado Domínguez Linares, impetra la nulidad de la sentencia, atribuyéndole la falta de congruencia con la acusación. [...] 2. El recurso de casación deducido por motivo formal es inadmisibile por las razones que a continuación se exponen: a) Conforme a la invariable jurisprudencia de esta Sala, el recurso debe exponer un agravio [ilegible] sustento veraz en las constancias de la causa, de modo que si estas son parcializadas, ignoradas o modificadas y [ilegible] tales alteraciones se construye el gravamen, prescin [ilegible] de los actos procesales tal como han sido realizados [ilegible] impugnación no es viable formalmente [...]. En tal defecto se incurre en el escrito de interposición acerca del vicio que acusa: falta de correlación entre acusación y sentencia. Ello así por cuanto en primer término, circunscribe el hecho al mutuo inicial, cuando tanto la acusación como la sentencia al fijarlo incluyen otras numerosas asistencias crediticias que consideran fraudulentamente obtenidas y

prejudiciales, tal como lo indicado en relación al primer agravio (supre I.3.a)). En segundo término, únicamente en relación al mutuo inicial incluido tanto la acusación como la sentencia, aluden a la garantía hipotecaria sobre el inmueble del cementerio parque. Como puede advertirse a través de la confrontación entre la acusación (fs. 422/455) y la fijación del hecho acreditado en la sentencia (fs. 586/618), ambos actos procesales coinciden tanto en la sobrevaluación del inmueble que se colocó como garantía del préstamo, también acerca de que se trataba de un lote de un cementerio parque cuya naturaleza jurídica conllevaba limitaciones para la ejecución: como asimismo hacen referencia al perjudicial precedente de aceptar en pago parcelas de otro cementerio parque. La inclusión en la sentencia de referencia acerca de que la comercialización de bienes de cambio que afectarían el valor y la ejecutabilidad del bien ofrecido en garantía, fueron efectuadas junto con otras [...], que fueran efectivamente mencionadas también en la acusación. Idéntica situación se produce respecto de [ilegible] referencia acerca de que los funcionarios del Banco condenados, aceptaron “una situación particular [...]”, la que mencionada entre otras circunstancias idénticas descritas en la acusación relacionadas con el obrar ilegítimo y a sabiendas. El impugnante con la dogmática afirmación de que esas circunstancias eran decisivas, no ha fundamentado esa calificación, toda vez que ha prescindido de procurar demostrar su dirimencia a los efectos de exponer una falta de correlación de su procedencia formal conforme a la invariable jurisprudencia de la Sala [...].b) Asimismo se advierte que el impugnante, en relación únicamente con el mutuo inicial al que aluden tanto la acusación como la sentencia, identifica la disminución de la garantía hipotecaria por la efectiva comercialización posterior de las parcelas del cementerio parque que para el tribunal de juicio constituyeron hechos comprobados en el debate no incluidos en la acusación y por tanto excluidos de la condena. [...]. Desde que el recurso también se endereza a cuestionar el punto de la parte dispositiva de la sentencia que en consonancia con esos fundamentos dispuso en [ilegible] a esos hechos bajar

las actuaciones al Juzgado de Instrucción “a sus efectos”, en rigor de verdad [ilegible] objeto no es impugnabile en casación (C.P.P. 469) [ilegible] punto no es sentencia definitiva y no impide oportunamente haga valer sus defensas concernientes [ilegible] identidad entre esos hechos sobre los cuales no [ilegible] iniciado aun persecución (sic)penal, con los incluidos [ilegible] sentencia condenatoria. [...] RESUELVE: Declarar que el recurso de casación deducido a favor del imputado Carlos Eduardo Domínguez Linares, es formalmente inadmisibile (CPP 455 y 474). Con costas (CPP 550/551). Según información presentada por la parte peticionaria, y no controvertida por el Estado, el 17 de diciembre de 1998 la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba resolvió, en similar sentido, declarar la inadmisibilidat del recurso de casación respecto del señor Julio Cesar Ramón Del Valle Ambrosio.

La Comisión destacó que el artículo 468 del CPPC regula los dos motivos que pueden alegarse en un recurso de casación: la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva; o la inobservancia de normas procesales bajo ciertos supuestos. Señaló que, en ese sentido, la propia regulación limita al recurso de casación a errores de derecho tanto sustantivo como procesal.

Luego, la Comisión observó que este marco legal dio lugar a una práctica judicial descrita en la sección de hechos, reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ámbito federal, y que resultaba aplicable al presente caso tomando en cuenta la coincidencia en la regulación del recurso de casación en dicho ámbito y en la Provincia de Córdoba, así como en otras provincias. Dicha práctica ha consistido en interpretar restrictivamente el marco legal que regula el recurso de casación, de forma tal que quedaban excluidas de la revisión cuestiones de hecho o de valoración probatoria. En virtud de lo anterior, en términos generales ha existido una seria limitación en la ley y en la práctica en cuanto a las perspectivas de efectividad de cualquier alegato que

no se enmarcara dentro de lo que históricamente se había considerado “revisable” mediante el recurso de casación.

La Comisión sostuvo que no correspondía a ella determinar las posibles cuestiones que hubieran podido formularse en el presente caso de no haberse presentado los factores limitantes, “resulta suficiente determinar que las presuntas víctimas iniciaron la etapa recursiva con una limitación normativa respecto de los alegatos que podían presentar (...) operaba una exclusión automática de las cuestiones de hecho o valoración probatoria, sin análisis de la importancia o naturaleza de dichas cuestiones a la luz del caso concreto. Esta exclusión resulta, en sí misma, incompatible con el alcance amplio del recurso contemplado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana”.

Agregó la Comisión que, el alcance limitado del recurso de casación se vio reflejado en la manera en que fueron resueltos dichos recursos en el caso concreto. Los respectivos recursos de casación incorporaron una serie de argumentos relacionados con los hechos y la manera en que los hechos se adecuaban o no al tipo penal. Asimismo, se argumentó que la valoración probatoria fue inadecuada. Ambos recursos fueron declarados inadmisibles en lo formal, invocando el artículo 455 del CPPC. Conforme a dicho artículo, una declaratoria de inadmisibilidad con base en el mismo, implica que no se efectúa un pronunciamiento sobre el fondo. El análisis efectuado para sustentar la declaratoria formal de admisibilidad tiene que ver, entre otros aspectos, con que no se expuso un “agravio” susceptible de ser revisado en casación, y que el mismo se basó en la mera disconformidad de la defensa. Esto implica que los argumentos formulados por la defensa mediante la interposición de los recursos de casación y que planteaban cuestiones relacionadas con los hechos y de valoración probatoria, fueron considerados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, manifiestamente inadmisibles y, por lo tanto, no merecieron un análisis de fondo. La decisión de los recursos

de casación por parte de esta autoridad judicial incluye motivaciones que ponen en evidencia que el rechazo de los recursos se debió a la práctica judicial de interpretación restrictiva de la regulación del recurso de casación.

La Comisión concluyó que el Estado de Argentina violó el derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Del Valle Ambrosio y Domínguez Linares. Estas violaciones no obedecieron a la interpretación aislada de un juez en los casos particulares de las víctimas, sino que ocurrieron en el contexto de una legislación y práctica que excluía la revisión de los hechos y la valoración y recepción de prueba. En ese sentido, la Comisión ha concluido que el Estado incumplió, además del derecho consagrado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana, la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de dicho instrumento.

La Comisión destacó la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 20 de septiembre de 2005, conocida como “el fallo Casal”. La Comisión valoró positivamente el fallo Casal y lo entendió como un primer esfuerzo a fin de compatibilizar las prácticas judiciales con las obligaciones internacionales de Argentina en materia de derechos humanos. Sin embargo, según la información disponible a través del sistema de casos y el trabajo de monitoreo de la Comisión, dicho fallo no ha provocado cambios suficientes para resolver los problemas señalados en el presente análisis. Uno de los obstáculos que encontró la Comisión para concluir que el Estado había subsanado esta problemática, es la falta de obligatoriedad del fallo Casal. La Comisión observó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se abstuvo de declarar la inconstitucionalidad del artículo 456 del CPPN – que regula la procedencia del recurso de casación y que como se indicó es de contenido casi idéntico al artículo 468 del CPPC – dicha sentencia constituye una pauta interpretativa pero jurídicamente no es de obligatorio acatamiento por los

jueces. Aún más, la Comisión nota que la pauta interpretativa ofrecida por el fallo Casal, no resulta evidente del texto de la norma¹⁴¹.

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5.1. La caracterización del derecho a la revisión.

La Corte la considera el derecho a la revisión del fallo condenatorio una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal en aras de que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica¹⁴². Ha sostenido que las garantías judiciales buscan evitar que quien está sometido a proceso no sea objeto de decisiones arbitrarias y que, por ello, el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantizara respecto de todo aquel que es condenado, ya que la condena es la manifestación del poder punitivo del Estado¹⁴³.

Ha sostenido que la doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y, al mismo tiempo, brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado¹⁴⁴.

¹⁴¹ CIDH, Informe 97/17, caso n° 12.924, Julio Cesar Ramón del Valle Ambrosio y otro (Argentina), 5 de septiembre de 2017.

¹⁴² Corte IDH, caso “Herrera Ulloa vs Costa Rica”, sent. 2 de julio de 2004, párr. 158; caso “Amrhein y otros vs Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 255; caso “Gorigoitía vs. Argentina”, sent. 2 de septiembre de 2019, párr. 47.

¹⁴³ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 255; caso “Gorigoitía vs. Argentina”, sent. 2 de septiembre de 2019, párr. 47.

¹⁴⁴ Corte IDH, caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, sent. 17 de noviembre de 2009, párr. 89; caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, sent. 14 de mayo de 2013, párr. 242.

El fundamento de la garantía no reside en la condición de tribunal superior del órgano que emite la decisión sino, precisamente, en que esa decisión constituya una revisión de una decisión adversa. De lo contrario, la garantía se encontraría satisfecha con el sólo hecho de que la persona sea juzgada y condenada por un tribunal superior. Esta idea fue expresamente rechazada por la Corte al abordar los casos de aforamiento en relación a ciertos funcionarios públicos, señalando que el rango del tribunal que juzga no puede garantizar que el fallo en instancia única será dictado sin errores o vicios.

La Corte considera que el establecimiento de fueros especiales para el juzgamiento de altos funcionarios es, en principio, compatible con la Convención siempre que se permita que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio. Para armonizar el aforamiento con el derecho a la revisión postula, a modo de ejemplo, que el juzgamiento en primera instancia se encuentre a cargo del Presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponda al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron en el caso¹⁴⁵.

Existe una variante de la situación mencionada en el párrafo anterior y que consiste en aquellos casos en los que la persona imputada es absuelta en el juicio de primera instancia y luego, en virtud de un recurso interpuesto por la parte acusadora, resulta condenada en segunda instancia. Aquí también se trata de una sentencia de condena que proviene de un tribunal superior pero tiene la particularidad, a diferencia de los casos de aforamiento, de que se han transitado dos instancias penales. La Corte recuerda que el art. 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona sometida a proceso penal, las cuales deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso, que abarca la investigación, acusación,

¹⁴⁵ Corte IDH, caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, sent. 17 de noviembre de 2009, párr.90; caso “Liakat Ali Alibux vs. Suriname”, sent. 30 de enero de 2014, párr. 105.

juzgamiento y condena¹⁴⁶. A partir de allí, la Corte interpreta que el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo. Resultaría contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria¹⁴⁷. La Corte rechaza interpretar el alcance del artículo 8.2.h de la Convención a la luz del artículo 2.2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que autoriza a que el derecho a la revisión pueda ser objeto de excepción cuando la persona es condenada por un tribunal superior que resuelve un recurso contra su absolución pues, ni la Convención ni el Pacto han establecido excepciones al derecho en cuestión¹⁴⁸.

El derecho a la revisión debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada¹⁴⁹. Señala que se busca proteger el derecho de defensa otorgando un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada con vicios o errores en perjuicio de la persona acusada¹⁵⁰. Esto le ha permitido sostener a la Corte que la acción de revisión contra sentencias firmes y ejecutoriadas no cumple con las exigencias del derecho contenido en el art. 8.2.h de la Convención.

La notificación de la sentencia de condena constituye un presupuesto del derecho a la revisión y la falta de la misma configura una violación en sí misma

¹⁴⁶ Corte IDH, caso "Mohamed vs Argentina", sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 91.

¹⁴⁷ Corte IDH, caso "Mohamed vs Argentina", sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 91.

¹⁴⁷ Corte IDH, caso "Mohamed vs Argentina", sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 91.

¹⁴⁷ Mohamed, párr. 92.

¹⁴⁸ Corte IDH, caso "Mohamed vs Argentina", sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 94.

¹⁴⁹ Corte IDH, caso "Amrhein y otros vs Costa Rica", sent. 25 de abril de 2018, párr. 256.

¹⁵⁰ Corte IDH, caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sent. 2 de julio de 2004, párr. 158; caso "Barreto Leiva vs. Venezuela", sent. 17 de noviembre de 2009, párr. 88; caso "Mohamed vs Argentina", sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 98; caso "Mendoza y otros vs. Argentina", sent. 14 de mayo de 2013, párr. 243.

al art. 8 de la Convención a la vez que torna impracticable el ejercicio del derecho¹⁵¹.

Al momento de analizar el alcance de la cláusula, la Corte recuerda el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que establece que los tratados deben ser interpretados de buena fe conforme el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos en el contexto del tratado y teniendo en cuenta su objeto y fin, que en el caso de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. De acuerdo con ello, afirma que el recurso contemplado en el artículo 8.2.h debe ser un *recurso ordinario, eficaz y accesible* por medio del cual un *juez o tribunal superior* procure la corrección de *decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho*. Si bien se reconoce que los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, la Corte aclara que no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo.

La *eficacia* a la que alude la Corte significa que los recursos deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos¹⁵². Estima que, con independencia del régimen o sistema recursivo que los Estados adopten y de la denominación que le asignen, para que sea un instrumento eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea¹⁵³.

¹⁵¹ Corte IDH, caso “Velez Loor vs. Panamá”, sent. 23 de noviembre de 2010, párr. 180.

¹⁵² Corte IDH, caso “Herrera Ulloa vs Costa Rica”, sent. 2 de julio de 2004, párr. 161, La Corte traspola aquí los estándares elaborados en el marco del derecho a la protección judicial; caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, sent. 14 de mayo de 2013, párr. 244.

¹⁵³ Corte IDH, caso “Norin Catrimán y otros vs Chile”, sent. 29 de marzo de 2014, párr. 270; caso “Amrhein y otros vs Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 257. caso “Gorigoitía vs. Argentina”, sent. 2 de septiembre de 2019, párr. 48.

La eficacia requiere también que el recurso permita analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas, remarcando la necesaria interdependencia de las mismas. En función de ello, señala que las causales de procedencia deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria¹⁵⁴.

La eficacia exige también que la regulación de dicho recurso respete las garantías mínimas que, bajo el art. 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral¹⁵⁵. Reitera el criterio de que el derecho en cuestión no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado sino que, para que haya una verdadera revisión en los términos de la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer en el caso concreto¹⁵⁶. El concepto de juez natural y debido proceso legal rigen a lo largo de todas las etapas del proceso penal por lo cual, si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos de juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa que se desarrolle ante él¹⁵⁷. En esa misma línea, la Corte no acepta que la revisión del fallo condenatorio la lleve a cabo un órgano no jurisdiccional¹⁵⁸.

La eficacia exige también que el recurso sea resuelto en un plazo razonable, de modo tal, que una eventual decisión favorable tenga efectos concretos respecto

¹⁵⁴ Corte IDH, caso “Mohamed vs. Argentina”, sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 100; caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, sent. 14 de mayo de 2013, párr. 245; caso “Amrhein y otros vs Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 257. caso “Gorigoitía vs. Argentina”, sent. 2 de septiembre de 2019, párr. 48.

¹⁵⁵ Corte IDH, caso “Mohamed vs Argentina”, sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 101; caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, sent. 14 de mayo de 2013, párr. 246; caso “Norin Catriman y otros vs. Chile”, sent. 29 de marzo de 2014, párr. 270.

¹⁵⁶ Corte IDH, caso “Herrera Ulloa vs. Argentina”, sent. 2 de julio de 2004, pár. 159.

¹⁵⁷ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi vs. Perú”, sent. 30 de mayo de 1999, párr. 161; caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, sent. 25 de noviembre de 2004, párr. 192.

¹⁵⁸ Velez Loor, párr. 180.

de la persona. Debe tenerse en consideración que, en un contexto regional de abuso de la prisión preventiva¹⁵⁹, es probable que la persona imputada transite la etapa procesal de revisión del fallo condenatorio privada de su libertad, llegando a situaciones en las que la pena no firme se cumple en encierro preventivo. Se corre el riesgo de que el recurso contra el fallo condenatorio no pueda subsanar la situación de error judicial ni puede producir resultado alguno en la medida en que los efectos de la sentencia que se reputa viciada podrían haberse ya materializado. En este caso, el recurso no es más que su mera existencia formal, incapaz de producir los resultados para los que fue concebido¹⁶⁰.

En cuanto a la *accesibilidad* de la posibilidad de recurrir el fallo, la misma significa, en palabras de la Corte, que dicha posibilidad no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio el derecho, el cual, con prescindencia de la denominación que se le asigne al recurso, debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida¹⁶¹. En ese sentido, las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente¹⁶². Debe tratarse de un recurso que se encuentre al alcance de toda persona condenada pues la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Debe ser garantizado inclusive frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria¹⁶³.

¹⁵⁹ Cfr. Informe CIDH sobre el abuso de la prisión preventiva.

¹⁶⁰ Corte IDH, caso "Liakat Ali Alibux vs. Suriname", 30 de enero de 2014, párr. 110.

¹⁶¹ Corte IDH, caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sent. 2 de julio de 2004, párr. 164/165.

¹⁶² Corte IDH, caso "Mohamed vs. Argentina", sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 99; caso "Mendoza y otros vs. Argentina", sent. 14 de mayo de 2013, párr. 244; caso "Norin Catrimán y otros vs. Chile", sent. 29 de marzo de 2014, párr. 270.

¹⁶³ Corte IDH, caso "Norin Catrimán y otros vs. Chile", sent. 29 de marzo de 2014, párr. 270.

La Corte recuerda también que el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso, agregando que su valor consiste en proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Señala, que en el ámbito penal, como garantía del inculpado, se dirige también a asegurar el principio de presunción de inocencia, ya que permite a quien se ve sometido al poder penal del Estado comprender las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar cualquier hipótesis de inocencia, y solo así poder confirmar o refutar la hipótesis acusatoria. Según la Corte, ello permitiría desvirtuar la presunción de inocencia y determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, así como posibilitar el ejercicio de la defensa a través de la facultad de recurrir el fallo condenatorio¹⁶⁴.

5.2. Los casos ante la Corte.

Caso Herrera Ulloa.

En el caso Herrera Ulloa, la denuncia de violación al derecho a la revisión del fallo condenatorio no se encontraba contenida en la demanda de la Comisión Interamericana sino que fue introducida recién en el escrito de solicitud, argumentos y pruebas (ESAP) por parte de los representantes de las víctimas.

Herrera Ulloa había sido condenado por el delito de difamación en virtud de una serie de artículos periodísticos publicados en el diario *La Nación* de Costa

¹⁶⁴ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 147; caso “Amrhein y otros vs Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 257.

Rica. La defensa interpuso recurso de casación por vicios en el fundamento de la sentencia por quebranto de las reglas de la sana crítica. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar los recursos.

La Corte Interamericana entendió que el recurso de casación presentado contra la sentencia condenatoria no satisfizo el requisito de ser 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 por el tribunal inferior.

Caso Lori Berenson Mejía.

En el caso Lori Berenson Mejía, la Corte sostuvo que el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar por lo que no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles¹⁶⁵.

Caso Barreto Leiva.

En el caso Barreto Leiva, en virtud de tratarse de un caso de aforamiento por juzgamiento de altos funcionarios públicos a cargo de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, la Corte Interamericana entendió que se había violado el derecho a la revisión en la medida en que el sentenciado no dispuso de la posibilidad de impugnar el fallo¹⁶⁶.

Caso Velez Loor.

En el caso Velez Loor, la víctima había sido condenada a la pena de prisión por la autoridad administrativa de migraciones y la resolución que imponía la sanción nunca le había sido notificada, por lo que la Corte entendió que el caso se enmarcaba en una situación de impedimento fáctico para asegurar el

¹⁶⁵ Corte IDH, caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, sent. 25 de noviembre de 2004.

¹⁶⁶ Corte IDH, caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, sent. 17 de noviembre de 2009, párr. 91.

derecho a recurrir, así como en una ausencia de garantías e inseguridad jurídica. Por otra parte, frente al alegato del Estado en cuanto a que la víctima disponía de la Defensoría del Pueblo como recurso, la Corte señaló que ésta no satisface la exigencia de un órgano revisor de grado superior con características jurisdiccionales¹⁶⁷.

Caso Mohamed.

En el caso Mohamed, la persona había sido imputada por homicidio culposo en virtud de un hecho de tránsito ocurrido en circunstancias en las que Mohamed se desempeñaba como conductor de colectivo. Luego de celebrarse el juicio oral, Mohamed fue absuelto por entender que no existía prueba que permita acreditar que había violado algún deber objetivo de cuidado, tomando en consideración que no existía prueba que indique que había atravesado la calle con luz roja, que él manifestaba haber cruzado con luz verde, que la maniobra de sobrepaso del micro estacionado en la derecha se inició a 70 metros de la esquina y que la velocidad, según peritos, era de 10 km por hora. El querellante interpuso recurso de apelación y la Cámara de apelaciones en lo Criminal y Correccional resolvió revocar la absolución y condenar al señor Mohamed como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo a la pena de tres años de prisión en suspenso. Contra esa sentencia, el ordenamiento jurídico vigente sólo permitía la interposición del recurso extraordinario federal, limitado a las cuestiones federales contempladas en los tres incisos del art. 14 de la ley 48 y a los casos de arbitrariedad manifiesta. El defensor de Mohamed interpuso recurso federal denunciando i) defecto de fundamentación al invocar normativa no vigente a la fecha del hecho, ii) autocontradicción, iii) haber prescindido de prueba decisiva y iv) que el fallo se sustentaba en afirmaciones dogmáticas. El recurso extraordinario fue denegado por la Cámara en virtud de que los argumentos se referían a cuestiones de hecho, prueba y derecho común y que el recurso extraordinario no tiene por objeto convertir a la Corte

¹⁶⁷ Corte IDH, caso "Velez Loo vs. Panamá", sent. 23 de noviembre de 2010, párr.180.

Suprema en una tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales. La defensa interpuso queja por recurso federal denegado, la cual fue rechazada con la sola invocación del art. 280 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación¹⁶⁸.

La Corte entendió, en primer término, que, aún cuando la condena provenga de una segunda instancia con motivo de un recurso de la parte acusadora contra una absolución, Mohamed tenía derecho a que un tribunal superior revise la condena dictada por la Cámara de apelaciones. En segundo lugar, en relación al alcance material de la revisión, señaló que, debido a la regulación del recurso extraordinario federal, la naturaleza y el alcance de los agravios presentados por la defensa de Mohamed se encontraban condicionados *a priori* por las causales de procedencia del recurso, las cuales limitaban *per se* la posibilidad de plantear agravios que implicaran un examen amplio eficaz del fallo condenatorio¹⁶⁹. Agregó la Corte que el carácter limitado del recurso quedó manifiesto en la decisión de la Cámara que denegó el mismo en virtud de que los argumentos de la defensa referían a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ya valoradas en oportunidad del fallo impugnado¹⁷⁰.

Caso Mendoza.

En el caso Mendoza, las víctimas fueron condenadas en diferentes procesos a la pena de prisión perpetua por hechos cometidos cuando eran menores de 18 años. Contra esas sentencias condenatorias las defensas oficiales y particulares interpusieron los respectivos recursos de casación, impugnando en general la pena a perpetuidad, su determinación y la inconstitucionalidad de la misma en relación a niños, los cuales fueron rechazados. Contra ese rechazo, interpusieron quejas, las cuales también fueron denegadas, en general, bajo el argumento de que se trataban de cuestiones de hecho y prueba ajenas a la

¹⁶⁸ Corte IDH, caso “Mohamed vs. Argentina”, sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 38/58.

¹⁶⁹ Corte IDH, caso “Mohamed vs. Argentina”, sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 106.

¹⁷⁰ Corte IDH, caso “Mohamed vs. Argentina”, sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 110.

instancia casatoria. En el caso, la Corte Interamericana analizó, en primer lugar, la regulación del recurso de casación tanto en la provincia de Mendoza como a nivel federal, señalando que en ambos sistemas normativos la sentencia de condena podía impugnarse mediante recurso de casación en dos supuestos: 1) errónea aplicación del derecho sustantivo a los hechos del caso, y 2) violación a alguna regla de procedimiento. Mencionó que en el primer supuesto no se discuten los hechos que se dan por probados en el juicio oral sino la regla jurídica aplicable, mientras que en el segundo tampoco se discuten los hechos probados sino la manera en la que el tribunal arribó a esa conclusión. La Corte concluyó que de la literalidad de las normas que regulaban el recurso de casación no era posible la revisión de cuestiones fácticas y probatorias¹⁷¹. Afirmó que los recursos de casación interpuestos a favor de las víctimas fueron denegados, básicamente, mediante el argumento de que lo que se procuraba era una revisión de cuestiones fácticas y probatorias que quedaban fuera del ámbito de alcance de los recursos de casación previstos en los códigos de Mendoza y de la Nación. Señaló que, con base en fórmulas rígidas, contrarias a la revisión integral del fallo, el rechazo de los recursos de casación fue *in limine*, sin ningún análisis de la cuestión de fondo, y sin considerar que las cuestiones fácticas y probatorias también pueden incidir en la corrección de una condena penal¹⁷². En relación a la acción de revisión articulada con posterioridad, la Corte aclaró que, si bien valora positivamente que se haya logrado la revisión mediante los recursos de revisión, este tipo de recursos, por ser extraordinario y proceder contra sentencias firmes sólo bajo ciertos supuestos, no satisface el derecho previsto en el art. 8.2.h de la Convención que contempla precisamente la posibilidad de interponer un recurso antes de que la sentencia condenatoria quede firme y adquiera calidad de cosa juzgada¹⁷³. Más adelante, la Corte consideró que, aún con el avance que significaba el dictado del fallo “Casal” por parte de la Corte

¹⁷¹ Corte IDH, caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, sent. 14 de mayo de 2014, párr. 253.

¹⁷² Corte IDH, caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, sent. 14 de mayo de 2014, párr. 256.

¹⁷³ Corte IDH, caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, sent. 14 de mayo de 2014, párr. 260.

Suprema de Justicia de la Nación, seguían vigentes las disposiciones procesales en ambos códigos, por lo que concluyó que el Estado incumplió con la obligación derivada del art. 2 de la Convención¹⁷⁴ y declaró que debía, dentro de un plazo razonable, adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en la sentencia sobre el derecho a recurrir el fallo.

Caso Norín Catrimán y otros.

En el proceso seguido a Norín Catrimán y Pichún Paillalao se interpuso recurso de nulidad contra la sentencia condenatoria. El tribunal superior que debía llevar a cabo la revisión del fallo rechazó el recurso y fundamentó su decisión en:

- Que los elementos de prueba reunidos en audiencia oral *“constituyen antecedentes que en su conjunto y libremente apreciados conducen al convencimiento de tener por acreditados, más allá de toda duda razonable, los hechos materia de la acusación fiscal y particular”*.
- Que *“el estándar de convicción más allá de toda duda razonable (...) es un concepto útil, toda vez que está suficientemente decantado y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes”*.
- Que *“no se observa que la sentencia impugnada por los recursos no cumpla con los requisitos de la letra c) y d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, toda vez que se aprecia una exposición clara, lógica y completa de los hechos, y las razones que sirven para calificar jurídicamente cada uno de los hechos, más allá de toda duda razonable”*¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Corte IDH, caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, sent. 14 de mayo de 2014, párr. 302/303.

¹⁷⁵ Corte IDH, caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, sent. 29 de marzo de 2014, párr. 278.

La Corte entendió que el tribunal superior no realizó un análisis de fondo para concluir que la sentencia condenatoria cumplía con las exigencias legales para dar probados los hechos. Señaló que *la simple descripción de los argumentos ofrecidos por el tribunal inferior, sin que el tribunal superior que resuelve el recurso exponga un razonamiento propio que soporte lógicamente la parte resolutive de su decisión, implica que éste no cumple con el requisito de eficacia del recurso protegido por el artículo 8.2.h de la Convención que asegura que sean resueltos los agravios o inconformidades expuestas por los recurrentes, esto es, que se tenga acceso efectivo al doble conforme. Tales falencias tornan ilusoria la garantía protegida por el artículo 8.2.h de la Convención en perjuicio del derecho a la defensa de quien ha sido condenado penalmente*¹⁷⁶.

En el proceso seguido a Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán y Juan Ciriaco Millacheo Licán y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles, condenados por el delito de incendio terrorista, se interpusieron independientemente recursos de nulidad, los cuales fueron desestimados conjuntamente por la Corte de Apelaciones de Temuco. Los recurrentes habían presentado argumentos referidos tanto a la indebida apreciación de la prueba como a la errónea aplicación del derecho. Habían sostenido que varios testimonios ofrecidos por la acusación no fueron valorados, o no lo fueron de manera independiente, y que determinadas pruebas propuestas por la defensa fueron desestimadas indebidamente. También alegaron que el elemento subjetivo del tipo penal terrorista no se acreditó y que se vulneró el principio de culpabilidad puesto que la calificación terrorista de los hechos fue concluida a partir de hechos ejecutados por terceros¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Corte IDH, caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, sent. 29 de marzo de 2014, párr. 279.

¹⁷⁷ Corte IDH, caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, sent. 29 de marzo de 2014, párr. 282.

El tribunal revisor, al rechazar los recursos, afirmó:

- que el tribunal que resuelve el recurso de nulidad *debe constreñirse jurídicamente a evaluar si la sentencia [...] del Tribunal de Juicio Oral [...] se basta a sí misma, efectuando una adecuada valoración de los medios de prueba que fundamentan sus conclusiones, como si señala las razones por las cuales desestima la prueba no valorada, sin entrar por ello a revisar los hechos que fueron fijados en ella, ya que de lo contrario, se afectaría el principio de la inmediatez, y se desnaturalizaría el recurso de nulidad que no incide en los aspectos de hecho tal y como fueron fijados por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.*

- *Que no toda la prueba es objeto de valoración, sino solo aquella que se sirve de fundamentación a las conclusiones [a] que llega el [t]ribunal. Respecto de la demás prueba rendida en autos, y que no es objeto de valoración, lo que el art. 297 del Código Procesal Penal establece es que el [t]ribunal debe señalar las razones por las cuales la desestima¹⁷⁸.*

- Que en relación con el argumento de los recurrentes en el sentido de que no se valoró prueba testimonial de descargo, afirmó que los agravios expresados al respecto *“corresponden a prueba que no fue empleada por el [t]ribunal para fundamentar sus conclusiones”* y que *“[s]e trata, por lo mismo, de prueba respecto de la cual [...] no [se] impone la exigencia de valoración, sino solo de expresar la razón por la cual fue desestimada”¹⁷⁹.*

-En cuanto al argumento de los recurrentes relativo a que el tribunal de juicio no había valorado los testimonios de forma individual, atendiendo a las particularidades que surgían de los mismos, el tribunal revisor respondió que *“comparte lo señalado por el Ministerio Público, en cuanto a que la [l]ey obliga al análisis de toda prueba, pero no al análisis particular de cada una de ella[s],*

¹⁷⁸ Corte IDH, caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, sent. 29 de marzo de 2014, párr. 284.

¹⁷⁹ Corte IDH, caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, sent. 29 de marzo de 2014, párr. 285.

*siendo por ello correcto el criterio del tribunal de plantear el testimonio en aquellos aspectos en los cuales los mismos están contestes*¹⁸⁰.

La Corte entendió que surgía con total claridad que el tribunal superior no realizó un examen integral de la decisión recurrida, ya que no analizó todas las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas impugnadas en que se basaba la sentencia condenatoria¹⁸¹. La Corte agregó que el tribunal revisor efectuó una interpretación del Código Procesal Penal que permitió que medios probatorios que los recurrentes consideraban como relevantes para sostener su defensa no fueran valorados sino apenas señalados los motivos para ser “desestimados”. En ese sentido, recordó que tribunal superior que conoce del recurso a que tiene derecho un condenado bajo el artículo 8.2.h de la Convención Americana debe asegurar que el fallo de condena proporcione una fundamentación clara, completa y lógica en la cual, además de realizar una descripción del contenido de los medios de prueba, exponga su apreciación de los mismos y se indiquen las razones por las cuales los mismos le resultaron, o no, confiables e idóneos para acreditar los elementos de la responsabilidad penal y, por lo tanto, desvirtuar la presunción de inocencia¹⁸².

La Corte agregó que “el tribunal superior que resuelve el recurso debe controlar, en virtud del recurso contra el fallo condenatorio y para no hacer ilusorio el derecho a ser oído en condiciones de igualdad, que el tribunal inferior cumpla con su deber de exponer una valoración que tenga en cuenta tanto la prueba de cargo como de descargo. Aún si el tribunal inferior optara por valorar la prueba de manera conjunta, tiene el deber de exponer claramente en qué puntos existen coincidencias y en cuáles contradicciones en la misma, así

¹⁸⁰ Corte IDH, caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, sent. 29 de marzo de 2014, párr. 289.

¹⁸¹ Corte IDH, caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, sent. 29 de marzo de 2014, párr. 287.

¹⁸² Corte IDH, caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, sent. 29 de marzo de 2014, párr. 288.

*como ocuparse de las objeciones que la defensa hiciere sobre puntos o aspectos concretos de esos medios de prueba*¹⁸³.

Caso Zegarra Marín.

El señor Zegarra Marín fue condenado a la pena de cuatro años en virtud del otorgamiento ilegal de documentos y pasaportes en la Oficina de Migraciones. El órgano jurisdiccional dictó sentencia en base a las declaraciones del coimputado, señalando que si bien la prueba grafotécnica dictaminó que la firma que autorizó el pasaporte ilegal no era la del señor Zegarra Marín, no alcanzaba a desvirtuar las imputaciones que le han hecho sus coacusados por cuanto el hecho de que estos procesados se hayan mantenido firmes en su sindicación hasta la confrontación realizada en el acto oral hace concluir que, si bien es cierto que no existía un vínculo funcional o administrativo entre el coimputado y el señor Zegarra Marín, *también lo es que es perfectamente factible que estos acusados se hayan salido de tales parámetros para actuar en connivencia para la realización de los eventos delictuales(...) tanto si no se ha acreditado plenamente que Zegarra Marín no haya tenido conocimiento de tales eventos por cuanto no ha surgido una prueba de descargo contundente que lo haga totalmente inocente de los ilícitos que se le imputan, habiendo servido solamente las pruebas periciales y organigrama funcional tan solo para el otorgamiento de su libertad provisional*¹⁸⁴.

Contra esa sentencia, el señor Zegarra Marín presentó recurso de nulidad denunciando: i) que las imputaciones en su contra eran falsas; ii) que las declaraciones del coacusado señalaban con toda claridad que el negocio de los pasaportes y los beneficios económicos del mismo fue una iniciativa de dicho procesado; iii) que el coacusado en su condición de Jefe de la Oficina de

¹⁸³ Corte IDH, caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, sent. 29 de marzo de 2014, párr. 289.

¹⁸⁴ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 93.

Migraciones de Tumbes no tenía por qué dirigirse a él en el desempeño de sus funciones pues dependía administrativa y funcionalmente de la Sub Dirección de Control Migratorio a cargo del Comandante LC; iv) que no existía prueba de las supuestas llamadas telefónicas entre el coacusado y el señor Zegarra y sólo existía el dicho del primero; v) que no sostuvo comunicación alguna con el coacusado; vi) que el tribunal fue totalmente subjetivo al condenarlo pues “supuso” o “sospechó” que fue factible que hubiese actuado en connivencia para expedir pasaportes de manera irregular y obtener ilícitamente beneficios económicos, pero que de dichos beneficios no hay prueba alguna; vii) que se le exigió que probara plenamente que no tuvo conocimiento de los hechos y que presentara pruebas de descargo contundentes, lo cual era contrario a la presunción de inocencia; viii) que era el órgano judicial el que tenía que probar su culpabilidad con pruebas concretas y no con subjetividades; ix) que estaba plenamente acreditado que él no expidió los pasaportes cuestionados¹⁸⁵.

La Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró no haber nulidad, señalando que, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal; y considerando que habiéndose acreditado la responsabilidad penal de los encausados así como la comisión de delitos materia de la instrucción, la pena impuesta a estos se encontraba arreglada a la ley¹⁸⁶.

La Corte Interamericana sostuvo que el Estado violó el principio de presunción de inocencia del señor Zegarra y no garantizó la motivación del fallo. Señaló que, en particular, se invirtió la carga probatoria, las declaraciones de los coimputados no fueron corroboradas ni analizadas con la prueba en su conjunto, a fin de determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, lo cual además quedó evidenciado con la falta de motivación de la

¹⁸⁵ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 98.

¹⁸⁶ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 100.

decisión judicial, vulnerando el derecho a la obtención de un fallo debidamente razonado, que garantiza la posibilidad de su impugnación¹⁸⁷. La Corte Interamericana agregó que, en aras de resolver las cuestiones planteadas por el recurrente, resultaba necesario que la Primera Sala de la Corte Suprema hiciera referencia a las impugnaciones del señor Zegarra y se pronunciara sobre las principales cuestiones planteadas a fin de garantizar la posibilidad de un examen integral de la sentencia recurrida, a la luz de las características de la doble conformidad. Recordó que el derecho a un recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas. La Corte concluyó que la Primera Sala se limitó a confirmar las consideraciones de la sentencia condenatoria sin pronunciarse sobre los argumentos principales presentados por el recurrente, afirmando que no se garantizó una revisión integral de la sentencia condenatoria, a la luz de los estándares antes señalados y que, por lo tanto, el Estado violó el artículo 8.2.h de la Convención Americana¹⁸⁸.

Caso Amrhein y otros.

El presente caso acumula varias denuncias independientes de violación al derecho a recurrir el fallo por parte del Estado de Costa Rica, las cuales se habrían producido en diferentes momentos, quedando –a su vez- regidos por diferentes regulaciones procesales. Las tres regulaciones involucradas son: a) el Código Procesal Penal de 1996 que contemplaba un recurso de casación con las restricciones tradicionales a la revisión de los aspectos fácticos del fallo, b) la ley n° 8503 denominada “apertura de la casación” sancionada en el año 2006, con posterioridad al fallo de la Corte Interamericana “Herrera Ulloa”

¹⁸⁷ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 159.

¹⁸⁸ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 181-182.

que incluyó una nueva causal referida a la posibilidad de revisar el fallo. Esta norma contenía una disposición transitoria que permitía a las personas condenadas con fecha anterior a la entrada en vigencia de dicha ley y que se les haya obstaculizado la posibilidad de interponer un recurso de casación, poder plantear la revisión de la sentencia ante un tribunal competente de acuerdo a la nueva regulación; c) la ley n° 8837, sancionada en el año 2010, reemplazó el recurso de casación por el de apelación como herramienta para garantizar el derecho a la revisión del fallo condenatorio establecido en el artículo 8.2.h de la Convención. Esta ley contenía también disposiciones transitorias: la primera permitía a quienes tenían aún en trámite un recurso de casación interpuesto con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva regulación, solicitar la conversión del recurso. La segunda disposición transitoria contemplaba una causal de revisión para aquellas sentencias que ya habían quedado firmes con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley. Es en base a estos tres momentos normativos que la Corte decide agrupar la respuesta a los casos incluidos en el mismo expediente.

En el caso del señor Rojas Madrigal, condenado con fecha 22 de noviembre de 2000, frente al alegato del defensor de que el tribunal de juicio no habría analizado la prueba documental y testimonial, sino solamente narrado los hechos probados sin exponer las razones por las cuales concluía que la versión de los testigos era creíble y porqué no se le creía al imputado su declaración, la Sala Tercera declaró sin lugar el reparo, señalando que *“los juzgadores se esmeraron en valorar las pruebas, (...) contraponiéndolas y localizando los puntos de coincidencia y divergencia, para arribar a sus conclusiones incriminatorias”*. La Corte Interamericana entendió que no se desprendía de dicha resolución con qué basamento la Sala Tercera arribaba a esas conclusiones, ya que no indicaba cuáles serían dichos puntos de coincidencia y divergencia. Por lo tanto, concluyó, existía una falta de motivación del fallo revisor. Agregó que, además, la Sala Tercera limitó su

examen a la evaluación de la actuación de los juzgadores, sin realizar un análisis sustancial de las pruebas documentales y testimoniales aportadas en el proceso, a fin de llegar a una conclusión propia sobre su valor probatorio. En esos términos, la Corte entendió que la Sala Tercera no proporcionó una revisión integral de las controversias fácticas planteadas¹⁸⁹.

Posteriormente, el señor Rojas Madrigal inició un procedimiento de revisión de sentencia insistiendo en el déficit en la valoración de la prueba. La Sala Tercera, en esta ocasión, únicamente reiteró que *“de una simple lectura de la sentencia se demuestra que la prueba de cargo es tan abundante y da origen a un grado de certeza tal, que aún incluyendo en forma hipotética la valoración de su declaración, ello no vendría a modificar o a debilitar el ánimo de certeza que sirve como plataforma al fallo condenatorio”*. La Corte Interamericana señaló que el Tribunal no mencionó cuál sería tal prueba de cargo ni cuál sería su valor probatorio, por lo que, a través de este recurso, no se logró subsanar la falta de una revisión integral en cuanto a este punto¹⁹⁰.

Finalmente, entre febrero y marzo de 2007, el señor Rojas Madrigal interpuso dos recursos de revisión especial con fundamento en el Transitorio I de la ley 8503. La Corte Interamericana entendió que la Sala Tercera analizó cada uno de los agravios reclamados a través de una valoración propia de los elementos probatorios del expediente y, en virtud de ello, consideró que se refirió a los motivos presentados anteriormente por el recurrente, respecto de los cuales no había recibido una respuesta debidamente fundamentada a través de un análisis propio, por lo que concluyó que no correspondía declarar una violación al artículo 8.2.h de la Convención¹⁹¹.

¹⁸⁹ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 272-274.

¹⁹⁰ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 277.

¹⁹¹ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 278-282.

En otro caso, el señor Rojas Madrigal fue condenado el 2 de junio de 2009 a 5 años de prisión por los delitos de estafa y uso de documento falso. Contra esa sentencia el señor Rojas y su defensor interpusieron recursos de casación. Durante la tramitación de dichos recursos, el 9 de enero de 2012, con fundamento en el Transitorio III de la ley 8837, el señor Rojas presentó una solicitud de readecuación del recurso de casación al de apelación. La Sala Tercera rechazó el pedido por no cumplir con los requisitos legales ya que el Transitorio III estableció que, bajo pena de inadmisibilidad, se deberá concretar específicamente el agravio. La Sala, interpretando esa normativa, señaló que debía incluirse la exposición de razones que lleven al recurrente a considerar por qué el conocimiento del recurso interpuesto contra la sentencia del tribunal de juicio, no debía hacerse mediante recurso de casación, sino de apelación.

La Corte Interamericana entendió que la negativa a la readecuación se basó en un criterio formalista que, además, amplió el requisito previsto en la ley. Sin embargo, señaló que correspondía analizar la resolución de los recursos de casación de casación referidos con anterioridad para determinar si, a pesar de la negativa a la readecuación, se llevó a cabo una revisión integral del fallo de conformidad con la Convención. El defensor del señor Rojas, en su recurso de casación, había alegado violaciones al debido proceso, al derecho de defensa por existir falta de fundamentación probatoria e intelectual y a las reglas de la sana crítica en la sentencia condenatoria. Señaló que el tribunal de juicio tuvo por acreditada la participación del acusado a título de coautor cuando a lo sumo fue cómplice, ya que no tenía el dominio del hecho. Finalmente, alegó que no podía extraerse la participación del acusado en el delito de uso de documento falso. Rojas por su parte alegó los siguientes motivos: i) violación al debido proceso y al derecho de defensa por haber prescrito la acción penal y la omisión de la fiscalía de llevar dos pruebas a proceso; ii) se prescindió de testigos esenciales; iii) se manipuló la prueba recibida, no se la analizó

objetivamente y sólo se utilizó los lementos que le servían para sustentar; iv) violación al debido proceso en virtud del alcance dado por el sentenciante a la declaración de uno de los testigos. La Sala Tercera resolvió ambos recursos y concluyó que se logró determinar el específico rol desempeñado por el acusado en la ejecución del plan previo, que implicó la distribución de funciones para un fin común, lo que hacía que conserve el dominio funcional del hecho, siendo irrelevante en qué estadio del *iter criminis* había tenido lugar la actuación de cada uno de los sujetos involucrados. Sobre la alegación relativa a la omisión de la fiscalía de llevar pruebas al proceso, la Sala señaló que no podía asociarse su ausencia a la falta de objetividad del Ministerio Público, que incluso en su declaración el ofendido indicó que no mantenía con él la documentación, que no obstante lo anterior, la Sala haciendo una inclusión hipotética de esta prueba logró determinar que no sería fundamental para cambiar el norte de la decisión, toda vez que, como indicó el *a quo*, las pruebas tanto documental como testimonial recabadas determinaron claramente la dinámica desarrollada por el encartado¹⁹². Sobre el segundo y tercer motivo de agravio, la Sala entendió que no se desprendían las inconsistencias alegadas. Señaló que sobre los testigos que alegaba el quejoso que no se recibieron y que eran fundamentales, se tiene que ni el imputado en su defensa material ni su defensor se opusieron al rechazo de las declaraciones de F y M, según consta en el auto de apertura a juicio (...) al ser rechazadas por superabundantes. En cuanto a la omisión de las hojas de pedido y facturas de compras, señaló que la defensa prescindió de ellas expresamente.

La Corte Interamericana concluyó que la Sala Tercera se pronunció sobre la totalidad de las razones invocadas en los recursos de casación por el señor Madrigal y su defensor y que en la casación de la sentencia no se limitó a revisar el razonamiento del tribunal *a quo*, sino que hizo una valoración propia de los elementos de hecho y probatorios que constaban en los autos de la

¹⁹² Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 290.

tramitación del procedimiento penal como de los que se desprendían de las alegaciones de los recurrentes. Por ello, entendió que no se había violado el artículo 8.2.h de la Convención en perjuicio del señor Rojas Madrigal¹⁹³.

En otro caso, los hermanos Archbold Jay fueron condenados el 20 de agosto de 2003 por la comisión del delito de transporte internacional de droga en el marco de lo que el ordenamiento de Costa Rica denomina “procedimiento abreviado”. Con fecha 31 de octubre de 2003, ambos hermanos iniciaron un procedimiento de revisión contra la resolución. El 15 de abril de 2004, el Tribunal de Casación Penal declaró admisible el procedimiento, considerando que el juzgador de instancia se limitó a citar los elementos de prueba que fueron admitidos (fundamentación descriptiva) y principalmente, en base a la admisión de los cargos realizadas por los acusados, no efectuó la fundamentación intelectual de la evidencia, agregando que el hecho de que el procedimiento escogido refiriera a que la sentencia deberá ser sucinta no facultaba a los juzgadores a prescindir del análisis conforme las reglas de la sana crítica. Por ello, dejó sin efecto la sentencia y ordenó que se volviera a emitir. En virtud de ello, la Corte Interamericana entendió que el procedimiento de revisión representó un medio eficaz para revisar la condena¹⁹⁴.

Contra la nueva condena dictada, los hermanos interpusieron un recurso de casación planteando que: i) el procedimiento abreviado se pactó en contra de las garantías del acusado; ii) la supuesta ilegalidad de las pruebas y la inadecuada valoración probatoria; iii) la ausencia de motivación que justificara la sanción impuesta. El 9 de septiembre de 2004, el Tribunal de Casación Penal resolvió: i) en relación al procedimiento abreviado, señaló que fueron los acusados quienes propusieron esa vía, por lo que si entendían que no existían pruebas legítimas no se entendía porque la escogieron. Agregó que del acta de

¹⁹³ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 291-293.

¹⁹⁴ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 297-299.

la audiencia preliminar no había evidencia de que los acusados eligieron usar ese procedimiento por error o contra su voluntad; ii) en relación a los planteos relativos a las pruebas, el Tribunal de Casación no analizó las cuestiones particulares propuestas, sino que razonó que en su concepto los hechos se demostraron porque los acusados los reconocieron; explicó que la naturaleza del procedimiento abreviado era precisamente prescindir del contradictorio, lo cual no suponía que las garantías dejen de existir sino que el acusado decidía no ejercerlas. De ese modo, la Corte Interamericana entendió que el Tribunal de Casación atendió las cuestiones planteadas por los recurrentes y motivó sus decisiones¹⁹⁵.

Con fecha 9 de marzo de 2009, los hermanos Archbold presentaron un procedimiento de revisión de conformidad con el Transitorio I de la ley 8503, planteando como primer motivo la violación al debido proceso y al derecho de defensa en juicio ya que en la causa penal no se practicó el estadio procesal de la declaración indagatoria e intimación de los hechos en contra de los cinco imputados y que también los defensores privados solicitaron ampliar la declaración de los cinco sin lograr un reclamo efectivo. Como segundo motivo se denunció la violación al debido proceso porque el Ministerio Público omitió en la indagatoria e intimación de los hechos acusados, nombrarles a los hermanos Archbold un traductor e intérprete, ya que no comprendían el idioma oficial de Costa Rica. El Tribunal de Casación admitió el primer motivo y rechazó el segundo por estimar que en las diferentes diligencias y actos procesales nunca han solicitado el nombramiento de un traductor. En relación al motivo declarado admisible, se celebró audiencia y se declaró sin lugar el procedimiento de revisión porque estimó que constaban las declaraciones indagatorias de los imputados y mediante su estudio se pudo constatar que éstas se dieron con todos sus requisitos establecidos por la normativa; en la realización de dichas indagatorias los acusados fueron acompañados por un

¹⁹⁵ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 300-303.

defensor público y con posterioridad sus abogados tuvieron conocimiento de que podían solicitar en cualquier momento la ampliación y no lo hicieron. En virtud de ello, la Corte Interamericana entendió que no existían motivos para declarar la violación del artículo 8.2.h de la Convención en relación con el artículo 8.1¹⁹⁶.

El señor Jorge Martínez Meléndez fue condenado por sentencia del 17 de julio de 2007 como autor de 12 delitos de peculado en la modalidad de delito continuado. El defensor público interpuso recurso de casación alegando entre otros motivos: i) violación al debido proceso por la incorporación y valoración de prueba espuria o en violación al secreto bancario; ii) falta de fundamentación en cuanto a la declaración de la ilegalidad del método alternativo de pago; iii) violación a las reglas de la sana crítica en cuanto a la condición de funcionario público del señor Martínez; iv) falta de fundamentación intelectual en la valoración de la prueba de descargo; v) rechazo arbitrario de la prueba de descargo.

La Sala Tercera rechazó el recurso con el siguiente fundamento: i) en cuanto al primer agravio señaló que, si bien la entrega de los cheques se hizo con base en una autorización judicial que resultaba cuestionable, pues no contaba con el nombre del juez penal que rubricaba la solicitud ni con fundamentación alguna, al momento en que los dueños de esos cheques permitieron que el tribunal y las partes se impongan del conocimiento de los mismos, levantaron con ello el secreto bancario, resultando válido que esa prueba sea analizada y utilizada a los efectos de la sentencia. El defecto inicial quedó subsanado. En relación al segundo motivo, la Sala señaló que lo cierto era que la aprobación ilícita ocurrió gracias a la actuación del encartado Jorge Martínez, así como su forma de proponer e implementar el método alternativo de pago, que condujeron finalmente a la Comisión de Compensación Social a engaño. Agregó que, con

¹⁹⁶ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 316-320.

independencia de la naturaleza legal o ilegal del método alternativo de pago, se dio la distracción de los fondos bajo la operatividad ideada y creada por los acusados. En cuanto al tercer agravio, la Cámara respondió que la calidad de funcionario público devenía de la función que desempeñaba como coordinador de los programas de titulación de tierras y compensación social que trabajaban con fondos públicos. Respecto al cuarto motivo, la Sala señaló que el tribunal de mérito se avocó a la realización de un extenso análisis de las declaraciones que el señor Melendez realizara a lo largo del debate, contraponiéndolas con las pruebas que ya constaban en autos y las específicamente referidas por el encartado en su declaración. El tribunal coligió la falta de correspondencia entre las declaraciones del encartado y la prueba documental, sin que pudiera estimarse que las pruebas de descargo hayan sido dejadas de lado. En cuanto al último motivo mencionado, la Sala respondió que, pese al rechazo de las pruebas basada en la extemporaneidad, esa situación no había causado gravamen alguno al encartado en la imposición de la sanción pues, como se estipula en la fundamentación de la pena, el tribunal sentenciador no pasó por alto la situación familiar ni el desempeño en el ámbito penitenciario del señor Meléndez¹⁹⁷.

La Corte Interamericana entendió que la Sala Tercera había realizado un análisis pormenorizado de los alegatos fácticos y jurídicos formulados por el recurrente, en tanto confrontó los hechos invocados por éste contra aquellos tenidos por acreditados por el tribunal *a quo*, y analizó la suficiencia de la prueba y la correcta aplicación del derecho por aquel¹⁹⁸.

Por último, el señor Miguel Mora Calvo y su defensor presentaron recurso de casación en contra de la sentencia penal dictada el 24 de septiembre de 1998. En dicha impugnación se planteó que: i) el tribunal de juicio no fundamentó

¹⁹⁷ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 321-323.

¹⁹⁸ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 324.

debidamente la sentencia en cuanto a las penas impuestas; ii) la nulidad porque el tribunal había inobservado los plazos para dictar el fallo. La Sala Tercera rechazó el recurso por entender que los reclamos no eran atendibles. En cuanto al primer agravio, detalló los elementos que tomó en consideración el tribunal de juicio al fijar la pena y la información que, como elementos de juicio, ofrecieron los recurrentes, a fin de establecer que estos no variarían la pena. En cuanto al segundo motivo, explicó las opciones con las que contaba el tribunal de juicio en relación a cómo realizar la lectura del fallo, revisó el proceder de dicho tribunal y especificó las razones por las cuales consideró que no hubo perjuicio a los intereses de las partes¹⁹⁹.

Luego, se presentaron cinco recursos de revisión. En el primero se alegó la violación al debido proceso pues, tratándose de un procedimiento abreviado, no se le habría advertido al acusado del derecho constitucional a no declarar contra sí mismos. La Sala Tercera señaló que se efectuó una consulta preceptiva que fue evaluada por la Sala Constitucional, la cual declaró que la falta de advertencia en los procedimientos abreviados no constituía violación al debido proceso, por lo que declaró sin lugar la revisión.

La Corte advirtió que los peticionantes no aportaron la referida resolución por lo cual no contaba con elementos suficientes para determinar si se explicó al recurrente por qué la falta de advertencia no constituía infracción al debido proceso. Por lo tanto, la Corte entendió que no podía resolver si la respuesta dada por la Sala Tercera carecía de motivación suficiente²⁰⁰.

¹⁹⁹ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 330-331.

²⁰⁰ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 332.

El segundo recurso de revisión denunció la defectuosa motivación del monto de pena y fue rechazado por considerar que ese motivo ya fue conocido y resuelto por la Sala Tercera²⁰¹.

En el tercer recurso de revisión el señor Mora solicitó la anulación de la sentencia condenatoria con base en dos reclamos: i) en relación a la aplicación del procedimiento abreviado, ni el CPP de 1996 ni las medidas alternas reguladas en el mismo pueden considerarse ley más favorable a efecto de aplicarlas a hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia y ii) no se advirtió de su derecho de abstención en el momento de aceptar los hechos para la aplicación del procedimiento abreviado. En cuanto al primer agravio, el Tribunal de Casación resolvió que era manifiestamente infundado al considerar que la petición confundía la acción delictiva por la cual se lo condenó, cuestión sustantiva, con la aplicación del procedimiento abreviado, de orden procesal, exigiendo que le sean aplicables las normas procesales vigentes al momento de comisión del hecho. En cuanto al segundo motivo, el mismo ya había sido formulado y declarado sin lugar con anterioridad²⁰².

En el cuarto recurso de revisión el recurrente insistió con la aplicación retroactiva de las normas que regulaban el procedimiento abreviado, el cual fue rechazado por el Tribunal de Casación porque se trataba de una discusión que ya había sido resuelta, agregando la referencia al transitorio iv de la ley de reorganización judicial que permitía la aplicación de las normas del procedimiento abreviado a los procesos iniciados bajo el CPP de 1973. Como segundo agravio, el recurrente había planteado la violación al derecho a la revisión del fallo del artículo 8.2.h de la Convención por no contar con un recurso de apelación contra la sentencia condenatoria. El Tribunal de Casación estimó improcedente el agravio y señaló que el demandante lo que reclamaba

²⁰¹ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 333.

²⁰² Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 334.

era que se reconociera en esta sede un recurso no previsto por la normativa vigente para atacar la sentencia condenatoria (recurso de apelación), lo que escapaba a la competencia del tribunal. Agregó que, de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debía entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h de dicho tratado debe ser un recurso ordenario, eficaz, mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones judiciales contrarias a derecho. Señaló que, siguiendo la tesis del margen de apreciación, el legislador ha optado por cumplir los requerimientos de la Corte Interamericana permitiendo que vía recurso de casación se revise la sentencia en cuanto a sus consideraciones sobre la base fáctica y probatoria, pero no renovando el juicio oral y público. Para la Corte Interamericana, esta constituyó una respuesta adecuada, sin que el recurrente haya indicado qué aspectos de la sentencia no habrían sido revisados en ese momento debido a la inexistencia de un recurso de apelación²⁰³.

En el quinto recurso de revisión, el señor Mora insistió en la violación al derecho a la revisión del fallo en virtud de que se vio forzado a impugnar la sentencia con un recurso de casación lleno de formalidades y condiciones contrarias a lo que es un recurso ordinario de apelación, invocó la sentencia del caso Herrera Ulloa y solicitó la derogación automática de la Ley de Apertura de la Casación nº 8503 por oponerse a la Convención Americana. El Tribunal de Casación declaró manifiestamente infundado el pedido y declaró su inadmisibilidad, ya que lo que el recurrente expresaba era una abierta disconformidad con el sistema impugnatorio que establecía el CPP en contra de las sentencias condenatorias, tema ajeno a los motivos del recurso de revisión. Agregó que el recurrente pretendía que se conozca la revisión del fallo condenatorio, con base en los mismos argumentos, pero alegando pruebas nuevas, sin embargo lo que ofrecía como nuevas pruebas no constituían

²⁰³ Corte IDH, caso "Amrhein y otros vs. Costa Rica", sent. 25 de abril de 2018, párr. 336-338.

realmente elementos probatorios que puedan resultar relevantes en relación con alguna de las causales de revisión, sino que estaban referidas al alegato que ya fue considerado manifiestamente infundado. La Corte Interamericana entendió que el Tribunal de Casación analizó los agravios y señaló las razones y fundamentos, por lo que concluyó que no correspondía declarar una violación a la Convención²⁰⁴.

Caso Gorigoitia.

El 12 de septiembre de 1997 la Cámara Primera condenó al señor Gorigoitia por el delito de homicidio simple, ocurrido en el marco de una persecución policial, imponiéndole una pena de 14 años de prisión y la inhabilitación absoluta por igual término. El Tribunal entendió que el disparo que ocasionó la muerte del señor Gómez Romagnoli fue efectuado por el arma del señor Gorigoitia. En relación con la calificación del delito como “homicidio simple”, el tribunal entendió que el señor Gorigoitia actuó con “dolo eventual”, puesto que: “inició su realización homicida [...] mediante una inexcusable indiferencia ante el posible resultado dañoso. Gorigoitia conocía el arma y sabía las consecuencias que trae utilizarla en una persecución a gran velocidad, se presentó el resultado típico, y pese a ello, disparó en tales condiciones”.

La Cámara Primera tomó en cuenta un examen psicológico realizado por el Cuerpo Médico Forense en el que se señaló que el señor Gorigoitia es “inmaduro, egocéntrico, con tendencia a manejar el medio y dificultad para adecuarse a las exigencias y límites externos” así como que “muestra dificultad para lograr un manejo racional de las situaciones, percibiendo las interrelaciones como competitivas, agresivas, poco fiables y no continentales. Todo ello le genera inseguridad y desconfianza”. Asimismo, indicó que

²⁰⁴ Corte IDH, caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, sent. 25 de abril de 2018, párr. 339-341.

“transportada esa personalidad al hecho que nos ocupa [...] su actuación es el fiel reflejo de su personalidad

La defensa de Gorigoitia interpuso recurso de casación señalando que el dolo es un elemento que debe acreditarse y que no era posible extraerlo de las circunstancias mencionadas por la Cámara: violación a los reglamentos policiales sobre el uso de armas y la personalidad. Señaló que el policía Sarmiento realizó la misma conducta de disparar que Gorigoitia, solamente que no dio en el blanco. Sin embargo respecto de Sarmiento ese comportamiento no generó ninguna sospecha ni reproche.

La Sala Segunda del Superior Tribunal provincial señaló que el recurso “debe ser motivado y que esta motivación debe ser suministrada por la parte recurrente en el mismo escrito de interposición determinando concretamente el agravio tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que sustenta”. En concreto, la Sala Segunda indicó lo siguiente: “El recurso no puede fundarse en forma genérica; sino que cuando se aduce falta de motivación en la sentencia, es necesario individualizar el acto viciado, referirlo concretamente a sus fundamentos señalando la posibilidad razonable de incidencia de la prueba ilegal u omitida en el razonamiento del tribunal de mérito”⁴⁶ [...] “el quejoso hace referencia en forma genérica a la circunstancia que el dolo no se ha probado en el fallo, sin cuestionar prueba alguna o pasajes de la sentencia [...]”. “Respecto al motivo sustancial alegado corresponde desestimarlos “in limine”, porque las argumentaciones recursivas revelan, en suma, la discrepancia valorativa del impugnante con el criterio de la Cámara con relación al material probatorio incorporado legalmente al debate, porque el Tribunal de Casación no puede rever ni juzgar los motivos que conformaron la convicción del Tribunal a-quo [...]”.

La Corte observó que la defensa del señor Gorigoitía planteó dos alegatos centrales en su recurso de casación para solicitar la nulidad de la sentencia condenatoria de la Cámara Primera sobre la base del artículo 503 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza. En relación al primer alegato, la defensa argumentó que: i) el deber de motivar los autos y las sentencias es una garantía fundamental del proceso; ii) la falta de motivación deviene en la nulidad de una sentencia; iii) el deber de motivar obliga a que una decisión se funde en los elementos de prueba legalmente incorporados, los cuales deben ser valorados de acuerdo con la lógica, la psicología y la experiencia común; iv) el dolo es un hecho y como tal debe probarse, y v) nunca en los hechos afirmados por la Cámara Primera en su sentencia se demostró la existencia del elemento constitutivo de la culpabilidad del señor Gorigoitía. En razón de lo anterior, la defensa planteó que la decisión de la Cámara Primera careció de una adecuada motivación al no haber existido una adecuada valoración de los hechos, lo cual constituyó un vicio del procedimiento. En relación con el segundo alegato, la defensa del señor Gorigoitía argumentó que la valoración realizada por parte de la Cámara Primera para fundar su sentencia no se relacionaba con la norma aplicada, y por ende que la sanción aplicada no correspondía con el caso.

La Corte observó que la defensa del señor Gorigoitía no planteó alegatos que estuvieran formalmente dirigidos a que la Suprema Corte de Mendoza resolviera sobre cuestiones de hecho o de valoración de prueba, sino que los agravios fueron formulados en relación a que existieron vicios en el procedimiento y a que hubo una inobservancia en la aplicación sustantiva de la ley por la Cámara Primera. Sin embargo, el Tribunal advierte que debido a la regulación prevista en el artículo 503 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, la naturaleza y alcance de los agravios presentados por la defensa del señor Gorigoitía estaban condicionados por las causales de procedencia de dicho recurso. Dicho artículo preveía que el recurso de

casación podía ser interpuesto por dos motivos: la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva y la inobservancia de las normas que el Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad. La Corte consideró, como lo ha hecho en otros casos, que tal y como se encontraba regulado el recurso de casación, de la literalidad de las normas no era posible la revisión de cuestiones fácticas y/o probatorias por un tribunal superior. La Corte consideró que la defensa del señor Gorigoitía planteó sus alegatos para encuadrarlos en alguna de las causales que la propia ley establecía para la admisibilidad de dicho recurso y conforme la práctica para la interpretación de dicha normativa a nivel interno.

La Corte advirtió que aun cuando el recurso se presentó argumentando formalmente una falta de adecuada motivación, el aspecto central de la defensa del señor Gorigoitía eran una serie de argumentos dirigidos a cuestionar la apreciación que la Cámara Primera había realizado de los hechos del caso y de cómo estos se adecuaban o no a la modalidad dolosa de la comisión del delito de homicidio. En la argumentación hecha por la defensa era esa inadecuada evaluación de los hechos lo que derivó en la condena del señor Gorigoitía, por lo que ésta debía ser reevaluada mediante el recurso de casación. La Corte observó que fue precisamente por dicho aspecto central de la demanda que la Suprema Corte de Mendoza decidió rechazar el recurso de casación, toda vez que lo desestimó “in limine, porque las argumentaciones recursivas revelan, en suma, la discrepancia valorativa del impugnante con el criterio de la Cámara con relación al material probatorio incorporado legalmente al debate, porque el Tribunal de Casación no puede rever ni juzgar los motivos que conformaron la convicción del Tribunal a-quo”. La Suprema Corte de Mendoza se limitó a reiterar algunas de las razones sobre las que se basó la Cámara Primera para concluir la culpabilidad del señor Gorigoitía, pero sin realizar valoración alguna sobre si dicha evaluación habría sido realizada adecuadamente conforme a la legislación interna.

La Corte estableció que las formalidades requeridas no deben constituir un obstáculo para que recurso permita la revisión de las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas que podrían haber derivado en un error en la sentencia. La importancia del cumplimiento de esta obligación se funda en que existe relación entre una errónea determinación de los hechos y una indebida aplicación del derecho, por lo que la revisión que se debe hacer en cumplimiento del derecho al doble conforme debe permitir al juzgador realizar un control amplio de la sentencia. Este es el planteamiento que la defensa del señor Gorigoitia realizó en su escrito de recurso de casación, el cual fue rechazado “in limine” por requerir una revalorización del criterio de la Cámara Primera en materia de hechos y de valoración probatoria.

En consecuencia, la Corte consideró que la negativa por parte de la Suprema Corte de Mendoza de revisar el fondo de la cuestión planteada por la defensa del señor Gorigoitia constituyó un hecho ilícito internacional en tanto resultó en un incumplimiento del deber de revisión integral del fallo que establece el artículo 8.2.h) de la Convención²⁰⁵.

Caso Del Valle Ambrosio.

Los señores del Valle Ambrosio y Domínguez Linares fueron imputados por la comisión de un delito de “defraudación por administración fraudulenta calificada”, en calidad de partícipes necesarios. El 23 de diciembre de 1997 la Cámara Novena del Crimen de Córdoba declaró en primera instancia a ambos señores cómplices necesarios del referido delito, en los términos de los artículos 45, 174 inc.5 y 173 inc.7 del Código Penal, imponiéndoles una pena de tres años y seis meses de prisión a cada uno, con accesorias de ley y costas.

²⁰⁵ Corte IDH, caso “Gorigoitia vs. Argentina”, sent. 2 de septiembre de 2019.

La defensa del señor Domínguez Linares interpuso un recurso de casación contra la referida sentencia, y ello de conformidad con lo establecido en los artículos 468 y siguientes del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Alegó que la sentencia condenatoria adolecía de un *vicio in iudicando* por cuanto se “hab[ía] aplicado erróneamente el Código Penal”, así como un *vicio in procedendo* debido a la falta de congruencia entre la acusación y la sentencia.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba declaró el recurso de casación formalmente inadmisibile. En particular, la Sala Penal indicó lo siguiente con respecto al *vicio in iudicando* alegado: “Constituye una doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala Penal [...] que el recurso de casación por el motivo sustancial es inadmisibile si se ignoran, parcializan o modifican los hechos en base a los cuales el tribunal de juicio efectuó la calificación legal que el impugnante reputa errada o no aplicó la que considera correcta [...]. Dicha doctrina resulta ajustada a la inteligencia acordada por el legislador, conforme a la cual por el motivo sustancial de casación (CPP, 468, inc.1°), [se] coordina la interpretación unitaria de la ley de fondo sometiendo en definitiva la interpretación de la ley al [...] Alto Tribunal de la Provincia y ante el cual la causa [llega] con los hechos del proceso definitivamente fijados, para que solamente se juzgue de la corrección jurídica con [la] que han sido calificados. En el caso, el recurrente presenta disconformidad con la calificación legal otorgada a los hechos, con prescindencia de todas las conclusiones fácticas adoptadas por el sentenciante, conforme a las cuales la conducta endilgada al imputado no consistió en un mero incumplimiento contractual que aparejase un perjuicio potencial, sino en la complicidad primera en la obtención de asistencias crediticias fraudulentas que ocasionaron al Banco Social un perjuicio efectivo”.

Con respecto al vicio *in procedendo*, la Sala Penal indicó lo siguiente: “El recurso de casación deducido por motivo formal es inadmisibile por las razones que a continuación exponen: a) Conforme a la invariable jurisprudencia de esta Sala, el recurso debe exponer un agravio con sustento veraz en las constancias de la causa, de modo que, si estas son parcializadas, ignoradas o modificadas y sobre tales alteraciones se construye un gravamen, prescindiendo de los actos procesales tal como han sido realizados, la impugnación no es viable formalmente. [...] En tal defecto se incurre en el escrito de interposición acerca del vicio que acusa: falta de correlación entre acusación y sentencia. Ello así por cuando en primer término, circunscribe el hecho al mutuo inicial, cuando tanto la acusación como la sentencia al fijarlo incluyen otra numerosas asistencias crediticias que consideran fraudulentamente obtenidas y perjudiciales [...] En segundo término, únicamente en relación al mutuo inicial incluido[,] tanto la acusación como la sentencia, aluden a la garantía hipotecaria sobre el inmueble del cementerio parque [...] El impugnante con la dogmática afirmación de que esas circunstancias eran decisivas, no ha fundamentado esa calificación, toda vez que ha prescindido de procurar demostrar su dirimencia a los efectos de exponer una falta de correlación de su procedencia formal conforme a la invariable jurisprudencia de la Sala [...] . Asimismo se advierte que el impugnante, en relación únicamente con el mutuo inicial al que aluden tanto la acusación como la sentencia, identifica la disminución de la garantía hipotecaria por la efectiva comercialización posterior de las parcelas del cementerio parque que para el tribunal de juicio constituyeron hechos comprobados en el debate incluidos en la acusación y por tanto excluidos de la condena [...] Desde que el recurso también se endereza a cuestionar el punto de la parte dispositiva de la sentencia que en consonancia con esos fundamentos dispuso en relación a esos hechos bajar las actuaciones al Juzgado de instrucción “a sus efectos”, en rigor de verdad [*ilegible*] un objeto que no es impugnabile en casación (C.P.P. 469)”.

Por otra parte, la defensa del señor del Valle Ambrosio interpuso un recurso de casación contra la referida sentencia condenatoria. En dicho recurso se alegó, en primer lugar, que se había aplicado erróneamente la ley sustantiva, y ello debido a la “inobservancia de las normas establecidas por el código bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad”, porque, a su criterio, “el Tribunal ha[bía] valorado equívocamente los elementos probatorios colectados como prueba”, lo cual habría resultado en una violación del artículo 406 del CPPC24 “al no haberse estado a favor [del recurrente] ante la duda” y el artículo 413 inc. 4to25, toda vez que “no se observ[aron] las reglas de la sana crítica racional, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo”.

La Sala Penal del TSJC resolvió declarar la inadmisibilidad del recurso de casación. En primer lugar, la Sala Penal del TSJC reprochó al recurrente que no hubiera una concordancia entre el agravio alegado y sus correspondientes fundamentos: Al igual que ha sucedido en relación a los otros reproches, el impugnante luego de anunciar que recurre en casación con la invocación de ambos motivos, enuncia un agravio (falta de motivación en la individualización de la pena) que resulta concordante exclusivamente con el motivo formal (C.P.P., 468, inc. 2°), pero expresa fundamentos en los que aparecen confundidos aspectos que conciernen a cuestiones de derecho (la imposibilidad jurídica de la retribución como concepción de la pena, el fin de prevención especial como el único admisible legalmente, la inviabilidad de la culpabilidad como una circunstancia a computar en la individualización, la calificación del accionar de Ambrosio dentro de una concepción de derecho penal de autor y no de acto), como a cuestiones de hecho (la invocación de hechos que no han sido acreditados, la ausencia de ponderación de la carencia de antecedentes penales). La señalada falta de concordancia entre agravio y fundamentos, obsta a la admisibilidad del recurso.

Asimismo, en cuanto al aspecto sustancial del recurso, dicha resolución indicó lo siguiente: “[...] Desde el ángulo del motivo sustancial de casación, el recurso es inadmisibles puesto que el impugnante se limita a efectuar aseveraciones dogmáticas en orden a la concepción de la pena y del derecho penal, etiquetando a la sentencia como contraria a aquéllas, sin hacerse cargo de los fundamentos[,] los que simplemente transcribe y no vincula concretamente con la errada concepción que le adjudica [...] el recurso luce huérfano de las normas en las que encontraría recepción, evidenciando condiciones mínimas de admisibilidad conforme a las expresas exigencias de la ley procesal”. Con respecto a la alegada falta de motivación de la pena fijada, la Sala Penal del TSJC indicó que los fundamentos esgrimidos por el recurrente “no guarda[ron] concordancia y entre ellos los únicos mínimamente vinculados no han sido desarrollados [...], o bien carecen de sustento veraz”.

La Corte señaló que, con cita del artículo 455 el recurso interpuesto por la defensa del señor Domínguez Linares fue rechazado “*in limine*”, esto es, sin que los argumentos expuestos por la defensa fueran considerados. Además advirtió que la inadmisibilidad del recurso se basó en la imposibilidad por parte de la Sala Penal del TSJC de realizar una revisión de los hechos determinados por el tribunal *a quo* y sobre los cuales se efectuó la calificación legal que la defensa del señor Domínguez Linares consideraba incorrecta. En efecto, con respecto al primer alegato (la existencia de un vicio *in iudicando*) la Sala Penal del TSJC le reprochó al recurrente que mostrara su disconformidad con la calificación legal otorgada a los hechos, “con prescindencia de todas las conclusiones fácticas adoptadas” por el tribunal *a quo*, recalcando además que constituía “una doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala Penal [...] que el recurso de casación por el motivo sustancial es inadmisibles si se ignoran, parcializan o modifican los hechos en base a los cuales el tribunal de juicio efectuó la calificación legal que el impugnante reputa errada o no aplicó la que considera correcta”. Asimismo, la Sala Penal recalcó que en el recurso de

casación “la causa [llega] con los hechos del proceso definitivamente fijados, para que solamente se juzgue de la corrección jurídica con [la] que han sido calificados”. Por otro lado, en relación con el segundo alegato efectuado (la existencia de un vicio *in procedendo*) la Sala Penal señaló que “[c]onforme a la invariable jurisprudencia de esta Sala, el recurso debe exponer un agravio con sustento veraz en las constancias de la causa, de modo que si estas son parcializadas, ignoradas o modificadas y sobre tales alteraciones se construye un gravamen, prescindiendo de los actos procesales tal como han sido realizados, la impugnación no es viable formalmente”.

Con respecto al recurso interpuesto por el señor del Valle Ambrosio, la Corte recordó que el mismo alegaba que en la sentencia condenatoria impugnada se había aplicado erróneamente la ley sustantiva, y que “no se observ[aron] las reglas de la sana crítica racional, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo”. En particular, la defensa cuestionó en primer lugar la motivación brindada por la sentencia objeto de recurso sobre la acreditación de la tipicidad, calificándola de arbitraria y afirmando que la sentencia “pretend[ía] tener por comprobada la configuración por parte de los imputados de una “sociedad *delinquentum*”, sin tener para ello nada más que una supuesta amistad y también supuesta relación laboral, con algunos de los que participaron en la tramitación del crédito, y ninguno de ellos con facultad independiente para hacerlo”. Destacó además que el tribunal *a quo* trató “todas y cada una de las pruebas de cargo concernientes a la connivencia entre los imputados, pero no trató o lo hizo en forma breve, respecto de la importante prueba de descargo, forzándose con ello la inclusión de la conducta de su representado en una figura penal”. Asimismo, a la vista de que las pruebas fueron “valoradas erróneamente”, se “forza[ron] los hechos para incluirlos en la calificación de un delito para el que no se enc[ontraban] reunidos los elementos constitutivos del tipo penal”. Por último, la defensa también cuestionó la aplicación de la pena, por entenderla “excesiva” y que “adole[cía] de falta de motivación”.

En cuanto a la respuesta brindada por el tribunal *ad quem*, la Corte primeramente notó que, el 17 de diciembre de 1998, la Sala Penal del TSJC declaró dicho recurso inadmisibles en aplicación del ya citado artículo 455 del CPPC, lo que implicó -tal y como sucediera con el recurso interpuesto por la defensa del señor Domínguez Linares- un rechazo “*in limine*” que además inhibió al tribunal *ad quem* de entrar en el fondo de las cuestiones planteadas. En particular, dicha Sala cuestionó la valoración de hechos realizada por la defensa del señor Valle Ambrosio, por haberlos, según esta, ignorado, parcializado o modificado: “De la lectura integral de la sentencia, como una unidad [...], emergen las siguientes circunstancias fácticas que el tribunal de juicio dio por ciertas, conforme a la valoración del cuadro probatorio seleccionado y valorado, las que constituyeron el soporte de hecho en base al cual calificó legalmente el obrar de Ambrosio como cómplice necesario de delito de defraudación calificada por administración fraudulenta (fs. 662/664), del cual el impugnante prescinde sea porque los ignora, parcializa o modifica”.

La Sala Penal del TSJC refutó los hechos y argumentos esgrimidos por el recurrente con base estrictamente en las cuestiones fácticas establecidas previamente por la Cámara Novena del Crimen de Córdoba. En efecto, la Corte notó que la argumentación esgrimida por la Sala Penal del TSJC se basó exclusivamente en la transcripción de los hechos y la valoración jurídica realizada por el juez *a quo*, lo cual implicó la imposibilidad por parte del juez *ad quem* de realizar una revisión fáctica y jurídica de los hechos del caso.

A la vista de lo anteriormente expuesto, la Corte observó que el aspecto central de las defensas de los señores del Valle Ambrosio y Domínguez Linares estuvo conformado, *inter alia*, por una serie de argumentos dirigidos a cuestionar la valoración que la Cámara Novena del Crimen de Córdoba había realizado de

los hechos del caso y de cómo estos se adecuaban o no a la modalidad dolosa de la comisión del delito de defraudación por administración fraudulenta calificada. No obstante, la propia regulación del recurso de casación y la doctrina judicial que le precedía impidió al tribunal *ad quem* apartarse de las conclusiones fácticas adoptadas por el tribunal *a quo* y le llevó a declarar ambos recursos de casación inadmisibles, sin entrar en el fondo de las cuestiones planteadas. Agregó la Corte que, a este respecto, si bien el Estado afirmó que los recursos de casación interpuestos por las defensas de los señores del Valle Ambrosio y Domínguez Linares fueron declarados inadmisibles debido a que no se hallaron debidamente fundamentados y que se omitieron plantear cuestiones de hecho y/o de prueba en sus impugnaciones, la Corte advirtió que la razón por la cual dichos recursos fueron declarados inadmisibles se debió, principalmente, a la imposibilidad por parte del tribunal *ad quem* de revisar los elementos fácticos declarados probados en la sentencia de primera instancia para poder así enfrentar los alegatos esgrimidos por cada recurrente²⁰⁶.

²⁰⁶ Corte IDH, caso “Del Valle Ambrosio y otros vs. Argentina”, sent. 20 de julio de 2020.

CAPÍTULO III

LOS ASPECTOS FACTICOS DEL FALLO I.

El carácter cognoscitivo del sistema de garantías.

1. Introducción.

En oportunidad de presentar el tema de estudio se ha señalado que el interés central del trabajo estará en la revisión de las cuestiones relativas a la valoración de la prueba y la determinación de los hechos. Para poder ingresar al tratamiento de la revisión de los aspectos fácticos de una condena, se requiere previamente analizar los principios a partir de los cuales se impone la necesidad de determinar una cuestión fáctica y el modo en que la misma se debe llevar a cabo. Para hablar de la revisión de los hechos de una sentencia es preciso saber previamente porqué una sentencia debe hacer referencia a hechos.

Ferrajoli deriva de la *estricta legalidad* la necesidad de la precisión empírica de las formulaciones legales. Señala que dicho principio *se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter “constitutivo” antes que “regulativo” de lo que es punible*²⁰⁷. De este modo, el principio de legalidad no admite normas constitutivas sino solo normas regulativas, cuyo contenido no puede ser más que una *acción*. En esto residiría el carácter empirista de la desviación penal.

En virtud de dicho principio, el legislador penal sólo puede prohibir comportamientos, hechos externos, que permitan su verificación empírica, posibilitando que el juicio penal tenga carácter cognoscitivo respecto de los hechos. Es decir, para que en un proceso penal se discuta la existencia o no de ciertos hechos es necesario que la ley penal contemple como presupuesto de la pena un *hecho* considerado delito. Entonces, la primera referencia fáctica debe estar en la hipótesis que la ley contemple como desviación penal.

²⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón*”, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés, ed. Trotta, pág. 35.

Según la propia Corte Interamericana²⁰⁸, el principio de legalidad, receptado en el art. 9 de la Convención, sólo resulta compatible con un derecho penal de acto, por lo que, al legislador penal le está permitido exclusivamente prohibir hechos, conductas y no formas de conducción de la vida.

La pena, como consecuencia penal, sólo puede estar atada a un comportamiento precedente de la persona, presentado en la ley de modo claro y preciso a través de la formulación de enunciados descriptivos, por tanto, verificables, en contraposición a los enunciados valorativos. Respecto de un enunciado descriptivo se puede predicar su verdad o falsedad, cosa que no ocurre con los enunciados valorativos²⁰⁹. Los juicios de valor pueden ser compartidos o criticados pero no puede ser probada su verdad o falsedad, debido a su carácter no apofántico²¹⁰.

La Corte Interamericana ha señalado que el principio de legalidad funciona como orientador de las conductas de los ciudadanos, al posibilitar saber de antemano qué comportamiento está prohibido y cuál es la consecuencia de ese incumplimiento²¹¹. Este cometido del principio de legalidad sólo puede ser satisfecho mediante un derecho penal de acto, que prohíba exclusivamente *acciones* a través de la formulación de enunciados descriptivos empíricamente verificables.

Obviamente, esta función orientadora del derecho²¹² no se agota en la previsión legal sino que además requiere, en la práctica, que frente a un

²⁰⁸ Corte IDH, caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, sent. 20 de junio de 2005, párr. 94-96.

²⁰⁹ La Corte IDH recepta esta distinción en el caso “Kimel vs. Argentina”, sent. 2 de mayo de 2008, párr. 93.

²¹⁰ TARUFFO, Michele, “*Simply the truth*”, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, pág. 70.

²¹¹ Conf. Corte IDH, caso “Ricardo Baena vs. Panamá”, sent. 28 de noviembre de 2003, párr. 106; caso “De La Cruz Flores vs. Perú”, sent. 18 de noviembre de 2004, párr. 104

²¹² FERRER BELTRAN, Jordi, “*La valoración racional de la prueba*”, Ed. Marcial Pons, pág. 29.

incumplimiento concreto, le siga la sanción prevista legalmente, para lo cual, la hipótesis legal *empíricamente verificable* debe haber sido *empíricamente verificada* en el proceso penal. Es decir, tanto si a la acción concreta prevista en la ley como hipótesis no le sigue de modo regular la sanción penal, como si la sanción le sigue a una acción no verificada, el principio de legalidad perdería su función reguladora del comportamiento humano y las personas no dispondrían de un mecanismo orientador de su conducta pues, la sanción penal como consecuencia de cierta acción se volvería aleatoria y, por tanto, imprevisible²¹³.

De este modo, el juicio penal propiamente dicho se presenta como proceso de conocimiento en donde, la *estricta legalidad* tiene su necesario correlato en la *estricta jurisdiccionalidad*, que requiere que la hipótesis acusatoria sea empíricamente verificada. Es decir, por imperio del principio de legalidad y de su función reguladora es necesario que tanto la ley como el juicio penal tengan carácter *cognoscitivo*²¹⁴ por oposición al carácter *potestativo* en donde rige el puro decisionismo sin anclaje empírico, fundado en juicios de valor no verificables²¹⁵.

En síntesis, la necesidad de que una sentencia condenatoria contenga una referencia fáctica es consecuencia del carácter cognoscitivo que deriva del principio de legalidad. Llegados a este punto, en el cual se reconoce al juicio penal como el procedimiento de verificación empírica de las condiciones de verificabilidad establecidas en la ley como presupuestos de la pena, surge inevitablemente el interrogante acerca de cómo y cuándo una hipótesis se

²¹³ FERRER BELTRÁN, Jordi, “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, pág. 30.

²¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón*”, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés, ed. Trotta pág. 37.

²¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón*”, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés, ed. Trotta pág. 43.

encuentra verificada. Aquí reaparece un concepto problemático en la historia del derecho procesal penal: *la verdad*.

2. La verdad en el juicio penal.

La cuestión de la verdad en el proceso penal arrastra todavía los estigmas de sus vínculos con la inquisición y el carácter autoritario de dicho procedimiento. Siempre se dijo que el proceso inquisitivo perseguía una verdad absoluta, omnicomprendida, una verdad a cualquier precio²¹⁶. Como señala Ferrajoli, esa *verdad sustancial*, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de la hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario²¹⁷. Las violaciones cometidas en nombre de la verdad por la inquisición han desprestigiado el concepto y han dificultado su reelaboración en clave garantista.

También la justicia durante el nazismo echó mano al concepto de verdad objetiva o material como finalidad del proceso y fundamento de la justicia. Se señaló que “en el derecho penal nacionalsocialista no puede haber nada formalmente justo o injusto, sino la idea de la verdad material”, “la tendencia principal en la creación de una nueva ley de procedimiento penal debe eliminar el formalismo”, “Deben suprimirse las formas obligatorias que se han vuelto obsoletas, que tienen un efecto inhibitorio donde debe penetrar la verdad y el

²¹⁶ WILHELM, Endrik, “*Wahrheit im Strafprozess*”, in: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Texte und Ergebnisse des 40. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main, 4. - 6. März 2016; Hrsg. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd.40, Berlin 2016., 267-292. Wilhelm señala que la dificultad humana para entender y aceptar la relatividad de todo ser favoreció la marcha triunfal de la iglesia católica, que durante siglos dio a la gente una imagen de aparente claridad. Prefirieron creer en verdades absolutas porque eso les daba seguridad en un mundo incierto.

²¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón*”, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés, ed. Trotta pág. 44.

derecho”²¹⁸. Esta concepción continuó en la posguerra varias décadas más, percibiendo a las garantías como un obstáculo a la búsqueda de la verdad material²¹⁹.

La reacción frente al sistema inquisitivo ha conllevado también un severo cuestionamiento al concepto de verdad, al punto de postularse su abandono o el reemplazo por el de *verdad formal*²²⁰ al estilo del proceso civil²²¹.

Ahora bien, el carácter cognoscitivo que se deriva del sistema de garantías contenido en los instrumentos de Derechos Humanos obliga a que la imposición de una sanción penal sea la consecuencia de la comprobación empírica de un comportamiento definido por la ley como delito²²². Esa verificación que se produce en el juicio se traduce en la formulación de enunciados asertivos respecto de los cuales es predicable su verdad o falsedad. En este sentido, el valor del concepto de verdad se restringe al juicio

²¹⁸ MÜLLER, Ingo, “Der Wert der materiellen Wahrheit”, *Leviathan* Vol. 5, No. 4 (1977), pp. 522-537, Published by: [Nomos Verlagsgesellschaft mbH https://www.jstor.org/stable/23982857](https://www.jstor.org/stable/23982857) Page Count: 16,

²¹⁹ MÜLLER, Ingo, “Der Wert der materiellen Wahrheit”, *Leviathan* Vol. 5, No. 4 (1977), pp. 522-537, Published by: [Nomos Verlagsgesellschaft mbH https://www.jstor.org/stable/23982857](https://www.jstor.org/stable/23982857) Page Count: 16, concluye que la “verdad material” que el proceso inquisitivo alemán supuestamente garantiza, sirve principalmente para legitimar la vulneración de derechos.

²²⁰ MAIER, Julio B. “Derecho Procesal Penal, T. I, cuestiona que verdad formal y verdad real respondan a conceptos diferentes, pág, 849

²²¹ WESSLAU, Edda, “Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – www.zis-online.com, 558-564, cuestiona esta concepción y sostiene que ni siquiera en el proceso anglosajón puede hablarse de verdad formal en esos términos, ya que el jurado no está obligado a la presentación de una parte por el hecho de que la otra no la impugne.

²²² THOMMEN, Marc, “Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess”, recht 06/2014 vom 10.12.2014 – Abhandlung. Se pregunta porqué necesitamos la verdad en el proceso penal? Y sostiene que la respuesta es porque solo podemos condenar culpables.

y no al procedimiento penal en su integridad²²³. Es decir, ya no se postula la búsqueda de “la verdad” como el objeto del proceso penal²²⁴.

La condena estará fundada y será legítima si es verdadera la versión de los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria. En definitiva, es necesaria la *verdad* de los enunciados fácticos para poder imponer una sanción, por lo tanto, *sin verdad no puede haber pena*. La renuncia a la lógica inquisitiva no puede implicar la renuncia a la verdad como valor político que legitima la condena²²⁵.

De este modo, al convertirse la *verdad* en presupuesto de la pena, el concepto adquiere una funcionalidad política garantista, limitadora del poder penal del Estado. Ya no es un fin en sí mismo, ni siquiera es el fin del proceso penal, sino una condición necesaria para la imposición de una condena. Esta versión del concepto de *verdad* no transforma al juicio penal en un proceso de conocimiento de “los hechos ocurridos”, es decir, no es necesario saber *la verdad de lo ocurrido* sino, solamente, si la *hipótesis acusatoria* acerca de lo ocurrido es verdadera. Significa, que únicamente interesa la verdad de los enunciados asertivos contenidos en la acusación, en tanto pretende la imposición de una pena²²⁶. La *verdad* es necesaria sólo para condenar, pues se puede absolver aún cuando el acusado no sea materialmente inocente. En

²²³ BOVINO, Alberto “*Juicio y verdad en el procedimiento penal*”, publicado en Estudios sobre justicia penal, critica la postura de Ferrajoli por confusa al vincularla con la investigación de la verdad y con la absoluta falta de discreción de los acusadores estatales, pág. 226-227.

²²⁴ BINDER, M. Alberto, “*El elogio de la audiencia oral y otros ensayos*”, publicado por Coordinación Editorial, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, 2014, refiere que la inquisición ha utilizado el concepto de verdad como motor de búsqueda, pág. 20.

²²⁵ GUZMÁN, Nicolàs, “*La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*”, Editores del Puerto, pág. 41.

²²⁶ BINDER, Alberto, “*El elogio de la audiencia oral y otros ensayos*”, publicado por Coordinación Editorial, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, 2014, señala que el concepto técnico de hecho es la expresión concreta del principio de exterioridad según el cual, solo los actos exteriores son punibles, y arega, a partir de allí, que es evidente que la función de la verdad en el proceso penal es inescindible de la idea de “hecho”, pág. 23.

síntesis, la verdad a la que se hace referencia sólo juega en el ámbito del juicio propiamente dicho y exclusivamente en relación a la culpabilidad del acusado.

El concepto de *verdad* también ha sido cuestionado desde lo epistémico, como *correspondencia* con la realidad, a partir del carácter limitado del conocimiento humano y de la provisoriedad de toda tesis. Se ha dicho que la pretensión de obtener una verdad objetiva, absolutamente cierta, constituye una ingenuidad epistemológica²²⁷. Existía la convicción, propia del mentalismo, de una supuesta inmediatez de las impresiones de los sentidos como última e infalible instancia de apelación²²⁸. Este es el modelo representacional del conocimiento que explica la verdad como la correspondencia entre la representación y el objeto²²⁹. Esta versión de la verdad como correspondencia repondía a la concepción metafísica-ontológica que veía en la relación entre el entendimiento y las cosas una relación ontológica cuyo criterio de existencia lo determinaba un sujeto observador externo a la relación, lo cual provocaba un regreso al infinito²³⁰.

El denominado “giro lingüístico” ha evidenciado que la realidad con la que confrontamos nuestras oraciones no es una realidad “desnuda” sino que está siempre impregnada lingüísticamente, es decir, el acceso no mediado lingüísticamente a una realidad externa o interna nos está vedado²³¹. Solo conocemos en tanto sujetos capaces de lenguaje y comunicación y a partir de las estructuras que ese aprendizaje va conformando. El “mito de lo dado” como

²²⁷ FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón*”, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés, ed. Trotta pág. 50.

²²⁸ HABERMAS, Jürgen, “*Verdad y justificación*”, trad. De Pere Fabra y Luis Díez, ed. Trotta, 2002, pág. 21.

²²⁹ HABERMAS, Jürgen, “*Verdad y justificación*”, trad. De Pere Fabra y Luis Díez, ed. Trotta, 2002, pág. 37.

²³⁰ APEL, Karl-Otto, “*Teoría de la verdad y ética del discurso*”, trad. De Norberto Smilg, ed. Paidós I.C.E. Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1991, pág. 47.

²³¹ HABERMAS, Jürgen, “*Verdad y justificación*”, trad. De Pere Fabra y Luis Díez, ed. Trotta, 2002, pág. 21.

conocimiento inmediato infalible de una realidad que se impone al sujeto, debe, entonces, ser abandonado.

En el campo de la ciencia, ni siquiera respecto de las teorías generalmente compartidas y sometidas a reiterados controles, es posible predicar la existencia de una verdad que excluya con certidumbre que la misma contenga proposiciones falsas, por el contrario, toda teoría científica está destinada a ser superada²³². En éste ámbito se acepta el *principio metodológico del falibilismo* que impone que cualquier estrategia investigadora debiera consistir en buscar conscientemente contraejemplos que falsen una teoría o hipótesis²³³.

La *verdad* de cualquier teoría científica o de enunciados empíricos nunca es definitiva e inmutable, sino contingente, *relativa* al estado actual de los conocimientos científicos y de las experiencias realizadas. Es una verdad relativa a los conocimientos con los que -por el momento- se cuenta. En esta medida, sólo es posible hablar de una *verdad aproximativa*.

No es correcto derivar del falibilismo metodológico, que reconoce el carácter contingente del conocimiento y que busca funcionar como cierta salvaguarda, la consecuencia de que todo es falible y nada es seguro. Esa conclusión, además de que anula toda posibilidad de acción (en tanto necesitamos de certezas para actuar) incurre en autocontradicción preformativa. Es decir, pretende que la afirmación “nada es seguro”, sea segura.

Este reconocimiento ha llevado también a algunos a sostener que lo que llamamos verdad acerca de una determinada investigación científica no es más que una mera construcción mental del científico que no permite establecer

²³² FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón*”, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés, ed. Trotta, pág. 50.

²³³ APEL, Karl-Otto, “*Teoría de la verdad y ética del discurso*”, trad. De Norberto Smilg, ed. Paidós I.C.E. Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1991, pág. 38.

conexión necesaria con los fenómenos de la realidad²³⁴. Como todo paradigma científico puede cambiar, entonces cualquier paradigma da lo mismo²³⁵.

Ahora bien, el carácter limitado del conocimiento humano, en tanto conocimiento mediado lingüísticamente, que nos impide afirmar una verdad definitiva no nos autoriza a renunciar a la verdad²³⁶, pues, sabiendo que aquella constituye una aproximación siempre será conveniente optar, entre las diferentes hipótesis en juego, por la que resulte más aproximada a la realidad.

La imposibilidad de alcanzar el conocimiento absoluto que nos permita predicar una verdad definitiva e inmutable no hace que cualquier grado o nivel de conocimiento sea lo mismo, que podamos prescindir de la idea de un conocimiento aproximado a la realidad. Esa realidad es parcial y relativamente accesible a nuestro conocimiento, pero existen ciertas reglas que nos permiten hablar de esa “realidad” de modo tal que todos nos entendamos.

Si no fuera así, si no existiera un “algo” externo al sujeto cognoscente que sea, al menos, relativamente aprehensible, no habría vida en común posible, no habría chance alguna para el intersubjetivismo y, por tanto, el derecho y su función regulativa del comportamiento no sería más que una ilusión. Es decir, tiene sentido asumir que el mundo externo existe como presupuesto para sostener opiniones acerca de la realidad, que de modo regular las personas

²³⁴ TARUFFO, Michele, “*Simplemente la verdad*”, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, pág. 90.

²³⁵ WILHELM, Endrik, “*Wahrheit im Strafprozess*”, in: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Texte und Ergebnisse des 40. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main, 4. - 6. März 2016; Hrsg. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd.40, Berlin 2016., 267-292.

²³⁶ GUZMAN, Nicolás “*La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*”, Eitores del Puerto, señala que enes pretenden renunciar a ello, sostienen la imposibilidad de cualquier conocimiento racional, partiendo de la base de que el conocimiento es una construcción mental privada de conexión necesaria con los fenómenos del mundo real. Sin embargo, la falta de conexión necesaria no significa una desconexión absoluta entre el conocimiento y el mundo real, pág. 25. El hecho de que nuestros sentidos sean falibles y que en ciertas circunstancias o bajo ciertas condiciones nos puedan fallar, tampoco nos autoriza a prescindir de nuestra experiencia perceptiva como base fundamental de nuestra interacción.

tenemos experiencias perceptivas similares y nos relacionamos a partir de ellas por las mismas referencias.

En este sentido, para el pragmatismo, los sujetos, como sujetos capaces de lenguaje y acción, conocen y aprenden en contextos de acción (instrumental o semántica), es decir, acción con sentido lingüístico. Estos procesos van generando las estructuras de nuestro saber acumulado y son las que nos permiten actuar y conocer. De este modo, se estructura a partir de lenguaje, lo que se denomina el “mundo de la vida”, es decir, el mundo interpretado lingüísticamente. Sin embargo, para Habermas, este mundo de la vida supone un “mundo objetivo” que constituye un sistema de referencias posibles, como totalidad de los objetos sobre los que se emiten juicios u opiniones en el mundo de la vida. Este mundo objetivo es concebido como “presuposición pragmática formal”, en tanto anticipación conceptual que permite asegurar a distintos sujetos un sistema común de referencias posibles a unos objetos que existen independientemente de nosotros y que son identificables en términos de tiempo y espacio²³⁷.

En definitiva, la “realidad” a la que accedemos es el resultado de ese entramado entre el mundo objetivo (inconmesurable) y el mundo de la vida estructurado lingüísticamente y en el que nos movemos en nuestras prácticas cotidianas.

En esa medida, sigue siendo necesario conservar un concepto de verdad como correspondencia²³⁸ con la realidad, al menos en términos intuitivos, como correspondencia para la evidencia fenoménica (lo fotografiable, aún no

²³⁷ HABERMAS, Jürgen, “Verdad y justificación”, trad. De Pere Fabra y Luis Díez, ed. Trotta, 2002, pág. 30 y sgtes.

²³⁸ TARUFFO, Michele, “*Simply la verdad*”, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, señala que “ello implica adoptar, en forma no ingenua, una concepción correspondentista de la verdad, según la cual la realidad externa existe y constituye el baremo de medida que determina la verdad o falsedad de los enunciados que se ocupan de ella”, pág. 95.

interpretado)²³⁹. Obviamente, ya no en los términos del representacionismo y de la ilusión del conocimiento como espejo del mundo, sino como la justificación de pretensiones de verdad de acuerdo a la mejor situación epistémica posible²⁴⁰, al nivel de conocimiento con que se cuenta en determinado momento²⁴¹.

En el proceso penal el acusador, en su condición de proponente, afirma una pretensión de verdad que en el marco del juicio debe poder justificar, como presupuesto para la aplicación de una pena. Ello se torna imperativo si es que se quiere que el derecho siga siendo un instrumento regulador de la conducta. Precisamente, el carácter limitado y relativo de la verdad a la que puede aspirarse hace que los criterios epistemológicos sean lo más estricto posibles como garantía del mayor acercamiento a la realidad²⁴².

La postura que reconoce los límites a un conocimiento absoluto y definitivo pero que, a pesar de ello, no renuncia a una verdad que se corresponda con la realidad ha llevado a varios autores a sostener la concepción semántica de la verdad como correspondencia²⁴³. Se trata de una concepción que, trasladada al ámbito penal, resguardaría el carácter cognoscitivo del principio de legalidad y, de ese modo, su función garantista²⁴⁴.

²³⁹ APEL, Karl-Otto, *“Teoría de la verdad y ética del discurso”*, trad. De Norberto Smilg, ed. Paidós I.C.E. Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1991, pág. 44.

²⁴⁰ HABERMAS, Jürgen, *“Verdad y justificación”*, trad. De Pere Fabra y Luis Díez, ed. Trotta, 2002, pág. 53.

²⁴¹ GUZMAN, Nicolás *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Eitores del Puerto, señala que *no resulta insensato asignar el carácter de “verdadero” a las proposiciones cuando se verifica una cierta correspondencia entre ellas y la realidad*, pág. 26.

²⁴² GUZMAN, Nicolás *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Eitores del Puerto, pág. 27.

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi, *“Derecho y Razón”*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés, ed. Trotta, p. 66. GUZMAN, Nicolás *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Eitores del Puerto, p. 71.

²⁴⁴ GUZMAN, Nicolás *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Eitores del Puerto, pág. 74 y 76.

La concepción semántica de la teoría de la correspondencia ha sido formulada por Tarsky, quien no refiere a la verdad en general sino a la “verdad de un determinado lenguaje S”, es decir, a un lenguaje artificial formalizado. En estos términos, la teoría de Tarsky no tiene implicaciones metafísicas-ontológicas pero tampoco epistemológicas²⁴⁵. Solamente, cuando se abre al lenguaje ordinario y entra a jugar la validez intersubjetiva de la interpretación del lenguaje y del mundo, puede cumplir un papel en perspectiva epistemológica²⁴⁶.

Existen posturas críticas a la misma y que han conducido a la formulación de otras concepciones, como la teoría sintáctica que entiende a la verdad como coherencia^{247 248} y la pragmática que entiende a la verdad como aceptabilidad justificada (consensual)²⁴⁹. Parece posible seguir la distinción que propone Ferrajoli entre el significado del concepto de verdad y los criterios de uso de dicho concepto. De este modo, la concepción semántica constituiría el significado de verdad, mientras que las concepciones sintáctica y pragmática

²⁴⁵ APEL, Karl-Otto, *“Teoría de la verdad y ética del discurso”*, trad. De Norberto Smilg, ed. Paidós I.C.E. Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1991, pág. 53.

²⁴⁶ APEL, Karl-Otto, *“Teoría de la verdad y ética del discurso”*, trad. De Norberto Smilg, ed. Paidós I.C.E. Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1991, pág. 63.

²⁴⁷ TARUFFO, Michele, *“Simplemente la verdad”*, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, pág. 91 según la teoría coherentista, un enunciado sería verdadero en función de su coherencia con los demás enunciados que constituyen el contexto en el que aquel se inserta. Esta idea es fruto de una escisión neta entre lenguaje y mundo y significa el completo desplazamiento del concepto de verdad hacia el interior de la dimensión lingüística de la experiencia y el conocimiento como productos del lenguaje. La crítica común es que existen narraciones coherentes que son falsas como ocurre con el género literario.

²⁴⁸ RORTY, Richard, *“Universalidad y verdad”*, en Richard Rorty/Jürgen Habermas *“Sobre la verdad: ¿validez universal o justificación?”*, trad. Patricia Wilson, ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2012, sostiene una postura coherentista sin postular un concepto de verdad como coherencia. Rorty propone directamente abandonar el concepto de verdad y quedar solo con el de justificación.

²⁴⁹ GUZMAN, Nicolás *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Eitores del Puerto, La condición para la verdad de un enunciado es el potencial asentimiento de los demás, es decir, que cualquiera que entre en discusión conmigo le atribuya el mismo predicado al mismo objeto. Cualquier otro tendría que poder convencerse que atribuyo justificadamente al objeto el predicado de que se trate. Es un consenso racional, pág. 65.

serían teorías criteriológicamente relevantes²⁵⁰. La coherencia y el consenso, entre otras, podrán ser condiciones necesarias pero no suficientes de verdad²⁵¹.

En este sentido, la epistemología desempeña un rol necesario en relación a la determinación de ciertos criterios de justificación²⁵², entendiendo que esos criterios son los que nos autorizan a aceptar racionalmente una pretensión de verdad²⁵³.

La cuestión de la verdad se desarrolla en el plano discursivo mediante argumentos, discutimos sobre las pretensiones de verdad y las objeciones a través de esgrimir razones que las justifiquen. Habermas realiza una diferenciación analítica entre el plano de la acción y el plano del discurso, sosteniendo que en el primero los sujetos intervienen de modo realizativo a partir de certezas implícitas que implican pretensiones de verdad. Solamente cuando la acción fracasa o el acto de habla recibe una oposición, se pone en

²⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, *“Derecho y Razón”*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés, ed. Trotta, p. 66 y sgtes.

²⁵¹ GUZMAN, Nicolás *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Eitores del Puerto, pág. 52.

²⁵² HAACK, Susan *“Entrevista a Susan Haack”*, de Carmen Vazquez, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36 (2013) señala que *“La relevancia de la epistemología para cuestiones jurídicas es, muy sencillamente, que la resolución de los casos depende en parte de la determinación de los hechos, lo cual requiere que el juzgador de los hechos resuelva qué conclusión está avalada por las pruebas, si es que alguna lo está y en qué grado. O, para decirlo de otra forma: dado que la verdad sobre los hechos es necesaria para la justicia sustantiva, la valoración adecuada de las pruebas es jurídicamente crucial”*, pág. 580.

²⁵³ El enunciado asertivo de un hecho puede ser falso, es decir, no corresponderse con la realidad, aún cuando se hayan respetado todos los procesos y controles para arribar a esa formulación. En el caso del proceso penal, puede ser que luego de un juicio respetuoso de las garantías convencionales y de una exhaustiva revisión de la sentencia condenatoria se afirme la existencia de un cierto acontecimiento y el mismo puede no ser verdad, es decir, puede no corresponderse con la realidad. Parece necesario distinguir entre, por un lado, que un enunciado sea verdad en términos semánticos y, por el otro, que nos encontremos autorizados (que está justificado) a creer que ese enunciado es verdadero. Que en la época de Cristóbal Colón se creyera que la tierra era plana no convertía en verdad que la tierra era plana, sólo determinaba que estaba justificado creer que era verdadero que la tierra era plana. Cfr. TARUFFO, Michele, *“Verdad Negociada”*, publicado en Revista de Derecho, Vol. XXI-Nº1-Julio 2008, traducción de Andrés Bordalí Salamanca, pp. 129-151.

cuestión la pretensión de verdad. Al tematizarse la verdad a partir de ese fracaso u oposición, se pasa al nivel discursivo que es dónde se deben poder justificar las pretensiones de verdad mediante argumentos²⁵⁴. Es decir, la cuestión de la verdad se torna un problema cuando surge un oponente que pone en crisis la pretensión de verdad de un proponente y esa oposición solo se dirime a nivel discursivo mediante las mejores razones.

Habermas, en un principio, formuló un concepto de verdad como aceptabilidad racional en condiciones ideales. Estas condiciones idealizantes eran, por una parte, *procedimentales* en cuanto a las condiciones de las prácticas de la argumentación (espacio público e inclusión de todos los afectados, reparto equitativo de la palabra, ausencia de violencia, sinceridad de las manifestaciones de los participantes), por otra parte, requería que la pretensión de verdad resistiera todos los intentos de refutación. La pretensión de verdad justificada en esos términos era verdadera. Es decir, justificación y verdad se encontraban igualadas, por lo tanto, el concepto de verdad tenía una perspectiva epistemológica.

Con posterioridad, Habermas abandona el concepto de verdad en perspectiva epistemológica y, si bien reconoce un nexo interno (epistemológico) entre justificación y verdad, sostiene que de ello no se deriva un nexo conceptualmente indisoluble. De este modo, la perspectiva epistemológica llega hasta la justificación de la pretensión de verdad (falible). Una vez concluida la discusión, la justificación alcanzada (contingente, por lo tanto, con reserva de falibilidad) se puede entender como un “permiso” para salir del plano discursivo y regresar al plano de la acción del mundo de la vida, guiado por verdades universales (sin reservas falibilísticas). En estos términos, el

²⁵⁴ HABERMAS, Jürgen, “Verdad y justificación”, trad. De Pere Fabra y Luis Díez, ed. Trotta, 2002, pág. 47 y sgtes; 223 y sgtes.

concepto de verdad se convierte en una idea regulativa que orienta el comportamiento²⁵⁵.

No interesa aquí fundar una aceptación o un rechazo al concepto no epistemológico de verdad, concebido como idea regulativa, de carácter universal (entendiendo por ello que lo enunciados no pueden perder su condición de verdaderos), sino el plano de la *justificación de las pretensiones de verdad*. Aquí rigen las condiciones procedimentales ideales del discurso (como condiciones de validez) y el requisito de falsación de la hipótesis. Este es el aspecto epistemológico que me parece relevante del pensamiento de Habermas y que resulta trasladable al juicio como proceso de formación de la decisión.

Sin embargo, Habermas parece restringir demasiado el nivel de la justificación a través de la discusión argumentativa por medio de buenas razones. En este punto, Apel realiza una interesante complementación a la teoría del discurso de Habermas a partir de incluir en la justificación la evidencia para la correspondencia de los fenómenos mediante juicios perceptivos referidos al discurso y hacerla valer como razones para la afirmación de los hechos. El juicio perceptivo efectúa una mediación entre la afirmación de hechos mediante enunciados proposicionales y la pura evidencia del fenómeno (quizá fotografiable)²⁵⁶. Aquí, la concepción fenomenológica está corregida por el giro lingüístico, que incluye la interpretación, es decir, no sólo lo descriptivo o fotografiable (según Apel) sino la interpretación sobre eso. Las diferencias en las percepciones suelen ser diferencias en la interpretación²⁵⁷, propias del uso del lenguaje como medio de conocimiento.

²⁵⁵ HABERMAS, Jürgen, *“Verdad y justificación”*, trad. De Pere Fabra y Luis Díez, ed. Trotta, 2002, pág. 47 y sgtes, 223 y sgtes.

²⁵⁶ APEL, Karl-Otto, *“Teoría de la verdad y ética del discurso”*, trad. De Norberto Smilg, ed. Paidós I.C.E. Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1991, pág. 90 y sgtes.

²⁵⁷ WILHELM, Endrik, *“Wahrheit im Strafprozess”*, in: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Texte und Ergebnisse des 40. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main, 4. - 6. März 2016; Hrsg.

En este sentido, se pone de relieve una perspectiva epistemológica que se apoya, además de las razones, en la evidencia de la experiencia, cuestión que considero fundamental en el ámbito del proceso penal.

En síntesis, el juicio penal transita a nivel discursivo como proceso de justificación de una pretensión de verdad del acusador. La justificación se lleva a cabo mediante las mejores razones que se apoyan en la evidencia. La concepción de Habermas de aceptabilidad racional como justificación en una situación epistémica ideal hace que el concepto de verdad determine la racionalidad de todo el proceso de adopción de la decisión, a partir de las presuposiciones pragmáticas de los discursos, y no solo a la decisión misma.

En definitiva, se trata de la justificación de una pretensión de verdad y eso es tarea de la epistemología. Ello explica la adopción de una perspectiva epistemológica empírica experiencialista en el presente trabajo.

Si bien la epistemología se encuentra atravesada por debates de distintas posturas y sin pretender ingresar a un terreno que excede ampliamente el objeto del presente trabajo, considero que un acercamiento a una de las líneas de dicha disciplina nos puede brindar el auxilio necesario tanto para la determinación de los hechos como para la revisión de los mismos.

En este sentido, me valdré del desarrollo teórico efectuado por Susan Haack, al que ella misma denomina fundaherentismo. Se trata de una línea de pensamiento dentro de la epistemología que reconoce el valor de la experiencia en la justificación de una creencia y que, por ello, entiendo se acomoda bastante bien a las necesidades del juicio penal. Constituye un

desarrollo compatible con el concepto semántico de verdad en términos intuitivos y que aporta buenos rendimientos al momento de la valoración de la evidencia y del estándar probatorio, como más adelante se verá. A continuación se realizará una síntesis del pensamiento de Haack, quien proviene de la tradición pragmatista de Pierce, a fin de poder retomar, en los diferentes momentos del presente trabajo, la significación de su análisis en relación al juicio penal.

3. La teoría fundaherentista de Haack.

La teoría fundaherentista transita entre el fundacionalismo²⁵⁸ y el coherentismo²⁵⁹, pero se distancia también de otras formulaciones. En este sentido, reconoce a la experiencia como parte de la justificación pero se aparta del fundacionalismo en tanto no requiere ningún tipo de creencia privilegiada (básicas) justificada exclusivamente por la experiencia sin apoyo en otras creencias (derivadas), y, a su vez, reconoce el apoyo mutuo entre las creencias pero se aparta del coherentismo que requiere que la justificación sea una cuestión exclusivamente de relación entre creencias. Para el fundaherentismo, como las creencias están justificadas en parte por la experiencia y en parte por otras creencias, la justificación es gradual²⁶⁰.

²⁵⁸ Los fundacionalistas son concientes de los problemas del coherentismo ¿cómo le sería posible a uno estar justificado a creer que hay un perro en el jardín, si lo que uno ve, oye, huele, etc, no juega papel alguno? HAACK, Susan, *Una teoría fundaherentista de la justificación empírica*, AGORA –papeles de filosofía- (1999),18/1:35-53, Servicio de Publicaciones de Santiago de Compostela, pág. 38.

²⁵⁹ Por su parte, los coherentistas también son concientes de los problemas del fundacionalismo ¿qué sentido tiene suponer que alguien podría tener una creencia justificada de que hay un perro en el jardín, excepto en el contexto de creencias sobre perros, etc.? HAACK, Susan, *Una teoría fundaherentista de la justificación empírica*, AGORA –papeles de filosofía- (1999),18/1:35-53, Servicio de Publicaciones de Santiago de Compostela, pág. 38.

²⁶⁰ HAACK, Susan *Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 37.

Haack rechaza la idea de que la justificación es una cuestión exclusivamente de lógica entre creencias, donde la experiencia sólo expresa una relación causal irrelevante para este aspecto. Frente a la pregunta ¿qué justifica que A crea que hay un perro presente? Señala que la respuesta natural es el hecho de que A vea al perro. Lo que demuestra que no es cierto que la experiencia sea irrelevante para la justificación sino que resulta necesario explicar de qué modo es relevante y las relaciones entre los aspectos causales y lógicos del concepto de justificación²⁶¹. Esto nos revela que la justificación es un concepto de doble aspecto, de carácter parcialmente causal, así como parcialmente lógico²⁶².

Para el fundaherentismo, el papel de la experiencia (sensorial y memorística) es aportar a la justificación de todas las creencias empíricas justificadas, todas las cuales pueden también, en distintas medidas, justificarse parcialmente por el grado de apoyo en otras creencias²⁶³.

Haack explica así: A tiene una justificación mayor/menor en el momento m, para creer que p, dependiendo de lo válida que sea su evidencia. Se trata de una locución personalizada, no de tipo impersonal “la creencia de que p está justificada”. La justificación es personal, no subjetiva, cuán justificado esté A a creer que x depende de cuán buena sea su evidencia, la de A, lo que no significa que depende de cuán buena piense A que es su evidencia²⁶⁴. Aquí, Haack señala que el cometido principal es explicar “su evidencia” y “cuán buena”, remarcando así el carácter de doble aspecto del concepto de

²⁶¹ HAACK, Susan “Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 49.

²⁶² HAACK, Susan, “Una teoría fundaherentista de la justificación empírica”, AGORA –papeles de filosofía- (1999), 18/1:35-53, Servicio de Publicaciones de Santiago de Compostela, pág. 40.

²⁶³ HAACK, Susan “Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 77.

²⁶⁴ HAACK, Susan, “Una teoría fundaherentista de la justificación empírica”, AGORA –papeles de filosofía- (1999), 18/1:35-53, Servicio de Publicaciones de Santiago de Compostela pág. 40-41.

justificación, el primero es una noción causal²⁶⁵ mientras que el segundo es lógica o cuasi-lógica²⁶⁶.

La autora distingue entre “estado de creencia”, el hecho de que el sujeto crea algo y el “contenido de la creencia”, lo que el sujeto cree²⁶⁷. Los *estados de creencias* se encuentran en términos de relaciones causales con otros estados de A, los *estados de percepción*, que caracterizan a la evidencia como estado.

Luego, pasa a una segunda fase para llegar, sobre la base de una caracterización de “la *evidencia como estado* de A con respecto a la creencia x” (formada por ciertos estados de A) a una caracterización del “contenido de la evidencia” de A con respecto a la creencia x” (formada por ciertas oraciones o proposiciones)²⁶⁸.

La tercer fase es evaluativa y completa la explicación de “A tiene una justificación mayor/menor para creer que x, determinando lo válido que es el “contenido de la evidencia” de A con respecto a x²⁶⁹. Aquí entran en juego las relaciones lógicas o cuasi-lógicas que determinan el grado de justificación, para lo cual es imprescindible pasar del *estado de creencia* al *contenido de creencia*²⁷⁰.

²⁶⁵ El concepto *causal* se refiere en este contexto a que “la evidencia *causa* el estado de creencia de A con respecto a x”.

²⁶⁶ HAACK, Susan, “Una teoría fundaherentista de la justificación empírica”, AGORA –papeles de filosofía- (1999), 18/1:35-53, Servicio de Publicaciones de Santiago de Compostela, pág. 41.

²⁶⁷ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos., pág. 105/107.

²⁶⁸ Es el paso del estado corporal al lenguaje, del estado corporal que significa creer que hay un perro presente a la proposición de “hay un perro presente”, OROZCO CONTRERAS, Richard “*El fundaherentismo: La epistemología de Susan Haack*”, PHAJNOMENON, UNIFE, Vol 12 N°1 Ene-Dic. 2013, pág. 17.

²⁶⁹ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 107.

²⁷⁰ HAACK, Susan, “Una teoría fundaherentista de la justificación empírica”, AGORA –papeles de filosofía- (1999), 18/1:35-53, Servicio de Publicaciones de Santiago de Compostela, pág. 43.

El grado de justificación de A para creer que x depende en cierta medida de qué es lo que le hace tener ese *estado de creencia*. Como primer paso, Haack propone distinguir las “causas iniciales” del *estado de creencia* (sea lo que fuere lo que le llevó a creer que X) y las “causas operativas” en el momento en cuestión, en el que su grado de justificación está en juego. Estas pueden ser las mismas pero también pueden ser diferentes y cuando son diferentes la justificación depende de las causas operativas. Por eso la condición de *m* en el explicandum²⁷¹.

Lo que hace que alguien crea algo en un momento dado es a menudo una cuestión de equilibrio entre fuerzas: algunos factores que hace que se incline a creer que x y otros que se incline a creer lo contrario, pesando más lo primero²⁷². Al considerar qué determina que A tenga tal y tal *estado de creencia*, en el momento *m*, es necesario distinguir las *causas de apoyo* de las de *disuasión*, ambas son importantes para evaluar el grado de justificación. Hay factores de apoyo o disuasión que son *estados de la persona* y otros que no lo son. Sólo las causas del *estado de creencia* que son *estados de A* figurarán en la caracterización de su “*estado de evidencia*”²⁷³.

El “*nexo causal*”, en *m*, del *estado de creencia* de A de que x, se referirá a aquellos estados de A que sean operativos en *m*, ya sea apoyando o disuadiendo. Haack explica que utiliza la palabra “nexo” para intentar sugerir una maraña de estados de creencias relacionados entre sí, con la experiencia de percepción del sujeto. El *nexo causal* de un *estado de creencia* es incluir los

²⁷¹ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 108.

²⁷² La inclusión dentro de la “evidencia” tanto de los factores que sostienen como de los que inhiben, resulta relevante para el grado de justificación, HAACK, Susan, “*Una teoría fundaherentista de la justificación empírica*”, AGORA –papeles de filosofía- (1999),18/1:35-53, Servicio de Publicaciones de Santiago de Compostela pág. 42.

²⁷³ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 109.

estados que directamente apoyan o impiden ese *estado de creencia*, los estados que apoyan o impiden esos estados.

Los criterios de justificación se centran en aquellos elementos de toda la constelación de estados de A en *m* que tienen una relación causal de apoyo o disuasión, con el *estado de creencia* en cuestión²⁷⁴.

Los “*estados de razones*” que tiene A para creer que *x*” se refieren a aquellos estados de creencias que apoyan el *estado de creencia* que tiene A de que *x*. Los “*estados de razones*” que tiene A con respecto a *x* son en sí mismos *estados de creencias* de A, con respecto a las cuales A puede tener un *estado de evidencia* adicional. Pero el *estado de evidencia* que tiene A, basado en la experiencia, con respecto a *x* está formada por estados de no creencias de A y no es este el tipo de cosas con respecto a las cuales A tiene o necesita evidencia. El *estado de evidencia* basado en la experiencia apoya/impide *estados de creencias* pero no viceversa. Esto es, sugiere Haack, su evidencia definitiva²⁷⁵.

Al menos en términos intuitivos, se puede sostener que los seres humanos perciben las cosas y los sucesos del mundo que les rodea; interactúan por medio de sus sentidos con las cosas de su alrededor; estas interacciones son a lo que se refiere la “*experiencia sensorial*”. Esto también se explica en términos intuitivos en la medida en que nuestra experiencia nos indica que diferentes observadores en condiciones normales, bajo las mismas circunstancias, reaccionan igual ante cierto suceso²⁷⁶. Si no hubiera una *percepción común* la

²⁷⁴ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 109.

²⁷⁵ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 111.

²⁷⁶ HAACK, Susan, “*Una teoría fundaherentista de la justificación empírica*”, AGORA –papeles de filosofía- (1999), 18/1:35-53, Servicio de Publicaciones de Santiago de Compostela, pág. 45.

interacción sería imposible. Nuestros sentidos son, en términos generales²⁷⁷, capaces de detectar lo que sucede a nuestro alrededor, pero en circunstancias desfavorables puede que no veamos u oigamos claramente y puede que no percibamos bien y en circunstancias extremadamente desfavorables, en las que los sentidos sufren grandes irregularidades, podemos incluso “percibir” algo que no está ahí. Para Haack, “*estados de percepción*” incluye estados que desde el punto de vista fenomenológico son indistinguibles de los estados de percepción en un sentido más estricto²⁷⁸.

El *estado de evidencia introspectiva* ha sido considerado como un tipo de *estado de evidencia* basado en la experiencia, creyendo que forma parte también del sentido común, según la cual un ser humano tiene cierta conciencia de (algunos de) sus propios estados y procesos mentales, además de sus sentidos para explorar las cosas y los sucesos del mundo. Así como el papel que representan los “*estados de percepción*” reconocen la relevancia de la *experiencia sensorial presente* para la justificación, el papel que representan las *huellas (introspectivas) de percepción*, reconoce el papel de la *memoria* en el sentido representado por la locución “A recuerda haber visto/oído, etc”²⁷⁹.

El *estado de evidencia sensorial del pasado* representa una de las maneras en que la memoria se ajusta a la imagen. La memoria surge también de una segunda manera: decir que “A recuerda que x” es decir que anteriormente A llegó a creer que x y ahora sigue creyéndolo y no lo ha olvidado. El grado de justificación de A en relación con un *estado de creencia* tan “persistente” dependerá de lo válida que sea su evidencia en el momento en cuestión²⁸⁰. El

²⁷⁷ FALGUERA, José L., “*Percepción no conceptual, carga teórica y fundaherentismo*”, *Universitas Filosófica* 46, jun. 2006, pág. 30 y sgtes.

²⁷⁸ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 112.

²⁷⁹ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 113.

²⁸⁰ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 113.

estado de creencia de una persona suele mantenerse, total o parcialmente, gracias al hecho de ver u oír o bien al recuerdo de haber visto u oído. Igual que sucede cuando el *estado de creencia* que tiene A de que x, se ve apoyada por el hecho de que recuerde haber oído a B decir que x y a sus *estados de creencia* de que B está bien informado y de que B no tiene ningún motivo grave para engañar, etc.²⁸¹.

Los *estados de evidencia* de A con respecto a x consisten en un conjunto manipulado de estados de A. Pero en la fase evaluativa de la explicación “*evidencia*” tendrá que significar *contenido de evidencia*, pues son las oraciones o proposiciones y no los estados de una persona, las que pueden apoyarse o destruirse mutuamente, condicionar su probabilidad o disconformidad, ser consecuente o inconsecuente entre sí y ser coherente o no serlo como explicación. Por tanto es necesario establecer un puente desde los *estados de evidencia* a los *contenidos de evidencia*²⁸². Esta es tarea del epistemólogo ya que el sujeto portador de la creencia pasará, en general, de modo inconciente del *estado de creencia* al *contenido de la creencia*²⁸³.

Para ese puente, Haack sostiene que es deseable unir la “*evidencia sensorial de A*” aunque sea de manera poco firme, con “*qué aspecto tiene, (etc.) para A*” y al mismo tiempo respetar distinciones de sentido común tales como que una mirada detenida es mejor que un simple vistazo, etc. Por estas razones se inclina por caracterizaciones del tipo “*A se halla en la clase de estado de percepción en el que se encontraría un sujeto normal, en circunstancias normales, cuando ve a un conejo a 1 metro de distancia y con buena luz*”²⁸⁴.

²⁸¹ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 114.

²⁸² HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 114.

²⁸³ OROZCO CONTRERAS, Richard “*El fundaherentismo: La epistemología de Susan Haack*”, PHAJNOMENON, UNIFE, Vol 12 N°1 Ene-Dic. 2013, pág. 17.

²⁸⁴ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 115.

En definitiva, el grado de *justificación* que tiene alguien para creer algo depende entonces de lo válida que sea su *contenido de evidencia*²⁸⁵. Haack se vale de la analogía con el crucigrama, de cómo el sujeto determina lo razonable o no razonable de las palabras que se escriben en él²⁸⁶. “*Cuán avalada está una afirmación depende de la calidad de las pruebas que hay respecto a esa afirmación. De forma un poco más precisa: las pruebas incluyen tanto las pruebas sensoriales como las razones; y estas trabajan juntas como las pistas y las entradas ya completadas en un crucigrama. Crucialmente importante para mis propósitos aquí es que las razones se ramifican, como las entradas de un crucigrama y que aquello que hace que las pruebas con respecto a una afirmación sean mejores o peores es análogo a aquello que hace que una entrada en un crucigrama sea más o menos razonable*”²⁸⁷. De este modo, evita el carácter unidireccional del fundacionalismo y el regreso al infinito o el círculo vicioso del coherentismo.

Esta versión de la epistemología de Haack nos auxiliará en las etapas de valoración de la prueba por parte del juzgador, en la determinación del estándar probatorio, en la motivación de la cuestión fáctica y, finalmente, en la revisión de esos aspectos. Resulta interesante la indagación acerca de la justificación de una creencia personalizada, es decir, de la creencia de un sujeto concreto y no de una creencia en abstracto, impersonal. El juicio de justificación de una creencia importa indagar en el estatus epistémico del sujeto portador de la creencia.

²⁸⁵ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 116.

²⁸⁶ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. De M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, pág. 116.

²⁸⁷ HAACK, Susan “*El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*”, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, Carmen Vazquez (ed.), ed. Marcial Pons, pág. 93.

En el caso del proceso penal, los testigos y peritos exponen sus *creencias*, para lo cual habrá que analizar que *evidencia* y que *razones* tenía ese sujeto para justificar en algún grado su creencia. Lo mismo le ocurre al juzgador, quien finalmente expresará una creencia apoyada en *evidencia perceptiva e introspectiva* y en *razones*. Como se puede ver, siempre estamos ante un *sujeto cognoscente* concreto (testigo, perito, juez de juicio, juez de revisión) que porta una creencia avalada por la evidencia y el juicio de cuán avalada o justificada está esa creencia sólo se puede hacer con el sujeto. El carácter perspectivista del juicio no significa que sea subjetivo, es decir, no interesa lo que el sujeto crea como criterio de validez de la evidencia. Estos criterios son objetivos.

CAPÍTULO IV

LOS ASPECTOS FACTICOS DEL FALLO II.

Las condiciones formales de uso del concepto de verdad.

1. Introducción.

Definido el concepto de verdad en clave garantista, resta aún la tarea más compleja de establecer bajo qué condiciones es posible aceptar que una afirmación fáctica es verdadera. En el sentido explicado en el capítulo anterior, esto implica definir cómo se lleva adelante el proceso de justificación de una pretensión de verdad (condiciones formales) y cuándo una pretensión de verdad está justificada (condiciones materiales). Si bien no se pretende agotar el análisis de todas las condiciones de uso del concepto de verdad en el juicio penal, se procurará abordar aquellas que resultan insoslayables desde la perspectiva de los instrumentos de Derechos Humanos.

En este sentido, se efectuará una distinción analítica entre condiciones formales y condiciones materiales del uso del concepto de verdad. De algún modo, este esquema responde a los niveles analíticos relativos a las condiciones procedimentales del discurso (presuposiciones pragmáticas de los discursos) y a las razones argumentativas para la justificación (refutación de todas las hipótesis competidoras).

2. Condiciones formales del uso del concepto de verdad

En este punto me referiré a aquellos aspectos que tienen que ver con el juicio como desarrollo del proceso argumentativo para la justificación de una pretensión de verdad, abarcando el diagrama institucional de las partes en el proceso, las reglas de formación de la prueba y la metodología que permite la adopción de una decisión conclusiva²⁸⁸.

²⁸⁸ BINDER, Alberto, *“El elogio de la audiencia oral y otros ensayos”*, publicado por Coordinación Editorial, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, 2014, pág. 29, refiere

Desde el sistema de garantías se puede esbozar un diseño institucional del juicio a partir de las garantías de imparcialidad y de defensa, analizadas exclusivamente desde su funcionalidad política de límites al poder penal estatal. Al mismo tiempo, ese diseño institucional se impone desde la perspectiva epistemológica que impregna el carácter cognoscitivo de las mencionadas garantías, como condiciones de validez del discurso, por tanto, de la justificación. Al mismo tiempo, las reglas de producción de la prueba, entendidas como reglas que regulan la evidencia sobre las que se apoyan las pretensiones de verdad que se esgrimen en el juicio, depuran las “buenas razones” que podrán justificar la pretensión del acusador. Finalmente, el carácter oral y público del juicio, permite la inmediatez y el contradictorio como metodología para la adopción de la decisión final, garantizando la posibilidad de refutación de la pretensión acusatoria. Estas condiciones de validez del juicio (en términos de discurso) serán condiciones de verdad. Es decir, la verdad no sólo es una cuestión material de suficiencia probatoria, sino también una cuestión procesal, que requiere determinadas exigencias mínimas como garantía epistemológica para la justificación.

3 . Diagrama institucional del proceso. Imparcialidad.

Como ya se señaló, no hay acceso directo e inmediato al conocimiento. Sólo hay conocimiento mediado por el lenguaje. Es decir, son las estructuras formadas lingüísticamente en una sociedad las que nos permiten observar el mundo objetivo desde el horizonte del mundo de la vida. Aún cuando se entienda al juicio en el plano discursivo, no deja de ser un contexto de acción.

a las condiciones de verificación, como las exigencias acerca del modo en el que se corrobora la verdad y menciona: la imparcialidad, el contradictorio y la publicidad y las reglas de comprobación.

El juez, como todo sujeto cognoscente, está condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, esto es, su cultura, su pertenencia a cierta clase social, sus prejuicios, su ideología, sus intereses, sus sentimientos, etc. Toda justificación de una pretensión de verdad por ser relativa, se encuentra dentro de un contexto, de una estructura de referencia²⁸⁹. La cultura, entendida como conocimiento del mundo, constituye el transfondo del juez como narrador final de la historia. El *stock of knowledge* es lo que le permite al juez que los datos sueltos cobren un sentido y sean ordenados en una narración²⁹⁰.

Si bien es impensable un sujeto cognoscente sin conocimiento previo también es necesario reconocer los aspectos de ese conocimiento previo²⁹¹ que pueden enturbiar el proceso. Ese *stock o sentido común* está también contaminado por prejuicios o estereotipos, que en general constituyen creencias infundadas y que, en esa urdimbre de conocimiento formado por la praxis, pueden influir en la justificación de la pretensión de verdad²⁹². Es decir, se mezclan componentes epistémicos y contraepistémicos²⁹³. Desde que no es posible la aprehensión de la realidad objetiva y que sólo podemos conformarnos con que esa realidad nos llegue a través del juez, no nos queda más remedio que

²⁸⁹ GUZMÁN, Nicolás, “*La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*”, Editores del Puerto, pág. 31.

²⁹⁰ TARUFFO, Michele, “Simplemente la verdad”, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, pág.72.

²⁹¹ No hay conocimiento de los hechos con independencia de nuestros esquemas conceptuales, no hay experiencia pura. Conf. GUZMÁN, Nicolás, “*La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*”, Editores del Puerto, pág. 56.

²⁹² WILHELM, Endrik, “*Wahrheit im Strafprozess*”, in: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Texte und Ergebnisse des 40. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main, 4. - 6. März 2016; Hrsg. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd.40, Berlin 2016, 267-292. Wilhelm explica lo que denomina la ilusión de los juicios, señalando que por las partes el resultado de las audiencias es más o menos seguro en la gran mayoría de los casos desde el comienzo. En la mente de los jueces, las imágenes solidificadas ya han sido grabadas en sus cabezas. La tarea de la audiencia es solo comprobar esas suposiciones.

²⁹³ TARUFFO, Michele, “Simplemente la verdad”, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, pág.73.

aceptar esa subjetividad y procurar que el juez y las partes sean conscientes de los riesgos que la misma conlleva²⁹⁴. Negarla o desconocerla es el principal riesgo.

Para eso se establecen en los ordenamientos los procesos de recusación de los jueces, tanto profesionales como populares²⁹⁵. No me detendré en ese aspecto de la *imparcialidad* del juez sino en aquel que se puede derivar de la situación de que los roles de acusar y juzgar no se encuentran claramente delimitados.

En este punto se analizará la imparcialidad del juzgador desde su posición institucional en el diseño del proceso y el valor epistemológico que dicha garantía implica. Se mencionó más arriba, cómo el conjunto de garantías convencionales contribuyen al diseño de una estructura básica del juicio penal. También se dijo que dichas garantías se encuentran recíprocamente implicadas, al punto de que la definición de una determina prácticamente la definición en simultáneo de otra.

Se centrará la atención en la imparcialidad como garantía, en su aspecto institucional del proceso, vinculada al tratamiento de la hipótesis fáctica. En este sentido, la posición institucional del juzgador, concebido como tercero ajeno y no involucrado en la contienda de hipótesis, es un presupuesto necesario para garantizar el contradictorio como materialización del derecho de defensa²⁹⁶.

²⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón*”, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés, ed. Trotta, p. 58.

²⁹⁵ Un claro ejemplo lo constituyen las audiencias de voir-dire.

²⁹⁶ GUZMÁN, Nicolás, “*La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*”, Editores del Puerto, lo formula de modo inversa, entendiendo que es el contradictorio el que contribuye a la realización de la imparcialidad, pág. 192.

La garantía de imparcialidad, desde la perspectiva de la persona imputada, debe estar en condiciones de suministrar la neutralidad imprescindible para despejar cualquier posible sospecha acerca de la existencia de ocultas solidaridades entre el juzgador y el acusador.

Desde la perspectiva de la funcionalidad política del sistema de garantías, está la necesidad de evitar que el juzgador aparezca identificado con el interés del acusador y que se transforme en “enemigo del reo”. Ahora, vemos el aspecto epistemológico de ese diseño pues, cuando el juzgador se involucra en la construcción y comprobación de la hipótesis acusatoria deja de ser neutral, abandona su condición de tercero ajeno a las partes y pierde finalmente su objetividad en la tarea de valoración²⁹⁷. Un juzgador involucrado en el rol persecutor, no es garantía de verdad. La identificación del juez con el proponente de una pretensión de verdad le impide decidir la justificación de la misma²⁹⁸.

La cuestión de preservar al juzgador para que no se involucre en la tarea de comprobación de la hipótesis fáctica no se circunscribe a ciertas directivas en cuanto a su actuación sino que la misma debe partir, esencialmente, de la posición institucional que el juez tenga en el diseño del proceso y del rol que de esa posición se deriva. En este sentido, la ubicación del juez como tercero ajeno a las partes y a los intereses de estas lo coloca en una posición institucional que le asigna un rol absolutamente pasivo frente a la actividad de las partes, fundamentalmente de la parte acusadora que es quien como proponente formula una pretensión de verdad y, por ende, sobre quien recae

²⁹⁷ GUZMÁN, Nicolás, *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Editores del Puerto, pág. 193.

²⁹⁸ HABERMAS, Jürgen, *“Verdad y justificación”*, trad. De Pere Fabra y Luis Díez, ed. Trotta, 2002, Señala que las presuposiciones comunicativas de la praxis argumentativa tienen el sentido de una fuerza estructural que obliga a la formación imparcial del juicio, pág. 50.

exclusivamente la tarea de comprobar la comisión del delito²⁹⁹. A él es a quien el juez le debe exigir la verdad³⁰⁰.

Todos los argumentos que hasta aquí se han brindado en torno a la imparcialidad como garantía del imputado en su funcionalidad limitadora, han estado destinados a despejar toda posible identificación de la jurisdicción con los intereses de la parte acusadora³⁰¹. Sin embargo, el diseño institucional del juez como tercero neutral hace que la garantía de imparcialidad cuente también con sólidos fundamentos epistemológicos que impidan que desarrolle actividad investigativa en cualquier etapa del proceso, ni siquiera a modo de complemento de las partes, destinada a suplir posibles déficits de estas³⁰².

Cuando se realizan actividades investigativas el investigador se enfrenta a una realidad que sin sus conocimientos previos, su experiencia, sus prejuicios, su cultura, se evidenciaría como caótica. Quien debe investigar un hecho del pasado sólo puede proceder a la recolección de datos a partir de hipótesis previas que el investigador va formulando de modo entimemático y abductivo.

No hay una realidad objetiva que se imponga de modo inexorable, no existe el conocimiento como espejo del mundo. Todos esos elementos que operan en la mente del investigador y que le permiten la formulación de hipótesis provisionales o conjeturas son los que condicionan la tarea investigativa y le terminan por dar un cierto sentido a los hechos pues, son los que hacen que el investigador

²⁹⁹ GUZMÁN, Nicolás, *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Editores del Puerto, pág. 193.

³⁰⁰ BINDER, Alberto, *“El elogio de la audiencia oral y otros ensayos”*, publicado por Coordinación Editorial, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, 2014, pág. 23.

³⁰¹ BINDER, Alberto, *“El elogio de la audiencia oral y otros ensayos”*, publicado por Coordinación Editorial, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, 2014, señala que el juez no puede aparecer como gestor de intereses, pág. 19.

³⁰² GUZMÁN, Nicolás, *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Editores del Puerto, pág. 216.

seleccione unos vestigios y no otros y, en consecuencia, formule una hipótesis y no otra.

Quien comienza una tarea investigativa inevitablemente formula una hipótesis que la hace propia y encamina toda su actividad posterior a la comprobación inductiva de la misma, privilegiando unas fuentes sobre otras. Este compromiso del investigador con la hipótesis inicialmente asumida lo coloca en una posición difícil para reconocer las posibles distorsiones en las que haya incurrido³⁰³. Es un factor esencial la constante búsqueda de confirmación de nuestra ya formada opinión, porque esto también nos confirma³⁰⁴.

En ese sentido, la posición institucional del juez como tercero ajeno a la contienda de las partes proponentes y oponentes, desempeñando un rol absolutamente pasivo, lo coloca en un lugar epistemicamente inmejorable, en

³⁰³ GUZMÁN, Nicolás, *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Editores del Puerto, pág. 219.

³⁰⁴ WILHELM, Endrik, *“Wahrheit im Strafprozess”*, in: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Texte und Ergebnisse des 40. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main, 4. - 6. März 2016; Hrsg. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd.40, Berlin 2016., 267-292. Comenta el experimento realizado por el científico de la comunicación Paul Watzlawick. Colocó a los sujetos de prueba frente a una pizarra en la que había un gran número de botones. La tarea era presionar uno de los botones 350 veces. A los sujetos se les dijo que cuando presionaran un botón se produciría un sonido, pero sólo si seleccionaban el botón correctamente. Lo ideal sería que se produjera un sonido cada vez que se pulsara un botón. En realidad, sin embargo, no había un orden correcto. Sólo por razones técnicas, pulsar el botón no era adecuado para producir ningún sonido. En su lugar, un miembro del personal del supervisor de pruebas se sentó en la habitación de al lado, quien, al pulsar un botón, hizo sonar la señal o no. Los sujetos de la prueba presionaron los botones 350 veces cada uno. El empleado sentado en la habitación de al lado les sugirió que a veces presionaran el botón derecho al principio, fallando en el medio para estar siempre correcto en las últimas 50 pulsaciones. Así que al final pensaron que habían encontrado el orden correcto. Luego se enfrentaron al hecho de que habían sido llevados de la nariz. Las reacciones fueron sorprendentes. Ninguno de los sujetos de prueba quería creer que esto era cierto. Estaban convencidos de que habían encontrado el orden correcto. Examinaron el aparato y acusaron al experimentador de mentirles. Estaban tan consumidos por la idea de haber encontrado el orden correcto que no querían ver que no había ningún orden correcto en absoluto. Watzlawick llegó a la siguiente conclusión: "Si, después de una larga búsqueda y una incertidumbre embarazosa, creemos que finalmente podemos explicarnos un determinado hecho, nuestro esfuerzo emocional invertido puede ser tan grande que preferimos declarar como falsos o irreales los hechos innegables que contradicen nuestra explicación, en lugar de adaptar nuestras explicaciones a los hechos. Huelga decir que tal retoque de la realidad puede tener consecuencias cuestionables para nuestra adaptación a la realidad".

tanto se limitará a presenciar la contienda de hipótesis y argumentos entre las partes y podrá decidir si la hipótesis acusatoria es la que, habiendo evidenciado el mayor poder explicativo de los datos existentes, ha superado el estándar probatorio requerido y, por lo tanto, se encuentra justificada. Esa pasividad del juez es precisamente la que lo preserva de las distorsiones y la garantía de que el mismo no se encuentre comprometido de antemano con ninguna de las hipótesis esgrimidas, especialmente, con la pretensión de verdad del acusador.

Los sistemas procesales que provienen de la tradición continental muestran la persistencia de ciertos resabios inquisitivos que se manifiestan en regulaciones que autorizan la producción de prueba de oficio dispuesta por el órgano jurisdiccional. Autores como Taruffo, justifican este tipo de medidas en la *búsqueda de la verdad* como tarea de la jurisdicción, estableciendo a partir de esa premisa el vínculo entre imparcialidad y verdad. *El juez es realmente imparcial en tanto busca en forma objetiva la verdad* y para ello *“no debe limitarse a permanecer en una posición de amenidad y de equidistancia con las partes y de indiferencia con respecto al objeto de la controversia: debe dirigir su actuación hacia la determinación de la verdad”*³⁰⁵.

Como se observa, Taruffo parte de la idea contraria a la aquí sostenida. Postula que la imparcialidad, entendida como búsqueda objetiva de la verdad³⁰⁶, no resulta compatible con la pasividad del juez frente al monopolio de las partes, pues entiende que si estas no dirigen sus actuaciones hacia la

³⁰⁵ TARUFFO, Michele, *“Simplemente la verdad”*, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, pág. 138.

³⁰⁶ MÜLLER, Ingo, *“Der Wert der materiellen Wahrheit”*, *Leviathan* Vol. 5, No. 4 (1977), pp. 522-537, Published by: [Nomos Verlagsgesellschaft mbH https://www.jstor.org/stable/23982857](https://www.jstor.org/stable/23982857) Page Count: 16, señala que esa idea sigue respondiendo a la “maxima inquisitive” que se eleva al principio de “verdad material” y que establece que el juez en el proceso debe levantar las pruebas, llevar a cabo el juicio y finalmente pronunciar el veredicto.

determinación de la verdad de los hechos la pasividad de juez termina por jugar un rol contraepistemico³⁰⁷.

Esta concepción conspira contra la neutralidad del juez en la medida en que se sitúa en una posición en la que la distinción entre los roles de juzgar y acusar se torna nuevamente difusa. El juez no dispone la producción de prueba en abstracto, sino que lo hace en un contexto concreto y determinado, para lo cual debe inevitablemente haber formulado una hipótesis previa que lo guíe a solicitar o considerar necesaria la realización de cierta prueba. En ese momento, el juzgador se habrá convertido en investigador, comprometido con su propia hipótesis, y el acusado ahora ya no deberá que preocuparse sólo del acusador sino también del juzgador. Los alemanes lo expresan a través de un antiguo refrán: *“Wer den Ankläger zum Richter hat, braucht Gott zum Advokaten”*³⁰⁸ (Quien tiene un acusador como juez, necesita a Dios como abogado).

En primer lugar, esta idea implica un retorno a cierta absolutización del concepto de verdad. Asignar a la imparcialidad la función de búsqueda de “la verdad”, al menos en el ámbito del juicio penal, importa olvidar que lo que reclama el predicado de verdadero es la hipótesis acusatoria. El juicio como proceso de conocimiento se encuentra establecido exclusivamente a los fines de determinar si la narración del acusador es verdadera. Con lo cual, el fin no puede ser, otra vez, “a búsqueda de la verdad” en términos generales, sino una pretensión de verdad predeterminada por la hipótesis legal contenida en la acusación.

³⁰⁷ TARUFFO, Michele. *“Simplemente la verdad”*, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, pág. 139.

³⁰⁸ MÜLLER, Ingo, *“Der Wert der materiellen Wahrheit”*, *Leviathan* Vol. 5, No. 4 (1977), pp. 522-537, Published by: [Nomos Verlagsgesellschaft mbH https://www.jstor.org/stable/23982857](https://www.jstor.org/stable/23982857)
Page Count: 16,

En segundo lugar, la imparcialidad no debe ser concebida como la búsqueda de la verdad sino sólo como una condición epistémica que nos autoriza al uso del concepto de verdad. Los jueces, legos o profesionales, no buscan la verdad, *deciden* sobre la pretensión de verdad de la hipótesis acusatoria. La posición del juzgador no se identifica con la del oponente y, mucho menos, con la del proponente, sino con el auditorio o comunidad de intérpretes que debe decidir si la pretensión de verdad está justificada³⁰⁹.

Como telón de fondo de la concepción de Taruffo está la idea de que el esquema *adversarial*³¹⁰ sólo permite la contienda de hipótesis de las partes y que las mismas apelan a la persuasión mediante argumentos irracionales, dejando de ese modo al juzgador sólo la posibilidad de elegir entre dos narraciones malas³¹¹. El autor carga demasiado sobre la supuesta ideología que inspira el *adversary-system* que se basaría en forma exclusiva en la solución de la controversia, sin que para ello interese en nada la verdad³¹². Esto significaría que el sistema adversarial no se justifica en términos epistémicos sino solo en términos antropológicos o sociológicos³¹³ y que no

³⁰⁹ HABERMAS, Jürgen, *Verdad y justificación*, trad. De Pere Fabra y Luis Díez, ed. Trotta, 2002, señala en su concepción anterior de la verdad en versión epistémica que, el concepto de verdad transforma la validez bidimensional den enunciado “p” en validez tridimensional, “para nosotros”, en tanto que auditorio ideal, debe poder justificar si está fundada la pretensión de verdad sostenida para “p”, pág. 48.

³¹⁰ DAMASKA, Mirjan, *El derecho probatorio a la deriva*, trad. Joan Picó i Junoy, ed. Marcial Pons, señala que cuando se habla de sistema adversarial se hace referencia a un sistema en el que el juez se mantiene esencialmente pasivo ante el desarrollo del proceso controlado por las partes, con independencia de que se trate de un jury trial o bench trial, pág. 83.

³¹¹ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, pág. 126 y sgtes.

³¹² HENKEL, citado por MÜLLER, Ingo, *Der Wert der materiellen Wahrheit*, *Leviathan* Vol. 5, No. 4 (1977), pp. 522-537, Published by: [Nomos Verlagsgesellschaft mbH](https://www.nomos-verlagsgesellschaft-mbh.de/) <https://www.jstor.org/stable/23982857> Page Count: 16, sostiene que el peligro de los procesos de partes conllevan el peligro de una comprensión incompleta de los hechos, es decir, de un esclarecimiento inadecuado de los mismos, que obrará en muchos casos a favor del acusado y a expensas de la comunidad jurídica. Agrega que entre los defensores del proceso de partes no está en primer plano la preocupación por la búsqueda de la verdad, sino el esfuerzo por obtener una posición más favorable al acusado.

³¹³ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, pág. 157/158. En contra, HAACK, Susan, *La justicia, la verdad y la prueba: no tan*

puede medirse por su idoneidad para la justificación de las pretensiones de verdad³¹⁴.

En rigor, esta idea responde más a una imagen sesgada del sistema adversarial que a la realidad del mismo o, en todo caso, a una distorsión del mismo³¹⁵. Se parte de una concepción binaria que concibe al sistema adversarial como un procedimiento que se apoya exclusivamente en la retórica y la persuasión y que apela al aspecto más irracional del jurado (sentimientos, prejuicios, emociones), mientras que, supuestamente, el sistema de tradición continental consistiría en un procedimiento de tipo argumentativo, que se apoya en la evidencia probatoria y que apela al aspecto racional del juzgador.

No es posible pensar que los abogados de las partes sólo presenten narraciones en términos de argumentos retóricos, que únicamente procuran persuadir apelando a estados emocionales y no racionales. Obviamente que existen recursos retóricos, pero el abogado que pretenda hacer bien su labor deberá procurar persuadir mediante la prueba, los argumentos racionales y las inferencias que de ella se derivan. Quien se desentienda de la prueba y sólo procure argumentar en términos no racionales, difícilmente obtenga buenos resultados³¹⁶.

simple después de todo”, publicado en “Conversando con Taruffo”, Jordi Ferrer Beltrán y Carmen Vazquez (coeds), ed. Marcial Pons, pág. 327.

³¹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, GA 1978, 161 (178); *ders.* (Fn. 2 – FS Fezer), S. 555 (562), citado por WESSLAU, Edda, “*Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess*”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com, 558-564.

³¹⁵ Es cierto que suele contraponerse a la concepción de la máxima inquisitiva de la verdad objetiva “no negociable”, la concepción anglosajona que acepta los acuerdos entre partes: WESSLAU, Edda, “*Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess*”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com, 558-564. WILHELM, Endrik, “*Wahrheit im Strafprozess*”, in: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Texte und Ergebnisse des 40. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main, 4. - 6. März 2016; Hrsg. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd.40, Berlin 2016., 267-292. THOMMEN, Marc, “*Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess*”, recht 06/2014 vom 10.12.2014 – Abhandlung.

³¹⁶ BOVINO Alberto, “*Juicio y verdad en el procedimiento penal*”, publicado en Estudios sobre justicia penal, señala que, en realidad, toda la actividad procesal tiene aspectos confirmatorios o cognoscitivos y, simultáneamente, aspectos persuasivos, pág. 228.

Muestra de ello es la minuciosidad con la que el derecho de prueba (law of evidence) se encuentra regulado en los sistemas procesales de tradición anglosajona, como asimismo, el celo bastante particular que evidencian para evitar que el jurado se contamine con prejuicios a partir posibles actividades investigativas. Son comunes en este sentido las instrucciones que se le imparten al jurado en cuanto a la prohibición de realizar inspecciones oculares o indagaciones por su cuenta³¹⁷.

En definitiva, la condición de tercero imparcial del juzgador constituye, a la vez que garantía, una exigencia epistemológica en tanto se convierte en garantía de verdad y, por ello, en condición formal del uso del concepto de verdad en el

³¹⁷ PROYECTO DE INSTRUCCIONES AL JURADO, TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO, Comité para la Revisión del Manual de Instrucciones al Jurado. 1.4. PROHIBICIÓN A INSPECCIONAR CUALQUIER LUGAR O LUGARES RELACIONADOS CON LOS HECHOS. *“Durante el juicio, escucharán referencias e información sobre uno o varios lugares relacionados con los hechos. Sin embargo, bajo ninguna circunstancia visitarán este lugar o estos lugares durante el juicio ni durante el proceso de deliberación. Ustedes, por su cuenta propia, no pueden investigar ningún aspecto relacionado con el caso.*

Si determinamos que es importante que vean ese lugar o esos lugares, ordenaré la inspección y visitaremos el lugar o los lugares, ustedes, las partes y este Juez [esta Jueza], bajo la custodia de un alguacil o de una alguacila”.

En el comentario a dicha instrucción se señala que *En la mayoría de las jurisdicciones examinadas de los Estados Unidos, aparece una prohibición general al Jurado de llevar a cabo investigaciones independientes sobre los hechos y el Derecho y de visitar el lugar de los hechos o lugares relacionados con los hechos.*

Esta prohibición es una medida cautelar indispensable para evitar el desarrollo de prejuicios y de impresiones equivocadas en los y las miembros del Jurado. Deberá ser impartida desde el inicio del juicio y reiterada durante el mismo, ya que la curiosidad puede inducirlos a realizar visitas al lugar de los hechos o a lugares relacionados con los hechos.

Los fundamentos para prohibir al Jurado que visite por su cuenta el lugar de los hechos o lugares relacionados con los hechos son los siguientes: el lugar no estará en las mismas condiciones que en el momento de los hechos, suponiendo que el lugar sí está en las mismas condiciones que en el momento de los hechos, una vez los y las miembros del Jurado lo visitan por su cuenta, su perspectiva cambia y deja de ser la de jurados, para convertirse en la de testigos; una visita independiente al lugar de los hechos carecerá de las explicaciones de los y las testigos ante las preguntas de los abogados y las abogadas de la defensa y del Ministerio Fiscal. Cualquiera de estas situaciones resultará en una impresión errónea del estado del lugar al momento de ocurrir los hechos.

proceso penal. La posición institucional del juzgador en el sistema adversarial cumple adecuadamente esta función³¹⁸.

A lo dicho se debe agregar que, las condiciones de validez del discurso en el que se debate sobre las pretensiones de verdad de un proponente y las objeciones de un oponente, cuya justificación requiere no solo la verificación de la hipótesis sino la falsación (falibilismo metodológico) se acomodan mejor al diseño del proceso adversarial que al del juez continental. La falsación de hipótesis, como principio metodológico, requiere la bidireccionalidad del proponente y el oponente propio del proceso de partes. La mera verificación, se satisface con la unidireccionalidad del proceso inquisitivo³¹⁹.

4. Las reglas de formación de la prueba.

El carácter cognoscitivo del proceso penal, determinado por el principio de estricta legalidad, hace que el objeto del juicio se centre en la comprobación de un hecho empírico ocurrido en el pasado como sustrato de la hipótesis acusatoria. Como ya se dijo, el juzgador no es un testigo experimental del hecho sino que ese hecho del pasado debe ser traído al presente a través de la prueba. Es decir, sólo por medio de la prueba el juzgador puede acceder al hecho pasado.

³¹⁸ BINDER, Alberto, *“El elogio de la audiencia oral y otros ensayos”*, publicado por Coordinación Editorial, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, 2014, señala que en el sistema adversarial el compromiso del juez con la verdad debe ser tan fuerte que jamás debe buscarla, pág. 23.

³¹⁹ MÜLLER, Ingo, *“Der Wert der materiellen Wahrheit”*, *Leviathan* Vol. 5, No. 4 (1977), pp. 522-537, Published by: [Nomos Verlagsgesellschaft mbH https://www.jstor.org/stable/23982857](https://www.jstor.org/stable/23982857) Page Count: 16, señala que la práctica de argumentación de los tribunales repite la estructura del proceso de una sola vía que evita las oposiciones y las contradicciones.

El juez debe tomar una decisión acerca de la existencia o no de un hecho pasado del cual no ha sido un observador directo y respecto del cual sólo puede decidir a partir de la información que surge de los vestigios dejados y de las nuevas fuentes de prueba. Es decir, el hecho del pasado llega al presente a través del juez, esto es, de la interpretación que el juez hace de la información reunida.

Esto implica que la única posibilidad de afirmar la verdad de una aserción sobre un hecho es a través de la producción de la prueba en el juicio. Por lo tanto, no hay verdad sin conocimiento y no hay conocimiento racional sin prueba³²⁰. La prueba evita el carácter aleatorio de la sanción y refuerza la función reguladora del derecho³²¹.

El primer principio epistémico que rige la selección de la prueba es el principio de relevancia³²², que indica que si se trata de determinar la verdad es necesario que se puedan utilizar todas las informaciones útiles para alcanzar ese objetivo. Según Bentham, la regulación jurídica de la prueba podía reducirse a la relevancia³²³. Entonces, el primer criterio de exclusión sería el de la prueba no relevante, tal como varios ordenamientos preveen³²⁴. El segundo criterio, asentado en razones de economía procesal, sería el de exclusión de prueba relevante pero redundante³²⁵.

³²⁰ GUZMÁN, Nicolás, “*La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*”, Editores del Puerto, al referirse a la función cognoscitiva de la prueba, pág. 108.

³²¹ FERRER BELTRÁN, Jordi, “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, pág. 30.

³²² FERRER BELTRÁN, Jordi, “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, pág. 42, 70 y 71, Ferrer utiliza la idea de racionalidad teleológica para analizar la relevancia. En esa medida una prueba será irracional para conseguir la finalidad de la averiguación de la verdad sino no es adecuada para maximizar las posibilidades de alcanzar esa posibilidad. Se trata de un juicio *ex ante*, una conjetura, que consiste en partir de la suposición de que la prueba se practique exitosamente y conjeturar si tendrá alguna incidencia en la confirmación de la hipótesis a probar.

³²³ TARUFFO, Michele. “*Simplemente la verdad*”, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, pág. 163/166.

³²⁴ Cfr. Art. 128 inc. d) CPPN ley 27.063, Regla 401 FRofE.

³²⁵ Cfr. Art. 128 inc. d) CPPN ley 27.063, Regla 403 FRofE.

Ahora bien, existen ciertas reglas que regulan de modo restrictivo algunos medios de prueba relevantes que no son redundantes. Tomando el esquema de Ferrer Beltrán de los tres momentos de la actividad probatoria, nos encontramos en el primero en donde las reglas están destinadas a regular la conformación del conjunto de elementos de juicio, que es un subconjunto dentro del conjunto de pruebas relevantes³²⁶. Estas reglas, en la medida en que limitan o restringen el ingreso de información al proceso, suelen ser catalogadas como *contraepistémicas*³²⁷. Esta idea viene dada en función de que reducen el conjunto de las pruebas relevantes, teniendo en cuenta que la relevancia es el principal principio epistémico. Por ello se entiende que esas reglas se justifican en la protección de valores distintos de la averiguación de la verdad³²⁸.

Existe un primer grupo de reglas que restringen el ingreso de información al proceso o al conjunto de prueba a ser valorada pero que han sido establecidas con fines epistémicos, pretendiendo evitar errores en el momento de la valoración³²⁹. Este tipo de regulación es más frecuente en los ordenamientos

³²⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi, *“La valoración racional de la prueba”*, ed. Marcial Pons, *“El desarrollo del proceso judicial, a través de la proposición y práctica de las pruebas debe permitir conformar un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis sobre los hechos del caso”*, pág. 42.

³²⁷ LAUDAN, Larry, *“Verdad, error y proceso penal”* trad. Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, pág. 45 y sgtes. GUZMÁN, Nicolás, *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Editores del Puerto, se muestra dubitativo ante la objeción que le formula Ferrajoli. Mientras por un lado insiste en que son un obstáculo a la verdad, pág. 134, por otro, reconoce que garantizan de modo más riguroso la verdad de la hipótesis acusatoria ya que debió haber sorteado esas vallas, pág. 148.

³²⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi, *“La valoración racional de la prueba”*, ed. Marcial Pons, pág. 43.

³²⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi, *“La valoración racional de la prueba”*, ed. Marcial Pons, pág. 44, No obstante de partir del carácter *contraepistémico*, Ferrer Beltrán reconoce que algunas de estas reglas excluyen elementos de juicio considerados de bajo valor epistemológico, ante el peligro de que una mala valoración tienda a darle más valor del que tienen. DAMASKA, Mirjan *“De la prueba de referencia y sus análogos”*, NDP Nueva Doctrina Penal, 2004/B, pág. 433/467, justifica estas reglas, por un lado, en el carácter “no neutral” de la prueba en el sistema adversarial que torna imprescindible el *contraexamen*, por oposición al sistema continental en el que el carácter “neutral” de la prueba hace que la incapacidad de las partes para contradecirlos eficazmente no es visto de modo tan gravemente como una desventaja, y, por el otro, en la falta de exigencia de motivación del veredicto por el jurado en el *common law*, ejerciendo un control *ex ante* de racionalidad, mientras que en el *civil law* el control es *ex post*.

del *common law* norteamericano y está destinada a preservar al jurado en relación a prueba de dudoso o riesgoso valor epistémico³³⁰. El ejemplo recurrente de este tipo de exclusión es el *testigo de oídas* (hearsay rule)³³¹ que impide evaluar la credibilidad del testigo original a través del *cross-examination*. Este tipo de normas, es criticado muchas veces por considerar que terminan cumpliendo una función contraepistémica, impidiendo que esas pruebas ingresen y sean valoradas libremente³³². En rigor, se trata de un juicio epistémico formulado *ex ante*, que pretende precisamente *prevenir o evitar* el contacto del juzgador con prueba de bajo o dudoso valor.

Suele remarcarse el supuesto tratamiento diferente que reciben las denominadas, en forma más general, *pruebas por referencia* en los sistemas de tradición continental y en los de tradición anglosajona. Esta diferenciación suele hacerse con el objeto de criticar la regla angloamericana de la prueba por referencia que habilita al juez a excluir la misma, impidiendo que el jurado tome contacto con ella, a diferencia de lo que ocurre en la tradición continental en donde esas pruebas son admitidas y corresponde finalmente al juez asignarle el grado de fiabilidad.

Posiblemente, resulte más acertado relativizar esa diferenciación. Ambos sistemas han mostrado una histórica desconfianza hacía las pruebas por

³³⁰ DAMASKA, Mirjan, “*El derecho probatorio a la deriva*”, trad. Joan Picó i Junoy, ed. Marcial Pons, pág. 41 y 51, señala que si bien el derecho probatorio angloamericano es común tanto para el jury trial como para el bench trial, la justificación para el desarrollo de normas que sustraen información a los jueces se explica en la separación institucional del tribunal en dos partes: el juez profesional a cargo de la admisibilidad y el jurado a cargo de la valoración. Este intento de depurar la información que llega al jurado no se explica, según Damaska, en una supuesta carencia cognitiva de los jueces legos por su mayor permeabilidad a realizar inferencias inadecuadas a partir, por ej. De imágenes macabras. Los jueces profesionales también se muestran vulnerables a estas cuestiones. Para Damaska el fundamento tiene más que ver con los aspectos colectivos de las decisiones vinculadas a la epistemología social.

³³¹ Se suma a ella también la prueba de carácter, la prueba de delitos similares o información análoga sobre la vida pasada de la persona.

³³² TARUFFO, Michele, “*Simplemente la verdad*”, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, pág. 170/173.

referencia y la preferencia por la prueba original³³³. Los tres momentos del razonamiento probatorio a los que se suele hacer mención (conformación del conjunto de pruebas, valoración y decisión)³³⁴, en el sistema de juicio por jurados se encuentran compartidos entre el juez togado y los jueces populares. En efecto, el primer momento de la conformación del conjunto se encuentra determinado por reglas jurídicas y corresponde al juez profesional, mientras que la valoración y decisión corresponden al jurado. Por el contrario, en el sistema continental los tres momentos se encuentran unificados en un mismo juzgador.

Existe otro grupo de reglas que no tienen prevista una función epistémica expresa. En este punto es necesario efectuar una primera distinción entre aquellas reglas cuyo fundamento es la protección de derechos humanos de aquellas otras reglas que sólo expresan una opción del legislador a favor de la protección de ciertos valores, tales como la prohibición de declarar entre ciertos parientes o la de ciertos profesionales amparados por el secreto profesional³³⁵.

Entre las normas que restringen el ingreso de información al proceso en virtud de la protección de derechos humanos se puede mencionar la incoercibilidad del imputado, la prohibición de tortura, la inviolabilidad del domicilio y de las esferas de privacidad, el derecho de defensa, etc. Es cierto que en la base de esas prohibiciones probatorias se encuentra la protección de la dignidad de la

³³³ DAMASKA, Mirjan, *“De la prueba de referencia y sus análogos”*, NDP Nueva Doctrina Penal, 2004/B, pág. 433/467, cita como ejemplo la regulación estricta del Código Procesal Penal Italiano.

³³⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi, *“La valoración racional de la prueba”*, ed. Marcial Pons, pág. 41 y sgtes.

³³⁵ TARUFFO, Michele, *“Simplicemente la verdad”*, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, pág. 176.

persona, sin embargo, no considero que dichas normas resulten completamente contraepistémicas³³⁶.

Es preciso insistir en que el objeto del proceso no es la búsqueda de “la verdad”. La verdad así concebida no es más que una abstracción que sólo ha servido a los fines de desatar el ejercicio de un poder punitivo sin reglas ni límites. La única verdad que interesa al juicio es la de la hipótesis acusatoria en tanto es el presupuesto para la imposición de una pena. En la medida en que no hay pena sin verdad de la hipótesis acusatoria, la verdad es redefinida en clave de garantía.

Esto significa que la principal preocupación de un sistema procesal cognoscitivo, asentado sobre una epistemología garantista, consiste en reducir al máximo posible la probabilidad de condenar a un inocente. Toda la ingeniería procesal y del sistema de garantías está direccionada a reducir a la mínima expresión los denominados *falsos positivos*³³⁷. En ese sentido, el concepto de verdad al que se hace referencia es una *verdad jurídica o reglada*, lo que significa que sólo se va a poder hablar de la verdad de un enunciado fáctico cuando se hayan obtenido las pruebas relevantes suficientes que apoyen la hipótesis acusadora, de conformidad con las reglas establecidas para su formación.

³³⁶ A modo de ejemplo, se puede mencionar el carácter epistemológico de las reglas que regulan la realización del reconocimiento fotográfico y en rueda de personas. En este sentido, se pronuncia la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 329:5628, “Miguel”.

³³⁷ BINDER, M. Alberto, *“Derecho Procesal Penal Tomo I, Hermenéutica del proceso penal”*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, plantea la “antinomía fundamental” del proceso penal, esto es, la contraposición esencial y básica entre la búsqueda de eficacia y los límites del poder punitivo.. Lo formula como una “contraposición” de dos fuerzas que no se resuelven en una síntesis sino que continúan presionando sobre un punto de contraposición, que genera un “estado de tensión” que no encuentra solución en una síntesis cualitativamente distinta. Remarca que los objetivos del programa político criminal del Estado y los objetivos del sistema de garantías van en sentido opuestos, chocan entre sí, pág 100 y sgtes.

Con esto me distancio de la idea que pretende distinguir entre *verdad* y *validez*³³⁸, dejando la primera para el caso de correspondencia con los hechos y la segunda para la correspondencia con las normas. En el proceso penal no es posible hablar de *verdad* si no se respetan las normas para la formación de los elementos de juicio. Esas normas son condición de uso del concepto de *verdad*³³⁹.

En consecuencia, el análisis acerca del carácter epistémico o contraepistémico de una determinada regulación de los medios de prueba debe ser realizado teniendo en consideración que el objeto del juicio es la *determinación de la verdad de la hipótesis acusatoria* y no de *la verdad* en abstracto. Esta advertencia no es banal, pues la crítica a estas regulaciones, fundada en el supuesto carácter contraepistémico de las mismas, centra su preocupación en los culpables absueltos, es decir, en los denominados *falsos negativos*³⁴⁰.

En el caso de la tortura, la prohibición absoluta surge de la imposibilidad para los Estados de invocar circunstancias excepcionales como justificación para su utilización en los estados de excepción. Se trata de una norma de derecho internacional consuetudinario, la cual se encuentra receptada normativamente en los arts. 2.2 de la Convención contra la tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; art. 5 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³³⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi, “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, pág. 84. LAUDAN, Larry, “*Verdad, error y proceso penal*”, trad. De Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, pág. 38 y sgtes.

³³⁹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón*”, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, ed Trotta, pág. 59 y sgtes.

³⁴⁰ LAUDAN, Larry, “*Verdad, error y proceso penal*”, trad. De Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, pág. 291 y sgtes.

Como consecuencia de la prohibición absoluta de tortura, la redacción de los posteriores Instrumentos específicos incorporó de modo imperativo que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada o admitida como prueba en ningún procedimiento (art. 15 Convención contra la tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 10 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura). En virtud del carácter de *ius cogens* de la prohibición en el derecho internacional, la regla de exclusión, en tanto integrante de aquella, también debe aplicarse a los Estados que no sean parte de las Convenciones específicas³⁴¹.

La *exclusión* implica el deber de los órganos jurisdiccionales de no admitir en el proceso o –en caso de haber sido admitido– eliminar del conjunto de elementos de juicio, aquellas pruebas obtenidas en violación a derechos y garantías constitucionales o convencionales. Se entiende que es una sanción adecuada para hacer cesar las consecuencias de la violación a los derechos y garantías³⁴².

El Comité contra la Tortura ha señalado que la *regla de exclusión* del art. 15 de la Convención *obedece al carácter absoluto de la prohibición de tortura*³⁴³. Mientras que, la Corte Interamericana ha sostenido que la *regla* es intrínseca a la prohibición de tales actos³⁴⁴. La *regla de exclusión* constituye una medida para *prevenir*³⁴⁵ la tortura y, en esa medida, es una *garantía* contra la tortura³⁴⁶.

³⁴¹ En el mismo sentido el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/25/60., párr. 22.

³⁴² Corte IDH, caso “Bayarri vs. Argentina”, sent. 30 de octubre de 2008, párr. 108.

³⁴³ GK c. Suiza, 7 de mayo de 2003 (CAT/C/30/D/219/2002); en el mismo sentido la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Humanos, párr. 12.

³⁴⁴ Corte IDH, caso “Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. México”, sent. 26 de noviembre de 2010, párr. 165.

³⁴⁵ Conf. art. 2.1 Convención contra la tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, arts. 1 y 6 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

³⁴⁶ Conf. Res. N° 13/19 del 15 de abril de 2010 de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/HRC/Res/13/19.

La consecuencia de ello, es que el carácter absoluto se traslade a la *garantía*, como única forma de que la prohibición sea efectivamente absoluta³⁴⁷. En este sentido se ha expresado el Comité de Derechos Humanos al sostener que “*Las garantías procesales nunca pueden ser objeto de medidas derogatorias que soslayan la protección de derechos que no son susceptibles de suspensión*”³⁴⁸.

La *regla de exclusión* no se encuentra limitada a los casos de confesiones obtenidas por medio de torturas sino que se extiende a cualquier forma de coacción³⁴⁹. La regla del art. 8.3 de la Convención Americana, que establece que la declaración del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza, constituye también una medida de garantía respecto de la prohibición del art. 5.2 de la Convención. La prohibición absoluta de toda forma de coacción importa cerrar definitivamente la puerta de entrada a la tortura. La Corte Interamericana, a partir de la regla del art. 8.3 CADH extiende la exclusión a las confesiones obtenidas por cualquier forma de coacción³⁵⁰.

Los fundamentos que históricamente se han dado para justificar la aplicación de la regla de exclusión han sido de carácter *ético-legal* (no es ético que el Estado se aproveche del accionar ilícito de sus agentes. El Estado no puede

³⁴⁷ Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, 26 de noviembre de 2010, párr. 165.

³⁴⁸ Observación General Nº 32, párr. 6.

³⁴⁹ El CAT ha sostenido que “*la obligación de impedir los malos tratos coincide en la práctica con la obligación de impedir la tortura...*”, considerando, por consiguiente “*que la prohibición de malos tratos tiene también carácter absoluto en la Convención*” Observación General nº 2, párr. 3; Directrices de Robben Island para la Prohibición y la Prevención de la Tortura en África, párr. 29.

³⁵⁰ Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sent. 26 de noviembre de 2010, párr. 166. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/25/60, en sus conclusiones expresa que “*Incumbe a los Estados trascender el ámbito literal del artículo 15 de la Convención y establecer procedimientos en la legislación nacional para excluir todas las pruebas obtenidas violando las salvaguardias existentes frente a la tortura y otros malos tratos*”, párr.68, con cita del Principio 27 del CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN

aprovecharse del Producto de un delito³⁵¹); de carácter *preventivo* (la exclusión es un modo de desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción³⁵²)

No obstante, se suele señalar que la aplicación de la regla de exclusión constituye un obstáculo a la verdad, es decir, que tiene carácter contraepistémico. Sin embargo, en algunos casos, como en el de la prohibición de tortura, la regla puede cumplir también una función epistemológica. En efecto, el contenido de lo que una persona declare bajo tortura no es en absoluto garantía de verdad.

Como la preocupación epistémica del juicio está centrada en los *falsos positivos* y es precisamente esa preocupación la que explica la rigurosidad de ciertas reglas de prueba, es posible afirmar que las prohibiciones probatorias fundadas en la protección de ciertos derechos humanos tienen, además de los fundamentos históricos, también una función epistémica.

En efecto, difícilmente pueda predicarse la verdad respecto del contenido de una confesión obtenida por medio de tortura o coerción, ya que es muy probable que la persona declare lo que el torturador desea oír, con tal de poner fin al suplicio. La declaración prestada bajo tortura no tiene garantía de verdad³⁵³. Se trata de un juicio epistémico formulado *ex ante*, que permite

³⁵¹ Conf. CSJN, Fallos: 310:1752, caso “Fiorentino, Diego” consid. 7º en donde señala que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria de un hecho ilícito.

³⁵² Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sent. 26 de noviembre de 2010, párr. 166. En el mismo sentido el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/25/60, párr. 21.

³⁵³ Corte IDH, Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sent. 26 de noviembre de 2010, párr. 167; En el mismo sentido el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/25/60, párr. 21. Funcionan al estilo de las reglas existentes en los ordenamientos del *common law* que excluyen *ex ante* pruebas que aportan información poco fiable, FERRER BELTRÁN, Jordi, “La valoración racional de la prueba”, ed. Marcial Pons, pág. 44. Como señala FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, ed Trotta, las garantías procesales, además de garantías

evitar preventivamente el ingreso de información no fiable a la etapa de valoración. A ello es posible sumar la idea de que el carácter epistémico o no de una regla debe ser analizada desde un punto de vista dinámico y no estático, con lo cual, la habilitación en el caso concreto e individual de la prueba obtenida bajo tortura constituiría un mensaje para que en el futuro se procure resolver otros casos por medio de la tortura, estableciendo la regla del ingreso de información poco fiable al proceso³⁵⁴.

No resulta menor la cuestión de la exigencia probatoria en relación a la coacción para que opere la regla de exclusión. Del alcance que finalmente se le otorgue a dicha exigencia dependerá tanto la efectiva protección de los derechos humanos en juego como la efectiva función epistémica preventiva.

De la regla de que nadie está obligado a autoinculparse es posible extraer una regla de la experiencia que indica que en general la persona acusada no se autoinculpa. Por lo tanto, cuando luego de una confesión la persona denuncie que la misma fue obtenida mediante coacción, pesará sobre al Estado la carga de demostrar que se trata de una declaración libre y voluntariamente prestada si es que pretende valerse de ella como elemento de prueba³⁵⁵.

En consecuencia, la aplicación de la regla de exclusión no depende de que el inculpado logre demostrar que su confesión fue efectuada bajo coacción, sino que, por el contrario, es el Estado quien deberá correr con la tarea de demostrar con certeza que no fue así. La *mera sospecha de tortura*, es suficiente para excluir dicha confesión³⁵⁶³⁵⁷.

de libertad son *garantías de verdad*, p. 46; y que no es sólo la verdad la que condiciona la validez sino que también es la validez la que condiciona la verdad en el proceso, p. 60.

³⁵⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi, *“La valoración racional de la prueba”*, ed. Marcial Pons, pág. 73

³⁵⁵ Corte IDH, caso “Herrera Espinoza v. Ecuador”, sent. 1 de septiembre de 2016, párr. 194 y sgtes.

³⁵⁶ Relator Especial Sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas, Segundo Informe presentado el 17 de diciembre de 2002 ante la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico Social (E/CN.4/2003/68) La

Este estándar probatorio de la regla de exclusión, a la vez que garantiza la eficacia de la regla, posibilita la adecuada función epistémica de la misma, en tanto impide el ingreso de información al proceso que se encuentra sospechada de no ser fiable.

Más difícil resulta fundar el carácter epistémico de la extensión de la regla a los actos que se derivan de la prueba obtenida en violación derechos humanos. El Relator Especial sobre la Tortura de Naciones Unidas³⁵⁸ ha sostenido que *“El principio de exclusión no sólo se aplica a confesiones y otras declaraciones obtenidas bajo tortura, sino también a otras pruebas que se obtengan posteriormente por medios legales, pero que se originen en actos de tortura”*, estableciendo entre sus conclusiones y recomendaciones que *“deben excluirse las pruebas documentales o de otro tipo que se hayan obtenido como resultado de actos de tortura u otros malos tratos, con independencia de que esas*

Relatoría Especial sobre la Tortura de Naciones Unidas dijo que *“Cuando el acusado formule durante el juicio acusaciones de tortura u otros malos tratos, la carga de la prueba debería recaer en el ministerio público, a fin de demostrar, más allá de cualquier duda razonable, que la confesión no se obtuvo con medios ilícitos, incluida la tortura y malos tratos análogos.* El CAT en el caso Niyonzima v. Burundi³⁵⁶ sostuvo que habiendo informado la víctima que había sido sometida a torturas para que firmara una confesión, el Estado tenía la obligación de investigar y demostrar que eso no era cierto; de allí que tanto la falta de investigación como la utilización de esa confesión como prueba, constituían sendas violaciones al art.15 de la Convención contra la Tortura. De igual manera, en el caso Chiti v. Zambia³⁵⁶, el Comité dijo que cuando se alega que las evidencias han sido obtenidas mediante torturas, *“la carga de la prueba pasa al Estado quien debe probar que las declaraciones efectuadas por el acusado fueron realizadas por propia voluntad”*. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha resuelto de igual manera en diversos casos que le fueron sometidos. Así, por ejemplo, en Gunan v. Kyrgyzstan³⁵⁶ sostuvo que cuando un acusado alega haber sido sometido a tratos inhumanos, el Estado deberá investigar de manera pronta e imparcial; y que la falta de dicha investigación constituye una violación al derecho consagrado en el art.14.3.g PIDCP en punto a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

³⁵⁷ CIDH, Informe no. 66/12. Caso 12.324. Rubén Luis Godoy. Fondo (publicación). Argentina, 29 de marzo de 2012, *“al no haber realizado una investigación seria, exhaustiva e imparcial de los alegados hechos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, no pudo haberse subsanado los posibles vicios de las confesiones rendidas por las víctimas, y por tanto, el Estado no podía hacer uso de dichas declaraciones como medio probatorio”*.

³⁵⁸ Relator Especial sobre la Tortura de Naciones Unidas, Informe presentado el 14 de abril de 2014 (A/HRC/25/60), párr. 29, 30 y 68.

pruebas se hayan corroborado o de que sean las únicas pruebas decisivas del caso”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *“el carácter absoluto de la regla de exclusión se ve reflejado en la prohibición de otorgarle valor probatorio no sólo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción. (...) excluir la prueba que haya sido encontrada o derivada de la información obtenida mediante coacción, garantiza de manera adecuada la regla de exclusión”*³⁵⁹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que correspondía revocar una condena, toda vez que la autopsia era inválida, por haber sido practicada gracias a información obtenida en violación a derechos fundamentales del imputado³⁶⁰.

Restringir la extensión de la regla de exclusión sólo a las pruebas obtenidas en violación a derechos humanos, conlleva a la neutralización de la regla como medida de prevención de las violaciones. Es decir, su argumentación está más en función de la efectividad de la regla de exclusión como protección de derechos humanos que en función del carácter epistémico de la misma.

³⁵⁹ Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sent. 26 de noviembre de 2010, sent. 26 de noviembre de 2010, párr. 167. En similar sentido el TEDH, en el caso “Harutyunyan c. Armenia”, Aplicación No. 36549/03, 28 de junio de 2007. señaló que *“sin perjuicio de la existencia de otras pruebas igualmente obtenidas, la utilización de esas pruebas [las pruebas obtenidas mediante el uso de torturas y las evidencias incriminatorias así obtenidas] tiñe al juicio en su totalidad como juicio injusto y debe ser invalidado”*.

³⁶⁰ CSJN, “P. 528. XLVI. Paulino, Oscar Ceferino s/ recurso extraordinario federal”, sentencia del 17 de septiembre de 2013 (con remisión al Dictamen del Procurador General de la Nación, de fecha 8 de mayo de 2012).

5. La metodología para la toma de decisión. El contradictorio.

El carácter cognoscitivo del sistema penal requiere para la imposición de una pena la justificación de la pretensión de verdad del acusador. Este carácter es presupuesto y fundamento a la vez del poder de refutación. Es decir, sólo puede ser refutable aquello que es empíricamente verificable y sólo puede estar justificada aquella pretensión que ha refutado todas las con hipótesis.

En términos científicos, para que una hipótesis pueda ser confirmada debe haber sido sometida a falsación, es decir, a prueba y contrapruebas. En el ámbito del juicio penal, para considerar demostrada la hipótesis acusatoria no alcanza su compatibilidad con diferentes elementos probatorios, sino que además no debe haber sido contradicha por otros datos disponibles u otras hipótesis alternativas³⁶¹. Como sostiene Ferrajoli, todas las implicaciones de la hipótesis acusatoria deben ser explicitadas y ensayadas, de modo que sean posibles no solo las pruebas sino las contrapruebas³⁶². Esto implica ciertamente al abandono de una lógica exclusivamente verificacionista a favor de una lógica falsacionista, propia del falibilismo metodológico, en donde la hipótesis no está sometida sólo a verificación sino también a refutación³⁶³. La necesidad de falsación de la pretensión de verdad como presupuesto para su justificación implica que el proceso discursivo del juicio garantice esa posibilidad, es decir, un reparto equitativo de la palabra, de los derechos de comunicación³⁶⁴.

³⁶¹ GUZMÁN, Nicolás, *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Editores del Puerto, pág.180.

³⁶² FERRAJOLI, Luigi, *“Derecho y Razón”*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, ed Trotta, pág. 151.

³⁶³ GUZMÁN, Nicolás, *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Editores del Puerto, pág. 179.

³⁶⁴ HABERMAS, Jürgen, *“Verdad y justificación”*, trad. De Pere Fabra y Luis Díez, ed. Trotta, 2002, pág. 48.

El contradictorio, entendido como el poder de refutación, es la materialización del derecho de defensa. El Tribunal Europeo ha señalado que en virtud del art. 6.1 del Convenio, las pruebas deben, en principio, ser practicadas ante el acusado en audiencia pública, para un debate contradictorio³⁶⁵. Ha sostenido también que el acusado debe ver que se le conceda una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio de cargo y para interrogar al autor, en el momento de la declaración o más tarde³⁶⁶. El derecho de defensa se restringe de manera incompatible con las garantías del art. 6, cuando una condena se basa únicamente o medida determinante en las declaraciones de un testigo que, ni en la fase de instrucción ni durante los debates, el acusado tuvo la posibilidad de interrogar³⁶⁷.

En el ámbito regional, el art. 8.2.f de la Convención establece como garantía mínima el derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

La Corte Interamericana ha entendido vulnerado este artículo en los casos en que legislación imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación³⁶⁸, remarcando que dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. Las restricciones a los abogados defensores de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, vulnera el derecho de defensa³⁶⁹.

³⁶⁵ TEDH, “Krasniki c. República Checa”, 28 de febrero de 2006.

³⁶⁶ TEDH “Lüdi c. Suiza”, 15 de junio de 1992, “Van Mechelen c. Países Bajos”, 23 de abril de 1997, “Vaquero Hernandez y otros c. España”, 2 de noviembre de 2010.

³⁶⁷ TEDH “Unterpertinger c. Austria”, 24 de noviembre de 1986; “Lucá c. Italia” n° 33354/96 del 27 de febrero de 2001.

³⁶⁸ Corte IDH caso “Castillo Petruzzi vs. Perú”, sent. 30 de mayo de 1999, párr. 153.

³⁶⁹ Corte IDH caso “Castillo Petruzzi vs. Perú”, sent. 30 de mayo de 1999, párr. 155.

La Corte extiende la inteligencia de dicha cláusula a aquellos casos en los que el Estado no ha informado al acusado y su abogado de que cuentan con la posibilidad de producir cierta prueba en forma gratuita, señalando que dicha omisión pudo haber resultado en la exclusión de prueba relevante para la preparación de una adecuada defensa³⁷⁰. En este sentido, el reconocimiento del contradictorio a la defensa importa también la noción de igualar las armas de los contendientes. Así la Corte señala que el artículo 8.2.f reconoce el derecho de los acusados a interrogar a los testigos presentados contra ellos y aquéllos que declaran a su favor, *bajo las mismas condiciones que el Estado*, con el fin de defenderse³⁷¹.

En este sentido, el derecho de defensa constituye la posibilidad de puesta a prueba de la hipótesis acusatoria que tiene pretensiones de ser confirmada. De este modo, la defensa evidencia su función epistemológica, en tanto garantiza la refutabilidad como condición necesaria para la justificación de la pretensión de verdad³⁷². Mayor será el nivel de corroboración de una hipótesis cuanto mayor sean los controles a los que haya sido sometida a través del principio de contradicción, cuya función es verificar *"in itinere"* la calidad de la prueba³⁷³. Es decir, no es posible afirmar la verdad sobre la base de pruebas respecto de las

³⁷⁰ Corte IDH caso "Dacosta Cadogán vs. Barbados", sent. 24 de septiembre de 2009, párr. 88.

³⁷¹ Corte IDH caso "Dacosta Cadogán vs. Barbados", sent. 24 de septiembre de 2009, párr. 84.

³⁷² TARUFFO, Michele, *"Sobre la complejidad de la decisión judicial"*, publicado en Precedente 2012, Vol. 1/julio-diciembre, traducción de Carlos Mondragón, Cali, Colombia, ubica al contradictorio dentro de lo que él denomina la dimensión dialéctica en la decisión judicial, señalando que *el contradictorio no solo representa una garantía fundamental e las partes, sino que constituye el método esencial que se sigue dentro del proceso para llegar a una formulación correcta de la decisión*, pág. 186.

³⁷³ FERRER BELTRAN, Jordi, *"La valoración racional de la prueba"*, ed. Marcial Pons, A partir del principio de contradicción se pretende que operen cuatro tipos de controles: 1) control sobre la correcta aplicación de las reglas epistemológicas y jurídicas sobre la admisión; 2) práctica de la prueba en forma contradictoria; 3) posibilidad de proponer pruebas contrarias a la de la acusación para desvirtuar estas o formular una hipótesis alternativa; 4) proponer pruebas de segundo orden que impugnen la fiabilidad de las pruebas ofrecidas por la acusación, pág. 87 y 88.

cuales *no se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas*³⁷⁴.

El denominado *cross examination* o examen cruzado del testimonio es un buen ejemplo del contradictorio como garantía de verdad, en la medida en que extrema las posibilidades de análisis sobre la credibilidad de una fuente³⁷⁵. Esta afirmación suele ser relativizada en su pretensión universal y ubica a esta modalidad del control de la prueba como característica exclusiva del sistema adversarial.

Para ello se argumenta que en el proceso angloamericano cada parte busca su propio material probatorio, lo examina, lo prepara y lo usa en la manera que mejor resulte a sus intereses. En este ámbito los testigos son asociados con facilidad a uno de los litigantes, especialmente si son “preparados”. De este modo, los medios de prueba no son vistos como fuentes “neutrales” de información “separados” de los intereses de las partes. Se dice que por ello, en este ambiente procesal, la preocupación por la distorsión o, incluso la fabricación del testimonio es sumamente exacerbada y que como consecuencia de ello se reconoce la importancia de que cada parte cuente con una vigorosa oportunidad para cuestionar la prueba presentada por la otra. En este esquema, en dónde las pruebas pertenecen a las partes, la prueba que no pueda someterse a ese control vigoroso por medio del *cross-examination* es considerada defectuosa o deficitaria en términos epistemológicos³⁷⁶.

³⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón*”, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, ed Trotta, pág. 613.

³⁷⁵ Resulta ilustrativo al respecto los ejemplos que utiliza CAROFAGLIO, Gianrico en “*El arte de la duda*”, trad. Luisa Juanatuey, ed. Marcial Pons.

³⁷⁶ DAMASKA, Mirjan “*De la prueba de referencia y sus análogos*”, NDP Nueva Doctrina Penal, 2004/B, pág. 433/467.

Por oposición a ello, se suele señalar que en el proceso continental la recolección de la evidencia es responsabilidad del juez, se desaprueba los contactos entre los abogados y los testigos y si estos se llegan a revelar tiende a disminuir la credibilidad del testimonio resultante. Se dice que la “preparación” de los testigos está peligrosamente cerca de la “falsificación” de la prueba. Se afirma que en el ámbito continental, la prueba se identifica menos fácilmente con los litigantes y como las fuentes de información parecen más neutrales, la credibilidad de los testigos no se examina tan agresivamente. La necesidad de sujetar a la prueba a un vigoroso cuestionamiento no es tan apremiante³⁷⁷.

En síntesis, el razonamiento sería el siguiente: en el sistema adversarial las pruebas son de las partes, por lo tanto pueden “preparar” a los testigos y, en consecuencia es necesario un fuerte control sobre la fiabilidad del testigo a través del *cross-examination*. En el proceso continental, las pruebas son del juez, por lo tanto son neutrales y las partes no pueden preparar a los testigos, en consecuencia no se necesita un control fuerte a través del *cross-examination*.

En primer lugar, es posible distinguir entre *preparar al testigo* y *preparar el testimonio*. Por preparar al testigo es posible entender todas aquellas sugerencias que el abogado puede hacerle en cuanto a la forma de presentarse, exponer y expresarse. Se vincula con todas aquellas cuestiones que las personas en general asocian a una declaración verdadera o a una falsa, que van desde la presencia del testigo hasta el lenguaje corporal, las narraciones continuas o entrecortadas, etc³⁷⁸. No quiere decir que esas circunstancias sean determinantes en relación a la justificación sino que

³⁷⁷ DAMASKA, Mirjan “De la prueba de referencia y sus análogos”, NDP Nueva Doctrina Penal, 2004/B, pág. 433/467.

³⁷⁸ CAROFIGLIO, Gianrico, “El arte de la duda”, trad. Luisa Juanatuey, ed. Marcial Pons, pág. 162 y sgtes.

pueden predisponer a la contraparte en determinado sentido y hacer que esta redirecciones el interrogatorio de un modo desfavorable.

En segundo lugar, si por “preparar” un testimonio se entiende que el abogado le indique lo que tiene que decir, esto es, lo prepare sobre el contenido de la declaración, eso es claramente reprobable y en la gran mayoría de los países constituiría un ilícito. Pretender identificar la “preparación del testigo” con el sistema adversarial es tanto un absurdo como una hipocresía.

Constituye un absurdo, en la medida en que es perfectamente concebible un sistema adversarial en donde no esté permitido preparar a los testigos. En efecto, en Inglaterra la preparación se encuentra desaprobada³⁷⁹. Es decir, es perfectamente compatible un sistema en el que las partes aporten las pruebas y, por ello, deban tomar necesariamente contacto con ellas, sin que eso implique “preparar” los testimonios.³⁸⁰

Constituye una hipocresía, al sostener el carácter neutral de la prueba en el sistema continental y derivar de ello, la innecesariedad de un control vigoroso sobre su fiabilidad. El hecho de que la prueba sea responsabilidad del juez no le concede el pretendido carácter neutral por la misma razón de que el juez en el sistema continental “no es neutral” sino que desempeña funciones persecutorias, propias del acusador. Es decir, la prueba del juez es también prueba de parte, aún cuando esa situación pretenda ser encubierta bajo el manto de una imposible asepsia o neutralidad. En este sentido, el juez continental, como acusador encubierto que es, toma contacto con los testigos.

³⁷⁹ DAMASKA, Mirjan “De la prueba de referencia y sus análogos”, NDP Nueva Doctrina Penal, 2004/B, pág. 433/467

³⁸⁰ BOVINO, Alberto “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, publicado en Estudios sobre Justicia Penal, pág. 229.

Como se puede observar, el riesgo de que un testimonio sea preparado existe tanto en el sistema adversarial como en el proceso continental. La diferencia, es que éste último, con la excusa de la neutralidad de la prueba, relaja los controles de credibilidad de la fuente, los considera innecesarios. En efecto, en la tradición continental el control sobre la credibilidad de los testigos se reduce a una práctica formal que consiste en una serie de preguntas genéricas y comunes al comienzo del interrogatorio, denominadas “generales de la ley” y que sólo evidencian un desinterés en el control de fiabilidad de las fuentes.

El modelo de examen de la prueba personal del sistema adversarial es muchas veces objeto de críticas en función de la particular fisonomía que ha adquirido en el sistema norteamericano, en donde se suele identificar con un combate entre abogados cuyo objetivo sería ganar el pleito y no alcanzar la verdad. Se insiste en la estrecha vinculación entre la forma de producir la prueba y la idiosincrasia competitiva americana³⁸¹, que prioriza a las partes y retrae la intervención del juez, para concluir en el carácter contraepistémico del *cross-examination*. Parte de esta crítica se extiende a la forma en que son tratados los testigos y peritos en los exámenes cruzados, en los que se destaca que el objetivo del letrado es la destrucción del testigo, conduciendo a situaciones de abusos en las que muchas veces declarantes que dicen la verdad son ridiculizados en el juicio.

El error de negar el carácter epistémico al interrogatorio cruzado reside en analizarlo exclusivamente en virtud de la fisonomía que el mismo puede haber adquirido en un determinado lugar. Esta es sólo una de las posibles caracterizaciones que dicha modalidad puede adoptar y aún así, no considero que sea necesariamente contraepistémico.

³⁸¹ DAMASKA, Mirjan, “*El derecho probatorio a la deriva*”, trad. De Joan Picó i Junoy, ed. Marcial Pons, pág. 138 y sgtes.

Se suele mencionar que los objetivos del contraexamen pueden ser de limitación de daños, poner en cuestión la fiabilidad del testigo o –directamente– demostrar que el relato no es cierto³⁸². Este tipo de examen de las fuentes de información parece tener, por cierto, más fundamento epistemológico que la aceptación acrítica de las mismas.

Las particularidades que el examen cruzado puede adoptar en virtud de la feroz intensidad³⁸³, las formas agresivas³⁸⁴ o los abusos que terminan en la ridiculización del testigo³⁸⁵, tienen que ver no con la modalidad misma sino con las características que dicha modalidad puede haber adquirido en el marco de una particular cultura.

En este apartado, el contradictorio en el marco del juicio oral y público y, en consecuencia, el derecho de defensa, son analizados en su función epistemológica, es decir, como condición formal del uso del concepto de verdad. De este modo, al ser un método que posibilita contestar adecuadamente la acusación, controlar y cuestionar las pruebas, proponer contrapruebas y formular contrahipótesis, garantiza la intervención del acusado en la formación y valoración de la prueba, evitando la unidireccionalidad del juzgador³⁸⁶ en la confirmación de la hipótesis y la mediación de la información de las fuentes, constituye, además, una garantía contra el error y la falsedad. Claramente, esta condición de verdad se acomoda fácilmente a la centralidad

³⁸² CAROFIGLIO, Gianrico *“El arte de la duda”*, trad. Luisa Juanatuey, ed. Marcial Pons, pág. 41 y 42.

³⁸³ DAMASKA, Mirjan, *“El derecho probatorio a la deriva”*, trad. Joan Picó i Junoy, ed. Marcial Pons, pág. 88.

³⁸⁴ HAACK, Susan, “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, pág. 68.

³⁸⁵ CAROFIGLIO, Gianrico *“El arte de la duda”*, trad. Luisa Juanatuey, ed. Marcial Pons, Advierte sobre los riesgos que implica la decisión de practicar un interrogatorio destructivo y el error de convertir a éste en una trifulca pág. 43 y sgtes., 129.

³⁸⁶ GUZMÁN, Nicolás, *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, Editores del Puerto, pág. 153.

del juicio³⁸⁷ y al sistema adversarial, al menos, como señala Binder, en sus líneas maestras, en su dinámica elemental³⁸⁸.

³⁸⁷ BINDER, M. Alberto, *“Derecho Procesal Penal, Tomo I, Hermenéutica del proceso penal”*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pág. 175 y sgtes.

³⁸⁸ BINDER, M. Alberto, *“Derecho Procesal Penal, Tomo I, Hermenéutica del proceso penal”*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pág. 105.

CAPÍTULO V

LOS ASPECTOS FACTICOS DEL FALLO III.

Las condiciones materiales de uso del concepto de verdad.

1. Introducción.

Bajo esta denominación se hará referencia a las circunstancias que permiten decidir si determinada cantidad de prueba, producida bajo las reglas que indican las condiciones formales, nos autorizan a afirmar la verdad de la hipótesis acusatoria. Es decir, cuál es la prueba suficiente para tener por justificada la pretensión de verdad de una asección o conjunto de asecciones.

Para transitar este análisis es necesario diferenciar dos momentos regidos por reglas que responden a criterios o disciplinas distintas. Un primer momento que tiene que ver con el conjunto de elementos reunidos y los enunciados que se apoyan en aquellos. Aquí, rigen las reglas de la epistemología. Luego, un segundo momento, en donde se debe evaluar si la hipótesis acusatoria ha alcanzado el grado de apoyo exigido. Aquí, rigen las reglas jurídicas definidas mediante una decisión política. Para ello, es necesario partir del estudio de ciertos principios tradicionales que hoy tienen recepción positiva en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Concretamente, la presunción de inocencia y la regla del *in dubio pro reo*, a partir de las cuales se construye lo que se denomina el *estándar de prueba* necesario para fundar una condena, esto es, el estándar de prueba que nos permite sostener que la pretensión de verdad de la hipótesis acusatoria se encuentra justificada.

2. La valoración de la prueba

Una vez delimitado el conjunto de pruebas disponibles, conformado por todas aquellas que fueron aportadas y que resultan relevantes, menos las excluidas

por aplicación de las reglas jurídicas, corresponde adentrarse en el momento del análisis de ese material³⁸⁹.

Abandonado el sistema de las pruebas legales, donde el legislador asignaba *ex ante* el valor que correspondía otorgarle a los elementos de juicio, rige, en términos generales, el sistema denominado de *libre valoración de la prueba*. El concepto de libre valoración no significa que el juzgador no deba sujetarse a regla alguna al momento de verificar la hipótesis sino, simplemente, que no existen reglas jurídicas que determinen de antemano cuál es el resultado del proceso de valoración³⁹⁰.

Ahora bien, esa libertad en la valoración, que hace que sea el juzgador y no el legislador quien asigna a los elementos de juicio la capacidad de corroboración de ciertas hipótesis, es decir, quien determina cuál es el apoyo empírico que un cierto conjunto de elementos le otorgan, se encuentra, sin embargo, sujeta a reglas de la lógica y de la racionalidad³⁹¹, entendida esta en relación al fin de obtener el conocimiento que permita afirmar la verdad o falsedad de la

³⁸⁹ PARDO, Michael S., “*Estándares de prueba y teoría de la prueba*”, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, Carmen Vázquez ed., trad. Gonzalo Seijas, Pardo ubica dentro del macronivel del proceso probatorio a la explicación de la relevancia y al valor probatorio de la prueba, referido a la fuerza que tiene una prueba relevante para confirmar un enunciado fáctico. Para Pardo, el valor probatorio ofrece un criterio fundamental de admisibilidad de prueba relevante debido a los peligros potenciales de producir un sesgo injusto o engañoso, pág. 101/102. DAMASKA, M. “*El derecho probatorio a la deriva*” trad. Joan Picó i Junoy, ed. Marcial Pons, 2015, señala que la relevancia de la prueba y su valor son dos conceptos distintos, que se trata de un instrumento conceptual fundamental en el proceso angloamericano pero carente de importancia en otros sistemas y que se explica en el contraste entre el tribunal dividido del *common law* y los tribunales unitarios de otros sistemas, pág. 67.

³⁹⁰ NIEVA FENOLL, Jordi, “*Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad*”, publicado en *Civil Procedure Review*, v. 3, n.1:3-24, jan-apr., 2012, señala “*Los jueces, hurtados de las normas de prueba legal, dejaron de motivar sus conclusiones sobre la prueba, pretextando que su “intima convicción” era por supuesto racional, pero no motivable al estar basada en su propio leal saber y entender que, en esencia y siempre según esa antigua orientación, sería difícilmente explicable con precisión*”.

³⁹¹ FERRER BELTRAN, Jordi, “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 45.

hipótesis³⁹². Como señala Taruffo, no existe antítesis entre libre valoración y sujeción a reglas racionales³⁹³.

Es común observar en la doctrina la contraposición entre dos perspectivas posibles que el juzgador puede adoptar en el momento valorativo. Una sería la perspectiva de *valoración conjunta u holística* que indicaría que el juzgador debe aproximarse al conjunto de los elementos de prueba en forma integral o global, mientras que la otra perspectiva, denominada *análítica o atomista*, sería la que aconseja la valoración individual y concreta de cada elemento de prueba³⁹⁴.

Cada elemento de prueba producido en el juicio debe ser analizado en forma individual. Esta respuesta suele ser brindada a partir de lo que se denomina “*derecho de prueba*”, que se derivaría del art. 8.2 de la Convención Americana y su simil art. 6.3 del Convenio Europeo, que reconocen el derecho de la persona acusada a proponer prueba tanto para demostrar su hipótesis como para evidenciar la falsedad de la hipótesis acusatoria. Esta idea implica la posibilidad de proponer prueba ya sea respecto de la información como de la credibilidad o fiabilidad de la prueba de la acusación. Sobre este esquema se estructura la forma del interrogatorio directo y del interrogatorio cruzado, a partir del cual las partes procuran someter a control la credibilidad de las fuentes de información.

Se entiende que este *derecho de prueba* y sus derivaciones, para que sea realmente efectivo, debe exigir al juzgador tomar en consideración cada uno de los elementos de juicio aportados por la defensa, lo cual reclama, inevitablemente, un análisis individual que no puede ser suplido por un análisis

³⁹² FERRER BELTRAN, Jordi, “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 57 y 67.

³⁹³ TARUFFO, Michel, “*Simplemente la verdad*”, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 185.

³⁹⁴ FERRER BELTRAN, Jordi, “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 56.

desde el inicio integral o conjunto. Una vez que cada elemento de juicio ha sido valorado individualmente corresponde el abordaje en conjunto o integral³⁹⁵.

Por otra parte, la valoración individual de todos los elementos de juicio es necesaria pero no suficiente, si luego no se efectúa una valoración conjunta que los integre, armonice y les otorgue sentido. No se trata de una simple suma de elementos individuales. Taruffo señala que cada parte individual de un discurso adquiere su sentido en función de su ubicación en el todo a que pertenece, con la consecuencia de que el todo es algo más y diferente que la simple suma de las partes que la componen.³⁹⁶

Esto no significa que exista una secuencia de análisis cronológica, primero individual y luego conjunta. El proceso de valoración es un ida y vuelta, de lo particular a lo general y viceversa, permanente. El valor de la información que suministra un determinado elemento de prueba y la fiabilidad del mismo no se analiza siempre en forma aislada, para luego tratar de encajarlo como una pieza en un rompecabezas. Aún cuando cierta prueba, individualmente, arroje un escaso valor, ello puede variar al ser presentada con el resto de los elementos y de acuerdo a la forma en que encaje explicativamente con estos³⁹⁷.

³⁹⁵ FERRER BELTRAN, Jordi *“La valoración racional de la prueba”*, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 56. TARUFFO, Michel *“Simplemente la verdad”*, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 79 y sgtes. IGARTÚA *“La motivación de la sentencias, imperativo constitucional”*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

³⁹⁶ TARUFFO, Michel *“Simplemente la verdad”*, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, sostiene que en realidad entre ambas perspectivas, holística y analítica, se da una relación dialéctica, pág. 253.

³⁹⁷ ROBERTS, Paul *“¿Fue el bebé sacudido? Prueba, pericia y epistemología jurídica en el proceso penal inglés”*, trad. De Maximiliano Aramburu, publicado en *Estándares de prueba y prueba científica*, ed. Marcial Pons, Roberts trata el caso de los pliegues retinianos, cuyo mecanismo de producción se desconoce, como prueba médico adicional capaz de respaldar la tríada como prueba de NAHI, pág. 168.

Esta es la idea que Susan Haack presenta al utilizar el ejemplo comparativo del crucigrama, pues cuando una palabra entra en un casillero no sólo le otorga valor a ella sino que confirma en forma simultánea el valor de las restantes palabras con las que se entrecruza³⁹⁸.

Haack habla de *holismo articulado* que no es una aproximación atomista pero tampoco totalmente holística. Para esta autora, el grado de apoyo otorgado por las pruebas depende de la aportación que éstas hagan a la *integración explicativa*, de cuán bien encajen las pruebas y la conclusión juntas en un relato explicativo. Si un elemento de prueba concreto apoya la conclusión, dependerá si este contribuye a la integración explicativa como un todo y en qué grado lo hace³⁹⁹.

Es cierto también que la cotraposición entre el modo de aproximación atomista y el modo holista ha sido utilizada para intentar explicar la diferencia entre el proceder de los jueces legos y el proceder de los jueces profesionales⁴⁰⁰. Se ha pretendido atribuir a los jurados el empleo de una aproximación holista al conjunto de prueba, entendiendo por ello que suelen recurrir a una narración general o global que supla ciertas deficiencias probatorias particulares a partir de la utilización del *stock of knowledge*⁴⁰¹. De todos modos, este proceder *holístico*, entendido en esos términos, no resulta privativo de los jurados sino

³⁹⁸ HAACK, Susan, “*El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*”, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, ed. Marcial Pons, pág. 79.

³⁹⁹ HAACK, Susan, “*El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*”, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, ed. Marcial Pons, Pág. 79.

⁴⁰⁰ DAMASKA, M. “*El derecho probatorio a la deriva*”, trad. Joan Picó i Junoy, ed. Marcial Pons, 2015, señala que según la teoría holística no se puede desentrañar el valor de los distintos elementos de la información de los juicios globales, no se puede llegar a una decisión final asignando diferentes valores a los elementos de información y luego agregarlos, pág. 49.

⁴⁰¹ TARUFFO, Michel, “*Simplemente la verdad*”, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, la crítica se centra en la utilización del sentido común como único recurso cognoscitivo de que dispone el jurado, lo que conduciría al empleo de estereotipos, prejuicios o falsas generalizaciones, con lo que colmaría las lagunas que se derivan de los incompletos datos cognoscitivos, pág. 215.

que constituye también un mecanismo recurrente en los jueces del *civil law* que se valen del *sentido común* como criterio inferencial para suplir las lagunas probatorias⁴⁰².

Igualmente, la idea de este tipo de holismo debe ser relativizada pues el proceso de valoración no comienza cuando los jueces o jurados se retiran a deliberar sino que se va gestando durante el mismo juicio, *in itinere*, durante la producción de la prueba, los interrogatorios, los conainterrogatorios, las contrapruebas, etc⁴⁰³. En este sentido, el sistema adversarial presta especial atención a cada elemento individual de prueba y lo somete a un examen exhaustivo de fiabilidad⁴⁰⁴. Esto es, en términos de Haack, a la seguridad de las razones que apoyan la creencia de la fuente personal y, luego a las razones del juzgador con respecto a la afirmación, independientemente de dicha afirmación.

Este proceso de valoración individual y conjunta de los elementos de juicio debe estar guiado por las reglas de la racionalidad, a fin de determinar el grado de corroboración de la hipótesis acusatoria y las hipótesis alternativas en conflicto⁴⁰⁵.

Se suele afirmar que la imposibilidad de adoptar un concepto de verdad absoluta e inmutable nos relega a un concepto de verdad relativo a los conocimientos disponibles, es decir a la *probabilidad* de que un enunciado

⁴⁰² FERRER BELTRAN, Jordi, “*El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias*”, publicado en REVUS Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law 33(2017).

⁴⁰³ TARUFFO, Michel, “*Simplemente la verdad*”, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, señala que la perspectiva analítica se asume durante todo el curso del proceso, pág. 253.

⁴⁰⁴ DAMASKA, Mirjan “*El derecho probatorio a la deriva*”, trad. Joan Picó i Junoy, ed. Marcial Pons, 2015, señala que ese examen minucioso se funda en la desconfianza de los elementos de prueba que son aportados por las partes, pág. 87 y sgtes.

⁴⁰⁵ FERRER BELTRAN, Jordi, “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 91.

fáctico se corresponda con la realidad y que luego dependerá de cuál es el grado de probabilidad de correspondencia necesario para poder sostener que tal enunciado es verdadero. Se advierte que se trata de una noción epistemológica que se limita a graduar la probabilidad de que un determinado enunciado sea verdadero⁴⁰⁶. Es decir, cuán razonable es una afirmación a la luz de las pruebas⁴⁰⁷. Taruffo habla de una *probabilidad lógica* que designa el grado de confirmación que las pruebas pueden atribuir a los enunciados relativos a los hechos del caso⁴⁰⁸.

Algunos autores prefieren directamente sustituir el concepto de *probabilidad* para evitar confusiones con aquellas posturas que propugnan la atribución de valores numéricos a los grados y, en ese sentido, prefieren hablar de *grado de confirmación*⁴⁰⁹ o *grados de aval*⁴¹⁰.

Cuando se hace mención a la probabilidad de que un enunciado se corresponda con la realidad no se está haciendo referencia a una probabilidad estadística que mida la frecuencia con la que un acontecimiento se presenta dadas ciertas condiciones pues, aún cuando esa estadística sea elevada, no dice absolutamente nada respecto del caso concreto⁴¹¹. Por el contrario, se trata de lo que Haack denomina probabilidad epistemológica⁴¹². No es factible

⁴⁰⁶ FERRER BELTRAN, Jordi, “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 94.

⁴⁰⁷ HAACK, Susan “*El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*”, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, ed. Marcial Pons, pág. 76.

⁴⁰⁸ TARUFFO, Michel, *Simplemente la verdad*, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 236.

⁴⁰⁹ TARUFFO, M. “*Simplemente la verdad*”, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 248.

⁴¹⁰ HAACK, Susan “*El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*”, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, ed. Marcial Pons, pág. 78.

⁴¹¹ FERRER BELTRAN, Jordi, “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 102.

⁴¹² HAACK, Susan, “*El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*”, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, ed. Marcial Pons, pág. 78.

asignar números precisos a los grados de prueba y tampoco sería necesariamente deseable hacerlo, incluso si esto fuera posible⁴¹³.

Esto tampoco significa que no sirvan las pruebas que miden frecuencias estadísticas, pero se debe tener en claro que son una pieza probatoria más entre muchas otras⁴¹⁴. A esta cuestión se hace referencia cuando se habla del *paradigma de la verosimilitud* por oposición al *paradigma de la individualización*⁴¹⁵.

Algo similar ocurre con la pretensión de utilizar el teorema de Bayes, en cuanto a la asignación de las probabilidades iniciales. Es decir, se trata de un esquema formal que garantiza el paso de las creencias iniciales a la creencia final, pero que no dice nada en cuanto a la creencia inicial y al valor asignado⁴¹⁶.

En definitiva, el uso del concepto de probabilidad en el razonamiento jurídico de la valoración de los elementos de juicio no importa un concepto matemático, cuantificable. Sin embargo, el hecho de que la probabilidad de las hipótesis no pueda ser traducida en una cuantificación numérica, no significa que no sea

⁴¹³ HAACK, Susan *“El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”*, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en *“Estándares de prueba y prueba científica”*, ed. Marcial Pons, pág. 77. TARUFFO, Michel, *“Simplemente la verdad”*, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 248. PARDO, Michael S. *“Estándares de prueba y teoría de la prueba”*, publicado en *“Estándares de prueba y prueba científica”*, Carmen Vázquez ed., trad. Gonzalo Seijas, señala el problema de las clases de referencia en cuanto a que un evento pertenece a un número infinito de conjuntos, cada uno con diferentes probabilidades, pág. 110.

⁴¹⁴ HAACK, Susan, *“El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”*, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en *“Estándares de prueba y prueba científica”*, ed. Marcial Pons, pág. 89.

⁴¹⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *“Prueba científica, un mapa de retos”*, publicado en *“Estándares de prueba y prueba científica”*, ed. Marcial Pons, 2013, pág. 188.

⁴¹⁶ FERRER BELTRAN, Jordi, “La valoración racional de la prueba”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 113. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *“Prueba científica, un mapa de retos”*, publicado en *“Estándares de prueba y prueba científica”*, ed. Marcial Pons, 2013, agrega las dificultades que se presentan en relación a la probabilidad previa y el principio de inocencia, como asimismo la complejidad en el uso de inferencias complejas. Reserva el uso de la probabilidad estadística o matemática para la prueba científica, pág. 199.

posible realizar una comparación entre el grado de corroboración o confirmación de cada una de ellas. El grado de aval o confirmación de una hipótesis depende de la calidad de las pruebas que haya a su respecto, de la aportación que aquellas hagan a la *integración explicativa*, de cuán bien encajen las pruebas y la conclusión juntas en un relato explicativo⁴¹⁷. En definitiva, y para despejar cualquier confusión, la probabilidad de la que se habla es epistemológica⁴¹⁸, hace alusión a la fiabilidad de la inferencia que va desde una proposición a otra⁴¹⁹.

En este punto interesa desentrañar la estructura general del razonamiento probatorio en el momento de la denominada valoración de la prueba. No se hace referencia a un esquema que de cuenta de cómo razonan efectivamente los jueces en términos psicológicos, sino de una metodología de valoración adecuada para averiguar la verdad de la hipótesis acusatoria a partir de los elementos de prueba.

Se trata de un procedimiento racional que se desarrolla conforme a las reglas que guían los procesos inferenciales. No es la psicología la que determina si las inferencias son fiables o no, pues su validez se determina con independencia del recorrido psicológico que haya experimentado el juez⁴²⁰. Es, precisamente, esta metodología, fundada en la aplicación de las reglas de la razón para lograr una decisión intersubjetivamente válida y justificable, la que

⁴¹⁷ HAACK, Susan *“El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”*, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en *“Estándares de prueba y prueba científica”*, ed. Marcial Pons, pág. 79.

⁴¹⁸ HAACK, Susan, *“El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”*, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en *“Estándares de prueba y prueba científica”*, ed. Marcial Pons, pág. 86.

⁴¹⁹ FERRER BELTRAN, Jordi, *“La valoración racional de la prueba”*, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 122.

⁴²⁰ TARUFFO, Michel, *“Simplemente la verdad”*, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 222.

con posterioridad permitirá realizar un control sobre las decisiones en materia de prueba y determinación de los hechos⁴²¹.

2.1. El proceso de análisis.

El proceso de análisis del material probatorio se encuentra reglado en cuanto a su objetivo o finalidad. La regla jurídica que la acusación pretende aplicable es la que debe guiar el proceso analítico a partir de las condiciones de verificabilidad que contiene. El hecho que la parte acusadora sostiene que se subsume en esa regla como premisa menor es el *probandum final*⁴²², debe contener todas las condiciones a verificar más allá de toda duda razonable.

En el caso del homicidio simple del artículo 79 del Código Penal, las condiciones de verificabilidad serían: a) que una persona haya muerto; b) que la muerte haya sido causada por otra persona; c) que la persona haya causado intencionalmente la muerte de la víctima. Frente a un caso concreto motivo de acusación, el *probandum final* podría ser el siguiente: *A fue muerta en su vivienda a las 4 am, mientras dormía, por B mediante un disparo de arma de fuego realizado intencionalmente.*

El *probandum final* está conformado por un conjunto de proposiciones simples que deben ser probadas individualmente. Estas proposiciones simples que integran el *probandum final* son las *probandas penúltimas*⁴²³, que en el caso

⁴²¹ TARUFFO, Michel, “*Simplemente la verdad*”, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 185. FERRER BELTRAN, Jordi, “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 97.

⁴²² ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., “*Análisis de la prueba*”, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, pág. 94.

⁴²³ ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., “*Análisis de la prueba*”, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, pág. 95.

mencionado serían: a) A fue muerta; b) la muerte fue a causa de un disparo de arma de fuego, c) B disparó un arma de fuego contra A, c) B causó intencionalmente la muerte de A.

Cada probanda penúltima se apoyará en proposiciones que se infieran de los datos probatorios. Puede ocurrir que un dato probatorio permita una inferencia que brinde apoyo directo a una probanda penúltima: el testigo 1 declara que vio a través de la ventana a B disparar contra A, de lo cual, en condiciones normales, se inferiría que B disparó contra A. Todas las generalizaciones utilizadas para pasar del dato probatorio a la inferencia de la probanda penúltima, constituyen las *probandas intermedias*⁴²⁴.

Puede ocurrir que no hayan datos probatorios que apoyen directamente la probanda penúltima, pero sí diferentes datos que de modo indirecto permitan inferir aquella: el testigo 2 declara que vio ingresar a B a la vivienda de A a las 3:45 am, de lo que se infiere la proposición de que B ingresó a la vivienda de A a las 3:45; se sabe por la pericia médica que A falleció a las 4 am; el testigo 3 declara que vio a B alejándose de la vivienda de A a las 4:30 am de lo que se infiere que B se alejaba de la vivienda de A a las 4:30 am. Estas diferentes proposiciones brindan apoyo a la proposición de que B estaba en la vivienda de A en el momento de la muerte, el cual, junto a otros elementos como puede ser el secuestro en la vivienda de B de un arma del mismo calibre que el que causó la muerte de A y una pericia balística que determine la coincidencia del proyectil con el arma, brindan apoyo, en ausencia de otro dato en contrario, a la probanda penúltima de que B disparó contra A⁴²⁵.

⁴²⁴ ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., “*Análisis de la prueba*”, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, pág. 95

⁴²⁵ ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., “*Análisis de la prueba*”, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, pág. 98.

Para poder pasar del dato probatorio a la proposición inferida es necesario analizar la credibilidad de la prueba. En el caso de la prueba personal, lo primero que se debe analizar es el grado de justificación que tiene el testigo A para creer que x. Analizar cuál es la experiencia perceptiva que tuvo A, cómo es el paso de la experiencia como estado a la experiencia como contenido, es decir, a la formulación en proposiciones de esa experiencia. Puede ser que A haya visto x; puede ser que A haya escuchado a B decir que vio X, puede ser que A haya visto c y d de lo cual infirió que x. Lo importante es no confundir la creencia de A respecto de x con la evidencia que A tiene para creer que x y tratar de verificar que el puente entre la evidencia como estado y la evidencia como contenido no se encuentre distorsionado (por ejemplo por juicios de valor, ambigüedad o vaguedad del lenguaje, condicionamiento cultural del lenguaje, etc.). En el caso, el testigo 2 puede haber visto a una persona con las características a, b y c, de las cuales infirió que se trataba de B que no es lo mismo que haya visto a B.

Anderson, Schum y Twining analizan los atributos de la credibilidad de la prueba personal y la clasifican en: veracidad, objetividad y sensibilidad observacional.

Respecto de la veracidad, señalan que el testigo no es veraz cuando declara en contra de sus creencias, es decir, en contra de su experiencia perceptiva, existente o inexistente.

En cuanto a la objetividad, los autores advierten respecto de los sesgos de expectativas, que conducen a creer lo que uno espera creer. Este riesgo se produce, por ejemplo, en aquellos casos en los que la policía, previo al reconocimiento en rueda de persona, enseña al testigo una foto de la persona imputada o la imagen de la persona acusada es publicada en los medios de

comunicación⁴²⁶. Es probable que el testigo identifique al imputado a partir de la imagen fotográfica señalada por los investigadores y no por lo que él haya experimentado perceptivamente⁴²⁷.

En cuanto a la sensibilidad observacional, se relaciona con el análisis de las condiciones en las que el testigo tuvo la experiencia perceptiva, desde el estado de sus sentidos (si tiene dificultades o defectos de visión u audición), su estado físico y psíquico (alteraciones que puedan afectar sus sentidos), las condiciones externas en la que se realiza la experiencia perceptiva (iluminación, distancia, duración de la observación, etc.)⁴²⁸. Aquí, lo que interesa en un primer momento es cuáles son las razones que apoyan la experiencia perceptiva del sujeto pues, lo primero a analizar es su estatus epistémico. Si el testigo desconoce que tiene dificultades de visión, su creencia puede estar justificada. Lo que ocurre es que si se presenta prueba auxiliar (pericia oftalmológica) que determina que el testigo tiene un déficit de visión que no le permite distinguir un rostro a 20 metros, la creencia justificada del testigo ya no será una evidencia para una creencia justificada del juzgador pues él contará con evidencia que reste apoyo a aquella.

⁴²⁶ Ver en este sentido Corte IDH, caso "Ruano Torres v. El Salvador", sent. 5 de octubre de 2015.

⁴²⁷ Ver CSJN, Fallos: 329:5628, "Miguel".

⁴²⁸ ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., *"Análisis de la prueba"*, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, 102-113.

2.2. Las inferencias.

Las inferencias son los razonamientos que permiten conectar la información disponible con las hipótesis a confirmar mediante la aplicación de reglas o criterios que validan la conexión⁴²⁹.

La probabilidad inductiva se aplica para valorar cada elemento de juicio en forma individual, midiendo la credibilidad del testigo, perito, documento, etc. Si el testigo 1 declara “haber visto a José ingresando a la vivienda robada”, para poder inferir como hipótesis A que “José ingresó a la vivienda robada” dependerá de la credibilidad del testigo 1. Si los testigos 2 y 3 declaran también haber visto a José ingresando a la vivienda robada, entonces brindan apoyo inductivo a la hipótesis A. Lo mismo ocurre con una pericia sobre la visión del testigo 1 y la visibilidad del lugar en el horario del hecho⁴³⁰.

Todo comienza con el dato probatorio que forma parte de la experiencia perceptiva del juzgador, la declaración del testigo, el documento, etc., todo aquello que el juez percibe por sus sentidos. Esto es lo que Wigmore llamaba *preferencia autóptica*⁴³¹ y que se encontraba en la base de las cadenas de su método de esquema⁴³² a partir de la cual comienzan las inferencias. En términos generales, las preferencias autópticas y las proposiciones que de ellas se infieren son relevantes para las probandas intermedias y las probandas penúltimas, no necesariamente para el probandum final.

⁴²⁹ TARUFFO, Michel, “*Simplemente la verdad*”, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 237.

⁴³⁰ FERRER BELTRAN, Jordi, “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 124/125.

⁴³¹ ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., “*Análisis de la prueba*”, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, 130 y sgtes.

⁴³² ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., “*Análisis de la prueba*”, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, 165 y sgtes.

Una vez valorada la prueba individual, si la hipótesis que afirma su veracidad se considera probada, entonces se podrán hacer inferencias a partir de ella tomándola como cierta. Significa que el razonamiento inferencial se encuentra encadenado y que en cada paso se asumen como ciertas las hipótesis aceptadas como probadas en los pasos anteriores⁴³³.

El razonamiento por medio de hipótesis cuenta siempre con *supuestos adicionales o auxiliares* que son los conocimientos previos del mundo con los que se cuenta, y las *condiciones iniciales* que son los hechos condicionantes particulares que deben darse para que ocurra la hipótesis⁴³⁴.

Los supuestos adicionales están formados por generalizaciones empíricas y constituyen la garantía de la inferencia que va de un hecho a otro. Estas generalizaciones son conocidas como *máximas de la experiencia, el sentido común o el background of knowledge* y van desde conocimientos técnicos, leyes científicas o meras generalizaciones.

Cuando la generalización se trata de nociones que se corresponden con leyes científicas de carácter universal, el razonamiento inferencial es el denominado *nomológico-deductivo*⁴³⁵.

⁴³³ TILLERS, Peter, “Representando la inferencia de hechos en el ámbito jurídico”, publicado en DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho, 30 (2007), Resulta ilustrativo la preocupación que parte de la doctrina norteamericana muestra en relación a los gráficos de las cadenas inferenciales como auxilio en el razonamiento inductivo, pág. 384-414.

⁴³⁴ FERRER BELTRAN, Jordi, “La valoración racional de la prueba”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 131.

⁴³⁵ En este punto se pone en cuestión también el carácter de la ciencia –buena ciencia/mala ciencia o ciencia basura-. Resulta ilustrativo el conocido caso “Daubert” de la Corte de Estados Unidos, que sustituyó el test Frye estableciendo una serie de criterios objetivos que culminaron en la modificación de la Regla 702 de las FRofE. TARUFFO, Michel, “*Simplemente la verdad*”, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010 pág. 241, TARUFFO, Michel “*La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales*”, publicado en *Estándares de prueba y prueba científica*, Carmen Vázquez ed, traducción de Maximiliano Aramburu, ed Marcial Pons, 2013, advierte sobre la necesidad de contar con estándares de validez científica para los distintos tipos de prueba, tomando en cuenta las recomendaciones del informe NAS, pág. 204/210. ROBERTS, Paul, “¿Fue el bebé sacudido?, prueba, pericia y epistemología jurídica en el proceso penal inglés”, publicado en *Estándares de prueba y prueba*

Si no se trata de generalizaciones universales⁴³⁶ pero presentan una elevada frecuencia estadística de casos, el razonamiento es *cuasi nomológico-deductivo*⁴³⁷.

Ahora, si las generalizaciones recurren a nociones de sentido común, suele tratarse de *meras generalizaciones* que pretenden atribuir *normalidad* a ciertos acontecimientos o conductas. En estos casos, las inferencias pueden tener un grado variable de fiabilidad, en general, bastante modesto, ya que son fácilmente falsificables por ejemplos contrarios. Es cierto que en la práctica es raro que la generalización de la que dependa la justificación de una inferencia sea una proposición universalmente verdadera. Se trata de “cuantificadores difusos” tales como “la gente en general hace tal cosa”. Las inferencias que se realizan con este tipo de generalizaciones operan intuitivamente, la persona no identifica conscientemente la generalización de la que depende su inferencia⁴³⁸.

Finalmente, cuando se utilizan generalizaciones espurias, es decir, pseudo-reglas que carecen de fundamento empírico, se trata en general de nociones que sólo expresan prejuicios. Carecen de contenido cognitivo que sustente una inferencia válida⁴³⁹.

científica, Carmen Vázquez ed, traducción de Maximiliano Aramburu, ed Marcial Pons, 2013, advierte que se terminan presentando como pruebas periciales la charlatanería de los fraudes científicos, pág. 171.

⁴³⁶ ROBERTS, Paul *¿Fue el bebé sacudido? Prueba, pericia y epistemología jurídica en el proceso penal inglés*, trad. De Maximiliano Aramburu, publicado en *Estándares de prueba y prueba científica*, ed. Marcial Pons, menciona los casos de la jurisprudencia inglesa en los que se aceptada la tríada para diagnosticar el NAHI con carácter de ley universal y que luego, a partir de posteriores estudios, se puso en cuestión. Eso no implicó el abandono de la tríada pero sí de su carácter universal, pág. 159.

⁴³⁷ TARUFFO, Michel, “*Simplemente la verdad*”, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 238.

⁴³⁸ ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., “*Análisis de la prueba*”, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, 139 y sgtes.

⁴³⁹ TARUFFO, Michel, “*Simplemente la verdad*”, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010 pág. 238.

El grado de corroboración de las generalizaciones que constituyen los supuestos adicionales y que son utilizados como premisa general en las cadenas inferenciales que integran el razonamiento, pueden ser objeto de cuestionamiento y discusión durante el proceso. En efecto, cuando la generalización es invalidada, sea por no tener la base empírica que la sustente, por constituir una falacia de generalización apresurada⁴⁴⁰, un mero prejuicio⁴⁴¹, etc, puede ser objeto de prueba para establecer su grado de corroboración⁴⁴². Se debe tener en cuenta que las pruebas pueden tener un elevado valor probatorio en términos lógicos de la información que portan y sin embargo ser constitutivamente débiles en cuanto a su fiabilidad y capacidad para otorgar respaldo epistémico⁴⁴³.

En definitiva, lo que se denomina habitualmente como *valoración de la prueba* es el momento en el que el juzgador busca determinar el grado de apoyo que la hipótesis acusatoria tiene, tanto en la evidencia-C (contenido de la experiencia perceptiva del juez, también mencionado como enunciado de inmediación) y las otras razones-C (otras creencias justificadas que pueden o no apoyarse en

⁴⁴⁰ Ocurre cuando la base cognoscitiva es sumamente escasa para formular una regla general: haber visto dos patos de color negro no permite formular la regla de que los patos son negros. ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., *Análisis de la prueba*, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, ubican estos casos dentro del eje de la confiabilidad y hacen referencia a creencias comúnmente afirmadas pero no probadas o improbables, pág. 141. Puede variar según el eje de la fuente, si la generalización se basa en la experiencia personal, como en el ejemplo de los patos, o está basada en el conocimiento adquirido de generalizaciones sintético-intuitivas, cuya fuente no puede identificar, pág. 141.

⁴⁴¹ En estos casos, la regla o criterio inferencial asigna una determinada calidad o condición en función de cuestiones tales como sexo, condición social, raza, religión, etc. Vgr. tal testigo es creíble o no porque vive en tal o cual lugar de la ciudad o porque profesa cierta religión etc. ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., *Análisis de la prueba*, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, también lo ubican dentro del eje de la confiabilidad, a partir de los prejuicios o sesgos, pág. 141.

⁴⁴² FERRER BELTRAN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 133.

⁴⁴³ ROBERTS, Paul, *¿Fue el bebé sacudido? Prueba, pericia y epistemología jurídica en el proceso penal inglés*, trad. De Maximiliano Aramburu, publicado en *Estándares de prueba y prueba científica*, ed. Marcial Pons, pág. 165.

estados de evidencia del juez, mencionados también como criterios de inferencia). En este momento el juez se guía por las reglas de la epistemología.

3. La presunción de inocencia. El estándar probatorio.

3.1. La decisión política.

Dentro de lo que al inicio del capítulo denominamos condiciones materiales del uso del término verdad, hemos diferenciado, a su vez, dos momentos que recaen exclusivamente sobre el juzgador: la valoración y la decisión.

La valoración del conjunto de los elementos de juicio suele ser conceptualizado como el momento epistemológico, donde la tarea del juzgador no está guiada por reglas jurídicas sino por reglas de la racionalidad. En ese momento, se realizan las inferencias inductivas que, encadenadas unas a otras, van a determinar el nivel de corroboración o confirmación de la hipótesis acusatoria, es decir, el apoyo empírico con que los enunciados formulados por la acusación cuenten. Este momento es el que se analizó en los apartados anteriores.

Concluida esa instancia de valoración, al juzgador le restará el momento de la decisión. Esto implica poder determinar si el grado o nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria obtenido en el proceso de valoración alcanza, es suficiente, para tener por justificada la pretensión de verdad. Es decir, corresponde al juzgador verificar si el grado de apoyo empírico se corresponde con el grado exigido para poder concluir que la hipótesis acusatoria es verdadera y, entonces, habilitar la imposición de una sanción penal.

El grado exigido de corroboración de la hipótesis es lo que parte de la doctrina denomina *estándar probatorio*⁴⁴⁴ y que es concebido como una decisión política de una sociedad determinada en un momento determinado que establece cuál es la distribución de errores que está dispuesta a tolerar⁴⁴⁵. Dónde se coloque el nivel de exigencia respecto de la corroboración, determinará finalmente cuáles son los errores que esa sociedad prioriza y cuáles los que sacrifica.

Los errores que se pueden presentar en una decisión son las condenas falsas (falsos positivos) y las absoluciones falsas (falsos negativos). Es claro que si el estándar probatorio es bajo será más fácil condenar y en consecuencia disminuirán los falsos negativos, pero será inevitable el incremento de los falsos positivos. Al aumentar la facilidad para condenar, disminuye el riesgo de falsas absoluciones, pero necesariamente aumenta el riesgo de condenas falsas. Por el contrario, si el estándar probatorio es alto será más difícil condenar, con lo cual disminuirá el riesgo de las condenas erróneas pero inevitablemente aumentará el riesgo de falsas absoluciones⁴⁴⁶.

En la actualidad, a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el sistema de garantías procesales y penales se ha universalizado.

⁴⁴⁴ PARDO, Michael S. “Estándares de prueba y teoría de la prueba”, publicado en “Estándares de prueba y prueba científica”, Carmen Vázquez ed., trad. Gonzalo Seijas, señala que los estándares de decisión indican a los juzgadores de los hechos cuando concluir que la prueba como un todo confirma un hecho particular en disputa, pág. 102.

⁴⁴⁵ HAACK, Susan, “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en “Estándares de prueba y prueba científica”, ed. Marcial Pons, señala que la exigencia de que un cargo penal deba ser probado por la acusación y que deba ser probado más allá de toda duda razonable descansa en la idea de que es mucho peor condenar a alguien por un crimen que no cometió que absolver a alguien por un crimen que sí cometió, pág. 69. LAUDAN, Larry, *Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, publicado en DOXA cuadernos de filosofía del derecho, 28 (2005), señala que *los motivos no derivan de su relación con la verdad ni con la reducción del error sino de una decisión política según la cual cierto tipo de errores es peor, menos aceptable que otros*, pág. 97.

⁴⁴⁶ Discutir el estándar en términos de aceptación de errores (1/10, 1/100, etc.) es equivocado porque implica tratar una cuestión en forma estática cuando en realidad es dinámica. Por eso, en realidad lo correcto es hablar de “riesgo de error”. Conf. ALLEN, Ronald J., “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico” trad. Diego Del Vecchi y Carmen Vazquez, publicado en “Estándares de prueba y prueba científica”, ed. Marcial Pons pág. 49.

La presunción de inocencia, receptada en dichos instrumentos, constituye la decisión política que determina el estándar probatorio en materia penal. Esto significa que el balance de errores está definido por el derecho internacional de los derechos humanos al establecer el principio de presunción de inocencia como garantía de libertad.

La jurisdicción es la que posibilita que la hipótesis legal, empíricamente verificable, pueda ser empíricamente verificada. En palabras de Ferrajoli, la estricta jurisdiccionalidad es garantía de la estricta legalidad⁴⁴⁷. Ningún delito puede reputarse cometido ni ningún sujeto declarado culpable y sometido a pena, si no se ha producido prueba suficiente durante el juicio que autorice a la jurisdicción a sostener que la pretensión de verdad de la hipótesis acusatoria está justificada. De este modo, la presunción de inocencia es el correlato lógico de la estricta jurisdiccionalidad que requiere la verificación de la hipótesis acusatoria para condenar a una persona, pues mientras esa hipótesis no haya sido verificada, el sujeto no puede ser tratado como culpable⁴⁴⁸.

La verdad que se reclama en el proceso es respecto de la culpabilidad del sujeto, no de su inocencia, por lo tanto, el objeto del juicio es la prueba de la verdad de la culpabilidad, la justificación de la pretensión de verdad del acusador en su condición de proponente. En la medida en que no se haya alcanzado la prueba necesaria para afirmarla, el sujeto sigue siendo inocente. La absolución no requiere de la verdad de la inocencia del acusado, le basta con la insuficiencia de la prueba de culpabilidad, por lo que, en nada se diferencia si la absolución es producto de no haberse probado la culpabilidad o

⁴⁴⁷ FERRAJOLI, *"Derecho y Razón"*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Valladolid, 1989, pág. 37, 538 y sgtes.

⁴⁴⁸ FERRAJOLI, *"Derecho y Razón"*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Valladolid, 1989, pág. 549.

de haberse probado la inocencia. En ambos casos la persona es, en términos jurídicos, igualmente inocente.

La presunción de inocencia es la regla que nos rige a todos hasta tanto se haya comprobado la verdad acerca nuestra culpabilidad en relación a un hecho, y es la que nos permite movernos en libertad. Si debiésemos demostrar que somos inocentes todo el tiempo, nuestra libertad se vería sumamente restringida hasta llegar al punto de tornar imposible cualquier contacto social. La organización social democrática impone también la existencia del principio de inocencia. De este modo, la “*presunción de inocencia*” es también un refuerzo lógico del principio de legalidad, en tanto se constituye en “*garantía de libertad y de verdad*”⁴⁴⁹.

El artículo 8.2 de la Convención dispone que: *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.*

La Corte Interamericana sostiene que *el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla*⁴⁵⁰. Señala también que la falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia, elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa que acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que

⁴⁴⁹ FERRAJOLI, Luegi, “*Derecho y Razón*”, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Valladolid, 1989, p. 549

⁴⁵⁰ Corte IDH caso “Cantoral Benavidez vs. Perú”, sent. 18 de agosto de 2000, párr. 120; “Acosta Calderón vs. Ecuador”, sent. 24 de junio de 2005, párr. 111.

determine su culpabilidad quede firme⁴⁵¹. Agrega que, en ese sentido, cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado⁴⁵². Para la Corte, el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales⁴⁵³.

Señala también la Corte que el estado jurídico de inocencia se proyecta en diversas obligaciones que orientan el desarrollo de todo el proceso penal. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora. Es el acusador el que debe demostrar que el ilícito es atribuible a la persona imputada y las autoridades deben fallar (con un criterio) más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad individual⁴⁵⁴.

La violación a la presunción de inocencia mediante la inversión de la carga de la prueba es advertida por la Corte, al determinar que la presunción legal del elemento subjetivo del tipo que establecía que “[s]e presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que const[ara] lo contrario”, cuando el delito se cometiera mediante el uso de los medios o artificios indicados (entre ellos “artificios explosivos o incendiarios”), entraña una violación al principio de legalidad y al principio de presunción de inocencia⁴⁵⁵.

La Corte considera que la referida presunción de que existe tal intención cuando se dan determinados elementos objetivos es violatoria del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención, y asimismo de la presunción de inocencia prevista en el artículo 8.2 de la misma. El principio de presunción de inocencia que, según ha determinado la Corte, constituye un

⁴⁵¹ Corte IDH caso “López Mendoza vs. Venezuela”, sent. 1 de septiembre de 2011, párr. 128.

⁴⁵² Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs. Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 122.

⁴⁵³ Corte IDH caso “Tibi vs. Ecuador”, sent. 7 de septiembre de 2004, párr. 180.

⁴⁵⁴ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs. Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 123-124.

⁴⁵⁵ Corte IDH caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, sent. 29 de marzo de 2014, párr. 170.

fundamento de las garantías judiciales, implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y no del acusado, y cualquier duda debe ser usada en beneficio de este último. Como derivación última de la presunción de inocencia, la Corte señala que la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal⁴⁵⁶.

El art. 6.2 del Convenio Europeo señala que *toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*. Para el Tribunal Europeo, la presunción de inocencia constituye un elemento, entre otros, de la noción de proceso justo en materia penal⁴⁵⁷. Remarca que se menosprecia la presunción de inocencia si una decisión judicial que afecta a un procesado refleja la sensación de que éste es culpable, cuando su culpabilidad no ha sido previamente establecida legalmente⁴⁵⁸.

Según el Tribunal Europeo, una vez que la absolución es firme, aunque se trate de una absolución con el beneficio de la duda, conforme al art. 6.2 del Convenio, la siembra de dudas sobre la culpabilidad, incluidas aquellas respecto de las causas de absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia⁴⁵⁹. Ninguna diferencia cuantitativa debe existir entre una absolución fundada en una inexistencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inocencia, pues las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos aducidos por el juez. Muy por el contrario, la parte resolutive de una sentencia absolutoria debe ser respetada por toda autoridad que se pronuncia de manera directa o indirecta sobre la

⁴⁵⁶ Corte IDH caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, sent. 29 de marzo de 2014, párr. 171.

⁴⁵⁷ TEDH caso “Allenet de Ribemont c. Francia”, 10 de febrero de 1995.

⁴⁵⁸ TEDH caso “Allan c. Reino Unido”, 5 de noviembre de 2002.; “Vlieeland Boddy c. España”, 16 de febrero de 2016.

⁴⁵⁹ TEDH caso “Rushiti c. Austria” 21 de marzo de 2000.

responsabilidad penal⁴⁶⁰. En este sentido, el Tribunal Europeo entiende que exigirle a una persona que aporte prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento indemnizatorio por detención provisional se presenta como irrazonable y revela un atentado contra la presunción de inocencia⁴⁶¹.

Esta presunción se manifiesta como *regla probatoria* y como *regla de juicio*. Como regla probatoria, impone el *onus probandi* a cargo de la acusación, en tanto que como regla de juicio impone al juez la obligación de absolver en caso de duda⁴⁶². Es decir, la presunción funciona como garantía de libertad al imponer la carga de la prueba a quien sostiene la hipótesis acusatoria y como garantía de verdad al exigir la comprobación de la acusación para habilitar la imposición de la pena.

En relación al *onus probandi*, la Corte Interamericana también señala que la presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado⁴⁶³.

La Corte Interamericana considera que la garantía judicial de la presunción de inocencia no es respetada por el Estado si la sentencia de primera instancia en contra del acusado desestima los argumentos y las pruebas presentados por éste, señalando que las mismas resultan insubsistentes, por cuanto ello,

⁴⁶⁰ TEDH caso “Allen c. Reino Unido”, 5 de noviembre de 2002.

⁴⁶¹ TEDH caso “Capeau c. Bélgica”, 13 de enero de 2005, “Vlieeland Boddy”, 16 de febrero de 2016.

⁴⁶² REYES MOLINA, Sebastián, “Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno”, Revista de Derecho, Vol. XXV – Nº 2 – Diciembre 2012, pág. 229-247.

⁴⁶³ Corte IDH caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, sent. 31 de agosto de 2004, párr. 154; “Cabrera García y Montiel Flores”, sent. 26 de noviembre de 2010, párr. 182; “López Mendoza vs. Venezuela”, sent. 1 de septiembre de 2011, párr. 128.

refiriéndose a su inocencia, no ha sido aparejado con ninguna otra prueba que demostrara su inculpabilidad⁴⁶⁴. La Corte remarca que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. Presumir la culpabilidad del inculcado, requiriendo que sea este quien demuestre su inculpabilidad, vulnera el derecho a la presunción de inocencia⁴⁶⁵.

La posibilidad de aportar contraprueba es un derecho de la defensa para invalidar la hipótesis acusatoria, contradiciéndola mediante contrapruebas o pruebas de descargo compatibles con hipótesis alternativas que, a su vez, la acusación tiene la carga de invalidar⁴⁶⁶. Este derecho de la defensa no puede constituir la excusa para relajar la exigencia de que la carga de la prueba se sustenta en el órgano del Estado, quien tiene el deber de probar la hipótesis de la acusación y la responsabilidad penal. No existe la obligación del acusado de acreditar su inocencia ni aportar pruebas de descargo.

En cuanto al *in dubio pro reo*, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado⁴⁶⁷.

Cuando los órganos internacionales, aludiendo al alcance del principio de presunción de inocencia, exigen que la culpabilidad del acusado se encuentre *plenamente* acreditada y que en caso de *duda* (todo esto con la imprecisión de la terminología a la que luego referiré) la persona debe seguir siendo

⁴⁶⁴ Corte IDH caso “García Asto vs. Perú”, sent. 25 de noviembre de 2005, párr. 160.

⁴⁶⁵ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs. Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 138.

⁴⁶⁶ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs. Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 140.

⁴⁶⁷ Corte IDH caso “López Mendoza vs. Venezuela”, sent. 1 de septiembre de 2011, párr. 128.

considerada inocente, esto es, no culpable⁴⁶⁸, expresan de modo claro la decisión política que dicha presunción implica y que evidencia su preocupación exclusiva en evitar falsas condenas. Esto significa que para el derecho internacional de los derechos humanos el balance en la distribución de los errores se encuentra en un lugar particularmente elevado⁴⁶⁹, evidenciando su decisión a favor de la evitación de los falsos positivos.

La consecuencia de esa decisión política resulta coherente con el sistema de garantías, que al ser concebido como límites al poder punitivo estatal no cumple una función legitimante del mismo. No es tarea de las garantías penales legitimar el poder punitivo sino limitarlo, reducirlo todo lo que sea posible. Como señala Binder, las garantías no cumplen funciones legitimadoras, contienen una crítica permanente a la necesidad y conveniencia del poder penal, lo empujan a su reducción⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ En rigor cuando se hace referencia al par conceptual inocencia/culpabilidad se suelen confundir diferentes planos. Para poder afirmar que el acusado es culpable se requiere la verdad de la culpabilidad. Esa afirmación tiene fundamento epistemológico. Mientras que para afirmar la inocencia no se requiere la verdad de la inocencia sino que basta con la falsedad de la culpabilidad. Esa afirmación tiene fundamento esencialmente político. Por eso, en el plano estrictamente epistemológico del juicio se debería utilizar el par conceptual culpable/no culpable. La equiparación de los términos no culpable con inocencia es una decisión política. En similar sentido, TARUFFO, Michel, *Simplemente la verdad*, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010 pág. 256. LAUDAN, Larry “*Verdad, error y proceso penal*”, trad. De Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, a partir de distinguir entre inocencia probatoria e inocencia material, hace referencia a cómo opera el ritual conceptual y a la experiencia práctica en suspender la incredulidad sólo a efectos de ver hacia dónde nos podría conducir el seguimiento de cierta línea de inferencias. De este modo, interpreta que la presunción de inocencia demanda al jurado no que crean en la inocencia material del acusado sino en su inocencia probatoria, pág. 153.

⁴⁶⁹ ROBERTS, Paul, *¿Fue el bebé sacudido? Prueba, pericia y epistemología jurídica en el proceso penal inglés*, trad. De Maximiliano Aramburu, publicado en *Estándares de prueba y prueba científica*, ed. Marcial Pons, “el hecho de que el acusado tiene derecho a beneficiarse de cualquier duda razonable, de acuerdo con la presunción de inocencia, determina que el riesgo de error de la decisión judicial se distribuye asimétricamente”, pág. 170. LAUDAN, Larry “*Verdad, error y proceso penal*”, trad. De Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, señala que cuando establecemos el umbral de prueba en un punto mayor (o más alto) al de la preponderancia de las pruebas, estamos diciendo con ello que tratamos de otorgar al acusado el beneficio de la duda(...) Es crucial comprender la lógica de la interacción entre beneficio de la duda y el estándar de prueba, pág. 105.

⁴⁷⁰ BINDER, M. Alberto, “*Derecho Procesal penal, Tomo I, hermenéutica del proceso*”, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, agrega que el hecho de que el poder salga legitimado por su

En ese sentido, es lógico que la presunción de inocencia tenga como razón de ser su preocupación por los falsos positivos, ya que, precisamente, los falsos negativos no son ni deben ser un problema que deba asumir el sistema de garantías o, en todo caso, constituyen el riesgo que el Estado democrático de derecho debe aceptar como imposición del sistema convencional de garantías y como una eventualidad del debido proceso⁴⁷¹.

Esto significa que el objetivo político del sistema de garantías, en general, y de los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad y del principio de inocencia, en particular, es eliminar la posibilidad de condenas erróneas, esto es, reducir a su mínima expresión los falsos positivos⁴⁷². Obviamente, en razón de lo ya señalado reiteradamente en cuanto al carácter relativo de la verdad, es decir, a la reserva falibilista de la misma, se sabe que no es eliminable toda posibilidad de condena errónea, pero una cosa es aceptar ese dato a partir del carácter contingente de los conocimientos y otra es hacerlo relajando las exigencias del estándar probatorio.

En definitiva, el principio de inocencia, como clara decisión política, es el que nos desplaza a determinar qué nivel de probabilidad de correspondencia de un enunciado con la realidad es exigible para la justificación de la pretensión de verdad. La determinación del estándar fija lo que algunos denominan *carga de persuasión*⁴⁷³ que establece que la parte acusadora está obligada a probar los elementos del caso al grado exigido⁴⁷⁴.

cumplimiento no quiere decir que ellas tengan por función legitimar al poder punitivo, pág. 107/111.

⁴⁷¹ No me refiero a los falsos negativos que producto de violaciones al debido proceso, que también debe amparar a la víctima.

⁴⁷² ACCATINO, Daniela “*Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal*”, publicado en Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, XXXVII (Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2011), pág. 488.

⁴⁷³ PARDO, Michael S. “*Estándares de prueba y teoría de la prueba*”, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, Carmen Vázquez ed., trad. Gonzalo Seijas, dentro del nivel

3.2. El carácter objetivo del estándar probatorio.

Ferrer Beltrán distingue dos tradiciones en el ámbito penal en cuanto a la determinación del estándar. Para la tradición romano-germánica, el juzgador debe haber alcanzado la *intima convicción* de que la hipótesis de la acusación es verdadera. También se suelen emplear expresiones tales como haber alcanzado *certeza subjetiva o certeza moral*.

Bajo esta concepción, el principio de inocencia es el que impondría la necesidad de que se haya alcanzado *certeza subjetiva* respecto de la hipótesis acusatoria para aplicar una condena, mientras que su derivado, el principio de la duda (*in dubio pro reo*) es el que obstaculizaría la certeza subjetiva e impondría la absolución. De este modo, *Certeza y duda*, son estados mentales por los que puede atravesar el juzgador como sujeto cognoscente institucionalmente designado.

Las objeciones que se le efectúan a esta formulación del estándar es que establece una conexión necesaria entre la creencia del juzgador y la prueba de la hipótesis, erigiendo al juez en un sujeto infalible en cuanto a la determinación de los hechos. Al apelar a las creencias del sujeto que decide convierte al estándar en enteramente subjetivo e incontrolable⁴⁷⁵.

macro del proceso probatorio que él distingue, señala que la carga de la prueba está formada por dos componentes: la carga de producción y la carga de persuasión, pág. 102. ALLEN, Ronald J. “*Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico*”, trad. Diego Del Vecchi y Carmen Vazquez, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, Ed. Marcial Pons, 2013, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, ed. Marcial Pons, señala que la carga de producción es una función de la carga persuasión, agregando que la afirmación de que la acusación debe probar los elementos del delito más allá de toda duda razonable y la afirmación de que el acusado debe mostrar que hay una duda razonable, son equivalentes, pág. 42 y 47. LAUDAN, Larry “*Verdad, error y proceso penal*”, trad. De Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pág. 163.

⁴⁷⁴ HAACK, Susan, “*El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*”, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, ed. Marcial Pons, pág. 69.

⁴⁷⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, pág. 145.

Es cierto que el uso generalizado del principio de la duda como derivación del principio de inocencia ha contribuido terminológicamente a esta idea subjetiva del estándar, pues el cuadro de los posibles estados mentales del juzgador se completaría así: *certeza positiva*, *certeza negativa* y *duda*. Como señala Haack, el lenguaje en el que se expresan los estándares probatorios es parcialmente psicológico, sugiriendo erróneamente que la tarea del abogado es simplemente persuadir, inducir cierto estado mental en el juzgador⁴⁷⁶.

En el apartado anterior hemos señalado que en el proceso de valoración de los elementos de juicio el juez está guiado por reglas epistemológicas que procuran garantizar, en la mayor medida posible, la adecuación de los enunciados a la realidad. Estas reglas que guían el conocimiento son reglas intersubjetivas y, en esa medida, objetivables⁴⁷⁷.

En virtud de ello, si el proceso de valoración de la prueba mediante el cual se determina el nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria se encuentra objetivado por reglas epistemológicas que lo hacen controlable, carece de sentido subjetivizar la decisión final que debe determinar si se ha alcanzado el grado de corroboración exigido jurídicamente. Es obvio que si la determinación del nivel de corroboración de la hipótesis es objetivo, la determinación de cuál es el grado de corroboración que se exige también debería encontrarse objetivado por los criterios de racionalidad.

⁴⁷⁶ HAACK, Susan, “*El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*”, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, ed. Marcial Pons, pág.71.

⁴⁷⁷ TARUFFO, Michel, “*Simplemente la verdad*”, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 247.

Claramente no interesa si el juez está anímicamente seguro de la culpabilidad del sujeto o si no se evidencia en su ánimo la duda⁴⁷⁸, sino qué recorrido inferencial tuvo que hacer, si fueron correctamente aplicadas las reglas y si el conocimiento adquirido a través de los elementos de juicio supera el umbral jurídico exigido que permite sostener que la pretensión de verdad ha sido justificada y que debería poder ser aceptada por cualquier sujeto.

En nada importa la convicción del juez sobre la culpabilidad del acusado si ese convencimiento no es el resultado de la utilización de reglas que guían el conocimiento sino, más bien, producto de prejuicios, preconceptos, etc.⁴⁷⁹. No interesa si el juzgador estaba convencido, sino si se encontraba autorizado a estar convencido y esa autorización sólo la brinda la epistemología y el estándar probatorio objetivo.

Para la tradición penal anglosajona, en cambio, la hipótesis acusatoria es verdadera cuando está confirmada o corroborada *más allá de toda duda razonable*. En contraste, en el ámbito civil, suele sostenerse que opera el estándar de la prueba prevalente, de modo que una hipótesis estará probada si su grado de confirmación es superior a la de la hipótesis contraria⁴⁸⁰.

En términos semánticos, sin embargo, no significa un gran avance pues, sólo agrega que no hay certeza subjetiva cuando existe una duda razonable. El problema se desplaza, entonces, a intentar definir qué es una duda

⁴⁷⁸ Cfr. SCBA P. 117.748 *Es inadmisibile el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se denuncia la vulneración al principio de in dubio pro reo derivado del principio de inocencia (arts. 1 del C.P.P., y 18 de la Constitución Nacional), en tanto el impugnante sólo exhibe una discrepancia con el criterio del Tribunal revisor -meramente dogmática-, sin lograr evidenciar, ni siquiera prima facie, la existencia de un estado de duda, presente en el ánimo del juzgador, que hubiere imposibilitado arribar a un pronunciamiento condenatorio.*

⁴⁷⁹ GUZMÁN, Nicolás, *“La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”*, ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pág. 33.

⁴⁸⁰ FERRER BERLTRÁN, Jordi, *“La valoración racional de la prueba”*, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, pág. 47 y 48.

razonable⁴⁸¹. Al respecto, resulta ilustrativa la dificultosa tarea de algunos jueces norteamericanos que al dar las instrucciones intentaban brindar al jurado una definición de lo que debían entender por *más allá de toda duda razonable*. Así, en algún caso, se ha explicado al jurado que existe una duda razonable cuando la duda no es irracional⁴⁸².

Como se puede observar, estas definiciones no escapan a las tautologías y poco aportan a la praxis, al punto que, en el sistema de enjuiciamiento norteamericano, se ha ido abandonando la idea de que los jueces brinden al jurado una definición de *más allá de toda duda razonable*⁴⁸³.

A diferencia de la íntima convicción, esta formulación admite la posibilidad de que el juzgador tenga por probada la hipótesis aún cuando suscite dudas, siempre que estas no sean razonables. El problema de esta formulación se

⁴⁸¹ LAUDAN, Larry, “*Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*”, publicado en DOXA cuadernos de filosofía del derecho, 28 (2005), señala que *los jueces americanos e ingleses son fetichistas acerca de lo que les gusta llamar “confianza subjetiva”*. (...)...*Ahora, “más allá de toda duda razonable” ha quedado reducido a “carecer de toda duda”, esto es, a tener una alta confianza subjetiva*, pág. 99.

⁴⁸² LAUDAN, Larry “*Verdad, error y proceso penal*”, trad. De Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pág. 66 y sgtes. En similar sentido Cohen citado por GUZMÁN, Nicolás, “*La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*”, ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pág. 34.

⁴⁸³ HAACK, SUSAN, “*El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*”, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, ed. Marcial Pons, pág. 70. LAUDAN, LARRY “*Verdad, error y proceso penal*”, trad. De Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, señala que al menos diez Estados sostienen que los jueces no deben intentar definir lo que *más allá de toda duda razonable* significa en las instrucciones al jurado y, en algunos como Oklahoma, ello puede constituir un fundamento automático para revocar una condena, pág. 84. LAUDAN, LARRY, “*Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*”, publicado en DOXA cuadernos de filosofía del derecho, 28 (2005), señala que *los jueces no hacen nada para indicar al jurado qué tipo de inferencias o qué clases de evidencias, justificarían la formación de un acreencia firme en la culpabilidad del acusado*, pág. 99. *La versión académica del EdP anglosajón es igual de profundamente subjetiva. Supone que el jurado empieza un juicio asignando una cierta (generalmente inespecífica pero tendencialmente baja) probabilidad previa respecto de la culpabilidad del acusado. Al final del juicio determina si su, hasta ahora múltiple veces revisada, estimación alcanza el número especificado por el EdP (típicamente alrededor de 0,9 o 0,95). Si este fuera el caso, entonces deberá condenar, sino deberá absolver. Sostengo que este estándar es profundamente subjetivo porque la estimación final de la presunta culpabilidad dependerá inevitablemente, entre otras cosas, de las corazonadas subjetivas iniciales del jurado*, pág.100

trasladó a la dificultad para determinar qué es una duda razonable, sin atender al nivel de suficiencia de la prueba que sea intersubjetivamente controlable⁴⁸⁴. A estas dificultades suelen sumarse otras, producto de la inadecuada combinación de los estándares. Es posible ver en el código procesal chileno la definición en términos en los cuales el juzgador debe adquirir la *convicción* más allá de toda duda razonable⁴⁸⁵.

En realidad, el déficit del estándar así formulado reside en que pone el acento en *la duda* exigiendo que sea razonable. Parecería más un estándar para absolver que un estándar para condenar⁴⁸⁶, pues lo que resultaría controlable es precisamente *la duda* que pudo haber albergado como estado mental el juzgador, subjetivando nuevamente el estándar.

Si se pretende que el estándar determine el grado de corroboración necesario para que la hipótesis acusatoria sea considerada verdadera, entonces, el problema radica en que se encuentran invertido los términos en el concepto. En este sentido, más que preguntarse si la duda del juez era razonable, lo que interesa saber es si era *razonable dudar*. Esto es, si aún cuando el juzgador no

⁴⁸⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, pág. 146. LAUDAN, Larry “*Verdad, error y proceso penal*”, trad. De Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, critica los diferentes intentos de definir *más allá de toda duda razonable* por centrarse todos ellos en el estado mental de los miembros del jurado, pág. 89.

⁴⁸⁵ CARNEVALI RODRIGUEZ, RAÚL, y CASTILLO VAL, Ignacio, “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, publicado en Revista *Ius et Praxis*, Año 17, N° 2, 2011, pág. 80. Los autores señalan el proceso de sanción del código en donde originariamente solo se exigía la *convicción*, luego la *convicción formada sobre la prueba del juicio*, posteriormente la *suficiente convicción de que se ha cometido el delito y de la participación de la acusado* y finalmente la se llega al texto de que para condenar el juez debe alcanzar *la convicción más allá de toda duda razonable*.⁴⁸⁵ ACCATINO, Daniela “*Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal*”, publicado en Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, XXXVII (Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2011), advierte sobre el riesgo de una lectura subjetivista del art. 340 del CPP de Chile, según la cual *es suficiente la prueba que el tribunal crea que es suficiente*, pág. 496.

⁴⁸⁶ Ver *State v. Cohen*, 108 Iowa 208:214 (1899) citado por LAUDAN, Larry “*Verdad, error y proceso penal*”, trad. De Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pág. 76.

haya dudado, era razonable dudar⁴⁸⁷. De este modo, al menos en su definición, el estándar se vuelve conceptualmente intersubjetivo y controlable⁴⁸⁸. Ahora bien, esto no es más que el concepto del estándar probatorio, lo que se requiere ahora es una formulación que evite las subjetivizaciones que vinculan el nivel de la prueba con convicciones, certezas o dudas del sujeto que debe decidir⁴⁸⁹.

Laudan señala que el estándar de prueba para condenar puede definirse mejor en términos de los rasgos o características de la teoría del caso requerida para condenar y no en términos de estados mentales internos de los jurados⁴⁹⁰. El grado de corroboración de la hipótesis acusatoria no depende de esos estados sino de las predicciones verdaderas que se puedan formular a partir de la

⁴⁸⁷ Esta inversión le brinda carácter epistemológico al estándar ya que este no está definido en términos del grado de confianza del juzgador de los hechos sino de lo que es razonable creer a la luz de las pruebas presentadas. Conf. HAACK, Susan, *“El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”*, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en *“Estándares de prueba y prueba científica”*, ed. Marcial Pons, pág. 75. LAUDAN, Larry, *Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, publicado en DOXA cuadernos de filosofía del derecho, 28 (2005), ejemplifica que lo que decimos es: *Usted no está autorizado para estar totalmente convencido de A a menos que y hasta que usted tenga una prueba de A. Y entonces procedemos a decirle cómo sería una prueba de A. Esto es lo que supone tener un EdP. Un EdP apropiado no depende de una confianza subjetiva en una hipótesis; al contrario, el EdP nos indica cuándo la confianza subjetiva está justificada*, pág. 105.

⁴⁸⁸ “Razonable” es la parte del lenguaje de los estándares de prueba de carácter epistemológico que hace referencia a cuestiones objetivas que refieren a la calidad de las pruebas presentadas, HAACK, Susan, *“El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”*, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en *“Estándares de prueba y prueba científica”*, ed. Marcial Pons, pág. 71. PARDO, Michael S. *“Estándares de prueba y teoría de la prueba”*, publicado en *“Estándares de prueba y prueba científica”*, Carmen Vázquez ed., trad. Gonzalo Seijas, “existen maneras objetivas de examinar y discutir las relaciones explicativas que existen entre las pruebas y los enunciados fácticos alternativos, aunque sin duda habrá desacuerdo en algunos casos acerca de qué explicaciones son mejores o peores o qué hace que una explicación sea mejor o peor”, pág. 116.

⁴⁸⁹ LAUDAN, Larry, *“Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”*, publicado en DOXA cuadernos de filosofía del derecho, 28 (2005), señala que *En vez de especificar que el nivel de confianza del jurado debe depender del ofrecimiento de un apueba firme, el derecho penal hace que el EdP sea parasitario del nivel de confianza que el investigador (esto es el jurado) tiene respecto de la culpabilidad del acusado*, pág. 104.

⁴⁹⁰ LAUDAN, Larry *“Verdad, error y proceso penal”*, trad. De Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, afirma que el asunto no es si los miembros del jurado, individual o en conjunto, están convencidos por la teoría del caso de la acusación. La cuestión es si las pruebas que han visto y escuchado deben ser convincentes en términos de cuanto respaldan o corroboran la hipótesis de la acusación sobre la culpabilidad del acusado, pág. 91.

hipótesis y de las dificultades para dar cuenta de las mismas predicciones a partir de hipótesis rivales⁴⁹¹.

La idea de estándar probatorio apela a la necesidad de cierta suficiencia probatoria, es decir, coloca el acento en el interrogante acerca de cuál es la prueba suficiente para aceptar que la hipótesis es verdadera⁴⁹². Como señala Taruffo, el grado de confirmación de un enunciado resulta de inferencias lógicas que toman en cuenta la cantidad y calidad de las pruebas disponibles. El grado de confirmación probatorio no puede ser cuantificable en términos matemáticos o estadísticos, sino en términos de probabilidad lógica que refiere a la lógica de las inferencias⁴⁹³.

La propia Corte Interamericana, si bien se vale de la terminología de las tradiciones mencionadas, hace referencia también a la vinculación del estándar probatorio con la suficiencia probatoria. Así, señala que *“las autoridades judiciales deben fallar con la certeza más allá de toda duda razonable”* para determinar la responsabilidad penal individual del imputado⁴⁹⁴ y hace referencia a la necesidad de *demonstración fehaciente* de la culpabilidad⁴⁹⁵ a partir de la existencia de *prueba plena*⁴⁹⁶. Expresamente señala que una persona no puede ser condenada mientras no exista *prueba plena de su responsabilidad*, y que si obra en contra de ella *prueba incompleta o insuficiente*, no es procedente condenarla, sino absolverla. Así, la falta de prueba plena de la

⁴⁹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi *“La valoración racional de la prueba”*, ed. Marcial Pons, pág. 146.

⁴⁹² LAUDAN, Larry *“Verdad, error y proceso penal”*, trad. De Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, señala que el estándar de prueba está concebido para informar al investigador en cuestión cuándo tiene derecho a considerar algo como probado; es decir, cuándo la relación que existe entre las pruebas o las premisas y la conclusión que se busca justifica la aceptación de dicha conclusión como probada en el contexto específico, pág. 124.

⁴⁹³ TARUFFO, Michel, *Simplemente la verdad*, trad. Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 248.

⁴⁹⁴ Corte IDH, caso “Ruano Torres vs El Salvador”, sent. 5 de octubre de 2015, párr. 128.

⁴⁹⁵ Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs Mexico”, sent. 26 de noviembre de 2010, párr. 182.

⁴⁹⁶ Corte IDH, caso “Cantoral Benavidez vs. Perú”, sent. 18 de agosto de 2000, párr.120.

responsabilidad penal en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia⁴⁹⁷. Con un poco más de precisión, ha sostenido que *el principio de presunción de inocencia es un eje rector en el juicio y un estándar fundamental en la apreciación probatoria que establece límites a la subjetividad y discrecionalidad de la actividad judicial. Así en un sistema democrático la apreciación de la prueba debe ser racional, objetiva e imparcial para desvirtuar la presunción de inocencia y generar certeza de la responsabilidad penal*⁴⁹⁸.

Cuán avalada está una afirmación, depende de la calidad de las pruebas que hay a su respecto⁴⁹⁹. Para adoptar la decisión final acerca de si la hipótesis acusatoria se encuentra probada es imprescindible tener en claro el grado de aval exigido, cuál es el umbral a partir del que se acepta una hipótesis como probada, es decir, cuál es el grado de probabilidad de correspondencia con la realidad, suficiente para concluir que la hipótesis ha sido probada y que el enunciado es verdadero⁵⁰⁰. Es la diferencia entre lo que debe creerse y lo que debe hacerse⁵⁰¹.

Se ha remarcado la necesidad de que el estándar probatorio sea objetivo, que no dependa de estados anímicos o psicológicos del juzgador. Se señaló que, a tal efecto, era necesario invertir los términos de la formulación tradicional y definir conceptualmente al estándar mediante la pregunta acerca de *si existe una razón para dudar*. Se dijo también que esto no constituía más que el *concepto* de estandar probatorio, pero que ahora era necesario darle una *formulación* concreta que opere como una directiva clara dirigida al juzgador

⁴⁹⁷ Corte IDH, Caso “Cantoral Benavidez vs. Perú”, sent. 18 de agosto de 2000, párr.120 y 121.

⁴⁹⁸ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs. Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 125.

⁴⁹⁹ HAACK, Susan, “*El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*”, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, ed. Marcial Pons, pág. 78.

⁵⁰⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi “*La valoración racional de la prueba*”, ed. Marcial Pons, pág. 139.

⁵⁰¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Prueba científica. Un mapa de retos*”, publicado en “*Estandares de prueba y prueba científica*”, ed. Marcial Pons, 2013, pág. 190.

para que sepa cuándo está autorizado a tener por cierta la hipótesis acusatoria y a aplicar una pena.

Ferrer Beltrán formula el estándar de prueba en el ámbito penal del siguiente modo: *a) la hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que las hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas; b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc*⁵⁰².

Respecto de la cláusula a), puede suceder que muchas o algunas de las predicciones que la hipótesis acusatoria derivaba no sean constatadas y, por lo tanto, ese déficit no permita alcanzar el estándar probatorio⁵⁰³. Esa

⁵⁰² FERRER BELTRÁN, Jordi “La valoración racional de la prueba”, ed. Marcial Pons, pág. 147. LAUDAN, Larry, *Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, publicado en DOXA cuadernos de filosofía del derecho, 28 (2005), recuerda que *hasta 1954 cuando el Tribunal Supremo lo eliminó de los juicios federales, había una instrucción oficial al jurado para los casos que implicaban pruebas circunstanciales. La línea de esta instrucción para los casos de pruebas circunstanciales todavía se utiliza en los tribunales del Estado de California. Donde se lee, en parte que: Sin embargo, el hallazgo de la culpabilidad respecto de la comisión del delito no puede basarse en pruebas circunstanciales a menos que las circunstancias probadas sean no solo (1) coherentes con la teoría de que el acusado es culpable del crimen, sino que además (2) no puedan ser reconciliadas con cualquier otra conclusión racional. Si las pruebas circunstanciales permiten dos interpretaciones racionales, una que señala la culpabilidad del acusado y la otra a su inocencia, usted deberá adoptar esta segunda interpretación y rechazar la interpretación que señala la culpabilidad, (...) Lo que esta regla insinúa claramente es que (en los casos que implican pruebas circunstanciales) una convicción funciona bien sólo si las evidencias excluyen cualquier hipótesis razonable excepto la de la culpabilidad material del acusado*, pág. 108.

⁵⁰³ FERRER BELTRÁN, Jordi “La valoración racional de la prueba”, ed. Marcial Pons, ejemplifica con el caso de la persona detenida en una zona de comercialización de estupefacientes a la que se le secuestra un envoltorio con un polvo blanco. La hipótesis acusatoria sobre comercialización permitía, entre otras, formular la predicción de que ese polvo era cocaína. Ahora bien, si esa predicción no fue constatada posteriormente mediante la realización del test químico correspondiente, el estándar queda incumplido, pág. 151.

insuficiencia probatoria que impide tener por cumplido el estándar suele ser llenado por el juzgador a partir de la realización de inferencias inválidas⁵⁰⁴.

Respecto de la cláusula b), el autor señala que el estándar exige que se hayan refutado todas las hipótesis compatibles con la inocencia del acusado⁵⁰⁵, con excepción de las hipótesis implausibles, las que no resultan compatibles con los elementos de juicio disponibles y las meras hipótesis *ad hoc*, como la prototípica del complot, que termina por resultar inconstable. Algo similar puede apreciarse respecto de hipótesis alternativas formuladas a partir de hipótesis que son exclusivamente especulativas y que no tienen ni soporte empírico ni capacidad de sustento epistemológico⁵⁰⁶. Este aspecto no es otra cosa que el reconocimiento del falibilismo metodológico a partir de la falsación de la hipótesis mediante la refutación de todas las restantes.

En este punto resulta de utilidad retomar los planteos de Haack esbozados en oportunidad de analizar el concepto de verdad. Recordemos que para esta autora, la *justificación* de una creencia presenta grados, pero ello no significa que se intenta ofrecer algo que se parezca a una escala numérica, sino sólo decir qué factores aumentan y qué factores disminuyen el grado de justificación que tiene alguien para creer algo⁵⁰⁷. Su idea es determinar en qué medida la

⁵⁰⁴ FERRER BERLTRÁN, Jordi, “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias”, publicado en REVUS Journal Constitutional Theory and Philosophy of Law, 33(2017).

⁵⁰⁵ CARNEVALI RODRIGUEZ, RAÚL, y CASTILLO VAL, Ignacio, “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, publicado en Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 2, 2011, pág. 77-118, estos autores plantean que la incorporación del estándar probatorio que establece que la culpabilidad de estar probada más allá de toda duda razonable exige que en caso de voto en disidencia, corresponde la absolución, como evidencia de que existe una duda razonable.

⁵⁰⁶ ROBERTS, Paul, *¿Fue el bebé sacudido? Prueba, pericia y epistemología jurídica en el proceso penal inglés*, trad. De Maximiliano Aramburu, publicado en *Estándares de prueba y prueba científica*, ed. Marcial Pons, pág. 174.

⁵⁰⁷ HAACK, Susan “Evidencia y Justificación. Hacia la reconstrucción en epistemología”, trad. M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 116.

evidencia se articula en una *integración explicativa*, esto es, cuándo las pruebas y la conclusión encajan en un relato explicativo⁵⁰⁸.

Si bien ya se ha señalado con anterioridad, conviene reiterar que el concepto de Susan Haack de la justificación que tiene un sujeto en relación a una creencia es aplicable tanto a la creencia del testigo en relación a su relato como a la creencia del juzgador en relación, también, al relato final del hecho volcado en la sentencia. Aquí, obviamente, a los fines del estándar probatorio interesa la justificación de la creencia del juzgador a partir de la evidencia del proceso.

Recordemos la analogía que utiliza Haack con el crucigrama, señalando que se trata de cómo el sujeto determina lo razonable o no razonable de las palabras que se escriben en un crucigrama. El ejemplo permite el apoyo mutuo omnipresente. Las definiciones de cada entrada son las analogías de la evidencia del sujeto basada en la experiencia; las palabras que ya están escritas, los términos análogos a sus razones. Las definiciones no dependen de las entradas, sino que estas últimas, en un grado variable, dependen unas de otras⁵⁰⁹.

Hasta qué punto es razonable la confianza que tiene el sujeto, en que cierta palabra sea correcta en un crucigrama depende de lo siguiente: 1) cuán bien encaja una entrada de un crucigrama en la pista dada y las entradas ya

⁵⁰⁸ PARDO, Michael S. “*Estándares de prueba y teoría de la prueba*”, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, Carmen Vázquez ed., trad. Gonzalo Seijas, habla también de la relación explicativa que hay entre los enunciados fácticos y las pruebas. La cuestión crucial es si las explicaciones particulares presentadas por las partes o desarrollada por los juzgadores de los hechos, de ser verdaderas, explicarían mejor o peor las pruebas y los hechos subyacentes(...) Este proceso inferencial tiene dos etapas: generando explicaciones potenciales y luego seleccionando una como la mejor o como aceptable, dependiendo del estándar de decisión(...) Para el estándar “más allá de toda duda razonable” sería si existe una explicación plausible que incluya los elementos formales y no hay una explicación plausible compatible con la inocencia, pág. 113/115.

⁵⁰⁹ HAACK, Susan “*Evidencia y Justificación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 117.

completadas⁵¹⁰, esto es, de cuánto apoyo reciba esta palabra de las definiciones y de otras palabras con las que se cruce y que ya han sido anotadas; 2) de lo razonable, con independencia de la palabra en cuestión, que sea la confianza del sujeto en que las otras palabras ya escritas sean correctas, es decir, cuán razonable son las otras entradas entrecruzadas que ya se han completado con esta nueva entrada. Cuanto mayor sea la seguridad independiente de las razones positivas, la conclusión estará más avalada; y 3) Análogamente, qué proporción del crucigrama ha sido completado, cuántas de las palabras que se cruzan han sido ya escritas⁵¹¹.

De forma análoga, hasta qué punto es válida la evidencia-C (contenido de la evidencia) de A con respecto a x dependerá de lo siguiente:

- 1) de lo “favorable” que sea la evidencia-C de A respecto de x, esto es, el grado de apoyo que ofrecen las pruebas a la afirmación.
- 2) de lo “segura” que sean las “razones-C” directas de A con respecto a x, independientemente de la creencia-C de A respecto de x, esto es, cuán seguras son las razones con independencia de la afirmación en cuestión.
- 3) de lo que “abarque” la evidencia-C de A con respecto a x⁵¹², esto es, cuán inclusivas son las pruebas: cuántas de las pruebas relevantes tenemos. Las pruebas con un mayor grado de inclusión dan más aval a la conclusión⁵¹³.

⁵¹⁰ Lo que Taruffo llama convergencia de la prueba, TARUFFO, Michel, *Simplemente la verdad*, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 236.

⁵¹¹ HAACK, Susan “Evidencia y Justificación. *Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 117.

⁵¹² HAACK, Susan “Evidencia y Justificación. *Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 117.

⁵¹³ HAACK, Susan, “*El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*”, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, ed. Marcial Pons, pág. 79.

La evidencia es concluyente si no deja lugar para otras alternativas a x, y si es favorable pero no concluyente, prestará más apoyo cuanto menos lugar deje a las alternativas a x. Esto nos lleva a examinar el éxito de x con relación a sus competidores: la evidencia apoya en cierta medida a x, sólo en caso de que la adición de x a aquella mejore su “*integración explicativa*” más que la adición de cualquiera otro competidor⁵¹⁴.

Lo favorable que sea la evidencia con respecto a x no es suficiente en sí mismo para determinar el grado de justificación. Si la evidencia-C directa de A con respecto a x incluye otras creencias suyas, el grado de justificación para creer que x dependerá del grado de justificación que tiene para creer esas razones-C⁵¹⁵.

El grado de apoyo y el grado de seguridad independiente juntas, resultan aún insuficientes para determinar el grado de justificación; queda la dimensión de amplitud. La condición de amplitud es la analogía más cercana del requerimiento más conocido de la evidencia total en las inducciones. Pero a diferencia de este requerimiento, no es un factor que determine el grado de apoyo de la evidencia, sino un criterio aparte que participa en la determinación del grado de justificación⁵¹⁶.

Este tercer aspecto que hace al carácter *inclusivo* de la evidencia, es decir, con cuánta de la evidencia relevante contamos, resulta nuclear en el concepto de estándar probatorio pues conduce a la compleja cuestión de dilucidar *cuánta es la prueba relevante necesaria*. Sabemos que el estándar probatorio demanda calidad y cantidad de prueba pero carecemos de fórmula alguna que nos

⁵¹⁴ HAACK, Susan “*Evidencia y Justificación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 118.

⁵¹⁵ HAACK, Susan “*Evidencia y Justificación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 118.

⁵¹⁶ HAACK, Susan “*Evidencia y Justificación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 124.

indique cuál es el número de pruebas. También se sabe que la cantidad de prueba por sí sola no alcanza (100 testigos que aportan un dato poco conducente pueden ser menos importantes que 3 testigos que aportan un dato clave).

El punto en cuestión se vincula con la segunda parte de la cláusula a) de la formulación del estándar por parte de Ferrer Beltrán referido a la confirmación de las predicciones. En definitiva, la cuestión central residiría, entonces, en determinar cómo se formulan las predicciones que luego nos permitirán verificar si las mismas han sido o no constatadas y, de ese modo, si se cuenta con la prueba relevante necesaria. Esas predicciones que se derivan deductivamente de la hipótesis provisoria y que luego deben ser confirmadas inductivamente es lo que nos posibilitará, metafóricamente hablando, conocer cuantas casillas conforman el crucigrama para luego saber qué porcentaje del mismo se encuentra completo.

Para esbozar algunas ideas que presten auxilio en la compleja cuestión de la formulación de las predicciones, se echará mano a algunas viejas propuestas de la filosofía de Pierce en cuanto a la *abducción* y a algunos desarrollos recientes relativos a los *esquemas mentales*.

En este sentido, entiendo que puede resultar de utilidad, a los fines de analizar el aspecto de la *amplitud de la prueba*, preguntarse por la gestación de la hipótesis acusatoria. Hay un momento en el que la hipótesis es enunciada por primera vez, es decir, existe un primer intento de explicar la evidencia de un determinado modo.

En algún momento, alguien (policía, investigador, fiscal, etc.) observa cierta porción de la realidad y pretende otorgarle algún sentido, explicación,

expresando que cierto suceso es un determinado delito y que cierta persona es su autor.

Este proceso inicial fue denominado por Pierce como *abducción o retroducción*. Suele referirse a ella como una conjetura basada en la intuición. Pierce hablaba del singular instinto a conjeturar o la inclinación a abrigar una hipótesis. La abducción, según Pierce es mucho más común y cotidiana de lo que se piensa, la distancia entre el estado perceptivo y el contenido de la creencia sería una abducción⁵¹⁷.

Pierce decía que se parte de una anomalía inesperada (hecho sorprendente) para ir hacia un grupo de premisas, la mayor parte de las cuales son ya aceptadas. Esa capacidad para conjeturar, demasiado a menudo acertadamente, es lo que ha impedido, según Pierce que la raza humana se haya extinguido de la faz de la tierra. Se hacía referencia a la abducción como un proceso inconsciente o no suficientemente consciente como para ser controlado. Los distintos elementos de una hipótesis estarían en nuestra mente antes de que seamos conscientes de haberla formulado⁵¹⁸.

En relación con el método científico, la abducción es, según Pierce, meramente preparatoria o el primer paso del razonador científico. La adopción de una hipótesis o una proposición que pueda llevar a la predicción de que parecen ser hechos sorprendentes, se llama *abducción*. El camino por el que se trazan los probables y necesarios resultados experimentales de nuestra hipótesis se

⁵¹⁷ SEBEOK, Thomas A y Sebeok, Jean Umiker "Sherlock Holmes y Charles Pierce/ El método de la investigación", Escuela de Filosofía Universidad de ARCIS, edición electrónica www.philosophia.cl.

⁵¹⁸ SEBEOK, Thomas A y SEBEOK, Jean Umiker "Sherlock Holmes y Charles Pierce/ El método de la investigación", Escuela de Filosofía Universidad de ARCIS, edición electrónica www.philosophia.cl.

llama *deducción* y la prueba experimental de la hipótesis es lo que Pierce llama *inducción*⁵¹⁹.

Se han vinculado reiteradamente los trabajos de Pierce con el personaje de Conan Doyle, Sherlock Holmes, y se ha remarcado también las referencias del propio Pierce a los Crímenes de la calle Morgue, de Poe. Se ha descrito detalladamente el proceso de abducción (observación, según Holmes), como un estado cuasi hipnótico, en donde el sujeto cognoscente parece haber perdido el habla, atendiendo a su instinto, a poderes no verbales, convertido en un sabueso⁵²⁰.

Esta caracterización psicologista ha contribuido a pretender que la abducción sea desterrada desde la lógica y la epistemología al campo de la psicología cognitiva. Para Popper, el acto de concebir o inventar una teoría o hipótesis puede ser de interés para la psicología empírica pero carece de importancia para el análisis lógico del conocimiento científico⁵²¹. Esta objeción ubica en el centro de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación.

La discusión en relación a la abducción ha estado centrada principalmente en el *estatus de lógica* y la posibilidad de que ese proceso pueda ser pensado con reglas. Se atribuye a Hanson el hecho de convertir a la generación de hipótesis y a su naturaleza lógica, en un tema central de la epistemología⁵²².

⁵¹⁹ SEBEOK, Thomas A y SEBEOK, Jean Umiker "Sherlock Holmes y Charles Pierce/ El método de la investigación", Escuela de Filosofía Universidad de ARCIS, edición electrónica www.philosophia.cl.

⁵²⁰ SEBEOK, Thomas A y SEBEOK, Jean Umiker "Sherlock Holmes y Charles Pierce/ El método de la investigación", Escuela de Filosofía Universidad de ARCIS, edición electrónica www.philosophia.cl.

⁵²¹ ESPEJO, Roberto "*Pierce, la abducción y la investigación científica*", Revistas Observaciones filosóficas, www.observacionesfilosoficas.net

⁵²² RAMIREZ FIGUEROA, Alejandro "*Inferencia abductiva basada en modelos. Una relación entre lógica y cognición*", pág. 4, CRITICa. Revista hispanoamericana de filosofía. Vol. 43 N° 129 (diciembre 2011): 3-29.

Más allá de la caracterización psicologista de la abducción, lo que interesa resaltar es el carácter de *conjetura* que reviste esa primera tentativa de explicación de los datos que el sujeto observa. Estas conjeturas son las que permiten alcanzar un punto desde el cual, tras ulteriores observaciones, poder probar algunas de las predicciones extraídas de su hipótesis y de esta manera reducir el grupo de conclusiones posibles.

Una vez que se arriesga la primer conjetura, lo que le sigue es desmenuzarla lógicamente, formular todas las predicciones que estén deductivamente implicadas y, luego, probarlas⁵²³. Esto puede obligar a reiniciar el proceso: conjetura-prueba-conjetura. La investigación es dinámica, el análisis es estático⁵²⁴. Pierce concebía a la abducción como una forma inferencial, por lo tanto, reconocía componentes de lógica y el problema en torno a ella cabía dentro de la discusión lógica⁵²⁵.

Así, se distingue entre razones para aceptar una hipótesis como verdadera y razones para sugerir una hipótesis como primera oportunidad. Esta segunda se corresponde con el proceso abductivo y hace que la hipótesis sea una conjetura de tipo plausible. Pierce decía que *la abducción es el proceso de formar una hipótesis explicativa. Es la única operación lógica que introduce*

⁵²³ TARUFFO, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, publicado en Precedente 2012, vol 1/ julio-diciembre, traducción de Carlos Mondragón, Cali Colombia, señala que en la fase de descubrimiento de la decisión y también en el transcurso del procedimiento, encuentra espacio un instrumento lógico peculiar bajo el nombre de *abduzione*, a través del cual se parte de un evento conocido para formular hipótesis frente a una versión posible de cómo podría ser verificado el hecho que se trata de demostrar. Naturalmente, tal versión no representa más que una hipótesis que podría ser confirmada o refutada por las pruebas, pág. 192.

⁵²⁴ ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., “Análisis de la prueba”, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, señalan la necesidad de distinguir entre generar una hipótesis y justificar una hipótesis, distinguiendo el proceso de a) identificar razones para sospechar, b) generar hipótesis, c) eliminar hipótesis, 4) priorizar las hipótesis restantes, pág. 82/83.

⁵²⁵ ESPEJO, Roberto “Pierce, la abducción y la investigación científica”, Revistas Observaciones filosóficas.

*alguna idea nueva; porque la inducción no hace más que determinar un valor y la deducción meramente despliega las consecuencias necesarias de una pura hipótesis. La deducción prueba que algo debe ser, la inducción muestra que algo es efectivamente operativo; la abducción sugiere que algo tan solo puede ser. Su única justificación estriba en que a partir de tal sugerencia la deducción puede extraer una predicción verificable por la inducción y en que, si queremos aprender algo o comprender los fenómenos, debe ser mediante la abducción*⁵²⁶. La investigación involucra el pensamiento imaginativo o creativo. Ni la deducción ni la inducción explican cómo surgió la hipótesis⁵²⁷.

Se ha planteado también que la inferencia abductiva no es el único modo de teorizar, sosteniendo que parecería que inferimos apelando no a enunciados y reglas formales explícitas sino creando y manejando ciertos objetos de carácter semántico a los que Johnson-Laird denominó “modelos mentales”.

Según este pensamiento, se suele construir una situación mental que pueda traducirse después en un modelo físico o mental que permita ser manipulado y, mediante tal recurso, inspeccionarlo y extraer una conclusión posible. De ese modo se ha razonado, y posiblemente se lo haya hecho válidamente, esto es, deductivamente, no mediante la aplicación de reglas formales explícitas sino mediante la construcción de un modelo e inspeccionándolo⁵²⁸.

La principal condición del razonamiento basado en modelos está en la representatividad entre modelo y lo modelado, es decir, tiene que existir una

⁵²⁶ ESPEJO, Roberto *“Pierce, la abducción y la investigación científica”*, Revistas Observaciones filosóficas.

⁵²⁷ ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., *“Análisis de la prueba”*, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, señalan la necesidad de distinguir entre generar una hipótesis y justificar una hipótesis, distinguiendo el proceso de a) identificar razones para sospechar, b) generar hipótesis, c) eliminar hipótesis, 4) priorizar las hipótesis restantes, pág. 90.

⁵²⁸ RAMIREZ FIGUEROA, Alejandro *“Inferencia abductiva basada en modelos. Una relación entre lógica y cognición”*, pág. 7.

analogía entre la estructura de la situación y la del modelo para, por simple inspección, llegar a la conclusión mediante la transitividad lógica. La información inicial puede ser visual y el modelo se construye en base a ella, por lo que la conclusión no es *leída* a partir de un formato proposicional, sino que puede *extraerse* del modelo a partir de la inspección del mismo.

El razonamiento basado en modelos puede configurarse como un razonamiento exclusivamente visual, en cuyo caso las premisas están dadas en una escena; o puede ser heterogéneo, cuando se mezclan enunciados con modelos⁵²⁹. El modelo es una representación pictórica del mundo, no una representación lingüística.

El modelo nunca es universal, sino que representa una posibilidad específica, una situación específica, se modela para algo y por ello, representa sólo un trozo del mundo.

Se ha procurado establecer la posibilidad de hablar de *abducción basada en modelos*. Así, a partir de expresiones de Pierce tales como: *“todo razonamiento necesario, sin excepción, es diagramático. Esto es, construimos un icono de nuestro estado hipotético de cosas y procedemos a observarlo. Esta observación nos conduce a sospechar que algo es verdadero, lo cual puede o no puede ser formulado con precisión”*, se entiende que el mismo Pierce estaba haciendo referencia al carácter icónico, a la observación y a la manipulación para poder inferir⁵³⁰.

La abducción basada en modelos mentales descansa en un aspecto ontológico que es la similaridad de los objetos en el mundo, que es lo que permite la

⁵²⁹ RAMIREZ FIGUEROA, Alejandro *“Inferencia abductiva basada en modelos. Una relación entre lógica y cognición”*, pág. 8.

⁵³⁰ RAMIREZ FIGUEROA, Alejandro *“Inferencia abductiva basada en modelos. Una relación entre lógica y cognición”*, pág. 14.

analogía. Entonces, si la modelación es la selección de aspectos similares entre el modelo y lo modelado, la existencia de la similitud es lo que permite el razonamiento basado en modelos y, específicamente la abducción basada en modelos⁵³¹.

El valor de una nueva hipótesis radica no sólo en su utilidad para explicar las pruebas disponibles sino que también contribuye a generar líneas de investigación⁵³².

En definitiva, sea mediante la abducción como proceso inferencial que permite la formulación de una hipótesis provisoria o conjetura, o mediante el razonamiento basado en modelos, que permite la representación y la observación, el aspecto del estándar probatorio referido a la *amplitud de la prueba* va a estar necesariamente determinado por las *predicciones* derivadas de la conjetura arriesgada o del modelo construido que sean posibles de probar. Esas predicciones nos indicarán la cantidad de casillas que componen el crucigrama y que deben ser completadas para que la intergración explicativa alcance el estándar probatorio exigido.

⁵³¹ RAMIREZ FIGUEROA, Alejandro “*Inferencia abductiva basada en modelos. Una relación entre lógica y cognición*”, pág. 19.

⁵³² ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., “*Análisis de la prueba*”, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, señalan la necesidad de distinguir entre generar una hipótesis y justificar una hipótesis, distinguiendo el proceso de a) identificar razones para sospechar, b) generar hipótesis, c) eliminar hipótesis, 4) priorizar las hipótesis restantes, pág. 91.

CAPITULO VI

DEBER DE MOTIVAR LOS ASPECTOS FÁCTICOS DEL FALLO.

1. Introducción.

Más allá de los déficits en la motivación de las decisiones judiciales, que se analizarán en los apartados siguientes, y del evidente descuido de parte de la doctrina, la normativa y la jurisprudencia al respecto, lo cierto es que el deber de motivación era aceptado y reconocido como obligación de los jueces. El problema, en todo caso, surgía en relación al alcance de ese deber pero no al deber mismo, sobre todo en relación a los aspectos fácticos del fallo.

La decisión de incorporar un capítulo referido al deber de motivar dentro de un trabajo cuyo objeto se centra en el derecho a la revisión del fallo condenatorio merece una breve justificación. En los apartados que siguen se hará referencia al vínculo que existe entre el principio de presunción de inocencia y el deber de motivar la decisión en relación a los hechos. Es decir, a la exteriorización de los fundamentos fácticos de la justificación de la pretensión de verdad.

En este marco, la pretensión de revisar los aspectos fácticos de una sentencia condenatoria va a estar siempre asociada a las cuestiones que integran las condiciones formales y materiales del uso del concepto de verdad y, dentro de las últimas, a la valoración del conjunto de elementos de juicio y a la corroboración de la hipótesis acusatoria de acuerdo al estándar requerido. Se ha afirmado más arriba que la presunción de inocencia constituye la decisión política en relación a la distribución de los errores y que, por ende, es la que fija el estándar probatorio exigido. Para revisar la determinación de los hechos en una sentencia condenatoria es necesario que los jueces hayan motivado adecuadamente el proceso de valoración y corroboración del estándar.

Los órganos internacionales han señalado, de un modo general, el vínculo entre el deber de los jueces de motivar las sentencias y el ejercicio del derecho de revisión del fallo. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos

considera que el hecho de que no haya un fallo debidamente motivado, obsta al ejercicio efectivo del derecho a la revisión de la sentencia condenatoria, conforme el párrafo 5 del art. 14 del Pacto⁵³³. La Comisión Interamericana, por su parte, también señala que la debida motivación de la sentencia se encuentra estrechamente vinculada con la efectiva posibilidad de revisar el fallo⁵³⁴.

La Corte Interamericana, por su parte, también ha expresado que “el derecho a recurrir el fallo se enmarca dentro del conjunto de garantías que conforma el debido proceso legal, las cuales se encuentran indisolublemente vinculadas entre sí⁵³⁵. Agrega que, por lo tanto, el derecho a recurrir el fallo debe ser interpretado de manera conjunta con otras garantías procesales si las características del caso así lo requieren, ejemplificando mediante la estrecha relación que existe, por un lado, entre el derecho a recurrir el fallo, y por otro, una debida fundamentación de la sentencia, así como la posibilidad de conocer las actas completas del expediente incluyendo las actas del juicio en el caso de los sistemas orales⁵³⁶.

De un modo más específico, la Corte ha indicado que *la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa, demuestra a las partes que estas han sido oídas, y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias*

⁵³³ Comité DDHH, com. N° 1542, “Abdeel Keerem Hassan Abouschanif c. Noruega”, 2 de septiembre de 2008, párr. 7.2.

⁵³⁴ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, “Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina)”, 2 de noviembre de 2010, párr. 193. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, “Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros”, 5 de noviembre de 2010, párr. 263. CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, “Rubén Luis Godoy (Argentina)”, 29 de marzo de 2012, párr.138. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, “Manfred Amrhein y otros (Costa Rica)”, 4 de abril de 2014, párr. CIDH, Informe 33/14 y 197.

⁵³⁵ Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 120.

⁵³⁶ ONU, Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 32 “Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”. 2007, párrs. 47-50.

*superiores*⁵³⁷. Advierte que la omisión en la motivación del fallo tiene impacto directo en el ejercicio del derecho de defensa y a recurrir el fallo, ya que dificulta realizar un análisis a profundidad sobre la argumentación o evidencias, directamente relacionadas con la acreditación del delito o la responsabilidad⁵³⁸.

De este modo, los propios organismos de aplicación de los instrumentos de derechos humanos han sido los encargados de poner en evidencia la estrecha relación entre el deber de motivar por parte de los jueces del juicio y la efectividad del derecho a la revisión del fallo condenatorio, constituyendo el primero un presupuesto del segundo.

Vale aclarar que la dedicación del presente capítulo hace referencia exclusivamente a los juicios a cargo de jueces técnicos y nada dice acerca del juzgamiento por jurados. El deber de motivar aquí abordado no debe ser leído como una crítica al veredicto inmotivado del juicio por jurado⁵³⁹ sino exclusivamente como el deber de los jueces técnicos de exteriorizar las razones que permiten tener por acreditada la pretensión acusatoria en su aspecto fáctico.

Por otra parte, a través del deber de motivar la determinación de los hechos, tampoco se pretende que sean los jueces los que construyan la verdad a través de la motivación, pues ello implicaría vulnerar la imparcialidad a la que hemos referido como condición formal del uso del concepto de verdad. Los jueces, sólo deben decidir si la pretensión de verdad de la acusación se encuentra justificada a partir de las razones que ambas partes han argumentado. Los jueces no pueden suplir al acusador, en su condición de proponente, motivando la justificación de la pretensión de verdad a partir de razones no esgrimidas por

⁵³⁷ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs. Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 155.

⁵³⁸ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs. Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 157.

⁵³⁹ Corte IDH, caso V.R.P. ; V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, 8 de marzo de 218, señala “*que la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de motivación*”, párr. 259.

aquel. En definitiva, si la pretensión de verdad del acusador ha logrado ser justificada, las razones de esa justificación no las que ha esgrimido el acusador tanto a nivel inicial como en la refutación de las oposiciones.

2. Resistencias a la motivación.

La motivación de la *questio facti* en las sentencias ha estado marcada por un notable desinterés. En general, a través de la idea de la sentencia como silogismo, la cuestión de la determinación y fundamentación de los hechos no era percibida como un aspecto problemático. Hace relativamente poco tiempo que un sector de la doctrina comenzó a colocar la cuestión en el centro de la atención. No muchos⁵⁴⁰ se han ocupado de la importancia de la determinación de los hechos en la sentencia, de las complejidades que ello encierra, de la atención que demanda y de la arbitrariedad que ese descuido habilita.

Con seguridad, no ha sido un solo factor el que ha incidido en que la motivación de los aspectos fácticos del fallo haya quedado relegada a un mero formulismo rutinario que se limitaba a mencionar una serie de elementos probatorios y a formular conclusivamente la existencia de los hechos. Un análisis exhaustivo de esos posibles factores excede el objeto del presente trabajo. Aquí sólo nos limitaremos relevar algunos de ellos que han sido puestos a la luz por parte de la doctrina y que aún podrían persistir de modo relevante en las actuales prácticas judiciales.

⁵⁴⁰ Se destaca la preocupación por el tema de autores como Perfecto Andrés Ibañez, Luigi Ferrajoli, Michele Taruffo. Sin embargo, en los últimos años, esta línea de pensamiento ha engrosado sus filas a partir de un nutrido grupo de autores que ha posado su atención sobre lo que se denomina epistemología jurídica.

El rechazo al derecho probatorio romano canónico por parte de los revolucionarios franceses, se procuró cristalizar en la instauración del juicio por jurados de tipo inglés en 1791, prescindiendo de cualquier juicio *ex ante* acerca del valor de ciertos elementos de prueba por parte del legislador o por parte de los jueces profesionales. El reemplazo de la prueba legal por la libre convicción del juez se traducía en que los ciudadanos debían decidir sin ataduras si estaban íntimamente convencidos de la culpabilidad del acusado, sin brindarle ninguna guía ni legal ni judicial de cómo debían adquirir esa convicción. Estos jurados no daban razón alguna de su decisión, bastaba con la conclusión de la culpabilidad.

La vida del jurado en la Francia postrevolucionaria fue corta⁵⁴¹ y su sustituto, el sistema de enjuiciamiento mixto, perduró casi dos siglos y se extendió por toda Europa y América. Este modelo conservó el sistema de juicio oral y público en el que los jueces profesionales decidían luego de la producción de la prueba y las alegaciones de las partes. La desaparición del jurado no modificó sustancialmente la cuestión de la motivación de los hechos, la cual continuó guiada por el criterio de la íntima convicción. Ahora, eran los jueces togados los que debían estar convencidos de la culpabilidad del acusado. El estándar probatorio siguió siendo subjetivo, reclamándoseles ahora a los jueces profesionales la convicción para condenar. Este estado mental o anímico que se pretendía del juzgador continuó desligado de los criterios de racionalidad⁵⁴².

Ferrajoli ha señalado que el modo en el que se concibió y se practicó el principio de la libre convicción del juez por parte de la cultura jurídica postilustrada constituye una de las páginas más amargas e, intelectualmente,

⁵⁴¹ Primero el código termidoriano de 1795 y luego el napoleónico de 1808 que instauró el sistema mixto.

⁵⁴² IBAÑEZ, Perfecto A., *“Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”*, publicado en *“En torno a la jurisdicción”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 198.

más deprimentes de la historia de las instituciones penales⁵⁴³. Un principio que había tenido su origen y justificación en la tradición inglesa terminó trasplantado en instituciones para las cuales no había nacido y en un sistema para el cual no resultaba explicable.

El juicio oral traía consigo la obvia inmediatez temporal y espacial entre las pruebas, las partes y los jueces. Esta característica necesaria fue elevada luego a rango de principio procesal. Se argumentaba que sólo los jueces del juicio que habían escuchado y visto a los testigos y peritos estaban en condiciones de valorar esa prueba esencialmente personal⁵⁴⁴. La sacralización de la inmediación se convirtió en la justificación de la falta de motivación de las cuestiones fácticas.

Se consideraba que la posición de privilegio que la inmediación otorgaba a los jueces los convertía en soberanos en lo relativo a la valoración de la prueba y la determinación de los hechos. Sólo los jueces del juicio estaban en condiciones de evaluar la fiabilidad de una prueba personal a partir del contacto directo con la misma. Únicamente el juez del juicio disponía de la capacidad, para concluir si determinada fuente de información era o no creíble y, en definitiva, si cierto suceso había ocurrido o no en la realidad.

Esta supuesta *capacidad* del juzgador, en virtud de la cual se le revelan los hechos como epifanías, era una mezcla de concepción mística, intuición y olfato que no le permitía verbalizar. Sólo podía saber si estaba convencido pero

⁵⁴³ FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón", trad. Perfecto A. Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Valladolid, pág. 138/139.

⁵⁴⁴ ALISTE SANTOS, Tomás Javier, "La motivación de las resoluciones judiciales", ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, vincula los obstáculos invocados a partir de la inmediación con el criterio jurisprudencial de la apreciación conjunta como criterio narrativo y suficiente de valoración de la prueba, pág. 369. NIEVA FENOLL, Jordi, "Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad", publicado en Civil Procedure Review, v. 3, n.1:3-24, jan-apr., 2012, "Se ha valorado y se valora, salvo excepciones, la credibilidad de un declarante a través de la simple intuición del juez, normalmente inmotivada".

no podía explicar o justificar porqué, esa convicción era prácticamente una revelación que le venía a partir de su supuesta privilegiada posición en el juicio oral⁵⁴⁵.

La valoración de la prueba quedaba, entonces, encriptada en el juzgador, quien era incapaz de verbalizar el proceso de revelación de la verdad. En este esquema, se combina una concepción de la *libre valoración*, entendida no sólo como desligada de toda regla legal sino también de toda regla epistemológica, con un *estándar de prueba subjetivo*, fundado en la convicción del juzgador, que inevitablemente conduce al irracionalismo⁵⁴⁶, no porque el resultado sea necesariamente irracional, sino por lo incontrolado del proceso, en el cual si la conclusión resulta acertada sólo será una casualidad.

En la medida en que el proceso de valoración de la prueba siga siendo visto esencialmente en perspectiva psicologista y, consecuentemente, atada a un estándar probatorio subjetivo que atiende al estado mental del juzgador, la cuestión de la motivación de los hechos de la sentencia seguirá constituyendo el tramo más opaco de la decisión, el menos controlable y, por ende, el que más riesgo de arbitrariedad desencadena. Este problema no se salda mediante el agregado al concepto de “libre convicción”, de adjetivos tales como “racional” o “razonada”. Como sostiene Aliste Santos, no se trata de una pieza de museo sino de criterios jurisprudenciales que aún persisten y que, hasta hace pocos años, eran dominantes⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ NIEVA FENOLL, Jordi, “*Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad*”, publicado en *Civil Procedure Review*, v. 3, n.1:3-24, jan-apr., 2012, “una especie de misteriosa intuición, por supuesto inmotivable y no sometida a crítica, en virtud de la cual el juez sabe perfectamente si el declarante miente o dice la verdad. Ello es simplemente falso”.

⁵⁴⁶ IBAÑEZ, Perfecto A., “*Sobre el valor de la inmediación. (una aproximación crítica)*”, publicado en “*En torno a la jurisdicción*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 156.

⁵⁴⁷ ALISTE SANTOS, Tomás Javier “*La motivación de las resoluciones judiciales*”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, cita las sentencias del Tribunal Suprema del 9 de octubre de 1980 y del 22 de diciembre de 1980 que hacen referencia a la “soberana” facultad valorativa de las pruebas mediante la cual el tribunal puede formar libremente su conciencia, pág. 298.

Esta tradición procesal que se originó en el intento por instaurar el sistema de jurados inglés en Francia terminó dando nacimiento a lo que Ferrajoli⁵⁴⁸ denominó monstruo jurídico nacido del acoplamiento del acusatorio al inquisitivo.

Cuando en el capítulo V se trató la valoración de la prueba y el estándar probatorio, se realizó una crítica a las concepciones subjetivistas que apelaban a los procesos psicológicos del juez en la valoración y a ciertos estados mentales alcanzados para el estándar. Esa posición subjetivista se lleva muy bien con la concepción irracionalista del conocimiento, según la cual se llega a la verdad sin poder explicar porqué, sólo se sabe que se llegó. En este contexto es muy poco probable que los jueces motiven sus decisiones sobre la valoración de los elementos de juicio y, a la vez, es muy propicio para que realicen afirmaciones apodícticas respecto de los hechos⁵⁴⁹.

La conocida referencia que suelen efectuar los códigos procesales en cuanto a que *para la valoración de la prueba sólo se exige la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción*⁵⁵⁰, pone al juzgador en una situación de contradicción prácticamente insoluble. O lo que importa son los estados mentales, tales como la convicción o la duda, o lo que interesa son las razones que justifiquen una decisión. Si son los primeros, entonces no se le puede pedir a los jueces que den razones, y si son las segundas, las normas deberían dejar de exigirles la convicción.

⁵⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi, *"Derecho y Razón"*, trad. Perfecto A. Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Valladolid, pág. 240.

⁵⁴⁹ ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *"La motivación de las resoluciones judiciales"*, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, señala que esta concepción sirve de título habilitante para justificar la oscuridad de las razones, pág. 325.

⁵⁵⁰ Art. 210 del CPP de Buenos Aires.

La concepción racionalista del conocimiento, por la que se ha optado al analizar la valoración de la prueba, implica que el juez de los hechos pueda dar razones de porqué un testigo o un perito es más creíble que otro que afirma lo contrario, y porqué, dentro de un contexto probatorio determinado, permite concluir en la afirmación de cierta hipótesis como verdadera. En definitiva, el juicio sobre la fiabilidad de una determinada prueba personal está compuesto de inferencias que deben poder ser verbalizadas, explicadas y justificadas, con prescindencia de la convicción íntima del juzgador. Si algún sentido tiene hablar de la verdad respecto de la hipótesis acusatoria, entonces será la epistemología la que brinde auxilio en ese cometido antes que la psicología.

Cuando se apela a la intuición o al olfato del juez que presencié el juicio se está confiando, sin razón alguna para hacerlo, en los procesos inferenciales que éste hace. Es muy probable que ni siquiera el propio juzgador sea consciente de ello, es decir, se tratará de inferencias descontroladas o no controladas. Si el juez no es consciente del proceso que realiza es obvio que no practicará ningún control (obviamente, tampoco el imputado y su defensa) sobre la validez de las inferencias, con el consecuente riesgo cierto de que sus conclusiones no sean otra cosa que la expresión de sus propios prejuicios o de falacias de generalización apresurada⁵⁵¹, muchas veces escondidas detrás de la genérica *impresión personal*.

Se suele hacer mención en las sentencias a la credibilidad de un testigo en virtud de la *impresión personal* causada al juez a través de la inmediación, asociada a ciertas actitudes corporales del declarante. Es muy difícil poder justificar la credibilidad o no de un testigo o perito a partir de cuestiones tales como el timbre de voz, su tartamudeo, sus nervios o su actitud en general. Se

⁵⁵¹ IBAÑEZ, Perfecto A., “Sobre el valor de la inmediación. (una aproximación crítica), publicado en “En torno a la jurisdicción”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 167.

tratan, todas, de signos ambiguos que pueden expresar tanto el miedo a ser descubierto en la mentira como el miedo a no ser creído en la verdad⁵⁵², como también deberse a otras circunstancias. Cualquier inferencia que se realice a partir de estos datos será absolutamente débil e inválida en términos epistemológicos y no autorizará ninguna conclusión en uno u otro sentido.

Sí es cierto, como señala Ibañez, que los signos que manifiesta un testigo o perito en su declaración pueden servir a las partes para dirigir o redireccionar sus preguntas⁵⁵³. Esos signos, tales como el tartamudeo o el temblor o la impresión personal en términos generales, permiten a las partes formular la hipótesis (abducción) de que el testigo está mintiendo o no está diciendo la verdad y, en consecuencia, establecer deductivamente ciertas predicciones que deberían ser confirmadas inductivamente a partir de las posteriores preguntas que se le realicen⁵⁵⁴.

Pero en definitiva, la credibilidad o no de dicho testigo surgirá de las respuestas que el mismo brinde a las preguntas fundadas en las predicciones de la parte que interrogó y de las posibles inferencias que se puedan hacer a partir de los datos, no en los simples signos que permitieron formular esas predicciones. En síntesis, interesa lo que el testigo finalmente verbaliza⁵⁵⁵.

Del mencionado carácter sacro asignado al conocimiento obtenido a través de la intermediación, nada queda. Sí conserva su inestimable carácter instrumental

⁵⁵² IBAÑEZ, Perfecto A., *"Sobre el valor de la intermediación. (una aproximación crítica)"*, publicado en *"En torno a la jurisdicción"*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 161.

⁵⁵³ IBAÑEZ, Perfecto A., *"Sobre el valor de la intermediación. (una aproximación crítica)"*, publicado en *"En torno a la jurisdicción"*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 160/161.

⁵⁵⁴ CAROFIGLIO, Gianrico, *"El arte de la duda"*, trad. Luisa Juanetay, ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2010, advierte la necesidad de seguir con atención el interrogatorio directo, registrando todos aquellos aspectos (actitud del testigo ante la situación procesal, puntos fuertes y débiles, maneras de expresarse) susceptibles de ser usados para preparar el contraexamen en condiciones óptimas, pág. 162.

⁵⁵⁵ HERBEL, Gustavo A., *"Derecho del imputado a revisar su condena"*, ed. Hamurabi, Buenos Aires, 2013, pág. 490.

que posibilita el contradictorio y la concentración de los actos en su producción originaria ante el juzgador⁵⁵⁶. Más allá de si la inmediación nació o no para hallar la verdad o del carácter político-cultural del mismo, lo cierto es que en términos de “evidencia” la inmediación tiene un valor epistemológico. El juicio oral y contradictorio es epistemológicamente preferible al juicio escrito, en donde la información llega mediatizada por otras fuentes.

En este sentido, insisto en lo dicho en otro capítulo, siendo el juicio oral un derecho del acusado, la inmediación se convierte en el aspecto sustancial de ese derecho, en el sentido de que una sentencia condenatoria que requiere la verdad sobre los hechos sólo puede provenir de los jueces del juicio⁵⁵⁷. En estos términos, es acertada la caracterización que Maier efectúa de la inmediación como principio político-cultural que posibilita el juicio público y oral, únicamente del cual puede provenir una sentencia condenatoria⁵⁵⁸.

Otra cuestión que se vincula a la sacralización de la inmediación es la posición que concibe a la verdad como absoluta e inmutable. Como también vimos, esta idea parte de que la realidad existe externamente y se impone al sujeto cognoscente de modo inexorable. Esta idea de la verdad como correspondencia absoluta con la realidad puede estar detrás de la concepción de que los jueces del juicio, debido a su posición privilegiada dada por la inmediación, son quienes están en condiciones de acceder a esa verdad que se les revela inevitablemente.

⁵⁵⁶ IACOVIELLO, citado por IBAÑEZ, Perfecto A., “Sobre el valor de la inmediación. (una aproximación crítica)”, publicado en “En torno a la jurisdicción”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, señala que es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez”. El juicio en condiciones de cierta genuinidad sólo está al alcance de un primer juzgador, pág. 159.

⁵⁵⁷ HERBEL, Gustavo A., “Derecho del imputado a revisar su condena”, ed. Hamurabi, Buenos Aires, 2013, pág. 483 y sgtes.

⁵⁵⁸ MAIER Julio B.J. “Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. composición”, publicado en *Antología. El Proceso Penal Contemporáneo*, ed. Palestra, Perú, 2008, pág. 854.

Esta concepción mentalista de la verdad resulta también problemática a la hora de la motivación de las cuestiones fácticas, pues la misma operaría exclusivamente a nivel sensorial por la sola presencia del juzgador gracias a la inmediatez. Es decir, la posibilidad de conocer la verdad está derivada directamente de la inmediatez temporal y espacial del juez con las pruebas como un acto de revelación. Esta posición ingenua de la verdad termina también por blindar el juicio⁵⁵⁹, por encriptar el proceso de determinación de los hechos, reduciéndolo, nuevamente, a una cuestión cuasimística.

Como se sabe, no sólo disponemos de un conocimiento limitado sino que además está mediatizado por el lenguaje. Sólo podemos percibir los hechos a partir del lenguaje, sin él nada sería comprensible. Esta es la distinción que efectúa Haack entre la evidencia y la creencia como *estado* (aspecto psicológico-causal), y la evidencia y la creencia como *contenido* –enunciado lingüístico- (aspecto lógico). Cuando hablamos de “hechos” en realidad sólo hacemos referencia a enunciados lingüísticos que tratan sobre hechos y el lenguaje es un producto de la cultura. En consecuencia, nuestros intentos de aproximarnos a una realidad ya están mediatizados por un formidable dispositivo cultural que, como tal, es contingente, relativo y ambiguo.

Dicho esto, al no haber ninguna realidad que se nos imponga a nuestros sentidos de modo inexorable, únicamente podemos trabajar con el conocimiento relativo que nos proveen los enunciados a partir de ciertos datos probatorios. Sólo nos quedan las reglas o criterios intersubjetivos para procurar que nuestras experiencias e inferencias puedan ser válidas y aceptadas como verdaderas por terceros. Sin dudas la inmediatez tiene un valor epistemológico en la medida en que posibilita una experiencia perceptiva directa con la fuente de información, el error consiste en confundir esa

⁵⁵⁹ IBAÑEZ, Perfecto A., “Sobre el valor de la inmediatez. (una aproximación crítica), publicado en “En torno a la jurisdicción”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 159.

vinculación directa con los hechos. El juez no accede a los hechos gracias a la intermediación sino a información de mejor calidad.

Otro aspecto que ha incidido en la persistencia de estándares bajos de motivación, ha sido la previsión del recurso de casación como único medio de impugnación en el sistema de enjuiciamiento mixto. Se sabe que los revolucionarios franceses depositaban su confianza en el principio de legalidad como forma de limitar las arbitrariedades del poder, pero, a la vez, manifestaban una gran desconfianza en los jueces provenientes del *ancien régime*. Esto explicó en gran medida la previsión de un recurso definido en función del control sobre los jueces en la aplicación de la ley, con expresa marginación de las cuestiones fácticas.

El combo conformado por la sacralización de la intermediación, que le otorgaba carácter soberano al juzgador respecto de los hechos, un estándar probatorio subjetivo y psicologizado, un proceso de acceso a la verdad mistificado y, por último, el recurso de casación, concebido como medio para controlar la aplicación uniforme del derecho de acuerdo a la voluntad del legislador, hacían imposible e innecesaria cualquier exigencia de que el juez motive su decisión sobre los aspectos fácticos de la sentencia⁵⁶⁰.

⁵⁶⁰ Sent. Del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, n° 60.251 del 15 de julio de 2014, señala que “el grado de convicción que cada testigo provoca en los jueces de mérito configura una cuestión subjetiva perteneciente a la esfera reservada por la ley para los magistrados del juicio quienes por su intermediación frente a los órganos de prueba son los encargados de establecer el mayor o menor valor de las declaraciones testimoniales”.

3. El deber de motivación como garantía del principio de presunción de inocencia.

Hemos analizado más arriba el carácter cognoscitivo que tienen el principio de estricta legalidad y el principio de estricta jurisdiccionalidad, en tanto sólo se puede establecer como presupuesto de una pena en abstracto una hipótesis delictiva conformada por un hecho empíricamente verificable y, consecuentemente, sólo se puede imponer una pena en concreto cuando la hipótesis legal haya sido empíricamente verificada. Se explicó que en este esquema, el concepto de verdad era resignificado en clave garantista en tanto requiere que se pueda predicar la verdad de la hipótesis acusatoria para poder aplicar una pena. Se sintetizó afirmando que *no puede haber pena sin verdad*.

Cuando se analizaron las condiciones materiales para el uso del concepto de verdad se mencionó que los jueces son libres en la valoración, en el sentido de que no están sujetos a valores preasignados por el legislador a los medios de prueba, pero se advirtió que ello no significaba que los jueces estén desprovistos de toda regla en el proceso de valoración, sino que debían adecuarse a los criterios de racionalidad.

Dentro de las condiciones materiales para el uso del concepto de verdad, se analizó, finalmente, el estándar probatorio exigido, señalando que debe tratarse de un estándar objetivo, dependiente de la calidad y cantidad de los elementos probatorios y no de uno subjetivo, subordinado a estados anímicos o mentales del juzgador. Se explicó que en el ámbito penal, la fijación del estándar se encontraba determinada por el principio de presunción de inocencia, como decisión política en el reparto de los riesgos de error, adoptada por los instrumentos internacionales de derechos humanos⁵⁶¹.

⁵⁶¹ IBAÑEZ, Perfecto A., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, publicado en “En torno a la jurisdicción”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, señala que

Sintetizando un poco lo dicho, se puede señalar que así como no puede haber pena sin verdad, tampoco puede haber verdad sin haberse alcanzado el estándar exigido por el principio de inocencia. De modo reversible, toda pena se legitima sólo en la medida en que la hipótesis acusatoria es verdadera y ésta sólo puede ser predicada una vez que se encuentre abastecido el estándar probatorio requerido.

Ahora bien, llegados a este punto, el principio de inocencia, entendido como garantía de libertad, sólo puede ser protegido en la medida en que los jueces puedan explicar las razones que justifican que la parte acusadora ha alcanzado el estándar probatorio que habilitaría la imposición de una pena. En este sentido, el deber de motivar la decisión sobre los hechos se constituye como garantía del principio de inocencia. En palabras de Ferrajoli, se trata de una *garantía de garantía*⁵⁶².

La Comisión Interamericana ha señalado en reiteradas oportunidades el nexo imprescindible entre principio de inocencia y deber de motivación. Así, ha destacado que en casos en los que se alega una violación al principio de presunción de inocencia en una sentencia condenatoria, la motivación de la sentencia resulta fundamental para entender si el tratamiento de las pruebas a nivel interno fue compatible con aquel⁵⁶³.

Por su parte, la Corte Interamericana también ha señalado la relevancia de la motivación a fin de garantizar el principio de presunción de inocencia,

no es lo mismo resolver conforme a una corazonada que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados. Sobre todo en un sistema procesal que tiene al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, pág. 209.

⁵⁶² FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón", trad. Perfecto A. Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Valladolid, pág. 614/615.

⁵⁶³ CIDH, caso 12.700 "Agustín Bladimiro Zegarra Marín, Perú", 2 de abril de 2014.

principalmente en una sentencia condenatoria, en cuanto debe expresar la suficiencia de la prueba de cargo para confirmar la hipótesis acusatoria, con la observancia de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba, incluidas aquellas que pudieran generar duda de la responsabilidad penal y el juicio final que deriva de esta valoración⁵⁶⁴.

La jurisdicción, que sólo puede habilitar el poder punitivo estatal en la medida en que los hechos de la imputación sean verdaderos, legitima su decisión en esa misma verdad a través del deber de motivación. Si la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad son las garantías del ciudadano inocente frente al poder penal, el deber de motivar las cuestiones fácticas es el instrumento que garantiza la vigencia y efectividad de ambas.

Si la verdad se convierte en la fuente de legitimación tanto interna como externa de la decisión de condenar a una persona e imponerle una pena, entonces el deber de motivar deviene imprescindible en la medida en que es a través del mismo que se puede garantizar el carácter cognoscitivo del juicio. Sólo la motivación garantiza la legitimidad, en tanto garantiza la verdad⁵⁶⁵. En términos epistemológicos, el deber de motivar es el deber del juzgador de *justificar su creencia*, pero no en términos personales sino como público. Taruffo define expresamente que la función esencial de la motivación es *justificar la decisión* que el juez ha formulado⁵⁶⁶.

El plano discursivo en el que se discute la pretensión de verdad del proponente (acusador) y las objeciones del oponente (imputado/defensa) mediante el argumento de las razones, busca la justificación ante un auditorio o público (en

⁵⁶⁴ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs. Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 147.

⁵⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y Razón*”, trad. Perfecto A. Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Valladolid, pág. 623.

⁵⁶⁶ TARUFFO, Michele, “*Sobre la complejidad de la decisión judicial*”, publicado en Precedente 2012, vol 1/ julio-diciembre, traducción de Carlos Mondragón, Cali Colombia, pág. 186/187.

el caso, el tribunal). Es decir, son los jueces los que deciden si la pretensión alcanzó la justificación, lo cual implica haber refutado todas las contrahipótesis. Ello no implica que los jueces, como comunidad de intérpretes, puedan justificar la pretensión de verdad por medio de razones no esgrimidas por el proponente. En esta medida, es cierto que la acusación, entendida como las razones del proponente para sostener su pretensión de verdad, deben integrar la eventual justificación. Sin embargo, a ello se debe agregar la respuesta a las razones del oponente (imputado/defensor). Es decir, explicar porque las razones del proponente refutaron todas las objeciones (o contrahipótesis) del oponente.

4. ¿Qué significa motivar?.

La Corte Interamericana señala que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias⁵⁶⁷. Dispensar al juzgador de razonar las decisiones es autorizarle, tácitamente, a ejercer la arbitrariedad⁵⁶⁸.

La Corte entiende al deber de motivación como *“la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”*⁵⁶⁹, remarcando que los argumentos *“deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y*

⁵⁶⁷ Corte IDH, Caso “Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador”, sent. 21 de noviembre de 2007, párr. 107 y caso “Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela”, sent. 5 de agosto de 2008, párr. 78.

⁵⁶⁸ Verlanga Huerta, citado por IBAÑEZ, Perfecto A., *“Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”*, publicado en *“En torno a la jurisdicción”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 179.

⁵⁶⁹ Corte IDH, caso “Aptiz Barbera Venezuela”, sent. 5 de agosto de 2008, párr. 77.

*normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad*⁵⁷⁰.

Agrega que *“la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado*⁵⁷¹. Para la Corte, el fallo de condena debe proporcionar una exposición clara, completa y lógica en la cual, además de realizar una descripción del contenido de los medios de prueba, exponga una apreciación de los mismos y se indiquen las razones por las cuales le resultaron o no confiables e idóneos para acreditar los elementos de la responsabilidad penal y, por lo tanto, para desvirtuar la presunción de inocencia⁵⁷².

La Corte Interamericana ha insistido en el “deber de motivación” como una de las debidas garantías que hace a la correcta administración de justicia y salvaguarda del debido proceso⁵⁷³. En similar sentido, el TEDH⁵⁷⁴ se ha referido al deber de motivación señalando que *“en reflejo de un principio relativo a la correcta administración de justicia, las sentencias de las cortes y los tribunales deben exponer de manera adecuada las razones en las que se basan”*.

Con bastante sencillez, la Corte Interamericana caracteriza de modo adecuado al deber de motivación, al concebirlo como *la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión*. En relación a la cuestión fáctica,

⁵⁷⁰ Corte IDH, caso “López Mendoza vs. Venezuela”, sent. 1 de septiembre de 2011, párr. 141.

⁵⁷¹ Corte IDH, caso “Aptiz Barbera vs. Venezuela”, sent. 5 de agosto de 2008, párr. 78, de ese modo, el deber de motivación es también garantía del derecho a ser oído. Específicamente la violación al deber de motivación que se deriva del art. 8.1 CADH ha sido aplicado en materia penal en el caso “Tristán Donoso vs. Panamá”, párr. 152/157.

⁵⁷² Corte IDH, caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, 29 de mayo de 2014, párr. 288. Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs. Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 148.

⁵⁷³ Corte IDH, caso “Aptiz Barbera vs. Venezuela”, sent. 5 de agosto de 2008, párr. 77.

⁵⁷⁴ TEDH caso “Suominen c. Finlandia”, 1 de julio de 2003.

ello significa la exteriorización de las razones. De ese modo, se distancia de aquella concepción que postula que el juzgador debe plasmar el *iter* psicológico seguido hasta arribar a la conclusión, una precisa exposición de los procesos mentales que han conducido a la decisión⁵⁷⁵. No interesan los estados mentales del juzgador ni la génesis del proceso psicológico por el que ha tenido que atravesar⁵⁷⁶.

Por el contrario, la Corte rescata, mediante su expresión, las exigencias propias de la tradición racionalista. Si, como se dijo en su oportunidad, la valoración de la prueba debe estar sujeta a las reglas del conocimiento racional y el estándar probatorio exigido es objetivo, prescindiendo de los estados anímicos o mentales del juez, tales como convicción, certeza, etc, entonces es claro que los jueces se encuentran en condiciones de llevar a cabo la tarea de brindar las razones que justifiquen, epistemológicamente, la afirmación de que la hipótesis de la acusación es verdadera en tanto ha alcanzado el grado de corroboración exigido.

De este modo, el deber del tribunal es mostrar que sus conclusiones fácticas tienen una base firme en las pruebas presentadas y un soporte sólido en los cánones del razonamiento válido⁵⁷⁷.

El relato acerca de los hechos constituye lo que Taruffo denomina la *narración final* a cargo del juzgador, conformada por una serie de enunciados asertivos de los que se predica su verdad. El relato debe dar cuenta de los hechos relevantes de la hipótesis legal que se postula aplicable. Cada enunciado

⁵⁷⁵ DAMASKA, Mirjan, “*El derecho probatorio a la deriva*”, trad. Joan Picó i Junoy, ed. Marcial Pons, 2015, pág. 56 señala que pretender esa tarea de parte de los jueces significa exigirles un deber hecúleo.

⁵⁷⁶ TARUFFO, Michele, “*Simplemente la verdad*”, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 267.

⁵⁷⁷ DAMASKA, Mirjan, “*El derecho probatorio a la deriva*”, trad. Joan Picó i Junoy, ed. Marcial Pons, 2015, pág. 56.

asertivo que se formula debe explicar, a su vez, los elementos de juicio que le brindan apoyo empírico y la fiabilidad o credibilidad de cada uno de ellos individualmente analizados.

Es decir, el juzgador tiene que indicar las inferencias probatorias que posibilitan grados de confirmación adecuados a esos enunciados asertivos y que permiten su consideración como verdaderos. Esto implica dar cuenta tanto de las inferencias relativas a la fiabilidad de las fuentes como a la cadena de inferencias que conduzcan a los hechos principales. Si el testigo A sostiene haber visto a Juan saliendo a las cuatro de la madrugada del terreno donde se encuentra la casa en la cual se ha cometido el robo, primero se deben formular las posibles inferencias que permitan concluir en la afirmación de que Juan ha salido a las 4 de la mañana del terreno de la casa robada. Para ello es necesario analizar la fiabilidad del testigo A: razones por las que A se encontraba despierto a esa hora, distancia desde donde observó a Juan, iluminación artificial existente, condiciones de la visión de A, etc. Lo mismo para el caso de que exista un testigo B que haya declarado que a esa hora Juan se encontraba en otro lugar. Formuladas las inferencias que permitan atribuir la credibilidad al testigo A y la no credibilidad del testigo B, es posible tener por verdadero el enunciado “Juan salió a las 4 de la madrugada del terreno de la casa robada” y a partir de ese dato, formular subsiguientes inferencias que se encadenen vertical y horizontalmente⁵⁷⁸ en lo que Haack denomina integración explicativa.

Como se observa, el juez debe hacerse cargo de todos los elementos de prueba producidos en el juicio, resultando insuficiente que escoja sólo aquellos

⁵⁷⁸ Algunos autores prestan particular atención a la representación gráfica de las inferencias como forma de control del razonamiento, representando verticalmente las inferencias que pasan de un dato a otra conclusión vinculada a los hechos relevantes, mientras que las representadas horizontalmente se refieren a las inferencias respecto de la credibilidad de la fuente, ver TILLERS, Peter “Representando la inferencia de hechos en el ámbito jurídico”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del derecho, 30 (2007), pp. 383-414.

elementos que le permitan formular las inferencias adecuadas a su conclusión. Debe explicar las razones por las que enunciados distintos o integrantes de hipótesis alternativas, no han alcanzado un grado de confirmación suficiente o haya sido confirmada su falsedad. En el ejemplo anterior, el juez debería explicar por qué el enunciado “a esa hora de la madrugada Juan se encontraba en otro lugar”, que encontraría apoyo en el testigo B, no ha podido ser confirmado, tiene una débil confirmación o ha sido confirmada su falsedad. Haber concluido en la credibilidad del testigo A no autoriza a concluir, automáticamente, en la falta de credibilidad del testigo B⁵⁷⁹. La existencia de elementos de juicio que sean compatibles con una hipótesis favorable al imputado no puede dejarse arbitrariamente de lado para utilizar sólo aquellos que dan sustento a la hipótesis acusatoria.

Existe una tradición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que expresamente señala que el juez no se encuentra obligado a dar cuenta de toda la prueba⁵⁸⁰, es decir, le bastaría con hacerse cargo sólo de aquella que resultaba útil para justificar su conclusión sobre los hechos⁵⁸¹.

Esta concepción resulta contraria al derecho de defensa que contempla, como parte del mismo, el derecho a proponer prueba (art. 8.2.f CADH), pues si el juzgador no se encuentra obligado a dar cuenta, en la motivación del fallo, de la prueba presentada por la defensa y de los enunciados asertivos que se podían inferir de ella, entonces no hay forma alguna de saber si esos elementos fueron valorados por el juzgador. Contemplar, expresamente, el derecho a proponer prueba si luego el juez no tiene la obligación de valorarla, no es más que una formalidad que vacía de contenido material el derecho. Termina por ser contrario al objeto y fin para el que fue consagrado.

⁵⁷⁹ TARUFFO, Michele, *“Simplemente la verdad”*, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 272.

⁵⁸⁰ CSJN, Fallos: 297:222; 306:1290; 307:592.

⁵⁸¹ TARUFFO, Michele, *“Simplemente la verdad”*, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pág. 271.

La Corte Interamericana señala que si la sentencia sólo se limita a enunciar la prueba de descargo, sin realizar un análisis de la misma, carece de una debida motivación⁵⁸². En virtud del principio de presunción de inocencia, el órgano jurisdiccional debe valorar racional y objetivamente las pruebas de cargo y de descargo, así como desvirtuar las hipótesis de inocencia que surgieran a partir de éstas, a fin de determinar la responsabilidad penal⁵⁸³.

En este sentido, la Comisión Interamericana señala expresamente la necesidad de que las autoridades judiciales se pronuncien sobre los alegatos probatorios del acusado, como garantía de que los mismos han sido valorados⁵⁸⁴.

En relación a la obligación del juzgador de hacerse cargo de la totalidad del conjunto de elementos de juicio, resulta ilustrativa la previsión normativa del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires. En su versión original, según ley 11.922, el ordenamiento no contemplaba una sola norma referida a la motivación de la sentencia. Recién mediante reforma introducida al artículo 371 del CPPBA se incorporó el siguiente texto: *la resolución contendrá una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, y de la valoración de los medios de prueba que fundamenten dichas conclusiones, así como la enunciación de las razones por las cuales no fueran atendibles las pruebas decisivas contrarias a las mismas;*

⁵⁸² Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs. Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 151.

⁵⁸³ Corte IDH, caso “Zegarra Marín vs. Perú”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 142-144. BAYTELMAN, A., “La fundamentación de la sentencia en el nuevo proceso penal”, en *AAVV, Nuevo Proceso Penal*, Conosur, Santiago, 2000.

⁵⁸⁴ CIDH caso 12.679 José Agapito Ruano Torres y familia, El Salvador, 4 de noviembre de 2013, párr. 139. Allí la Comisión señala que los argumentos de Agapito Ruano Torres que se relacionan con que el propio fiscal señaló al señor Ruano Torres a fin de que la víctima del secuestro lo pueda identificar y que se consignaron nombres falsos en el acta de dicha diligencia, no consta en el expediente judicial que las autoridades judiciales hubieran valorado estos alegatos ni se hubieran pronunciado al respecto.

*debiendo responderse a los planteamientos sustanciales realizados por las partes*⁵⁸⁵.

La Comisión Interamericana considera que un corolario fundamental del principio de presunción de inocencia, es que las autoridades judiciales dejen constancia de la prueba que consideró suficiente para desvirtuarla. Asimismo, ante la existencia de prueba favorable, el principio de presunción de inocencia exige de las autoridades judiciales motivar las razones por las cuales dicha prueba favorable no genera una duda sobre la responsabilidad penal de la persona en cuestión⁵⁸⁶.

Taruffo señala que el juez debe tomar en consideración los elementos de juicio que provengan de la “*competición*” dialéctica que se desarrolla entre las partes en el curso del proceso, lo cual implica que el juez tiene que argumentar críticamente sobre varios aspectos de esta dialéctica y sobre los contenidos que de la misma surjan, dado que no puede dejar de respetar el derecho a la prueba que le asiste a ambas partes⁵⁸⁷.

La cuestión es central, pues si el juzgador sólo selecciona los elementos que dan sustento a la hipótesis acusatoria y no dice nada de los elementos restantes favorables al acusado, quiere decir que no han sido refutadas las hipótesis alternativas y, por lo tanto, no se ha alcanzado el estándar probatorio exigido por la presunción de inocencia para la imposición de una condena.

⁵⁸⁵ Art. 371 CPP de Buenos Aires.

⁵⁸⁶ CIDH, caso 12.700 Agustín Bladimiro Zegarra Marín, Perú, 2 de abril de 2014, párr. 68. En el caso, la Comisión señala que las autoridades judiciales no señalaron las razones específicas por las cuales resultaba en sí misma suficiente la declaración de un coimputado para desvirtuar su presunción de inocencia. Más aún cuando, no obstante, existir prueba favorable que contradecía las declaraciones del coimputado, la autoridad judicial no dejó constancia de la motivación por la cual tales pruebas no generaban duda sobre su responsabilidad penal, limitándose a indicar que las declaraciones del coimputado eran “factibles”.

⁵⁸⁷ TARUFFO, Michele, “*Sobre la complejidad de la decisión judicial*”, publicado en Precedente 2012, vol 1/ julio-diciembre, traducción de Carlos Mondragón, Cali Colombia, pág. 186/187.

Aliste Santos entiende que el criterio jurisprudencial según el cual el juez no debe hacerse cargo de todos los elementos probatorios se liga a la idea de la valoración conjunta de la prueba, como práctica viciada, para esquivar la valoración individual que merece cada una de las pruebas producidas en el juicio⁵⁸⁸. En este sentido, el recurso a la mencionada “valoración conjunta” termina desempeñando un rol similar a la invocación de la inmediatez, como forma de encriptar el proceso de valoración del juez y que luego se traduce necesariamente en un déficit de motivación de las cuestiones fácticas.

El juez debe explicitar el proceso inferencial⁵⁸⁹ que realiza respecto de cada uno de los enunciados asertivos que afirma, explicitando cuáles son las premisas o criterios de orden general de que se vale, tales como las nociones de sentido común o las máximas de la experiencia, las cuales también pueden ser objeto de prueba⁵⁹⁰, teniendo que justificar el fundamento cognoscitivo de esa premisa y así, justificar la validez de la inferencia⁵⁹¹.

Finalmente, corresponde al juez hacerse cargo de explicar porqué considera que la hipótesis acusatoria ha alcanzado el estándar probatorio exigido para poder considerarla probada y, en consecuencia, verdadera. Es decir, porqué la cantidad y calidad de prueba eran suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia⁵⁹². Esto significa que la hipótesis debe ser capaz de explicar todos los datos disponibles, integrándolos de forma coherente. A su vez, las

⁵⁸⁸ ALISTE SANTOS, Tomás Javier, “*La motivación de las resoluciones judiciales*”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, pág. 369.

⁵⁸⁹ TARUFFO, Michele, “*Sobre la complejidad de la decisión judicial*”, publicado en *Precedente* 2012, vol 1/ julio-diciembre, traducción de Carlos Mondragón, Cali Colombia, pág. 189.

⁵⁹⁰ ALISTE SANTOS, Tomás Javier, “*La motivación de las resoluciones judiciales*”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, pág. 344.

⁵⁹¹ IBÁÑEZ, Perfecto A., “*Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*”, publicado en “*En torno a la jurisdicción*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 204-206.

⁵⁹² CIDH, caso 12.700 Agustín Bladimiro Zegarra Marín, Perú, 2 de abril de 2014, párr. 68. En el caso, la Comisión señala que las autoridades judiciales no señalaron las razones específicas por las cuales resultaba en sí misma suficiente la declaración de un coimputado para desvirtuar su presunción de inocencia.

predicciones de nuevos datos que la hipótesis provisoria permita formular tienen que haber resultado confirmadas. Finalmente, es necesario que se hayan refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc⁵⁹³.

⁵⁹³ FERRER BELTRÁN, Jordi, *“La valoración racional de la prueba”*, ed. Marcial Pons, pág. 147.

CAPITULO VII

LA REVISIÓN DE LOS HECHOS

1. Introducción

Los órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos, a través de sus decisiones, han elaborado progresivamente una serie de estándares en relación a la revisión de los aspectos fácticos de la sentencia condenatoria. En este sentido, han formulado los lineamientos generales de lo significa el derecho a la revisión del fallo en cuanto a la determinación de los hechos y la valoración de la prueba.

Antes de ingresar en el desarrollo de la propuesta que se efectuará en relación a cómo debe ser la revisión de los hechos y las pruebas de una sentencia condenatoria, es conveniente efectuar un repaso por los criterios elaborados por los órganos al respecto.

En el caso del Comité de Derechos Humanos del Pacto, existen tempranas advertencias en cuanto a que el fallo y la pena *deben poder ser revisados íntegramente* y a que dicha revisión no se puede limitar a aspectos formales o legales de la sentencia, recordando que la cláusula del artículo 14.5 supone el derecho a una revisión que incluye los *hechos*⁵⁹⁴.

El Comité, si bien reconoce el margen de discreción de los Estados para regular las modalidades del recurso, señala que el Pacto impone la obligación de revisar a fondo la sentencia y la condena, desde el punto de vista de la *suficiencia de la prueba*⁵⁹⁵, lo cual implica no sólo examinar la legalidad de la

⁵⁹⁴ Com. N° 701/1996, Cesario Gómez Vazquez c. España, 20 de julio de 2000, párr. 11.1. Com. 986/2001, Joseph Semey c. España, 30 de julio de 2003, 9.1. Com. N° 1007/2001, Manuel Sineiro Fernandez c. España, 19 de septiembre de 2003, párr. 7. Com. N° 836/1998, Kestutis Gelazauskas c. Lituania, 17 de marzo de 2003, párr. 7.2.

⁵⁹⁵ Com. N° 973/2001, Maryam Khalilova c. Tajikistán, 13 de abril de 2005, párr. 7.5. Com. N° 985/01, Kholiniso Aliboev c. Tajikistán, 6 de noviembre de 2005, párr. 6.5. Com. N° 1100/2002, Yuri Bandajevsky c. Belarus, 18 de abril de 2006, párr. 10.3. Com. N° 1542, Abdeel Keerem Hassan Aboushanif c. Noruega, 2 de septiembre de 2008, párr. 7.2. Com. N° 2120/2011, Lyubov Kovaleva y otros c. Belarus, 2 de noviembre de 2012, párr. 11.6.

prueba sino también su valor probatorio⁵⁹⁶, sin que le esté permitido al tribunal superior que realiza la revisión limitar su examen a si las conclusiones a las que arriba el tribunal de primera instancia son o no arbitrarias⁵⁹⁷.

En el ámbito regional, la Comisión Interamericana ha sostenido que la doble conformidad judicial debe implicar el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo⁵⁹⁸, lo cual significa que debe incluir aspectos tales como la determinación de los hechos o los criterios de valoración probatoria⁵⁹⁹. Si el fin del derecho a la revisión es constituir una garantía contra el error judicial, dichos errores no se limitan a los aspectos de derecho, sino que pueden sucederse en errores de interpretación, de valoración de la prueba o de análisis, que deben ser corregidos⁶⁰⁰.

La Comisión entiende que esta amplitud de la revisión, si bien no implica necesariamente un nuevo juicio o audiencia, ello es así en tanto el tribunal que revisa no esté impedido de estudiar los hechos de la causa⁶⁰¹. Los Estados se

⁵⁹⁶ Com. N° 1363/2005, Gerardo Gayoso Martínez c. España, 23 de noviembre de 2009, párr. 9.3. Comité de DDHH del PIDCyP, Observación General n° 32, párr. 45.

⁵⁹⁷ Com. N° 1101/2002, José María Alba Cabriada c. España, 15 de noviembre de 2004, párr. 7.3.

⁵⁹⁸ CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 186-187.

⁵⁹⁹ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 186. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marillio Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 256. CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 76. CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr.131. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 189.

⁶⁰⁰ CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 93.

⁶⁰¹ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 189. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marillio Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 259. CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 80. CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr.134. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. CIDH,

encuentran obligados a asegurar que los principios de oralidad e inmediación no impliquen exclusiones o limitaciones en el alcance de la revisión⁶⁰².

El tribunal superior encargado de la revisión no puede limitarse a evaluar si existió alguna fundamentación y a verificar la existencia de razones para imponer una condena, sin incluir el examen acerca de la corrección de las mismas. En este sentido, no abastece las exigencias de una revisión amplia el comportamiento del tribunal superior que se limita a transcribir algunos fragmentos de la sentencia sin efectuar una valoración al respecto⁶⁰³. Por ello, no resulta correcto que el derecho a la revisión del fallo sea condicionado a la existencia de una violación de derechos constitucionales o a una arbitrariedad manifiesta⁶⁰⁴.

Por su parte, La Corte Interamericana al analizar el elemento constitutivo del derecho a la revisión del fallo relativo a la *eficacia del recurso*, señala que ello implica también que el mismo debe permitir analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas, posibilitando un amplio control de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria⁶⁰⁵. La Corte entiende también que las cuestiones fácticas y probatorias pueden incidir en la corrección de una

Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 192.

⁶⁰² CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 191. CIDH, Informe 176/10, caso 12.576, 12.611 y 12.612, Fondo, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marilíeo Saravia, Victor Ancalaf Llaupé y otros, 5 de noviembre de 2010, párr. 261. CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 82. CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr.136. CIDH, Informe 33/14, caso 12.820, Fondo, Manfred Amrhein y otros (Costa Rica), 4 de abril de 2014, párr. 194.

⁶⁰³ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 216-217.

⁶⁰⁴ CIDH, Informe 172/10, caso 12.561, Cesar Alberto Mendoza y otros (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 202, 213. CIDH, Informe 173/10, caso 11.618, Fondo, Oscar Alberto Mohamed (Argentina), 2 de noviembre de 2010, párr. 93. CIDH, Informe 66/12, caso 12.324, Fondo, Rubén Luis Godoy (Argentina), 29 de marzo de 2012, párr. 141.

⁶⁰⁵ Corte IDH, caso "Herrera Ulloa c. Costa Rica", sent. 2 de julio de 2004, párr. Corte IDH, caso "Mendoza y otros vs. Argentina", sent. 14 de mayo de 2013, párr. 245. Corte IDH, caso "Mohamed vs. Argentina", sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 100.

condena penal y, por lo tanto, su análisis no puede quedar excluido de una revisión integral del fallo que procure ser una garantía contra el error judicial⁶⁰⁶.

Señala que la simple transcripción de los argumentos ofrecidos por el tribunal inferior, sin que el tribunal superior que resuelve el recurso exponga un razonamiento propio, que soporte lógicamente la parte resolutive de su decisión, no cumple el requisito de *eficacia* del recurso protegido por el art. 8.2.h de la Convención⁶⁰⁷.

Finalmente, la Corte también señala el carácter integral que debe cumplir la revisión para satisfacer el derecho reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención y remarca la existencia de errores judiciales que se producen a nivel de la valoración de los elementos probatorios y que requieren ser corregidos.

A partir de este breve resumen de los criterios de los órganos de aplicación de tratados, en relación al derecho a la revisión, se puede realizar una caracterización del mismo sobre el alcance de la revisión de los aspectos fácticos de la sentencia. De este modo, se puede señalar:

- la revisión del fallo debe ser íntegra, abarcando también las cuestiones de hecho.
- que la revisión no se satisface con el control sobre la legalidad de la prueba, estos es, lo que en términos del presente trabajo identificamos como las *condiciones formales del uso del concepto de verdad*.
- debe incluir el examen del *valor probatorio de dicha prueba y la suficiencia de la misma*. Es decir, el control sobre las *condiciones materiales del uso del concepto de verdad*.

⁶⁰⁶ Corte IDH, caso "Mendoza y otros vs. Argentina", sent. 14 de mayo de 2013, párr. 256.

⁶⁰⁷ Corte IDH, caso "Norín Catrimán y otros c. Chile", sent. 29 de marzo de 2014, párr. 279.

- el derecho a la revisión no implica necesariamente un nuevo juicio. De este modo, el derecho a la revisión no es un derecho a una “segunda primera instancia”. Esto no significaría “revisar” sino solamente procurar el “doble conforme” por repetición, exclusivamente de modo estadístico. Sin embargo, puede ser necesario recrear ante el tribunal revisor las condiciones de inmediación en relación a ciertos elementos de prueba.
- la supervisión no se limita a transcribir los fundamentos del fallo de primera instancia y a analizar las conclusiones en términos de la arbitrariedad. No basta con constatar que exista fundamentación sino que la revisión debe alcanzar el escrutinio sobre la corrección de esa fundamentación. Debe realizar un análisis propio sobre los elementos de prueba.

2. La revisión de la verdad.

Todo el desarrollo efectuado con anterioridad en torno al concepto de verdad y a las condiciones de su uso, además de introducir un esquema explicativo necesario, pretende guiar, a continuación, el análisis de la revisión de los aspectos fácticos de la sentencia condenatoria. El objetivo es que la estructura diseñada en relación a las condiciones formales y materiales del uso del concepto de verdad facilite y ordene el tratamiento de la impugnación y revisión de las cuestiones relativas a la determinación de los hechos.

Obviamente, cualquier afectación a *las condiciones formales del uso del concepto de verdad: imparcialidad, reglas de adquisición de la prueba, contradictorio*, se convierte en un motivo de la revisión de dichos aspectos de la sentencia. Del mismo modo sucede con *las condiciones materiales del uso del concepto de verdad: la valoración de la prueba y el estándar probatorio*.

Los aspectos de la revisión vinculados a las condiciones formales, más allá del debate que puedan suscitar, se encuentran básicamente circunscriptos a la interpretación y alcance de cláusulas constitucionales o convencionales, por lo que su campo podría enmarcarse dentro de lo que se denomina casación constitucional. Este, si bien constituye un aspecto importante de la revisión, las diferencias que suscita se resumen en posiciones doctrinarias divergentes y, más allá de eso, no existirían dificultades adicionales que complejicen la cuestión y que no puedan ser salvadas mediante el ejercicio del control de convencionalidad, atendiendo al alcance que, en definitiva, otorgue la Corte Interamericana en su condición de intérprete final de la Convención.

En algunos casos, la violación a las condiciones formales, tales como el contradictorio o la imparcialidad, podrán tener como consecuencia la realización de un nuevo juicio. En otros, como la aplicación de la regla de exclusión, la solución podrá conducir al análisis de las condiciones materiales, esto es, excluido un determinado elemento de prueba, restaría analizar su impacto en el estándar probatorio.

Por el contrario, los aspectos vinculados a las condiciones materiales del uso del concepto de verdad generan mayor dificultad y son objeto de estudios y abordajes desde diferentes perspectivas y disciplinas en la actualidad. Suelen constituir, además, el aspecto nuclear de la pretensión de revisión de los hechos de una sentencia y son los que mayor resistencia encuentran por parte de los órganos encargados de supervisar el fallo.

En función de ello, al entender que el derecho a la revisión de la condena es una garantía específica contra el error judicial que vulnera la presunción de inocencia, se centrará la atención de la revisión exclusivamente en los aspectos relativos a las condiciones materiales del uso del concepto de verdad. En este sentido, retomaremos el esquema conceptual del fundaherentismo de

Susan Haack como herramienta de la epistemología para analizar el grado de justificación de los enunciados asertivos formulados por el juzgador. En su oportunidad, vinculamos el concepto de verdad al de justificación de una creencia, señalando el carácter graduable de este último. Se dijo que el grado de justificación exigido es producto de una decisión política y que es el que nos autoriza a hablar de verdad en ámbito determinado. Finalmente, se explicó que en el ámbito penal el grado de justificación requerida o estándar probatorio estaba determinado por el principio de inocencia como decisión política y que ello era lo que nos permitía afirmar la verdad de un conjunto de proposiciones relativas a hechos del pasado. Es decir, tener por justificada la pretensión de verdad del acusador.

3. La revisión de la valoración.

Lo que comúnmente se denomina valoración de la prueba, constituye el proceso de formación de la *justificación* de la creencia del juzgador en la hipótesis acusatoria a partir de la *evidencia* y de las *razones*.

El juez accede a las pruebas a partir de su experiencia perceptiva, constituyendo la misma en cada caso la *evidencia* que brindará o restará apoyo a determinada creencia. En el caso de las pruebas personales el juez se enfrenta a un sujeto que expresa una creencia (el testimonio o la pericia) y deberá evaluar, a su vez, la *evidencia* y las *razones* que ese sujeto tiene para justificar su creencia.

El testigo A puede sostener que Juan cruzó corriendo calle 7 en dirección a Plaza San Martín. La *evidencia* que justifica esa creencia de A, es que *vio* a Juan cruzar corriendo, es decir, su *estado perceptivo*. A los fines de la

justificación es necesario pasar de la *evidencia como estado* a la *evidencia como contenido*, esto es, a las oraciones y proposiciones que expresan la experiencia sensorial del sujeto, a los enunciados lingüísticos.

Recordemos lo señalado con anterioridad en cuanto a que, en la fase evaluativa de la explicación, “*evidencia*” significa *contenido de evidencia*, pues son las oraciones o proposiciones (aspecto lógico) y no los *estados* de una persona (aspecto psicológico o causal), las que pueden apoyarse o destruirse mutuamente, condicionar su probabilidad o disconformidad, ser consecuente o inconsecuente entre sí y ser coherente o no serlo como explicación. Por tanto, se había señalado la necesidad de establecer un *punte* desde los *estados de evidencia* a los *contenidos de evidencia*⁶⁰⁸.

Tratándose el lenguaje de una construcción cultural y, por tanto, contingente, con lagunas y ambigüedades, no existen garantías absolutas en el tránsito de la evidencia como *estado* a la evidencia como *contenido*. Es decir, cuando el sujeto pone en palabras su estado corporal producto de la experiencia sensorial pueden producirse distorsiones que se operan en ese *punte*.

Por ello, resulta conveniente que la *evidencia como contenido* esté formulada en términos descriptivos, separándola de la creencia misma. Así por ejemplo, que el testigo se encontraba en un estado perceptivo en el *que se encontraría un sujeto normal, en circunstancias normales, cuando ve a una persona con ciertos rasgos fisonómicos a la que identifica como Juan cruzar corriendo calle 7 en dirección a Plaza San Martín*.

Las *razones* que apoyan la creencia de A podrían ser que A conoce a Juan desde chico del barrio, que sabe que Juan suele usar una campera de jeans

⁶⁰⁸ HAACK, Susan “*Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología*”, trad. M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 114.

como la que tenía la persona que vio corriendo y que, un momento antes, había visto el auto de Juan estacionado sobre la Plaza, que coincidía con la dirección hacia la cual Juan corría.

Esas circunstancias le permiten al juzgador evaluar si la creencia de A estaba justificada, lo cual no significa que, en caso afirmativo, automáticamente esa creencia se encuentre justificada para el juzgador. Puede ocurrir que el perito oftalmólogo B declare que A es paciente suyo y que el mismo posee un déficit en su visión que no le permitiría distinguir un rostro a 20 metros de distancia, cuando según su relato A se encontraba a 50 metros y, a su vez, que el propio Juan declare que si bien se conocen desde chicos, hace más de 5 años que se mudó y que no se ven. En este caso, la creencia de A no parece encontrarse justificada en tanto existe evidencia que le resta apoyo. Puede ocurrir que en realidad A haya visto a un sujeto con determinadas características y que él haya creído que era Juan, producto de un sesgo de expectativa⁶⁰⁹. En este caso, la creencia no encuentra apoyo total en la evidencia pues esta sólo brinda sustento a una creencia en los términos de que A vio a una persona con las características a, b y c y que Juan tenía las características a, b y c, que no es lo mismo que haber visto a Juan.

A su vez, puede ocurrir que aún cuando la creencia del testigo A sea justificada tanto para A como también para el juzgador, la misma no permita apoyar la creencia de la hipótesis acusatoria. Así, si la víctima del robo declara que el autor era uno sólo y que vestía remera y el propio Juan declara que ese día había ido al médico, a la clínica que se encuentra cruzando calle 7, a metros de Plaza San Martín, donde dejó estacionado su auto, en el horario próximo al hecho, y que corría porque llegaba tarde, en este caso, la creencia de que Juan cruzó corriendo calle 7 en dirección a Plaza San Martín se encuentra justificada

⁶⁰⁹ ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., *“Análisis de la prueba”*, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, pág. 98.

tanto para el testigo A como para el propio juzgador, sin embargo, no brinda apoyo a la hipótesis acusatoria de que Juan es el autor del robo. Por el contrario, brinda apoyo a la hipótesis de la defensa, según la cual, Juan había ido al médico.

En estos casos, existen diferentes *evidencias y razones* del juzgador que apoyan o impiden cierta creencia. Es decir, existen diferentes creencias que compiten entre sí en función de la evidencia y las razones. Recordemos que las *razones* son las otras creencias que apoyan el estado de creencia *x* de la persona, respecto de las cuales esta puede tener un *estado de evidencia adicional*. Así, el testigo A, por sí solo, dará apoyo a la creencia de que Juan es el autor del hecho, mientras que el testigo B y la declaración del propio Juan darán apoyo a la creencia de que Juan estaba en el médico en el momento del hecho. Claramente, la segunda cuenta con mucho más apoyo que la primera en orden a su justificación, además de que integra explicativamente mucho mejor a toda la evidencia.

Al momento de valorar la prueba, el juzgador debería comenzar por analizar si la creencia del testigo A se encuentra justificada. Recuérdese que la justificación es personalizada, es decir, lo que interesa es el *status epistémico* de A, pero no significa que la justificación sea subjetiva, es decir, que dependa de lo que A crea que es una evidencia válida. Los criterios de justificación son objetivos.

Establecida que la creencia del testigo A se encuentra justificada, es necesario analizar si puede constituir una evidencia válida, que justifique esa misma creencia por parte del juzgador. Puede ocurrir que existan otras evidencias que pongan en crisis la creencia de A para el juez, como por ejemplo la declaración del oculista de A. Si A conocía su déficit de visión, la creencia de A no estará justificada. Si A la desconocía pero en el juicio se le realiza una pericia

oftalmológica que concluye que A no puede distinguir un rostro a más de veinte metros, la creencia podrá ser justificada para A pero no para el juzgador, pues hay *razones* que restan apoyo a dicha creencia. Lo mismo ocurre en el caso en que el auto que A identificó como de Juan en realidad, si bien era el mismo modelo y color, Juan lo había vendido hacia un año, circunstancia declarada en el juicio por el comprador.

De concluirse que la creencia justificada de A puede ser una creencia justificada para el juzgador, restará verificar de qué modo se integra con el resto de las creencias (*razones*) en la explicación de la hipótesis acusatoria. Es decir, resta analizar la *relevancia* de esa creencia para justificar la creencia sobre la hipótesis acusatoria.

Así, en el caso de que el juzgador considere que Juan cruzó corriendo calle 7 en dirección a Plaza San Martín, ella no puede justificar por sí la creencia de que Juan fue el autor del robo al comercio de calle 8. Sin embargo, esa creencia integrada con otras, tales como la declaración de la víctima que describe al autor con características fisonómicas similares a las de Juan, señalando que vestía campera de jeans y mencionando que dicho sujeto se cortó la mano cuando rompió el cristal de la vitrina para sustraer los objetos, la revisión médica de Juan al momento de su detención, donde consta un corte en su mano compatible con vidrio, posibilitan una explicación integrativa, compatible con la hipótesis acusatoria del delito.

Podría ocurrir lo contrario, en caso que la víctima describa de un modo incompatible al autor con las características fisonómicas o de vestimenta de Juan o que el médico no detecte ninguna lesión en la mano de Juan. Lo que interesa, es tener en cuenta que la *relevancia* de una prueba no se determina en forma separada, comparandola en forma aislada con la hipótesis acusatoria,

sino verificando si la misma contribuye o no a una *integración explicativa* de la dicha hipótesis.

Este proceder del juez al momento de valorar la prueba, que transita entre el atomismo y el holismo como planteos extremos, es lo que Susan Haack ha denominado *holismo articulado* y que resulta ser el que mejor da cuenta de este momento.

4. El control de las inferencias y los elementos subjetivos.

Existen casos en los que el juzgador no cuenta con evidencia sobre todos los extremos fácticos relevantes desde el punto de vista de la hipótesis legal. Puede haber tramos del iter que permanezcan ocultos, sin que ningún medio de prueba aporte información directa sobre ellos. Algo similar ocurre con los elementos subjetivos o ultraintenciones que ciertas figuras penales utilizan para agravar la figura básica y que, en la medida en que son fundantes de punibilidad, requieren justificación.

En estos casos, el juzgador no tiene más remedio que recurrir a la realización de inferencias inductivas que le permitan, partiendo de ciertas premisas probadas, arribar a una conclusión respecto de la verdad de la hipótesis acusatoria, que contenga más información que la que portan las premisas. Puede suceder que las predicciones derivadas deductivamente de la hipótesis provisoria no hayan sido comprobadas, en este caso, nada autoriza a reemplazar el déficit de prueba respecto de las mismas por una serie encadenada de inferencias que carezca de toda base cognitiva y a convertir a la conjetura originaria en la hipótesis final.

El problema de las inferencias radica en el control sobre las reglas o criterios inferenciales que se emplean y la pretensión de aplicarlos como si se trataran de generalizaciones universales que autorizan razonamientos nomológico o cuasinomológicos-deductivos. Se observa que los jueces, ante las carencias probatorias, recurren con bastante asiduidad a razonamientos inferenciales que se valen de criterios con los que pretenden atribuir *normalidad* a ciertos acontecimientos o conductas y que, en verdad, no pasan de ser meras generalizaciones con un grado de fiabilidad bastante modesto.

En el caso de un sujeto que, en el contexto de un robo dispara y mata a la víctima, si la hipótesis conjetural es que disparó contra la víctima *para procurar su impunidad* debido a que ésta lo conocía, lo primero que hay que acreditar, como predicción deductiva, es que ambos se conocían y, además, la presencia de algún dato objetivo que autorice a inferir que la muerte fue por ese conocimiento previo y para evitar ser denunciado. No resultará válido encadenar inferencias del siguiente modo: a partir del dato acreditado de que el autor vivía a cinco cuadras de la casa de la víctima, inferir que ambos se conocían y, luego, a partir de ello, inferir nuevamente que la muerte se basó en ese conocimiento y con la finalidad de procurar la impunidad. No existe prueba alguna de las predicciones necesarias, y su ausencia pretende ser reemplazada por una serie de inferencias encadenadas, una a otra, en donde la base fáctica que las sustenta, se torna tan remota que quita todo apoyo epistémico a la afirmación. En el caso, el primer paso inferencial presupone la utilización de una regla general que rezaría que *todas aquellas personas que viven a cinco cuadras de distancia se conocen*. El segundo paso, presupone una regla que según la cual *todo aquel que roba y mata en dicho contexto, conociendo a la víctima, lo hace en función de dicho conocimiento y para procurar la impunidad*. Ambas reglas generales son absolutamente débiles en términos epistemológicos ya que su base cognitiva no autoriza esa formulación. Dos personas que viven a cinco cuadras de distancia sólo *posiblemente* se

conozcan, con lo cual, la conclusión no puede ser otra que sólo *posiblemente* el autor conocía a la víctima.

El mero conocimiento previo entre el autor y la víctima puede que no autorice a inferir por sí solo que la muerte fue *para procurar la impunidad* y que se requiera algún dato objetivo que le brinde aval a esa afirmación. Tal podría ser el caso en el que el autor ingrese a la vivienda a perpetrar el robo encapuchado y que al forcejear con la víctima ésta le quite la capucha y lo reconozca como a su vecino del barrio y el disparo mortal, finalmente, sea la reacción a esa situación. De este dato objetivo es inferible la *ultrafinalidad* que guía el disparo.

Sin embargo, si el sujeto entra a la vivienda a perpetrar el robo a cara descubierta y dispara contra una de las víctimas y no contra la otra, siendo que ambas conocían al autor, entonces no es posible inferir que éste disparó para procurar su impunidad pues, en ese caso, si esa finalidad se infiere a partir del reconocimiento, no se explica porqué el autor no disparó contra ambas.

Este aspecto de la revisión debe incluir necesariamente el control sobre los criterios inferenciales utilizados por el juzgador, qué base empírica tienen y qué conclusiones autorizan a extraer. La conducta humana no puede medirse en términos de frecuencia estadística, por lo tanto, aún cuando la base empírica de la regla general utilizada sea amplia ésta no podrá traducirse en porcentajes matemáticos sino, a lo sumo, en términos de posibilidades.

Volviendo al caso anterior, que una persona viva a cinco cuadras de otra sólo hace *posible* que se conozcan, por tanto, la conclusión de dicha inferencia no puede arrojar más que una posibilidad acerca de ese conocimiento, pero al mismo tiempo arroja una posibilidad en sentido contrario. La consecuencia es que el dato objetivo a partir del cual se quiere realizar la inferencia habilita dos conclusiones posibles que se neutralizan entre sí. Este déficit probatorio, que

habitualmente se intenta salvar mediante inferencias inválidas, evidencia, finalmente, que el estándar probatorio no ha sido alcanzado.

5. La “inmediación” y el “juicio” como espacio para la experiencia perceptiva de las partes y del juzgador.

Se ha hecho referencia a la inmediación en el capítulo referido al deber de motivar. Allí se vio que es posible trazar un hilo común entre aquella concepción que exige un estándar subjetivo de prueba fundado en el estado anímico del juez, la idea de la inmediación como posición privilegiada del juzgador por medio del cual accede a la “verdad” que se le revela, y, finalmente, la postura que relaja el deber de motivación sobre los aspectos fácticos de la sentencia de condena⁶¹⁰.

Llegados a la instancia de la revisión de los hechos, si se tuviera que continuar ese hilo conductor, habría que decir que el paso siguiente está conformado por una revisión acotada de las cuestiones fácticas de la sentencia, en atención a que existirían ciertos aspectos que la inmediación excluye.

Esa idea de la inmediación como instrumento para el acceso del juez a la “verdad”, que sólo él puede alcanzar y que, por lo tanto nadie puede controlar, termina por mistificar el juicio. Para esta concepción, la *inmediación* se convierte en un espacio ritualizado que posibilita las *epifanías del juez*. En este contexto, la “verdad” sobre los hechos se vuelve un acto de fé.

⁶¹⁰ No siempre las concepciones señaladas aparecen en estado puro, suelen combinarse, lo que dificulta su identificación. Así, por ejemplo, CACHÓN VILLAR, Pablo, “*La doble instancia penal y el recurso de casación*”, publicado en Revista Jurídica de Castilla y León, N° 10, septiembre de 2006, hace referencia a la “credibilidad subjetiva” de las pruebas personales, que se sustenta en la inmediación, por oposición a la “credibilidad objetiva” respecto de la cual la inmediación no jugaría ningún papel, pág. 30.

Por el contrario, si lo que esperamos del juzgador no son epifanías sino *razones* intersubjetivas que justifiquen su creencia, entonces la “verdad” será una cuestión de la epistemología y de sus reglas. Si el juicio, como proceso de justificación se mueve en el plano discursivo, debe poder esgrimirse las razones para justificar cualquier creencia.

En este sentido, si el juicio es concebido como un proceso de conocimiento por parte del juzgador en relación a la creencia justificada o no de la hipótesis acusatoria, entonces, el magistrado es el sujeto cognoscente de este proceso y el juicio es el escenario en donde se producen los sucesos experimentados por el mismo. Es decir, cuando se hace referencia a la *inmediación*, en realidad, se la debe definir como un espacio para la experiencia perceptiva de las partes y del juzgador. La inmediación es la que facilita el contradictorio directo con la fuente de información y posibilita el examen cruzado. En estos términos, el juez es un sujeto cognoscente que presencia y participa del fenómeno que acontece en el ámbito temporal y espacial del juicio, pero no tiene una posición epistémica privilegiada respecto de las partes, su privilegio es sólo jurídico porque a él le ha sido encomendada la decisión acerca de la creencia de la hipótesis acusatoria.

La inmediación se ha convertido en el argumento recurrente de justificación de la supuesta imposibilidad del tribunal revisor para inspeccionar y controlar ciertos aspectos de la determinación de los hechos de la sentencia de condena. Es común que, cuando en el marco del juicio emergen pruebas personales que brindan apoyo a hipótesis contrapuestas, se suela dirimir la controversia entre la evidencia recurriendo a la *impresión* que tal o cual testigo causó en el ánimo del juez y que determinó la credibilidad del mismo. Es decir, porqué se le cree al testigo A y no al testigo B termina resolviéndose en virtud de la *impresión* del juez, posibilitada por la inmediación.

La intermediación, en estos términos es la que le permitiría al juez, por sí sola, determinar qué testigo afirma la verdad y qué testigo afirma una falsedad, a quien creerle y a quien no, como una verdad que se le impone. Esta concepción epifánica de la intermediación habilita el aspecto intuitivo y prejuicioso del juez, sobre los que ni siquiera el mismo tiene conciencia y mucho menos control. Está convencido de que sabe algo que considera verdadero sin embargo no puede explicar racionalmente porqué es verdadero, es decir, no lo puede justificar. Vuelve a aparecer, esta vez de la mano de la intermediación, la idea de inexorabilidad de la realidad.

En contra de esa idea epifánica de la intermediación, que convierte a la verdad en un acto de fé, se opone una concepción epistemológica de la misma, como espacio para la experiencia perceptiva que eventualmente pueda brindar apoyo a una creencia y, en esos términos, justificarla.

Cuando se hace referencia a la *creencia* no interesa el aspecto psicológico del concepto, esto es, si el juez efectivamente se encuentra en cierto *estado*, sino en el aspecto epistemológico, relativo a la *justificación* de esa creencia. En este sentido, el concepto de *creencia* está equiparado al de *afirmación* por parte del juez en su decisión a través de la formulación de ciertos enunciados fácticos. Cada *afirmación* realizada por el juzgador en su sentencia equivale a su *creencia* sobre cierto hecho o suceso, restando analizar el grado en que esa afirmación se encuentra justificada autónomamente y en una *integración explicativa* de la evidencia y las razones.

Parte importante de la evidencia en la que se apoye la afirmación del juez serán las denominadas pruebas personales (testigos, perito e imputados). Estas se producen en el escenario del juicio oral, es decir, declaran o exponen en un contexto temporal y espacial determinado, en presencia del sujeto

cognoscente. Como todo suceso que ocurre en el mundo, la declaración de un testigo o perito es *percibida* por los sentidos. El juzgador oye y ve al testigo que declara, esa *experiencia perceptiva* conforma la *evidencia* del juzgador que brinda apoyo su *afirmación* en relación al suceso en cuestión.

Es decir, cuando el juez señala en su sentencia que el testigo A declaró que vio a Juan a las 4 de la madrugada corriendo por calle 7 en dirección a esquina 48 y que mientras declaraba su voz se entrecortaba, se frotaba todo el tiempo sus manos sudorosas y sus piernas se movían insistentemente, en rigor, lo que hace el jugador es expresar una *afirmación o creencia* en relación a su experiencia perceptiva durante el juicio.

Puede ocurrir que el juzgador afirme que el testigo A declaró que vio a Juan a las 4 de la madrugada corriendo por calle 7 en dirección a esquina 48 pero que *su relato no era creíble* ya que mientras declaraba su voz se entrecortaba, se frotaba todo el tiempo sus manos sudorosas y sus piernas se movían insistentemente. Aquí el juzgador apoya su *afirmación* tanto en su evidencia perceptiva como en *sus razones*. La parte de la afirmación relativa a que *el relato no era creíble* no se apoya en la evidencia sensorial del juez sino en sus otras razones, que no son otra cosa que creencias distintas de la creencia en cuestión. En el caso, el juzgador se apoya en una creencia que sostiene que todo aquel que mientras declara, se le entrecorta la voz, se frota todo el tiempo sus manos sudorosas y sus piernas se mueven insistentemente, es porque miente. En este supuesto, corresponde que el juez explique de qué manera se encuentra justificada esa creencia que opera como razón junto a la evidencia perceptiva y que apoyarían la creencia de que A miente cuando dice que vio a Juan a las 4 de la madrugada corriendo por calle 7 en dirección a esquina 48.

Frente a una situación como esta, plasmada en una sentencia condenatoria, suponiendo que A era un testigo de descargo aportado por la defensa del

acusado, las situaciones que podrían plantearse en una instancia de revisión girarían en torno a las siguientes posibilidades:

1. Que A no dijo que vio a Juan a las 4 de la madrugada corriendo por calle 7 en dirección a esquina 48 sino en dirección a calle 47, suponiendo que esa diferencia es sustancial.
2. Que no es cierto que, mientras A declaraba, su voz se entrecortaba, se frotaba todo el tiempo sus manos sudorosas y sus piernas se movían insistentemente.
3. Que la *creencia* del juzgador que sostiene que todo aquel que cuando declara se le entrecorta la voz, se frota todo el tiempo sus manos sudorosas y sus piernas se mueven insistentemente, es porque miente, no se encuentra justificada.

En los supuestos 1 y 2, lo que se objeta es la evidencia del juzgador basada en su experiencia perceptiva, es decir, se pone en crisis la justificación de la creencia del juez. En estos casos, los enunciados basados en la evidencia perceptiva carecen de premisas, son lo que se denomina “enunciados de inmediatez”, por lo tanto, para someter a control los mismos la defensa debe aportar evidencia al tribunal revisor que le permita arribar a una creencia justificada diferente a la del juez de sentencia. Para ello, la defensa debe recurrir al registro audiovisual del juicio a los fines de demostrar que la evidencia perceptiva del juez no era válida.

En el supuesto 3, la defensa ya no debe poner en cuestión la evidencia del juez, basada en su experiencia perceptiva durante la declaración, sino en lo injustificado de su creencia distinta de la creencia en cuestión y que opera como razón independiente. Es decir, aquí lo que se debe poner en crisis es la

validez de la creencia de que “todo aquel que cuando declara y se le entrecorta la voz, se frota todo el tiempo sus manos sudorosas y sus piernas se mueven insistentemente, es porque miente”. Ello puede suceder a partir de cuestionar la validez de la evidencia basada en la experiencia perceptiva de dicha creencia o en las razones que apoyan la misma. Es posible que el juzgador no cuente con la experiencia perceptiva suficiente para sostener esa creencia y que, la creencia que a su vez opera como *razón* no sea más que un prejuicio o una falacia de generalización apresurada.

En los tres casos, lo que se hace es poner en cuestión la justificación de la creencia del juzgador a partir de otras *evidencias* o de otras *razones*.

La denominada *inmediación del juicio* es lo que posibilita, en definitiva, la experiencia sensorial del juzgador en relación a la producción de las pruebas personales como *evidencia* en la que se apoya la *afirmación o creencia* en cuestión. El *estado perceptivo* del juez durante el juicio debe ser convertido en *evidencia contenido*, esto es, formulado en proposiciones y oraciones. De este modo, el juez, a partir del *deber de motivar*, tiene que volcar en la sentencia el *contenido de la evidencia*, la conversión del *estado de evidencia* a enunciados lingüísticos, que es lo que posibilita que entren en juego las relaciones lógicas o cuasi-lógicas en la fase evaluativa de la creencia.

Puede suceder y, en realidad ocurre con bastante frecuencia, que los bajos estándares de motivación de sentencia hagan que el juzgador relaje los esfuerzos en explicar sus evidencias perceptivas y sus razones. Ello no es un impedimento u obstáculo inherente a la *inmediación del juicio*⁶¹¹, no existe nada que impida al juez explicar a través de enunciados lo percibido por los sentidos, es decir, lo que oyó del testigo y lo que vio de su expresión corporal.

⁶¹¹ Cfr. HERBEL, Gustavo A., “Derecho del imputado a revisar su condena”, ed. Hamurabi, Buenos Aires, 2013, pág. 446-447, 487.

En general las sentencias hacen referencia al contenido de la declaración del testigo. Cuando se analiza la credibilidad, el juzgador se suele limitar a señalar que el testimonio le resulta creíble o no creíble, sin expresar la evidencia o las razones de dicha creencia⁶¹². Insisto nuevamente en que ello no es un obstáculo propio de la inmediación sino un déficit en el estándar de motivación. En rigor, no existen dificultades para revisar ningún aspecto fáctico de la sentencia cuando ésta se encuentra debidamente motivada y se cuenta con un adecuado registro audiovisual del juicio que permita contrastar la validez o no de la percepción sensorial del juez⁶¹³.

En definitiva, no hay aspecto alguno relativo a la determinación de los hechos que quede fuera del control por parte del tribunal revisor. Ello no significa negar la importancia de la inmediación, sino solamente reconocerle su verdadero valor epistemológico en términos de evidencia, abandonando toda idea epifánica al respecto. Tampoco significa, como señala Maier, poner el carro delante del caballo, y que si se pretende registrar exhaustivamente todo lo sucedido en el juicio, que directamente juzgue el tribunal superior mediante tales registros. Por el contrario, para revisar un juicio tiene que haber habido un juicio, por lo tanto, no hay que poner en cuestión a la inmediación misma sino a su sacralización como puerta de entrada para la arbitrariedad. La inmediación no constituye un obstáculo material a la revisión de ciertas creencias, por tanto, pretender sustraer de la supervisión algunos aspectos de las pruebas

⁶¹² Se suele hacer mención a las premisas implícitas de un razonamiento, vinculándolas con la idea de entimema; conf. PEREZ BARBERÁ, G. y BOUVIER Hernán “*Casación, Lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios*”, pág.539.

⁶¹³ BINDER, M. Alberto, “*Derecho Procesal Penal, Tomo I, Hermenéutica del proceso penal*”, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, expresa su preocupación acerca del registro de las audiencias como un neo escriturismo, que permita a los jueces recurrir a ese registro al momento de decidir. Creo que ese riesgo se podría neutralizar si se establece que el registro sólo puede estar a disposición de las partes y no de los jueces, pág. 323.

personales, resulta contrario al objeto y fin del derecho a la revisión como garantía contra el error judicial.

6. La revisión del estándar probatorio.

El punto central de la revisión de la determinación de los hechos que sustentan una sentencia condenatoria está dado por la supervisión de la suficiencia de la evidencia para justificar la hipótesis acusatoria. Se ha señalado con anterioridad que, en el ámbito penal, el estándar probatorio representa la decisión política de establecer la presunción de inocencia como principio fundamental del sistema penal.

En consecuencia, el principio de presunción de inocencia será objeto de la revisión de la condena a través del escrutinio acerca de si se ha alcanzado, en el caso concreto, el estándar probatorio exigido, sea respecto del hecho en su integridad o en relación a alguno de los elementos calificantes. Se trata aquí de la revisión de aquellos errores judiciales que no entrañan la violación a otras garantías constitucionales o convencionales y que por ello conforman la razón de ser del derecho a la revisión del fallo condenatorio.

Es cierto que cualquier afectación a las *condiciones formales del uso del concepto de verdad*, que importan una violación a garantías convencionales, implica también una violación a la presunción de inocencia en la medida en que no es posible hablar de verdad de la hipótesis acusatoria. Sin embargo, hay ciertos errores que impactan sobre las *condiciones materiales del uso del concepto de verdad* y, de ese modo, afectan directamente a la presunción de

inocencia pero que, a diferencia de los primeros, si no existiera el derecho a la revisión carecerían de supervisión.

El control del estándar probatorio presupone la aceptación de las pruebas utilizadas por el juzgador en cuanto a las reglas de incorporación. Es decir, no se cuestiona el contenido de la información que cada elemento de prueba incorpora ni los enunciados fácticos que a través de ellos se tienen por verdaderos, sino la cantidad y calidad de las pruebas para acreditar la hipótesis acusatoria, al nivel exigido.

Retomamos aquí la idea del crucigrama de Susan Haack, presentada en oportunidad de analizar el estándar probatorio, que propone como analogía para alcanzar la *integración explicativa* del relato sobre el que va a descansar la decisión de condena. Recordemos los tres aspectos que Haack señala al momento de realizar el paralelismo gráfico: 1) de lo “favorable” que sea la evidencia-C de A respecto de x, esto es, el grado de apoyo que ofrecen las pruebas a la afirmación; 2) de lo “segura” que sean las “razones-C” directas de A con respecto a x, independientemente de la creencia-C de A respecto de x, esto es, cuán seguras son las razones con independencia de la afirmación en cuestión; 3) de lo que “abarque” la evidencia-C de A con respecto a x⁶¹⁴, esto es, cuán inclusiva son las pruebas: cuantas de las pruebas relevantes tenemos. Las pruebas con un mayor grado de inclusión dan más aval a la conclusión⁶¹⁵.

Tengamos presente que, en el esquema de Haack, la evidencia-C y las razones-C se refieren al *contenido* (a las proposiciones y oraciones) de la evidencia y las razones, diferenciando así a la evidencia-E y las razones-E que hacen referencia a los *estados* del sujeto cognoscente.

⁶¹⁴ HAACK, Susan “Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología”, trad. M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 117.

⁶¹⁵ HAACK, Susan, “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, trad. María José Viana y Carlos Bernal, publicado en “Estándares de prueba y prueba científica”, ed. Marcial Pons, pág. 79.

Es necesario tener en cuenta también que el relato sobre los hechos que contiene una sentencia de condena se compone de una serie de enunciados proposicionales que no siempre son analizados en relación a su base probatoria en forma separada. En rigor, correspondería el tratamiento por parte del juzgador de la prueba que brinda aval a cada uno de los enunciados que conforman el relato⁶¹⁶.

De ese modo, el juez se valdrá de su propia *evidencia* obtenida del juicio, es decir, de su propia *experiencia perceptiva* de la producción de la prueba, la cual se referirá, como ya se ha mencionado, a las creencias de otros sujetos (órganos de prueba: testigos, peritos e imputados) que, a su vez, se apoyarán en la *evidencia* y en las *razones* de ese sujeto. Este aspecto es el que fue analizado en los apartados anteriores.

Cada enunciado fáctico, afirmado por el juzgador en la sentencia, expresa una *creencia* que deberá apoyarse en *evidencia* y *razones* para estar *justificada* en algún grado. Así, en relación al primer aspecto que menciona Haack, esto es al *apoyo* que las pruebas ofrecen a la afirmación, corresponde analizar si la prueba de que se vale el juez permite avalar la afirmación. Retomando el ejemplo utilizado anteriormente, si el enunciado proposicional en cuestión reza: *Juan cruzó corriendo calle 7 en dirección a plaza San Martín* y el juez se vale para justificar esa afirmación de:

- la *evidencia* del testimonio de A durante el juicio, es decir, de la experiencia sensorial del juzgador al oír y ver la declaración del testigo;
- la *evidencia* y las *razones* que tenía A para *creer justificadamente* que “Juan cruzó corriendo calle 7 en dirección a plaza San Martín”.

⁶¹⁶ ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., “*Análisis de la prueba*”, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015, ver el análisis del probandum final, las probandas penúltimas, las probandas intermedias, etc., pág. 94 y sgtes.

En este caso, la evidencia dada por el testimonio de A brinda apoyo al enunciado.

Si para justificar el mismo enunciado el juzgador se vale del testigo B que tiene *evidencia y razones para creer justificadamente* que “Juan se encontraba sobre calle 5, a dos cuadras de plaza San Martín, con signos evidentes de traspiración y agitación”, en este caso, la evidencia dada por el testimonio de B brinda poco apoyo al enunciado.

Siguiendo con este mismo ejemplo, si además del testigo B, el juzgador cuenta con la evidencia del testigo C que a su vez tiene *evidencia y razones para creer justificadamente* que “una persona con x descripción fisonómica y de vestimenta corría por calle 53 en dirección de 8 hacia 7” y evidencia fotográfica D al momento de la aprehensión que muestra que la descripción del testigo C se corresponde con Juan, entonces, ambas creencias del juzgador se convierten en las *razones independientes seguras* que prestan apoyo a la evidencia del testigo B y viceversa. Recuérdese que en esto consiste precisamente el apoyo mutuo entre la experiencia y las creencias en el esquema fundaherentista de Haack. De este modo, las pruebas A, B, C y D se integran explicativamente avalando la afirmación de que *Juan venía por calle 53 y cruzó corriendo calle 7 en dirección a plaza San Martín, continuando hasta calle 5*. Este aspecto del estándar es lo que Ferrer Beltrán señala como la capacidad de la hipótesis acusatoria para explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente.

En cuanto a la *amplitud*, como tercer factor señalado por Haack, que refiere a cuánta de la prueba relevante se ha colectado para formar el conjunto de elementos probatorios admisible que sustenten la hipótesis acusatoria, cabe recordar lo señalado al tratar específicamente la cuestión del estándar probatorio en materia penal, concretamente a las predicciones, deductivamente

necesarias, que se derivan de la hipótesis conjetural de lo que podría denominarse inferencia abductiva.

Esas predicciones son las que deben, con posterioridad, ser probadas en modo suficiente para que resulte aceptable que la hipótesis conjetural sea una hipótesis verdadera. Recordemos aquí, también, la formulación del estándar probatorio por parte de Ferrer Beltrán, en cuanto a que las predicciones de nuevos datos que las hipótesis permitan formular deben haber resultado confirmadas.

En el caso anterior, si el autor del robo se cortó la mano al romper el cristal de la vitrina, la conjetura inicial que “Juan fue el autor del robo” permite derivar como predicción necesaria que Juan tenga una lesión en alguna de sus manos. Por tanto esa predicción obliga a la acusación a acreditar que Juan al momento de ser aprehendido, escasos minutos después del hecho, tenía una de sus manos cortadas.

Del mismo modo, ejemplifica Ferrer Beltrán mediante el caso del sujeto que es aprehendido en una zona donde se comercializa estupefacientes y luego de la requisa se le secuestran tres envoltorios con polvo blanco. La hipótesis conjetural de que dicho sujeto comercializaba cocaína en el lugar permite formular algunas predicciones tales como: a) que el polvo blanco es cocaína; b) que en su vivienda haya elementos para el fraccionado, etc., los cuales, para alcanzar el estándar deben haber sido comprobados.

Hemos visto en apartados anteriores que es común que el acusador procure salvar el déficit probatorio sobre las predicciones, deductivamente derivadas de la hipótesis acusatoria, mediante el empleo de inferencias inválidas que se sirven de reglas o criterios que no son más que generalizaciones apresuradas, meras generalizaciones o directamente prejuicios. Este empleo incorrecto de

las inferencias, que desnuda la falta de comprobación de las predicciones, pone en evidencia el incumplimiento del estándar probatorio exigido para justificar una condena.

Se hizo referencia al problema de las inferencias inválidas en relación específicamente a los elementos subjetivos, sin embargo, la cuestión se extiende al resto de los elementos. A continuación se mencionarán algunas situaciones extraídas de casos reales de la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires y que constituyen buenos ejemplos del incumplimiento del estándar probatorio a través de inferencias inválidas.

1. En un caso de homicidio, cometido mientras la víctima se encontraba durmiendo, el informe de autopsia indica como causal de muerte un golpe en la cabeza con un elemento contundente compatible con distintos objetos, tales como martillo, hacha etc. El acusado, al declarar en el juicio, mencionó que trabajó durante un tiempo en un campo como peón rural. Para intentar justificar la hipótesis acusatoria de que la persona imputada era el autor del homicidio el juzgador realizó las siguientes inferencias: como la persona trabajaba en el campo tenía habilidad en el manejo del hacha, como manejaba bien el hacha mató a la víctima de un golpe con dicho elemento. Se observa cómo, la falta de pruebas respecto de las predicciones es llenada mediante inferencias que se valen de criterios que no hacen más que evidenciar prejuicios.
2. En un caso de robo en una vivienda rural, una de las víctimas declara durante el juicio que reconoce el acusado como uno de los autores porque identificó su voz como la de uno de los albañiles que había estado trabajando hacía poco en el campo. En un primer momento del proceso, la víctima nada dice en relación a que había identificado la voz de uno de los autores, por el contrario, expresamente señala que no

podía describir a los autores. El acusado niega haber trabajado en el campo de la víctima. Por su parte, el capataz de dicha obra, que era quien contrataba a los albañiles, dice que no conoce al acusado, que él no lo contrató para trabajar en el campo y que quienes sí trabajaron allí fueron Juan y Pedro, a los que nunca se le recibió declaración. El juzgador dirimió la cuestión con la sola afirmación de que le resultaba creíble el relato de la víctima y no el del capataz. En el caso, si la hipótesis acusatoria provisoria indica al acusado como autor a partir del hecho de haber trabajado como albañil en dicho campo, las predicciones tendrían que haber comprobado que efectivamente el acusado trabajó allí. Para ello era necesario producir prueba al respecto, al menos, recibir declaración a Juan y a Pedro. Aquí la falta comprobación de las predicciones se salda con una inferencia realizada a favor de la credibilidad del testimonio de la víctima, evidenciando claramente el incumplimiento del estándar probatorio exigido.

Todas las predicciones que se deriven deductivamente de la hipótesis conjetural inicial y que puedan ser acreditadas deben ser probadas. La ausencia de prueba respecto de una predicción que integra la hipótesis acusatoria y que era posible su producción importa la imposibilidad de dar cumplimiento al estándar probatorio.

Finalmente, es necesario revisar si el juzgador ha refutado todas las hipótesis explicativas de los mismos datos que resulten favorables a la inocencia del acusado o si, por el contrario, permanecen subsistente alguna o algunas de estas. Al igual que en caso anterior, se mencionarán algunas situaciones extraídas de la jurisprudencia.

1. En el marco de un robo producido en una zona rural, el acusado resulta condenado a partir de los siguientes elementos: a) un número de telefonía celular se activa en el momento posterior al hecho en la antena de cobertura del campo; b) la titular de ese número era pareja del acusado; c) una persona tenía agendado en su teléfono ese mismo número con el nombre de "Pepe", apodo del acusado. Por otra parte, d) el acusado declara que nunca usó telefono celular y que al momento del hecho hacía años que ya no eran pareja con la titular del número, f) la titular del número declara que el acusado nunca utilizó ese teléfono, g) se acredita que, posteriormente al hecho, ese teléfono lo utilizaba quien sería la nueva pareja de la titular. A ello se agrega que h) la persona en cuya agenda figuraba el número bajo el nombre "Pepe" nunca fue llamada a declarar, i) nunca se peritó el teléfono en cuestión para analizar qué contactos tenía y qué llamadas se realizaban desde allí en ese momento. En este caso, se da en realidad una combinación de las distintas cuestiones que determinan el estándar. Por un lado, la hipótesis acusatoria no es capaz de explicar la totalidad de los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, sino que se vale sólo de aquellos elementos que le son útiles y descarta los que resultan un obstáculo a su objetivo. Por otra parte, mantiene una serie de predicciones derivadas deductivamente de la hipótesis acusatoria sin que las mismas hayan sido comprobadas. Finalmente, los dos déficit mencionados conducen a que no se hayan refutado las hipótesis, explicativas de los mismos datos probatorios, que sean compatible con la inocencia del acusado. Los mismos elementos, utilizados para fundar la hipótesis acusatoria y condenar, se pueden explicar a partir de una hipótesis alternativa como la siguiente: que el acusado no usaba ese teléfono que era de su anterior pareja, que a algunos amigos les deba ese número de contacto para que lo ubiquen a través de su pareja y que al momento del hecho esa relación ya no existía, por el contrario, la titular ya se encontraba en

nueva relación con otra persona que era quien, además, utilizaba el mencionado teléfono. La subsistencia de una hipótesis alternativa plausible impide tener por cumplido el estándar probatorio exigido.

2. Los acusados A y B son condenados por el robo y homicidio perpetrado en una vivienda. Los hechos son descritos en la sentencia del siguiente modo: ingresaron por una vanderola del baño, se dirigieron a la habitación del dueño, y mientras B alumbraba A asestó un golpe a la víctima mientras dormía, provocándole la muerte, para luego sustraerle algunas cosas, entre ellas una garrafa, y retirarse. Entre la evidencia utilizada por el juzgador se encontraba: a) en el interior de la vivienda, concretamente en la cocina y en una habitación contigua a la de la víctima se habían encontrado pisadas con barro de pie descalzo pertenecientes al acusado A, b) el acusado B presentaba lesiones en su cuerpo compatibles con el ingreso por un lugar pequeño, como puede ser una vanderola de baño, c) en la vivienda del acusado B se encontró una garrafa igual a la de la víctima. Por otra parte, d) el acusado A en su declaración manifestó que B le había propuesto ir a robar a esa vivienda. Que él pensaba que allí no había nadie. Que el acusado B ingresó por la ventana pequeña del baño y luego le abrió a él la puerta de la cocina. Que él se había quitado el calzado porque había llovido y se le había mojado. Que ingresó y revisó la cocina y una habitación mientras el acusado B se dirigió a la otra habitación. Que luego ambos se retiraron y B decidió regresar a buscar una garrafa. Que él desconoce lo que B hizo en la habitación a la que ingresó. En este caso, los datos colectados explican mejor la hipótesis favorable al acusado A que la hipótesis acusatoria por la que se condenó a ambos, pues el juzgador no puede dar cuenta de cómo ubica al acusado A dentro de la habitación de la víctima cuando en dicha habitación no existían huellas de los pies de A, como sí habían en otras partes de la casa. Esto demuestra que el

juzgador no ha logrado refutar la hipótesis alternativa que expliquen los mismos datos, por lo tanto, no se ha cumplido adecuadamente el estándar probatorio.

7. La decisión del Tribunal revisor.

En relación a la cuestión de cuál debe ser la decisión que adopte el órgano encargado de revisar la sentencia de condena, esto es, si en caso de hacer lugar a la crítica formulada por el recurrente debe limitarse a señalar el error y reenviar al tribunal de origen para que renueve el juicio o las partes necesarias y dicte una nueva sentencia o, por el contrario, el tribunal de segunda jurisdicción debe asumir competencia positiva y dictar él mismo una nueva sentencia o, finalmente, una combinación de ambas, no es una cuestión pacífica en doctrina y, menos en jurisprudencia.

Maier parece sostener la idea de que la regla es la competencia negativa, es decir, detectado el vicio, se debe reenviar para realizar un nuevo juicio, parcial o íntegramente, y dictar nueva sentencia. Acepta como excepción, a partir de la experiencia germana, que si una vez constatado el error por parte del órgano encargado de la revisión es evidente que no queda en pie prueba que permita sustentar una condena, el tribunal pueda directamente dictar sentencia absolutoria⁶¹⁷. Existe en la postura de Maier un temor a que la competencia positiva del tribunal revisor termine sacrificando el juicio oral y público y su derivado, la inmediación.

⁶¹⁷ MAIER Julio B.J. *“Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. composición”*, publicado en *Antología. El Proceso Penal Contemporáneo*, ed. Palestra, Perú, 2008.

Contra esta posición es posible formular dos objeciones. La primera tiene que ver con la concepción que sacraliza la inmediación y las críticas ya formuladas más arriba. Si se la entiende en sus justos términos, del mismo modo que no existe obstáculo para revisar esos aspectos, tampoco existe obstáculo para la adopción de la decisión. Cuando la crítica consiste no en el contenido de las declaraciones de los testigos sino en las inferencias que a partir de ellas realiza el tribunal, por utilizar criterios inferenciales inválidos, el órgano revisor no tiene ningún impedimento para reemplazar esa inferencia⁶¹⁸. Cuando la crítica recae sobre el contenido de las declaraciones, es decir, sobre los denominados *enunciados de inmediación*, el recurrente debe probar ese error a través del registro fílmico, o haciendo comparecer al testigo, con lo cual reproduce la inmediación⁶¹⁹ y, en definitiva, está en condiciones de reemplazar el enunciado de inmediación del juez de mérito por su propio enunciado de inmediación.

La segunda objeción es de carácter subsidiario. Aún si se entendiera que la competencia positiva del tribunal revisor importa algún sacrificio en relación a la inmediación es necesario preguntarse si el rango convencional del derecho a la revisión del fallo por parte del condenado no lo justifica. Debe reconocerse que el juicio oral y público es un derecho del acusado y que sólo él puede renunciar al mismo y, en esos términos, la inmediación es un presupuesto para una condena porque se convierte en una condición formal del uso del concepto de verdad. La absolución no requiere verdad, por lo tanto, la inmediación no es un presupuesto de aquella.

Pastor, por su parte, sostiene la innecesariedad del reenvío y la conveniencia de que el tribunal de segunda jurisdicción asuma competencia positiva u dicte

⁶¹⁸ PASTOR, Daniel R., *“La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal”*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 149.

⁶¹⁹ PASTOR, Daniel R., *“La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal”*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 149 y 165.

una *sentencia integradora compleja*⁶²⁰. Así afirma que *“la sentencia condenatoria puede ser revisada a favor del imputado también en su juicio de determinación fáctica, de un modo que se permita la integración del resultado otorgado por el segundo grado a los motivos de reprobación de la decisión con la decisión recurrida misma, sea cambiándola o sea integrando ese resultado a las determinaciones sobrevinientes de la sentencia de primer grado, sin necesidad de una repetición del juicio”*⁶²¹. Pastor identifica al reenvío como producto necesario de la naturaleza original del tribunal de casación como órgano político inhabilitado para dictar resoluciones judiciales⁶²². A su vez, sostiene su postura contraria al reenvío mediante el argumento de que ya no sería posible porque se habría cumplido el plazo razonable únicamente dentro del cual puede ser juzgado válidamente. Esa obligación estatal se funda en la conjugación de los principios de *ne bis in idem* y de la proscripción de la duración procesal excesiva⁶²³.

Si bien resulta seductora la posición de Pastor que excluye cualquier posibilidad de reenvío para reeditar nuevamente el juicio, aún en aquellos supuestos en los que la reprobación a la sentencia se fundamenta en la afectación a las formas esenciales del proceso, considero que, en virtud de la posición adoptada en relación al recurso del acusador, es necesario sostener un criterio que compatibilice ambas situaciones.

⁶²⁰ PASTOR, Daniel R., *“La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal”*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 146.

⁶²¹ PASTOR, Daniel R., *“La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal”*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 146.

⁶²² PASTOR, Daniel R., *“La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal”*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 156 y 186.

⁶²³ PASTOR, Daniel R., *“La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal”*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 188.

En efecto, en oportunidad de analizar el recurso del acusador, tanto público como privado, se sostiene la posición de que cuando el primer juicio se realizó en violación a las formas esenciales del proceso, es posible el reenvío para la realización de un nuevo juicio, sin que ello implique vulnerar el *ne bis in idem*. Es decir, la prohibición consiste en no permitir realizar dos juicios válidos. En virtud de ello, entiendo que es posible preservar la posibilidad del reenvío en el caso del recurso de la persona condenada para ciertos supuestos de afectación de las formas esenciales del proceso, como podría ser cuando en la segunda instancia de conocimiento se constata la vulneración a la garantía de imparcialidad⁶²⁴. A ello se debe agregar que, incluso en los Estados Unidos, de donde proviene la tradición de la irrecorribilidad del veredicto absolutorio en virtud de la garantía de la prohibición de doble juzgamiento, se acepta la posibilidad de que se celebre un segundo juicio a partir del recurso del condenado, ya que se entiende que en este caso, es el propio condenado quien al apelar renuncia a la garantía en cuestión⁶²⁵.

De todos modos, cabe la pregunta en estos casos de cuantas veces está autorizado el Estado, a través de sus órganos, a equivocarse e insistir para lograr finalmente una condena. Es decir, cuantos intentos de condena debe soportar el acusado en virtud de errores o vicios que el no causó ni contribuyó a causar, sino que son exclusiva responsabilidad de los órganos estatales⁶²⁶. Aquí es posible retomar la garantía del plazo razonable de duración del proceso del artículo 8.1 de la Convención, como llave de clausura a los repetidos intentos del Estado para procurar una condena. Algunos de los últimos ordenamientos procesales reformados han incluido una cláusula que ante una segunda absolución cierra definitivamente el proceso⁶²⁷.

⁶²⁴ Cfr. CSJN, D.81.XLI, "Diesser".

⁶²⁵ Ver cita de LAUDAN, Larry, "Verdad, error y proceso penal", trad. Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, 275.

⁶²⁶ Ver argumento de la casación en CSJN, K.121.XLIV "Kang Yoong Soo".

⁶²⁷ Conf. art. 387 CPP Chubut.

En definitiva, sostengo la posición de que el órgano revisor de la sentencia de condena, una vez constatados los vicios y reprobada la sentencia, debe -como regla- asumir competencia positiva y dictar directamente la sentencia, sea reemplazando íntegramente a la de mérito mediante una absolución o sea integrándola con la parte firme. Excepcionalmente, debe quedar abierta la posibilidad para aquellos casos en los que el vicio denunciado en torno a las formas sustanciales del proceso imponga la necesidad de la celebración de un nuevo juicio.

Pueden haber afectaciones a dichas formas integradoras del debido proceso que no necesariamente impongan la repetición del juicio. Así, cuando se le deniega a la defensa la posibilidad de ofrecer y producir prueba dirimente, se está afectando la defensa en juicio como forma esencial del proceso. Sin embargo, en estos casos es posible que esa prueba se produzca directamente, con intermediación y contradicción, ante el órgano jurisdiccional del recurso y que, con motivo del resultado de dicha prueba, el tribunal entienda que corresponde absolver o modificar la sentencia. En definitiva, la regla es la sentencia integradora compleja de segundo grado, en la palabras de Pastor.

La casuística que se le puede presentar al tribunal a cargo de la revisión del fallo es enorme e inabarcable. Sin embargo, mencionaremos algunas de las situaciones que pueden sucederse con cierta frecuencia, con la intención de poder desmitificar la necesidad del reenvío como regla. Si bien considero que a esta altura resulta obvio, a fin de evitar confusiones, debe recordarse que aquí se está haciendo referencia exclusivamente al recurso del condenado como garantía convencional, no al recurso del acusador. En contra de lo sostenido aquí para el recurso del imputado, en el caso del recurso del acusador, el órgano de segunda jurisdicción no podría asumir competencia positiva y dictar directamente una sentencia de condena cuando la discusión se refiere al proceso de valoración de la prueba y determinación de los hechos. La razón de

ello es que para condenar se requiere “verdad” y la inmediación es un presupuesto formal del uso del concepto de verdad. La absolución no requiere “verdad”, por tanto, tampoco inmediación.

El caso más evidente de que la regla no es el reenvío lo constituye la prueba documental. En aquellos procesos en los que el centro o núcleo de la discusión se centra en cuestiones que sólo se determinan a partir de documentos, cualquier error que cometa el tribunal de juicio en la determinación de los hechos, autoriza a someter al órgano de revisión la sentencia de condena y a requerirle que valore nuevamente dichos documentos. Esto significa que el juez de revisión va a estar en la misma posición epistémica que el juez de mérito, esto es, ambos están *par conditio*. Por lo tanto, el reenvío se muestra claramente absurdo.

En el caso de las pruebas personales, que son las que más dudas pueden provocar en torno a la decisión final, se hará mención a algunas variantes que pueden suscitarse en la revisión de la sentencia. Supongamos que se encuentra en discusión un determinado extremo fáctico jurídicamente relevante y que el tribunal de juicio tuvo por justificado a partir del testigo A.

Una primera cuestión que podría formularse mediante el recurso de revisión del fallo por parte de la defensa es la total ausencia de razones por parte del tribunal de juicio para creerle al testigo A y no al testigo B que declaró expresamente lo contrario. La absoluta falta de razón evidencia que subsisten dos hipótesis explicativas antagónicas (la de A y la de B) sin que la que resulta favorable al imputado haya sido refutada. Eso indica un incumplimiento del estándar probatorio para justificar una condena, aún incluso cuando la hipótesis que se apoya en el testigo A sea más plausible o tenga un mayor poder explicativo que la hipótesis que se apoya en el testigo B.

Una segunda cuestión podría consistir en la *razón* dada por el tribunal de juicio para creer a A y no a B que sostenía exactamente lo contrario. En el caso de que esa razón se apoye en un criterio inferencial inválido que evidencia sólo prejuicios, como por ejemplo que el testigo B no es creíble por su condición social o porque habita en un determinado lugar etc., cuando el órgano revisor detecta el error a nivel del control de las inferencias lo que corresponde es eliminar la conclusión a la que el órgano de mérito había arribado a partir de ese proceso inferencial invalidado. En definitiva, lo que termina ocurriendo es que la declaración del testigo B recobra plausibilidad y brinda apoyo a una hipótesis contraria a la del testigo A, sin que el tribunal haya logrado válidamente refutarla. La subsistencia de esa hipótesis muestra el incumplimiento del estándar probatorio y, por ende, corresponde directamente la absolución en relación al extremo fáctico en cuestión, integrando esa decisión con la porción firme de la sentencia del tribunal de mérito.

Puede ocurrir también que incluso existan otros elementos en la causa que brinden apoyo en contra de la hipótesis del testigo A en la que el tribunal de juicio sustenta el extremo fáctico jurídicamente relevante. Así, puede ocurrir que el oftalmólogo de del testigo A haya declarado en el debate que A tiene un déficit de visión que no le permite distinguir un rostro a más de 10 metros y se encuentra acreditado que la posición de A era de más de 20 metros respecto de la persona que dice haber visto. En este caso, la creencia del tribunal de juicio fundada en el testigo A no se encontraba justificada en la medida en que no integraba todos los elementos disponibles y, de ese modo, incumplía el estándar probatorio respecto del extremo fáctico en cuestión.

Otra posibilidad es que la defensa sostenga que el testigo A no haya dicho lo que el tribunal de juicio en su sentencia dice que dijo y que daría apoyo a la hipótesis acerca de la existencia del extremo fáctico. Para ello, la defensa debe producir prueba que permita demostrar el error de percepción del juzgador, sea

mediante el registro audiovisual del juicio o citando directamente al testigo A a la audiencia en el trámite de la revisión. Si el tribunal revisor constata efectivamente el error en la percepción de la declaración del testigo A y dicho error impide sostener la hipótesis acerca del extremo fáctico en cuestión, el mismo debe ser excluido de la sentencia.

La crítica de la defensa puede sustentarse también en prueba nueva, conocida con posterioridad al juicio, como sucedería si la defensa accede a la historia clínica oftalmológica del testigo A luego de celebrado el debate. En este caso, se procedería igual que en el supuesto en el que el oftalmólogo haya declarado en el juicio.

Finalmente, está el supuesto en el que la crítica se funda en prueba que el condenado tenía en su poder o tenía conocimiento de ella al momento del juicio pero decide no utilizarla porque confía en que con el material probatorio ya existente debían absolverlo igual. Imagínese la existencia de material fílmico que acredita la inexistencia del extremo fáctico jurídicamente relevante que la sentencia sustenta con apoyo en el testigo A pero que, a la vez, ocasiona un enorme perjuicio en términos personales, familiares, laborales, etc., por lo que el acusado decide no utilizarlo en la instancia del juicio confiando igualmente en su absolución. Parece razonable que si el acusado es finalmente condenado, el recurso destinado a corregir errores judiciales, es decir, condenas injustas, lo autorice a presentar finalmente el material fílmico y excluir el extremo fáctico de la sentencia.

En todos los supuestos que hemos mencionado en los que prospera la crítica de la defensa a la sentencia condenatoria, lo que finalmente ocurre es que se evidencia el incumplimiento del estándar probatorio exigido, sea respecto de un aspecto parcial del hecho (circunstancia agravante) o del hecho principal mismo, con lo cual, constatado ello por parte del órgano de segunda

jurisdicción, corresponde que se dicte una nueva sentencia excluyendo el extremo fáctico en cuestión que justificaba una agravante o directamente, absolviendo cuando se trata del hecho principal, sin necesidad alguna de provocar una decisión de reenvío.

En definitiva, como señala Pastor, la decisión del órgano encargado de la revisión de la condena debe integrarse a la sentencia del tribunal de juicio, sea incorporando el resultado parcial a la decisión originaria o sea reemplazando completamente aquella.

CAPITULO X

LA REVISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.

1. Introducción.

En esta oportunidad, la atención se centrará en los criterios y estándares en materia de revisión del fallo condenatorio elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su condición de intérprete final de la Constitución y de última instancia local, previa a la eventual intervención del sistema interamericano

Si bien es ampliamente conocido el precedente “Casal” de la Corte Suprema y la trascendencia que el mismo ha tenido en relación al alcance de la revisión, es igualmente interesante analizar la evolución de la jurisprudencia del Alto Tribunal previa a dicho precedente, el mismo fallo “Casal” y la jurisprudencia posterior.

La Corte, luego de una serie de criterios restrictivos en relación al derecho del acusado a que se revise su sentencia condenatoria, ha iniciado una línea jurisprudencia de progresiva apertura en materia de revisión, fijando en algunos casos una serie de estándares positivos de revisión, esto es, cómo se debe revisar y, en otros casos, más de modo casuístico, estableciendo estándares negativos, es decir, cómo no se debe revisar.

La gran dificultad que ha tenido la Corte Suprema ha consistido en no lograr que sus criterios y estándares se traduzcan efectivamente en mejores revisiones por parte de los tribunales encargados de tal misión. Por el contrario, estos tribunales se han mostrado bastantes resistentes a la incorporación real de dichos estándares y han sido refractarios a modificar prácticas jurisprudenciales que importan criterios restrictivos en cuanto al alcance del derecho a la revisión.

Si bien estos tribunales revisores ya no rechazan el tratamiento de las cuestiones de hecho y de pruebas por resultar ajenas a la instancia casatoria y suelen encarar el cometido en sus sentencias con la promesa de hacer el máximo esfuerzo en la revisión, lo cierto es que aún persisten prácticas restrictivas que evidencian un incompleto e insuficiente escrutinio de los aspectos fácticos del fallo.

Se advierte aún, en muchos casos, que la revisión se lleva adelante mediante la mera transcripción de los argumentos del juzgador, sin efectuar una consideración integral de los datos ni un análisis propio de los mismos, se realizan alegaciones a la necesidad de demostrar el absurdo, o se descalifican los argumentos defensasistas como simples reediciones de los expuesto durante el juicio o meras discrepancias con el criterio del juzgador.

A ello se suma que la inmediación sigue funcionando en gran medida como un obstáculo para la supervisión de ciertos aspectos de los hechos vinculados a pruebas de carácter personal, las inferencias no son controladas adecuadamente y, por último, no existe claridad en cuanto a la conceptualización del estándar probatorio que deriva del principio de presunción de inocencia y, en consecuencia, no existe una correcta supervisión de los errores judiciales que se producen en ese aspecto.

2. El Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires.

Tanto la Cámara Nacional de Casación como el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires han concebido desde sus inicios al recurso de casación, previsto en ambos ordenamientos procesales como impugnación contra la sentencia condenatoria, con carácter excepcional y restringido a

cuestiones de derecho. Es decir, ambos órganos adoptaron rápidamente la concepción tradicional del recurso de casación que no admitía la revisión de las cuestiones relativas a los hechos o a la valoración de las pruebas.

De ese modo, primero la Casación Nacional y luego la provincial, siguiendo los pasos de aquella, fueron elaborando un conjunto de expresiones genéricas y dogmáticas para declarar inadmisibles los recursos de casación que pretendían poner en crisis algún aspecto fáctico de la condena.

En este sentido, era común leer en las sentencias de ambos tribunales frases tales como: que el agravio planteado *en verdad atañe a cuestiones de hecho y prueba ajenas a la vía intentada*, que el *“cuestionamiento pasa por una irrelevante discrepancia con la crítica probatoria hecha en el fallo, como tal inhábil para descalificarlo con arreglo a la tacha de ilogicidad”*, *“la regla consagratoria del favor rei es de índole procesal, funciona en el marco de la valoración de la prueba, es de exclusiva incumbencia del tribunal de mérito y, como tal, resulta ajena al control de la casación”*⁶²⁸.

Si bien el criterio que impedía de antemano cualquier intento de revisión de los aspectos fácticos y probatorios, en virtud de ser considerados ajenos a la instancia casatoria, había sido removido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo “Casal”, como más adelante se verá, el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires recurrió a otro argumento restrictivo de la revisión de estos aspectos del fallo: *la inmediatez*.

En nombre de la inmediatez se encriptó una parte del juicio referido a la valoración de las pruebas personales y se la sustrajo a toda posibilidad de supervisión por parte del tribunal de revisión. De este modo, hacía su entrada

⁶²⁸ CNCP, Sala I, causa 5045 “Villar, Carlos David y otros”.

la segunda etapa de argumentos restrictivos de las cuestiones vinculadas a la determinación de los hechos y la valoración de la prueba de una sentencia condenatoria.

El Tribunal de Casación ha señalado reiteradamente que *“La credibilidad otorgada a la declaración de la víctima se encuentra estrechamente relacionada con aquellas potestades inherentes al órgano de juicio como consecuencia inmediata y directa del principio de inmediación”*⁶²⁹.

Ha agregado que *“El grado de convicción que cada testigo provoca en los jueces de mérito configura una cuestión subjetiva perteneciente a la esfera reservada por la ley para los Magistrados del juicio quienes por su inmediación frente a los órganos de prueba, son los encargados de establecer el mayor o menor valor de las declaraciones testimoniales”*⁶³⁰.

También ha expresado que *“en el marco de un juicio público, única base de la condena, no es posible evaluar -mediante la revisión casatoria- el acierto de la decisión, pues la reconstrucción fáctica hecha por el “A quo” se sustenta básicamente en lo que surge directa y únicamente de la inmediación”*⁶³¹.

Es cierto que el Tribunal de Casación fue matizando ese criterio inicial y reconociendo que el derecho a la revisión no puede quedar desplazado en virtud de la supuesta limitación que impondría la inmediación. En ese sentido, ese órgano señaló que *“La inmediación no excluye la motivación fáctica, la explicación de la credibilidad que se concede a la declaración de la persona concernida, en definitiva la fundamentación razonable y razonada del proceso de decisión, pues de otro modo no sería posible efectuar el control del razonamiento cuando de la causa conozca otro Tribunal vía recurso y la*

⁶²⁹ TCPBA 73372; 71.988.

⁶³⁰ TCPBA 72.827; 74.773 entre otros.

⁶³¹ TCPBA 55.384.

*casación perdería el carácter de recurso efectivo en el sentido de los artículos 8.2.h de la CADH y del 14.5 del PIDCyP*⁶³².

3. La Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema, hasta llegar al dictado del fallo “Casal”, ha tenido un recorrido jurisprudencial oscilante en torno al derecho a la revisión del fallo condenatorio y a la amplitud que el mismo exige. En un comienzo, señaló que en el marco de análisis del debido proceso, la doble instancia no constituía por sí misma un requisito de naturaleza constitucional⁶³³, agregando luego, que la previsión del el art. 8 apartado h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo debe ser considerada en los supuestos de sentencia definitiva o asimilable a ella, exigencia que considera satisfecha con la existencia del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema⁶³⁴.

Algunos años después, la Corte Suprema revisó el criterio sentado en el fallo “Jauregui” y mediante el argumento de que con la modificación de su competencia apelada por ley 23.774, que incorporó el art. 280 al Código de Procedimiento Civil y Comercial, la facultaba a rechazar la apelación con la sola invocación de dicha norma, el recurso extraordinario federal había dejado de constituir un recurso eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia⁶³⁵.

Poco tiempo después, la Corte estableció el criterio de desformalización del recurso de casación destinado a garantizar la doble instancia, comenzando así

⁶³² TCPBA. 70.818; 65.784.

⁶³³ CSJN, Fallos: 246:363; 250:753; 289:95.

⁶³⁴ CSJN, Fallos: 323:4130.

⁶³⁵ CSJN, Fallos: 318:514.

la ruptura con la concepción tradicional de dicha impugnación como una vía extraordinaria. De ese modo, a través de la doctrina de la arbitrariedad descalificó decisiones judiciales que, por medio del exceso ritual manifiesto, se habían sustraído a conocer cuestiones que eran propias de su competencia⁶³⁶.

La Corte Suprema llega así al año 2005 en el que dicta el precedente “Casal”⁶³⁷. El fallo ingresa directamente en el análisis de la amplitud de la revisión de la sentencia que exige la garantía del art. 8.2.h de la Convención y del art. 14.5 del Pacto. Específicamente se ocupa del aspecto relativo a la revisión de las cuestiones de hecho y pruebas, históricamente consideradas ajenas a la instancia del recurso de casación, para lo cual dedica una parte importante de sus considerandos a la genealogía de la casación francesa y su expansión por Europa y América.

La Corte Suprema emite su pronunciamiento en un momento en el que los organismos internacionales de aplicación de tratados habían adoptado recientemente decisiones a favor de la amplitud de la revisión, debiendo abarcar cuestiones tanto de derecho como de hechos. En este contexto, el Alto Tribunal señala como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Es decir, que *proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado*. Para esta tarea propone que *el método para la reconstrucción de un hecho del pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la historia*. Señala que los metodólogos de la historia suelen dividir este camino en los siguientes cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis.

⁶³⁶ CSJN, “Tabarez”, T.114.XXXIII, sentencia del 17 de marzo de 1998, “Nuñez”, N.19.XXXIX, sentencia del 16 de noviembre de 2004.

⁶³⁷ CSJN, “Casal”, C.1757.XL., sentencia del 20 de septiembre de 2005.

Siguiendo a Wilhelm Bauer explica que *por heurística entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho. Por crítica externa comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su credibilidad, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la síntesis es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado.*

Luego ejemplifica señalando que *hay pruebas admisibles e inadmisibles, conducentes e inconducentes, etc., y está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aun a proveer al acusado de la posibilidad de que aporte más pruebas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio en su favor. La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no sólo por las reglas del método, sino incluso porque las conclusiones acerca de la inautenticidad con frecuencia configuran conductas típicas penalmente conminadas. La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc. La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda.*

A partir de ello, la Corte avanza en precisar el contenido de la revisión del fallo, sosteniendo que la regla de la sana crítica se viola tanto cuando no se aplica en la fundamentación de la sentencia, es decir, cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico y por ende no tiene fundamento, como cuando se aplica el método histórico pero se lo hace

defectuosamente, sea *que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes; que la crítica externa no haya sido suficiente; que la crítica interna -sobre todo- haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda o que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores.* Para la Corte, la valoración de la sentencia en cuanto a estas circunstancias es tarea propia de la casación.

Luego de haber establecido el alcance del derecho a la revisión del fallo en el precedente “Casal”, la Corte fue haciendo aplicación de dicha doctrina en una extensa cantidad de casos. En algunos, resulta sencillo comprender la decisión que declara aplicable la doctrina, mientras que en otros resulta casi imposible desentrañar el criterio de la Corte para resolver la aplicación del precedente. A continuación efectuaremos un repaso por algunos de los casos en los que la Corte aplicó el precedente “Casal” y que ejemplifican ambas situaciones mencionadas.

En el caso “Morales”⁶³⁸, la defensa había impugnado la sentencia que condenaba al imputado por el delito de robo con armas agraviándose de la ilegalidad del allanamiento practicado en su morada y de la detención de este. El Superior Tribunal de Chubut rechazó el recurso expresando que el motivo de agravio no incluía un alegato que establezca la conexión entre los actos denunciados como ilegales y los fundamentos de la condena, lo cual impedía advertir el interés directo perseguido a través de la instancia. La mayoría de la Corte Suprema entendió que resultaba aplicable en lo pertinente lo resuelto en el fallo “Casal”.

⁶³⁸ CSJN, “Morales”, M.2717.XI., sentencia del 15 de agosto de 2006.

En el caso “Villar”⁶³⁹, la Corte reseñó los antecedentes señalando que en el recurso de casación la defensa había cuestionado la arbitraria valoración de la prueba, contrariando los principios de la sana crítica, considerando que los imputados habían sido condenados por un hecho diferente al que fuera probado en el juicio, en una sentencia carente de motivación suficiente. Que la respuesta de la Cámara de Casación había sido que las cuestiones de hecho y prueba eran ajenas a la vía intentada, que la defensa sólo expresaba una irrelevante discrepancia con la crítica probatoria del fallo y que la regla del favor rei era de índole procesal de exclusiva incumbencia del tribunal de mérito y ajena al control de la casación. La Corte Federal entendió que la interpretación que había efectuado la Cámara Nacional de Casación restringía el alcance del recurso de casación y que no existía obstáculo para el tratamiento de los agravios ya que la inmediación no impedía examinar el razonamiento lógico expresado en la sentencia y el procedimiento de valoración probatoria.

En el caso “Ciuffo”⁶⁴⁰, la defensa había impugnado la sentencia que había condenado al imputado a la pena de cuatro años y seis meses por el delito de contrabando agravado por tratarse de estupefacientes con el fin de ser comercializados en el territorio nacional, en grado de tentativa. En esa oportunidad había planteado tres agravios: a) violación al principio de congruencia, en tanto la requisitoria de elevación a juicio había sido formulada por el delito de transportes de estupefacientes; b) motivación contradictoria de la sentencia, en tanto el tribunal había afirmado que si bien descartó el traslado de la droga desde Buenos Aires tampoco pudo concluir que fue traída desde Chile.; c) Falta de fundamentación en relación a la participación del imputado, en tanto éste sólo había conducido el vehículo y no se le había secuestrado ningún elemento que lo incrimine. La Casación respondió que no se advierte de qué manera la calificación de contrabando pudo afectar el principio de

⁶³⁹ CSJN, “Villar”, V.1038.XXXIX., sentencia del 4 de julio de 2006.

⁶⁴⁰ CSJN, “Ciuffo”, C.2594.XL., sentencia del 11 de diciembre de 2007.

congruencia, cuando es evidente que el tribunal de mérito se expidió sobre el hecho comprendido tanto en la indagatoria como en el requerimiento de elevación a juicio. Afirmó la soberanía del juez de mérito para adecuar el hecho al tipo legal, con independencia de las acusaciones de las partes. En cuanto a la denuncia de arbitrariedad, contestó que la sentencia no evidencia vicios de logicidad al entender que la sustancia fue ingresada al país desde Chile recién cuando Ciuffo y Arnold cruzaron el paso de San Sebastián. El Procurador dictaminó que a su criterio las respuestas brindadas por la Cámara de Casación satisfacían la doble instancia. La mayoría de la Corte Suprema entendió que resultaba aplicable, en lo pertinente, lo resuelto en “Casal”, mientras que los jueces Lorenzetti y Zaffaroni ingresaron al tratamiento de la congruencia, haciendo lugar al planteo de la defensa.

El fallo “Ciuffo” es precisamente uno de los casos en los que resulta muy difícil saber porqué las respuestas de la Casación no satisfacían el estándar del derecho a la revisión del fallo, con prescindencia del acierto o error en la solución.

3.1. El derecho a la revisión y la doctrina de la arbitrariedad.

Una cuestión que resulta de interés e importancia práctica consiste en analizar si la revisión que propone la Corte Suprema en el fallo “Casal” se satisface mediante un escrutinio de la sentencia a la luz de la doctrina de la arbitrariedad. Es común ver aún hoy, a más de diez años del dictado del precedente, que en los recursos en los que se pretende impugnar la determinación de los hechos o la valoración de la prueba, se recurra permanentemente a la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, como si esta constituyera la única forma de

perforar las vallas de la casación e ingresar en el tratamiento de aspectos fácticos.

En el mismo fallo “Casal”, la Corte se encargaba de señalar que no era posible aplicar los criterios de la doctrina de la arbitrariedad al recurso de casación, pues *más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios -que en definitiva no tiene mayor relevancia- es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica.*

La Corte insiste en la necesidad de diferenciar el contenido de la materia de la casación de la materia de la arbitrariedad reservada a ella. A tales fines, la Corte precisa que *la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder.*

Aclara que la valoración de la sentencia en cuanto a las circunstancias que determinan si se ha aplicado correctamente el método histórico es tarea propia

de la casación y, en principio, no incumbe a la arbitrariedad que entiende esta Corte. *Sólo cuando las contradicciones en la aplicación del método histórico o en las reglas que lo limitan en el ámbito jurídico sean de tal magnitud que hagan prácticamente irreconocible la aplicación a la misma del método histórico, como cuando indudablemente desconozcan restricciones impuestas por la Constitución, configuran la arbitrariedad que autoriza el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria por esta Corte.*

No resulta sencillo entender si la Corte define sólo como arbitrariedad a la no aplicación del método histórico o si en realidad, la defectuosa aplicación del mismo constituye también arbitrariedad, pero de una gravedad menor a la anterior, respecto de la cual decide no ingresar en su conocimiento. En este caso, la Corte habría realizado una fragmentación en su doctrina de la arbitrariedad fáctica, estableciendo casos groseros cuyo conocimiento se reserva y casos menores, reservados exclusivamente a la casación. En definitiva, aún en este caso, en la práctica sucedería que ciertos supuestos que podrían ser considerados dentro del catálogo de la doctrina de la arbitrariedad, ahora deberían ser desagregados a los fines de la vía extraordinaria federal.

De todos modos, aún en los supuestos en los que sólo se trataría de una errónea aplicación del método histórico, propia de la casación y ajena a la doctrina de la arbitrariedad de la Corte Federal, la falta de supervisión o de corrección de esa defectuosa aplicación por parte del tribunal revisor configura un incumplimiento del derecho a la revisión del fallo que, por ser materia federal, igualmente habilitaría la competencia de la Corte Suprema.

Cabe tener presente que para la Corte Suprema la doctrina de la arbitrariedad es particularmente restringida⁶⁴¹, de aplicación estrictamente excepcional y no puede requerirse por su intermedio el reexamen de cuestiones no federales

⁶⁴¹ CSJN, Fallos: 332:1616; 335:1709, entre muchos otros.

cuya solución es del resorte exclusivo de los jueces de la causa, salvo que se demuestre su notorio desvío de las leyes aplicables o una total ausencia de fundamento, pues esa doctrina no pretende convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni tiene por objeto corregir fallos equivocados, toda vez que sólo pretende suplir defectos realmente graves de fundamentación o razonamiento que impidan considerar a la sentencia como acto jurisdiccional válido⁶⁴².

La Corte ha descalificado pronunciamientos de tribunales revisores en los que el argumento central con el que se pretendía justificar el rechazo de la impugnación consistía en que la parte no lograba demostrar o evidenciar la arbitrariedad que se denunciaba, entendiendo que la sola conclusión de que la sentencia no es arbitraria resulta insuficiente⁶⁴³.

Cabe recordar, como se vio en el capítulo II, que los órganos de tratados han señalado reiteradamente que la revisión en los términos de la arbitrariedad no satisface el derecho a la revisión de la Convención y el Pacto.

3.2. La Corte Suprema y el estándar negativo de revisión del fallo.

La Corte Suprema ha procedido en forma casuística a delimitar lo que podríamos denominar los criterios negativos de revisión, es decir, aquello que un tribunal superior no debería hacer en la revisión del fallo condenatorio. Esta tarea la ha delineado jurisprudencialmente a través de su doctrina de la arbitrariedad, descartando ciertos tratamientos y respuestas como válidos. La

⁶⁴² CSJN, Fallos: 334:541.

⁶⁴³ CSJN, "Errubirarte", E33.XLIII, sentencia del 7 de octubre de 2008.

posibilidad de traspasar esos criterios como pautas generales permite la confección de un catálogo de estándares negativos de revisión

Es cierto que la aparición del fallo “Casal” ha constituido un intento importante de elaboración de estándares positivos de revisión a través de la aplicación de las herramientas del denominado método histórico. Sin embargo, la Corte Suprema, por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad o por remisión al fallo “Casal”, ha continuado por la senda de descalificar determinadas formas de proceder.

El conocimiento de ciertos procedimientos o expresiones que resultan incompatibles con el derecho a la revisión facilita la detección de sentencias violatorias del mismo. A continuación se reunirán una serie de supuestos en los que la Corte ha considerado que no se garantiza una revisión amplia. No obstante ello, conviene tener en claro que los déficits de revisión no se agotan en presente catálogo que, más bien, atiende a defectos formales en que incurren los tribunales revisores.

En el caso “Tabarez”⁶⁴⁴ se había impugnado la sentencia de condena en lo relativo a la agravante de alevosía aplicada por el sólo hecho de que la víctima era un bebé. La Cámara de Casación declaró mal concedido el recurso por considerar que el escrito con el que se lo había interpuesto carecía de fundamentación (art. 463 del Código Procesal Penal), ya que en él no se había mencionado cuál era la vía apta, a juicio del apelante, para el tratamiento de su agravio (art. 456, inc. 1º, del mismo código), ni citado las normas que se consideraban violadas y las aplicables; a la vez que se había omitido realizar una crítica razonada y concreta de los argumentos de la sentencia, y porque mediante la descalificación del fallo se pretendía reexaminar pruebas o modificar cuestiones fácticas. La Corte señala que en el remedio sometido al

⁶⁴⁴ CSJN, “Tabarez”, T.114.XXXIII, sentencia del 17 de marzo de 1998.

estudio del a quo, el apelante mencionó la calificación que correspondía darle al hecho, se remitió al voto de la minoría en el que se habían citado todas las normas y tratado con profundidad esas cuestiones, con el apoyo de la opinión de autores, sostuvo por qué su defendido no había obrado con alevosía sin modificar el plexo probatorio y que no había existido equívoco alguno acerca de la cuestión en debate, en tanto no había otras disposiciones en el Código Penal que plantearan una discusión semejante. La Corte entendió que la cámara había *incurrido en un excesivo rigor formal en el examen de su competencia asignada por la ley, al prescindir del sentido común y jurídico de las expresiones empleadas en el recurso, que le hubiese permitido advertir con simpleza que la parte reclamaba una distinta aplicación del derecho común al caso, porque consideraba errónea la de la sentencia impugnada.*

En similar sentido al anterior, en el caso “Nuñez”⁶⁴⁵, contra la sentencia condenatoria el imputado interpuso recurso de casación *in pauperis*, en el que planteó: la inobservancia de las reglas de la sana crítica, contradicciones en la calificación legal, falta de motivación al fijar el monto de pena y errónea aplicación del art. 58 del Código Penal. Que al intervenir la asesora letrada prácticamente transcribió la presentación. El recurso fue declarado inadmisibles por el tribunal superior de provincia por falta de fundamentación, pues no rebatía todos y cada uno de los argumentos de la resolución apelada, con excepción del relativo al art. 58 CP. La Corte Suprema advirtió que más allá de cualquier imperfección que pudiera advertirse en el intento del imputado por acceder a la instancia de casación, debió ser dejada de lado si mínimamente se hubiera dimensionado la entidad de los agravios que aquejaban al imputado y con simpleza y claridad venía planteado *in pauperis* desde un inicio.

En el fallo “Casal”, la Corte señala que para cumplir con una verdadera revisión, no debe atenderse a una mera distinción formal en el *nomen iuris* de

⁶⁴⁵ CSJN, “Nuñez”, N.19.XXXIX., sentencia del 16 de noviembre de 2004.

las cuestiones expresadas en los agravios. En el mismo fallo la mayoría resuelve hacer lugar a la queja, *concordantemente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación*. Es posible interpretar entonces que, el dictamen complementa el voto de los jueces que conformaron la mayoría. En ese sentido, el Procurador al concluir su dictamen realiza a modo de síntesis una suerte de enumeración ejemplificativa de supuestos que no garantizan una revisión amplia del fallo. Así, señala que el tribunal debe aplicar el principio *iura novit curia*, que no debe exigir del recurrente ningún tipo de carga adicional a la de presentar sus agravios en tiempo, forma y modo comprensible. Especialmente no debe requerir (i) la firma obligatoria de letrado, exigencia propia del carácter técnico y restringido tradicional del recurso, (ii) que el recurso se baste a sí mismo, (iii) que tenga una exhaustiva fundamentación autónoma, (iv) ni la expresión separada de cada motivo de agravio.

En el caso “Reynoso”⁶⁴⁶, la defensa había impugnado la sentencia que había impuesto pena de 10 años a un joven que al momento del hecho tenía 16 años. El agravio se centraba en la falta de motivación de la necesidad de pena al no haber valorado el tribunal los informes existentes en el expediente tutelar. Supletoriamente, reclamaba la reducción en los términos del art. 4 de la ley 22.278. La Corte, con remisión al dictamen del Procurador, sostuvo que *la resolución por la que se negó el acceso a la Cámara Nacional de Casación Penal con base en que la decisión acerca de la individualización de la pena sólo puede ser examinada en supuestos de arbitrariedad manifiestamente violatoria de la garantía de la defensa en juicio, sin atender a las críticas que, con base en determinada inteligencia de las normas aplicables formuló la recurrente, importa una restricción indebida de esa vía recursiva, en la medida que no cumple con las reglas establecidas en los precedentes antes citados a fin de asegurar la vigencia del derecho a obtener la revisión de un pronunciamiento adverso*.

⁶⁴⁶ CSJN, “Reynoso”, R.707.XXXIX, sentencia del 7 de marzo de 2006.

En el caso “Salas”⁶⁴⁷, en donde la defensa había impugnado la sentencia de condena por tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, sosteniendo que el tribunal no había rebatido la versión del imputado de que la droga era para consumo personal, cuestionando la valoración de la prueba e invocando la aplicación del principio de in dubio pro reo, la Casación había respondido "Que, confrontado el fundamento de la sentencia recurrida con el motivo de agravio expresado por el acusado y su defensa, no es difícil advertir que esta parte sólo ha conseguido evidenciar su discrepancia acerca de la selección y el mérito de la prueba, cuestión que es ajena al ámbito del recurso extraordinario escogido (Y) No escapa a tal conceptualización la pretendida aplicación del principio in dubio pro reo, pues se trata de una regla procesal que funciona en el marco de la valoración de la prueba, es de exclusiva incumbencia del tribunal de mérito y, como tal, ajena al control de la casación", la Corte Suprema declaró aplicables las consideraciones vertidas en “Casal”.

En “Gómez”⁶⁴⁸ la defensa pretendía poner en cuestión la determinación del elemento subjetivo que vinculaba el accionar del acusado con el resultado de la muerte de la víctima. En este contexto, la respuesta de la Cámara Nacional de Casación fue que "la comprobación de los elementos que hacen a la estructura subjetiva del tipo penal, involucran el debate de cuestiones de hecho y prueba, cuyo mérito resulta ajeno a la instancia casatoria, salvo supuestos de absurdo notorio o arbitrariedad que no se ha logrado demostrar en el presente caso". La Corte Suprema, con remisión al dictamen del Procurador, sostuvo que esta postura restringe la aptitud examinante del recurso de casación -según la interpretación expuesta- pues reduce de manera arbitraria la posibilidad de revisar aspectos de la tipicidad subjetiva, so pretexto de que se trata de cuestiones de hecho. Agregó que “el tribunal de casación debe hacerse cargo

⁶⁴⁷ CSJN, “Salas”, S.1488.XLII, sentencia del 14 de febrero de 2006.

⁶⁴⁸ CSJN, “Gomez”, G.1945.XL., sentencia del 9 de mayo de 2006.

de los agravios y estudiar la relación psíquica entre el hecho del autor y la producción de la muerte, pues es insuficiente decir -como lo hace el tribunal oral- que hubo una representación, sin una dilucidación profunda sobre, por ejemplo, la aceptación del resultado, para lo cual se debe efectuar un raciocinio reductivo (de la relación natural entre el resultado, el acto dual y el dominio físico de ese acto, inferir el conocimiento y la voluntad de causarlo) y, llegado el caso, aplicar los principios del *in dubio pro reo*". La Cámara de Casación también dijo que "la defensa no ha demostrado la arbitrariedad de las razones que sustentaron las conclusiones del tribunal oral –se refiere a que el imputado se representó el peligro, pero privilegió su deseo de escapar en medio de una situación de riesgo, despreciando el destino de su víctima- sino una apreciación diferente a la que éste realizó en torno a las circunstancias de hecho acreditadas en la causa". La Corte afirma que "el a quo, ha emitido así un juicio conclusivo y sintético respecto al acierto del tribunal oral, en el sentido de que no demostró arbitrariedad al resolver el caso, pero lo ha hecho de manera dogmática, sin una exposición de la cuestión, sin un estudio de las tachas defensivas".

En el caso "Suarez"⁶⁴⁹ la defensa había impugnado la condena bajo el fundamento de la violación al principio de congruencia como producto de la imposición de una pena superior en la mitad a la requerida por el acusador. La Cámara Nacional de Casación, en relación a la imposición de una pena superior a la solicitada por el fiscal, y al desconocimiento del supuesto acuerdo informal, sostuvo que en este aspecto el recurso carece de los fundamentos mínimos y necesarios para su procedencia, lo que impide su admisibilidad, según reiterada jurisprudencia de ese tribunal y de la Corte. Con mención de un precedente de la misma sala, añadió que el principio de congruencia surge de la correlación entre los términos en que quedó sustanciada la acusación y el contenido de la sentencia, y que la incongruencia se manifiesta ante la falta de

⁶⁴⁹ CSJN, "Suarez", S.693.XLI., sentencia del 6 de marzo de 2007.

identidad fáctica entre el hecho por el que resultó condenado el encausado y el enunciado en la acusación intimada. Indicó que el tribunal de juicio es soberano en la elección de la calificación legal y el monto de pena que corresponde aplicar según el caso, sin que el pedido del fiscal pueda condicionar la individualización de la sanción, propia de la esfera exclusiva de los jueces de mérito. Por último, consideró insuficientes las citas de jurisprudencia y doctrina aportadas para demostrar falta de fundamentación en la individualización y graduación de la pena, al entender que las valoraciones de las pautas contenidas en los artículos 40 y 41 del código sustantivo quedan, en principio, fuera del control por ese tribunal, salvo arbitrariedad o absurdo notorio que no advirtió en este caso. En contra del rechazo postulado en el dictamen de la Procuración General, la Corte suprema declaró aplicable en lo pertinente lo resuelto en el expediente “Casal”. Si bien la Corte no explica en qué consistió el déficit en la revisión, pareciera que está haciendo referencia a las frases empeladas por la Casación tales como que *el recurso carece de los fundamentos mínimos y necesarios para su procedencia, lo que impide su admisibilidad, o que son insuficientes las citas de jurisprudencia y doctrina aportadas para demostrar falta de fundamentación en la individualización y graduación de la pena, al entender que las valoraciones de las pautas contenidas en los artículos 40 y 41 del código sustantivo quedan, en principio, fuera del control por ese tribunal, salvo arbitrariedad o absurdo notorio que no advirtió en este caso.*

En “Oyarse”⁶⁵⁰ la defensa había recurrido la sentencia de condena cuestionando el fundamento para la imposición de una pena de efectivo cumplimiento y la falta de tratamiento diferenciado respecto de imputadas que habían tenido distintos grados de participación. El Superior Tribunal de Neuquén declaró inadmisibile el recurso sosteniendo que los aspectos vinculados con la valoración de circunstancias fácticas no son susceptibles de

⁶⁵⁰ CSJN, “Oyarse”, O.462.XLI., sentencia del 26 de junio de 2007.

control casatorio y que la distinta participación de cada imputada había sido valorada al graduar el quantum y la modalidad. La Corte Suprema, con remisión al dictamen del Procurador, señaló que lo resuelto por el *a quo* significó una interpretación restrictiva de las normas que regulan ese medio de impugnación según las pautas fijadas en el fallo “Casal”. Agregó que el control realizado por el tribunal de la anterior instancia limitado a descartar la arbitrariedad de la decisión cuestionada, aparece como insuficiente para asegurar la revisión amplia.

En el caso “Palmisiano”⁶⁵¹ la defensa había impugnado la condena por robo con arma invocando el principio de *in dubio pro reo* en relación al empleo del arma. La Casación habría respondido rechazando el recurso por no contar con la debida fundamentación y por no advertir la arbitrariedad alegada. El Procurador dictaminó por el rechazo de la impugnación federal sosteniendo que no se advierte la violación al derecho a la revisión pues ese derecho no releva a la defensa de formular de manera comprensible los agravios que permitan a los jueces cumplir esa tarea con la mejor eficacia. Agrega que, especial relevancia adquiere en el *sub lite* el cumplimiento de ese recaudo, frente a la invocación del principio *in dubio pro reo* pues, en razón de la naturaleza predominantemente subjetiva de la duda, resulta factible que, a partir de determinados instrumentos de prueba, se obtengan conclusiones disímiles. Agrega que ello no significa que el estado de duda pueda reposar en una pura subjetividad. Por el contrario, ese particular estado de ánimo debe derivarse de una minuciosa, racional y objetiva evaluación de todos los elementos de prueba en conjunto. Sostuvo que en el *sub examine*, tanto en el recurso de casación como en la posterior presentación directa, la defensa no expuso una real situación de incertidumbre, de entidad tal que habilite cuestionar la certeza subjetiva en que los jueces basaron el fallo condenatorio, o que autorice a sostener que ninguna evaluación razonable de la totalidad de

⁶⁵¹ CSJN, “Palmisiano”, P.894.XXXIX, sentencia del 28 de agosto de 2007.

la prueba pudo haber brindado sustento a esa decisión. Al contrario, advirtió que pretendió fundar su planteo en la mera invocación del principio *in dubio pro reo* acerca de la concurrencia del elemento “arma”, sin indicar, al menos, por qué razón cabría suponer su afectación. Peso a ello, la Corte declaró aplicable al caso lo resuelto en “Casal”.

En el caso “Kanashiro”⁶⁵², la respuesta brindada por el Superior Tribunal de Neuquén a la impugnación de la defensa contra la sentencia que condenó a la acusada por el delito de homicidio culposo, condensa una serie de estándares negativos de revisión descalificados. En este sentido, la Corte Suprema entendió que 1) afirmar que el recurso es inadmisibile porque los impugnantes desconocen los hechos fijados en la sentencia -al sostener que la imputada en ningún momento violó su deber de cuidado y que actuó como un profesional razonable y prudente-, es una aseveración cuya vacuidad es evidente, carece de sentido y desnaturaliza la finalidad de la apelación. 2) sostener que la reedición de alegaciones hechas en el juicio obstan el andamiento del recurso cuando, precisamente, la parte pretende que otro tribunal revea las cuestiones decididas porque fueron adversas a sus postulaciones, es incompatible con el derecho a la revisión amplia. Es más, si éstas fueran inéditas, se las calificaría de tardías. 3) la "oralización del informe" constituido por las aclaraciones brindadas por el médico forense durante el juicio oral no constituye una limitante de la revisión por surgir directa y únicamente de la inmediatez, ya que no impide el examen de sus informes de acuerdo a los principios de la sana crítica racional. Todo juicio técnico, más allá de la forma del discurso, es susceptible de ser criticado. 4) sostener, frente a la alegación de la defensa sobre la actitud de parcialidad que demostraría la jueza, que si se suprime esta hipótesis ("aunque arriesgada y sin sustento -como la misma judicante lo admite-"), igualmente la sentencia tiene fundamento adecuado para concluir en

⁶⁵² CSJN, “Kanashiro”, K.4.XLIII., sentencia del 12 de febrero de 2008.

la condena, es sólo una respuesta aparente que relativiza la imparcialidad del juez como condición del debido proceso y la defensa en juicio.

En el caso “Silva”⁶⁵³, la defensa había impugnado la sentencia de condena en lo concerniente al proceso de individualización de la pena. La Casación respondió que “los magistrados han valorado ... concretas circunstancias atenuantes -la historia familiar y social que se informa en el legajo de personalidad, su bajo nivel económico y socio cultural, su juventud y arrepentimiento- y de agravación -destacándose el haber concretado el designio delictivo sobre un edificio dedicado al culto y su condición de reincidente-”; afirmaciones a las que adhiere el siguiente vocal, agregando que se “destacó particularmente los antecedentes penales de Silva y su condición de reincidente.” La Corte Suprema remite a lo dictaminado por la Procuración, quien había señalado que, *el a quo limitó su pronunciamiento, en este aspecto, a señalar nuevamente las circunstancias mencionadas por el tribunal oral, sin examinar los planteamientos de la parte, es más, ninguno de sus argumentos fue abordado en la sentencia. La mera repetición de los fundamentos dados en el juicio, sólo formalmente satisface la revisión de la pena, pero no demuestra el tratamiento de las cuestiones llevadas a estudio.*

En el fallo “Errubirarte”⁶⁵⁴, la defensa había impugnado la sentencia de condena en relación a la pena impuesta sosteniendo la errónea aplicación de los preceptos sustantivos. El Tribunal de Casación rechazó el recurso porque consideró que no se habían violado las normas locales sobre valoración de la prueba, ni se advertía absurdo, arbitrariedad o ausencia de logicidad en el razonamiento de la sentencia. La Corte Suprema, con remisión al dictamen de la Procuración, señaló que *la sola conclusión* (de que la sentencia no era

⁶⁵³ CSJN, “Silva”, S.1856.XLII, sentencia del 1 de abril de 2008.

⁶⁵⁴ CSJN, “Errubirarte”, E.33.XLIII, sentencia del 7 de octubre de 2008.

arbitraria o absurda) *resultó insuficiente para responder a los agravios planteados, al omitir analizar, de un lado, si las circunstancias agravantes consideradas por el tribunal de juicio se ajustaban a las pautas objetivas y subjetivas de los artículos 40 y 41 del Código Penal y, del otro, si constituían fundamento bastante para graduar el monto de la pena impuesta a Errubirarte, tal como lo pidió el apelante en esa instancia.*

En “Ruiz”⁶⁵⁵, frente al cuestionamiento de la defensa en cuanto a que la sentencia de condena había atribuido al imputado arbitrariamente formar parte junto a otros imputados de una empresa destinada a la producción y fabricación de estupefacientes, la Casación respondió *que esa protesta importó el desconocimiento de las argumentaciones vertidas en la sentencia de condena sobre el punto, por lo que consideró infundado el recurso. Sostuvo que el planteo carecía de sustento y exhibía meras discrepancias con el criterio del tribunal juzgador, sin que se haya demostrado defectos de logicidad ni transgresiones manifiestas en el razonamiento que autoricen tacharlo de arbitrario.* Pese al dictamen adverso de la Procuración, la Corte Suprema resolvió que resultaba aplicable lo resuelto en el fallo “Casal”.

En el fallo “Peralta”⁶⁵⁶, la Corte, con remisión al dictamen, al analizar la respuesta esgrimida por el Tribunal de Casación a modo de *obiter dictum* señala que la afirmación *se limita a dos aseeraciones conclusivas -por la primera se afirma que el recurso no ha demostrado absurdo o arbitrariedad en la imposición de la pena que se estima injusta, y mediante la segunda se pretende dar razón de ello expresando que "en efecto" lo que se solicita es una reconsideración de la pena sin que se haya demostrado la falsa o errada aplicación de la ley (fs. 71)- que, como se aprecia de su simple lectura, no guardan entre sí relación de coherencia y derivación, inducen a confusión*

⁶⁵⁵ CSJN, “Ruiz”, R149.XLII., sentencia del 22 de diciembre de 2008.

⁶⁵⁶ CSJN, “Peralta”, P.591.XLIII, sentencia del 10 de marzo de 2009.

sobre cuál sería el motivo de casación rechazado (arbitrariedad o errónea aplicación de la ley) y no pueden ser controladas en su razonabilidad, por no hallarse precedidas de una mínima indicación de los argumentos en que se basa la condena, de los que en respuesta ensayó la defensa y de las razones por las que se afirma que los últimos no lograron controvertir los primeros. Se trata, en definitiva, de afirmaciones dogmáticas y estereotipadas que tampoco resultan suficientes para dar adecuada respuesta jurídica a la cuestión planteada y que restringieron en forma sustancial la vía utilizada por el apelante, con menoscabo de la garantía del debido proceso legal.

En el fallo "Ibarra"⁶⁵⁷, la Corte, con remisión al dictamen, señala que el a quo para rechazar la revisión de la condena tan sólo expresó en un párrafo que *"...La sentencia ha sido bien estructurada sobre la base del análisis de todas y cada una de las pruebas esenciales, las cuales fueron tenidas en cuenta bajo el prisma de las reglas de la sana crítica racional a fin de reconstruir el factum y determinar la responsabilidad del encartado, con la consecuente selección de las figuras típicas aplicables y de la sanción punitiva impuesta en función de los arts. 45, 55, 79, 80 inc. 2° y 149 bis del Código Penal, tal cual lo puso de resalto en su exposición el Sr. Fiscal Adjunto..."* (cfr. fs. 732 vta., punto IV, de los principales). El dictamen sostiene que esta respuesta puede ser aplicada a cualquier causa en la que estén involucrados los artículos citados, pero para el caso concreto no aporta nada. Se presenta de modo dogmático, sin realizar un examen concreto de los elementos que se tuvieron en cuenta para la adecuación de la conducta. De esta manera, consideró que esa resolución no cumple con los estándares mínimos de la revisión sentados por la Corte en el precedente "Casal".

⁶⁵⁷ CSJN, "Ibarra", I.143.XLIII, sentencia del 22 de junio de 2010.

En el caso “Carreras”⁶⁵⁸, la Corte Suprema consideró que asistía razón a la defensa en cuanto alegaba que el tribunal no había efectuado una revisión integral, exhaustiva y amplia del fallo condenatorio, ya que a la luz de las constancias había omitido analizar en forma debida los agravios formulados por aquella. Puntualmente, sostuvo que el tribunal encargado de la revisión no trató de modo suficiente y acabado los argumentos planteados por la defensa con base en los elementos probatorios que expresamente individualizara, a partir de los cuales sostuviera que su asistido era ajeno al ilícito del robo y que no era responsable de los demás ilícitos por los que fuera condenado. Así, la Corte ejemplificó el déficit señalado, mencionando que esa falta de tratamiento se advierte respecto del reconocimiento negativo de su asistido y del arma secuestrada por parte de los damnificados y del cúmulo de declaraciones testimoniales que controvertirían el modo en el que se rechazó el descargo de Carrera. Finalmente, la Corte remite al precedente “Casal”.

En el caso “Cejas y Casas”⁶⁵⁹, la Defensa de la imputada había planteado que (a) no existía prueba de que su asistida hubiera realizado acciones que causaran el resultado muerte, que la prueba testimonial producida en el debate demostraba que su pareja era quien tenía una personalidad agresiva y que Cejas podía solo ser tenida como partícipe primaria con base en la omisión de actuar en resguardo de su hijo y (b) que, a este respecto, correspondía considerar que concurrían circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80 in fine del Código Penal) en atención a que, según alegara se comprobara en el debate, Cejas, quien se encontraba en particular situación de vulnerabilidad, habría sido víctima de violencia de género y fue precisamente en virtud de este extremo que no pudo actuar para evitar que su pareja golpeará a su hijo y le causara la muerte. El superior tribunal de Córdoba rechazó analizar el agravio sintetizado precedentemente en primer término argumentando que no existía

⁶⁵⁸ CSJN, “Carrera, Fernando Ariel”, C.927.XLIV, sent. 5 de julio de 2012.

⁶⁵⁹ CSJ 840/2013 (49-C) /CS1, sentencia del 23 de agosto de 2016.

interés directo para la casacionista en que se determinara si Cejas había actuado u omitido actuar y si correspondía ser tenida como partícipe primaria y no como coautora; para luego, seguidamente, justificar no tratar el segundo agravio vinculado a la concurrencia de circunstancias extraordinarias de atenuación que permitían imponer una pena temporal sosteniendo que *"la estrategia recursiva podría en todo caso ser eficaz, si a la imputada Cejas se le hubiera achacado solo una conducta omisiva ..."*. La Corte Suprema entendió que con apoyo en argumentos contradictorios basados en premisas argumentales que se neutralizan mutuamente, el a quo ha omitido analizar agravios conducentes para la correcta resolución del asunto.

3.3. La Corte Suprema y la inmediación del juicio.

En el fallo "Casal"⁶⁶⁰ la Corte Suprema, luego de establecer la obligación de revisar todo lo revisable, ensaya un intento de explicar qué sería lo no revisable. Así señala 23) *Que nada impide que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación sea leído en la forma en que exegéticamente se impone y que, por ende, esta lectura proporcione un resultado análogo al consagrado en la doctrina y jurisprudencia alemanas con la llamada teoría de la Leistungsfähigkeit, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. Leistung es el resultado de un esfuerzo y Fähigkeit es capacidad -la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento-, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable. 24) Que formulada esta teoría, se impone preguntar qué es lo no revisable. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de*

⁶⁶⁰ CSJN, "Casal", C.1757.XL., sentencia del 20 de septiembre de 2005.

conocimiento en el plano de las posibilidades reales y -en el nivel jurídico- porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la Leistung, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso. 25) Que se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también

*el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc. En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la intermediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar. Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera más clásica, *impossibilia nulla obligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto.*

Un primer argumento de la Corte se centra en la publicidad del juicio derivada del principio republicano de gobierno y consiste en sostener que si se pretendiese revisar todo se cancelaría dicho principio, por tanto, la forma de armonizar la publicidad con el derecho a la revisión consistiría en no revisar aquello que es producto directo de la intermediación. El argumento no resulta convincente en la medida en que no explica porqué la revisión parcial de la sentencia no cancelaría la publicidad del juicio o, en todo caso, porqué la revisión integral, sin límites derivados de la intermediación, cancelaría la publicidad.

A ello debería agregarse que, la publicidad y su consecuente, la oralidad, parecen concebidas como garantías del acusado, ya que es el único que puede renunciarlas. Por lo tanto, si fuese el caso de tener que aceptar que la revisión integral cancela la publicidad, no se advierte obstáculo interpretativo pues, en ambos casos se establecen a favor del inculpado. Así como puede renunciar a

la oralidad por medio del procedimiento abreviado debería, si fuera el caso, poder renunciar a la publicidad por medio de una revisión integral.

De todos modos, insisto en lo sostenido en oportunidad de analizar la inmediación, en cuanto a que la misma sólo reviste carácter instrumental en la medida en que permite la producción de la prueba, la contradicción directa de la misma por las partes y la valoración del juzgador, todo en simultaneidad. Sin embargo, eso no implica entender que el juez del juicio se encuentra revestido de ciertas facultades o capacidades derivadas de la inmediación que resulten intransferibles.

Existe sí una garantía de la persona imputada en cuanto a que la condena sólo pueda provenir de un juicio con tales características y, en esa medida sí es cierto que la revisión no debería cancelar la publicidad propia del debido proceso cuando el que recurre es el acusador. Ahora de ello no se deriva lógicamente que la revisión de la sentencia de condena solicitada por el imputado importe la cancelación de la inmediación, por el contrario, la presupone. Nada debería poder revisarse si antes no proviene de un juicio oral, público y contradictorio.

El otro argumento de que se vale la Corte Suprema consiste en una supuesta limitación fáctica, impuesta por la *naturaleza de las cosas*, que impediría revisar ciertas cuestiones que son producto directo de la inmediación. Luego aclara que no es mucho lo que presenta la característica de *conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación*, señalando que, por regla, buena parte de la prueba se halla registrada por escrito, quedando limitada la cuestión a los testigos que deponen en el juicio. Agrega que lo que estos deponen es controlable por actas, quedando lo *no controlable* reducido a la *impresión personal* que los testigos causen en el tribunal, de la cual debe *dar cuenta circunstanciada*, descartando las impresiones por mero prejuicio discriminatorio, como por ejemplo la vestimenta.

Insistimos en seguir la línea de trabajo propuesta a partir del pensamiento de Haack para poder clarificar un poco lo que se presenta como un problema. Si la cuestión de la intermediación se reduce a los testigos que declaran en el juicio, este suceso del mundo (declaración de un testigo) llega al juez a través de su experiencia perceptiva. El juez ve y oye al testigo, escucha lo que dice y ve cómo lo dice. Cierta creencia del juez podrá estar apoyada en esa evidencia perceptiva⁶⁶¹. Según la Corte, el aval que la evidencia presta a la creencia del juzgador puede ser sólo controlado en cuanto a lo que el testigo depuso, a su contenido lingüístico. Esto significaría que la experiencia perceptiva del juez podrá ser controlada exclusivamente respecto de su sentido auditivo y no de su sentido visual, sólo de lo que oye que el testigo dice pero no de lo que ve cómo el testigo lo dice. En términos epistemológicos, a partir de la intermediación, el juez es el *testigo del testigo*, por lo tanto no se entiende porqué habría que recortar parte de su experiencia perceptiva como evidencia que justifica finalmente su creencia respecto a ese testigo que depone.

La única justificación que brinda la Corte para sostener esta partición de la experiencia perceptiva del juez reside en que lo que los testigos deponen consta en las actas. En definitiva, entonces, el problema es sólo una cuestión de registro. Si del juicio oral como suceso fáctico sólo se va a registrar mediante actas el contenido de lo que los testigos digan, es obvio que sólo eso podrá ser controlado. Pero entonces el problema o mejor dicho, el obstáculo, no se encuentra en la intermediación sino en el registro.

Maier se opone a ello argumentando del siguiente modo *“si algunos jueces –los “superiores”- pueden juzgar por los registros de una audiencia, por un acta y*

⁶⁶¹ PEREZ BARBERÁ, G. y BOUVIER Hernán “Casación, Lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios”, Para estos autores, la evidencia perceptiva del juez, que ellos denominan enunciado de intermediación, no puede ser evaluada en su corrección por el Tribunal de Casación, pág.542.

*unas constancias exigentes y perfeccionadas, unidas a unas explicaciones del tribunal que juzga por delegación, esto es, sin juicio público, me pregunto yo, ¿por qué no poner a estos últimos jueces y a ese último método adelante y no detrás del carro? Con ahorro de tiempo y de dinero, en tanto un juez, un funcionario público o un tribunal delegado instrumente registros (¿recuerdos del futuro?) y el superior juzgue*⁶⁶². El equívoco, a mi entender, proviene de pensar que el tribunal superior debe ser colocado *par conditio* con el tribunal de juicio. El tribunal superior no realiza necesariamente una nueva percepción del testimonio sino que *revisa* si la experiencia sensorial del juez del juicio puede ser considerada como evidencia que justifique la creencia. No tiene sentido cerrar los ojos ante una afirmación del juez del juicio en relación a su experiencia perceptiva cuando existen otros elementos o evidencia que no autorizan a considerar justificada la creencia del juzgador. No se trata de considerar a los tribunales superiores como *mejores* que los inferiores, sino como quienes tienen a cargo el cometido de revisar, entre otras cosas, las percepciones sensoriales de los jueces del juicio que sustentan las afirmaciones de la sentencia.

La Corte brinda el ejemplo de la impresión causada por la vestimenta del testigo. Imaginemos que la persona se presenta al juicio a declarar con la ropa rota y sucia, despeinado y sin aseo. Si esa es la situación que provoca la *impresión personal* del tribunal respecto a la no credibilidad de dicho testigo, debo decir que allí no existe ningún obstáculo derivado de la intermediación que impida la revisión de ese aspecto de la sentencia. En efecto, la ropa rota y sucia es parte de la experiencia perceptiva del juez, es lo que él ve y, al igual que lo que él oye, es perfectamente controlable.

⁶⁶² MAIER Julio B.J. “*Es la intermediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. composición*”, publicado en *Antología. El Proceso Penal Contemporáneo*, ed. Palestra, Perú, 2008.

Supongamos que la defensa se opone a la evidencia del juez dada por su percepción y que brindaría apoyo a la creencia acerca de la no fiabilidad del testigo, sosteniendo que en realidad el testigo se encontraba aseado y con la ropa limpia. Por qué no podría cuestionarse este aspecto de la decisión del juzgador?, Por qué convertir al juez en un sujeto cognoscente infalible sino no existe nada que nos autorice a esa convicción epistemológica?. Se suele argumentar que el tribunal revisor no puede realizar esa tarea porque no se encuentra *par conditio* con el tribunal de juicio respecto de la prueba, es decir, es el órgano peor informado⁶⁶³. Ello es cierto, no se trata de colocar al juez del tribunal revisor en la misma condición del juez del juicio sino en las condiciones que le permitan evaluar el estatus epistemológico del segundo para justificar su creencia. Es lo mismo que hace el juez del juicio con el testigo respecto del suceso que éste relata. El juez no se encuentra *par conditio* con el testigo, pero eso no le impide evaluar la justificación de su creencia. En definitiva, todo se tratará de qué otra evidencia se le ofrece a tribunal revisor para demostrar que la creencia del juzgador no estaba justificada.

Si mediante la apelación al concepto de *impresión personal* se pretende denominar a la operación intelectual que realiza el juez para, a partir de su experiencia perceptiva que le indica que el testigo vestía ropa rota y sucia y no se encontraba aseado, concluir que ese testigo no es creíble, entonces el problema se deriva a las otras creencias que porta el juez y que operan como *razones*. Es decir, la cuestión se desplaza al *grado de justificación* que puede tener la creencia de que las personas mal vestidas y sucias no dicen la verdad. Cuestión, también, absolutamente controlable.

En definitiva, considero que no hay cuestión alguna que no pueda ser susceptible de revisión o control y, por ende, que no existe obstáculo alguno

⁶⁶³ PEREZ BARBERÁ, G. y BOUVIER Hernán “Casación, Lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios”, publicado en Nueva Doctrina Penal, 2004/B,pág.542/543.

que se derive de la *inmediación* del juicio. Si se insiste en que la *impresión personal* es algo que sólo puede detectar el juez del juicio, no verbalizable en la sentencia y, por lo tanto, no susceptible de control y revisión, entonces se está consagrando una suerte de *olfato judicial* que abre camino a la arbitrariedad.

Recuérdese que cuando se hizo referencia a la abducción y a ese *instinto* para formular hipótesis a partir de un *hecho sorprendente*, la hipótesis era provisoria, es decir, se trataba de una conjetura, insuficiente para sostener la verdad de un suceso. Para llegar a la hipótesis verdadera era necesario pasar por las predicciones que de esa conjetura se derivaban de modo deductivamente necesario y su posterior comprobación inductiva. En este esquema, el *olfato judicial* puesto de manifiesto en la "*impresión personal causada al tribunal*", se queda en la mera conjetura de la formulación de la hipótesis provisoria, absolutamente endeble⁶⁶⁴.

Como ya se manifestó más arriba, esta conjetura no prueba por sí sola absolutamente nada, pero le permite al interrogador (en general a la contraparte en el examen cruzado) reorientar su interrogatorio de modo tal que sus preguntas vayan dirigidas a probar las predicciones que se derivaron de aquella primera hipótesis provisoria y, dependiendo del resultado final de dicho interrogatorio se podrá juzgar la credibilidad del testigo con suficiente apoyo

⁶⁶⁴ HERBEL, Gustavo A., "*Derecho del imputado a revisar su condena*", ed. Hamurabi, Buenos Aires, 2013, propone diferenciar tres ordenes de conocimiento: a) la "percepción de información" (lo visto y lo oído por el juez), b) la "impresión personal" (la valoración subjetiva del juez sobre la información recibida), al que define como el momento psíquico impenetrable, donde los estereotipos personales se encuentran librados de todo límite y c) la "motivación" que es el desarrollo racional de los criterios de decisión. Afirma que la impresión personal en sí no puede ser válidamente postulada como base de la condena, debiendo los magistrados justificar la razón por la cual asignan sinceridad a las declaraciones, pág. 498-499. Creo de todos modos que el esquema explicativo de la intermediación como espacio para la experiencia perceptiva y la concepción de las creencias en base a la experiencia perceptiva y a las razones, clarifica un poco más la cuestión. Lo que suele señalarse de modo genérico como *impresión personal* no es otra cosa que una abducción, una conjetura provisoria, que debe ser probada para poder ser justificada. Se vincula con la distinción que en la ciencia se suele realizar entre *descubrimiento* (abducción, de carácter psicológico para algunos) y *justificación* (explicación racional).

epistémico. Es posible que el juez se aproxime al juicio de credibilidad de un testigo a partir de un proceso abductivo, de una mera conjetura de que no es creíble, sin embargo cuando pretenda justificar en la sentencia el juicio negativo de credibilidad tendrá que contar con razones objetivas comprobadas.

En el caso “Civitarreale”⁶⁶⁵, la defensa había impugnado la sentencia de condena que impuso a Agüero la pena de diecisiete años de prisión por el delito de homicidio en ocasión de robo. Cuestionó, a partir de los elementos probatorios colectados en el juicio, la conclusión acerca de la presencia de Agüero, quien no fue detenido en el lugar del hecho, poniendo en tela de juicio los dichos del sargento primero Vazquez –que lo coloca en la escena del crimen por conocerlo en razón de su oficio- puesto que, según alega, en un primer momento dijo que no había podido reconocer al sujeto. Cuestiona las inferencias realizadas a partir de una campera con sangre de la víctima hallada en un predio vecino, reconocida por otro policía como perteneciente a Agüero por habérsela visto mientras estuvo detenido en otras circunstancias, cuando se trataría de una prenda de características comunes y de uso generalizado. Concluye aludiendo que la sentencia viola el in dubio pro reo.

La Corte, con remisión al dictamen del Procurador General, señaló que *la crítica sobre la valoración hecha respecto de la presencia de Agüero y Civitarreale -juntos y en cercanías del lugar de los hechos unos días antes-, las referencias al hallazgo de ropa de Agüero, los cuestionamientos sobre las manifestaciones de algunos testigos y la credibilidad de otros, son aspectos comprobables en las constancias del expediente, abordados por los jueces en la sentencia y susceptibles de verificación a partir de sus alegaciones. Del mismo modo cabría el examen sobre el curso de razonamiento seguido por los jueces para fundamentar la condena, y de esta manera corroborar si, como dice la defensa, no se aplicaron adecuadamente las reglas de la duda en*

⁶⁶⁵ CSJN, “Civitarreale”, C.3375.XL., sent. Del 14 de noviembre de 2006.

beneficio del reo, teniendo en cuenta especialmente que sus cuestionamientos tienen que ver con la presencia del imputado en el lugar de los hechos.

Aquí la Corte, si bien hace una mención a la inmediación como límite a la revisión citando lo dicho en el fallo “Casal”, enumera todas las cuestiones formuladas por la defensa y concluye en que las mismas eran comprobables en las constancias del expediente y verificables. Es decir, no identifica ningún planteo contenido en la impugnación como impedido de prosperar debido al supuesto límite material de la inmediación. Es más, enumera expresamente *los cuestionamientos sobre las manifestaciones de algunos testigos y la credibilidad de otros* como un aspecto susceptible de verificación.

En el fallo “Tarditi”⁶⁶⁶ la Corte Suprema hace lugar a la impugnación federal de la querrela contra la sentencia de la Cámara de Casación que había mutado de homicidio agravado por haber sido cometido por un agente en abuso de su función a homicidio culposo, imponiendo la pena de 4 años. La querrela había formulado ante la casación planteos relativos al alcance de la revisión del fallo que pretendía la defensa, argumentando que el alcance dado por el propio precedente “Casal” imponía un límite a la revisión derivado de aquellas cuestiones vinculadas a la inmediación y que si se pretendía modificar la base fáctica debido a errores en la aplicación de las reglas de la sana crítica, lo que correspondía era el reenvío para la celebración de un nuevo juicio. La casación omitió pronunciarse al respecto. La Corte Federal remite a lo dictaminado por el Procurador, quien consideró que la sentencia incurría en arbitrariedad porque no daba respuesta a un planteo formulado oportunamente por la parte acusadora y que resultaba esencial para la solución del caso. En efecto, si la querrela señala a la casación que no puede modificar la base fáctica sin reenviar para un nuevo juicio y la casación modifica efectivamente la base fáctica sin reenviar y sin dar respuesta al planteo, claramente existió una

⁶⁶⁶ CSJN, “Tarditi”, T.763.XLII. , sentencia del 16 de septiembre de 2008.

omisión de tratamiento de una cuestión esencial. A ello se agrega que la Casación modificó los hechos en base a prueba nueva incorporada en dicha instancia y sin la posibilidad de contradicción y refutación de la querrela. Hasta allí la cuestión era estrictamente formal, pero el Procurador pretende dar sentido al planteo de los querellantes en la impugnación federal explicando que la oposición entre revisión e intermediación había sido ya advertida por la Corte en el fallo “Casal”, exigiendo la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral, de modo que esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad sino porque directamente no lo conocen, o sea que a su respecto rige un límite real de conocimiento.

En principio, se trataba de una cuestión estrictamente formal en tanto no se había dado respuesta a un planteo de la querrela que resultaba ineludible para la solución dada al caso y se había tenido en consideración nueva prueba que no había estado sujeta a contradicción. Sin embargo, la Corte, remitiendo al Dictamen, reitera la idea expresada en el fallo “Casal” en cuanto considera a la intermediación un límite material a la revisión. De los antecedentes relatados por el Procurador parecería que la Cámara de Casación al revisar el fallo centró su tarea en cuál de las hipótesis rivales encontraba mejor apoyo en la evidencia reunida o bien si la hipótesis acusatoria había alcanzado el estándar probatorio exigido por la presunción de inocencia. No parece que la Cámara haya ingresado en el terreno de la credibilidad de los testigos en donde, según la Corte Suprema, entra en juego la indescifrable *impresión personal* causada a los jueces y, por lo tanto, cobraría sentido la intermediación como obstáculo a la revisión. Es decir, no da la impresión que la Casación haya ingresado al terreno prohibido de la intermediación. Sin embargo, el dictamen se despachó con todo el *cliché* sobre la intermediación como un límite material de conocimiento, como

restricción cognitiva de los jueces de la instancia de revisión para apreciar aquello reservado a la experiencia perceptiva del debate.

Aquí parecen confundirse dos cuestiones diferentes: la inmediación como obstáculo al conocimiento del tribunal revisor y la inmediación como presupuesto ineludible de una condena. En el caso “Tarditi”, la Cámara de Casación, con prescindencia del acierto o error, argumentó en torno a que las constancias obrantes en la causa no permitían afirmar la hipótesis acusatoria en los términos exigidos por la presunción de inocencia. Es decir, no se infiere que la Cámara se haya topado con una restricción cognitiva, por tanto, no parece que la inmediación haya constituido un obstáculo para la revisión.

Cuestión distinta es, si una vez revisada la sentencia de condena y concluido que no se ha alcanzado el estándar probatorio exigido para condenar, el tribunal revisor puede dictar esa nueva condena o absolución o se encuentra obligado a reenviar para la celebración de un nuevo juicio. Si aceptamos que la inmediación sólo tiene un carácter instrumental en cuanto al conocimiento pero que no es en sí misma un modo de adquisición de la verdad y que su valor político reside en constituir la garantía del imputado de que la eventual condena sólo puede provenir del tribunal de juicio, la competencia positiva del tribunal revisor en el marco del recurso del imputado no parece ser problemática.

En efecto, cuando la nueva determinación de los hechos es producto de haber prosperado el recurso de la defensa, y su consecuencia es la absolución o la reducción de la condena, no se vislumbra incompatibilidad con la inmediación como garantía. Diferente resulta la cuestión cuando la nueva determinación de los hechos es producto del recurso de la parte acusadora y es utilizada para sustentar una condena o un agravamiento de la condena. En este caso, existe claramente una vulneración a la inmediación como garantía del debido proceso

que le corresponde a la persona acusada de que su condena sólo podrá provenir de los jueces del juicio.

En la causa “Telleldín”⁶⁶⁷ la Corte Suprema hace lugar a la impugnación extraordinaria de los acusadores contra la decisión de la Cámara de Casación que había confirmado la absolución de los imputados a partir de la nulidad decretada. La cuestión planteada por los recurrentes se centró en el hecho de que el tribunal de juicio había establecido con precisión una fecha a partir de la cual existían pruebas que justificaban la sospecha de parcialidad del juez de instrucción y que, no obstante ello, extendió la sanción de nulidad a actuaciones anteriores a dicha fecha. Luego se ocupó de la consideración efectuada por la Casación en cuanto a la orfandad probatoria respecto del imputado Telleldín al afirmar que sin las pruebas nulas no podría haberse sostenido fundadamente la acusación. La Corte refuta esta afirmación sosteniendo que *“era tarea propia del tribunal oral, determinar si esas pruebas restantes y, en su caso válidas, eran suficientes o insuficientes para arribar a una condena. A la Cámara Nacional de Casación Penal le estaba vedado suplir tal deficiencia de la sentencia recurrida, en tanto se trataba de una tarea propia del tribunal de mérito y, como tal, reglada por principios que otorgan características definitorias a su función”*.

En el fallo “Luzarreta”⁶⁶⁸ la Corte Suprema hace lugar al recurso extraordinario federal del Fiscal General contra la sentencia de la Cámara de Casación que había confirmado la absolución de los imputados por entender que no existía respaldo probatorio suficiente para vencer la presunción de inocencia. En el dictamen del Procurador General, al cual remitió la Corte Suprema, se realizó un minucioso análisis tanto de la relevancia de cierta prueba como de la credibilidad y de la suficiencia de la misma. Cabe recordar que el hecho se

⁶⁶⁷ CSJN, “Telleldín”, T.639.XLII., sentencia del 27 de mayo de 2009.

⁶⁶⁸ CSJN, “Luzarreta”, L.328.XLIII., sentencia del 16 de noviembre de 2009.

trataba de procedimientos policiales fraguados que miembros de una seccional policial armaban, imputando a personas inocentes. El Procurador cuestiona el análisis fragmentario y aislado de las circunstancias de la causa realizado por el tribunal de juicio y por la Cámara de Casación. En efecto, señala que el a quo analiza la prueba como si se trataran de tres hechos aislados, omitiendo considerar que los tres casos fueron protagonizados por personal de la misma seccional, en la misma época, en lugares idénticos, que uno de los policías estuvo en los tres procedimientos y que en los tres casos se repiten los mismos patrones. Luego sostiene que la Cámara alegó la imposibilidad de determinar el móvil desestimando el informe de la Procuración que establecía que la obtención de méritos tales como ascensos, elevación del número de estadísticas y proyección de una buena imagen de la institución ante la sociedad, todo ello mediante la presencia de la prensa televisiva en cada uno de los procedimientos. Cuestiona también la insuficiencia lógica de la sentencia en tanto apoya su decisión absolutoria en la regularidad formal de los procedimientos policiales cuando, precisamente, la imputación que se dirigió a los policías fue que llevaban a cabo procedimientos formalmente regulares pero sólo después de haber plantado los objetos incriminantes a las víctimas de los casos fraguados. Lo mismo en cuanto a no poder descartar que dichos procedimientos y requisas hayan sido producto meramente del azar. Finalmente cuestiona la valoración de la prueba testimonial efectuada por el a quo, quien sostuvo que las declaraciones brindadas a lo largo del proceso resultaban contradictorias. En contra de ello, el Procurador advirtió que no existió tal contradicción sino que, antes bien, una concordancia absoluta entre las versiones de las personas damnificadas sin conocerse entre sí. Sostiene que si bien dos de los testimonios son familiares de una de las víctimas, lo cierto es que ambas relataron espontáneamente su versión su versión de lo sucedido ante las autoridades policiales al enterarse de su detención, sin haber mantenido contacto previo con ninguno de aquellos. Finalmente, cuestionó el argumento del a quo en cuanto había afirmado de manera genérica que la

circunstancia de que los testigos hubieran sido convocados con anterioridad a las detenciones no había sido establecida con claridad, señalando que dicha afirmación no se encuentra suficientemente respaldada a la luz de las constancias de la causa. Para ello analiza las declaraciones de los testigos del procedimiento, extrayendo motivos para presumir que los testigos fueron convocados de manera previa a que se evidenciaran las razones que habrían justificado las requisas. Según el a quo dichos testigos habrían modificado sus declaraciones desde la iniciación del proceso y esos cambios revestían entidad suficiente para restarles valor. El Procurador analizó las diferentes declaraciones y concluyó que no advertía la supuesta contradicción. Luego de este tratamiento pormenorizado de las pruebas, el Dictamen justifica la conclusión de la arbitrariedad de la sentencia de la Cámara de Casación señalando que *“No se trata de una discrepancia en la valoración de los testimonios, ni de un rechazo del juez que de manera inmediata tuvo contacto con ellos, fundado en razones que complementan la credibilidad de un testimonio (como por ejemplo, la observación del lenguaje corporal de un testigo que lleva a la idea de que está mintiendo). Se observa más bien una interpretación de los testimonios que no puede ser sostenida razonablemente, porque se arriba sin fundamentos a una conclusión contraria al entendimiento natural de éstos”*. Finalmente agrega que, *“la invocación del principio in dubio pro reo no puede sustentarse en una pura subjetividad ya que, si bien es cierto que éste presupone un especial ánimo del juez según el cual, en este estadio procesal, está obligado a descartar la hipótesis acusatoria si es que no tiene certeza sobre los hechos materia de imputación, no lo es menos que dicho estado debe derivar racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso (Fallos: 307:1456; 312:2507; 321:2990 y 3423), circunstancia que, a la luz de los argumentos puestos de manifiesto en los párrafos precedentes, estimo que no concurre en el caso en examen (Fallos: 311:948)”*.

En este caso, la propia Corte Federal, con su competencia extraordinaria a la cual resultan ajenas las cuestiones de hecho y prueba, lleva a cabo una revisión de la determinación de los hechos lo suficientemente amplia como para satisfacer la exigencia de la cláusula convencional. En esta tarea analiza la *relevancia* de la prueba (holismo articulado del que habla Haack), la *integración explicativa*, el *grado de justificación* de la creencia de ciertos testigos, la *amplitud de la evidencia* al analizar el estándar probatorio derivado del *in dubio pro reo*, etc. Es decir, casi todo lo que se podría esperar de un tribunal encargado de garantizar el derecho a la revisión en los términos del art. 8.2.h CADH. Lo paradójico es que la Corte lo realiza en el marco de un recurso de la parte acusadora y en contra de la persona imputada.

Para realizar toda esta tarea de escrutinio de la sentencia del a quo la *inmediación del juicio* no constituyó un obstáculo. Sin embargo, sobre el final el dictamen parece querer dejar en claro que no ha ingresado en terreno prohibido al señalar que “*No se trata de una discrepancia en la valoración de los testimonios, ni de un rechazo del juez que de manera inmediata tuvo contacto con ellos, fundado en razones que complementan la credibilidad de un testimonio (como por ejemplo, la observación del lenguaje corporal de un testigo que lleva a la idea de que está mintiendo)*”, dando a entender que en ese caso no estaba autorizado a entrar en el tratamiento de los mismos. El argumento es absurdo. Si algo se percibe a lo largo del dictamen es una valoración discrepante de los testimonios (víctimas y testigos de actuación) y una conclusión contraria a la sostenida por el a quo.

El argumento relativo al contacto fundado en la inmediatez que el juez tuvo con el testigo y que complementa la credibilidad de un testimonio, ejemplificado con el lenguaje corporal, no se termina de entender. Si se pretende sostener que esas son cuestiones exclusivamente reservadas a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral y que esto es lo único que los jueces de

casación no pueden valorar porque directamente no lo conocen, o sea que a su respecto rige un límite real de conocimiento, entonces, reitero lo dicho más arriba.

El denominado lenguaje corporal, al igual que la declaración misma del testigo, es un suceso que ocurre en el mundo y respecto del cual el juez (y el resto de los presentes en el juicio) tiene una experiencia sensorial, es decir percibe a través de sus sentidos (escucha, ve, etc.). Del mismo modo que cualquier sujeto en su condición de testigo puede haber incurrido en un error de percepción (escuchar algo que no se dijo, o que no se dijo de esa forma, o ver algo que no ocurrió o asignarle un sentido incorrecto, etc.), el juez, en tanto sujeto cognoscente de lo que ocurre en el juicio, puede haber experimentado perceptivamente algo que no se adecue a la realidad. Lo contrario, significaría sostener la infalibilidad del juez como sujeto de conocimiento. En este sentido, el denominado lenguaje corporal se traduce en gestos, movimientos, ademanes del testigo, que forma parte de la experiencia sensorial del juez.

Por lo tanto, del mismo modo que se puede pretender la revisión de una sentencia fundado en que el testigo no dijo lo que la sentencia dice que dijo, también es posible cuestionar que el testigo no realizó el movimiento, el ademán o el gesto que la sentencia dice que hizo. Cuando la cuestión se centra en este aspecto, se dirime por el registro audiovisual del juicio o mediante el propio testigo. Si no hay cuestionamiento a lo percibido por el juez, es decir, si se está de acuerdo en que el testigo hizo tal o cual gesto o ademán, la cuestión se traslada a la inferencia que haya efectuado el juzgador a partir de esa evidencia de la experiencia perceptiva y aquí, el debate girará en torno a cuales son las otras *razones* (creencias justificadas) que brinden apoyo a la creencia del juez. Por lo tanto, la discusión será en torno a la construcción de la inferencia y de las reglas generales que se utilizan. Como ya se dijo, no hay

cuestiones que queden excluidas de la revisión como consecuencia de un límite material marcado por la inmediación del juicio.

En el caso “Travagli”⁶⁶⁹ la Procuración dictamina que la revisión de la sentencia de condena efectuada por la Cámara de Casación respetaba los estándares de la revisión amplia exigidos por la Convención y fijados luego en el precedente “Casal”. De la extensa reseña de antecedentes contenida en el dictamen y de las consideraciones allí efectuadas, se advierte que la disconformidad de la defensa con la labor de la Cámara de Casación se centraba en gran medida en el escrutinio realizado en relación a la valoración de la prueba testimonial y, específicamente, en el juicio de credibilidad de ciertos testimonios en detrimento de otros. La Procuración General se valió en gran parte de su dictamen del argumento de la inmediación del juicio para sostener que se trataba de cuestiones que estaban por fuera de las posibilidades de ser revisadas por la Casación. Así, mencionó que la Cámara había señalado *que la maestra Etcheverri se expresó con “gran seguridad, precisión y coherencia, haciendo un detallado relato de la escena que presenció, contestando con solvencia cuantas preguntas le dirigieron al respecto las partes y los miembros del Tribunal”*; agregó que los jueces *también ponderaron su “notable seguridad y firmeza” durante los careos*; luego recordó que *el vocal preopinante añadió otra apreciación propia de la inmediatez del juicio: “tengo la profunda convicción a través de lo vivido durante el juicio de que Etcheverri dice la verdad y que faltan a ella las otras testigos mencionadas. Y esa impresión me la formo, reitero, a través de la naturalidad, seguridad y certeza que exhibió sin claudicar en un solo instante”*; afirmó que *a ello cabe añadir un aspecto propio de la instancia de debate y que aún bajo la vigencia del precedente “Casal” queda excluido de la revisión del a quo. Me refiero a las impresiones personales que los jueces de mérito han volcado en el fallo en cuanto a que el menor “declaró con seguridad(...) se mostró reflexivo(...)” y que sus*

⁶⁶⁹ CSJN, “Travagli”, T.131.XLI, sentencia del 25 de agosto de 2009.

expresiones permitieron “(...)apreciar la sinceridad de la víctima (...)”. Luego dice que la defensa omitió refutar que al valorar el testimonio de Caramella los jueces de mérito destacaron —en apreciación propia de la inmediatez del juicio oral— que con “gran seguridad, precisión y detalle” relató haber pasado por hechos similares a los descritos por los damnificados, concluye señalando que por fundarse en impresiones de aquella naturaleza, se trata de aspectos que incluso bajo las pautas del precedente “Casal” exceden la materia casatoria.

Como se observa, gran parte del dictamen desfavorable se basó en que las cuestiones propuestas por la defensa como agravios se referían a la valoración de la credibilidad de los testimonios fundada en las impresiones personales causadas a los jueces del juicio, cuestión que quedaba excluida de la revisión que podía efectuar Casación. La Corte Suprema, se apartó del dictamen y consideró que al caso resultaba aplicable lo resuelto por el Tribunal en la causa “Casal”, toda vez que el control realizado por el tribunal *a quo* resulta insuficiente para asegurar la revisión amplia, autónoma y original que se exige.

En definitiva, este recorrido oscilante de la Corte en su jurisprudencia pareciera evidenciar que ni siquiera para ella misma resulta claro en qué consiste el supuesto límite material que impondría la intermediación a la tarea de fiscalización del fallo condenatorio en el marco del ejercicio del derecho a la revisión del artículo 8.2.h de la Convención Americana.

3.4. La Corte Suprema y el control del estándar probatorio.

En el caso “Carrera”⁶⁷⁰, cuando regresa por segunda vez a la instancia de la Corte Suprema, ésta recuerda los estándares de revisión establecidos en el fallo “Casal”, específicamente remarca que frente a hipótesis de hechos contrapuestos, el *in dubio pro reo* y la prohibición de *non liquet* imponen un tratamiento diferente que obliga al juez a inclinarse por la alternativa fáctica que resulta más favorable al imputado⁶⁷¹. En el caso, la Corte entendió que no era posible reconocer en la sentencia que al momento de excluir las diferentes hipótesis se haya procedido con estricta sujeción a los estándares indicados. Entendió que en el fallo del tribunal revisor se pierde de vista la totalidad de las consecuencias a las que, *in dubio pro reo*, se debería llegar y, por ello, asiste razón a la defensa en cuanto a que las versiones de descargo no fueron examinadas con la exhaustividad que el caso exigía⁶⁷². La Corte recuerda que el núcleo de las quejas de la defensa se dirigían a sostener que frente a las lagunas que presentaba la reconstrucción de los hechos, o bien, ante elementos de prueba ambivalentes, la Cámara, en todos los casos, decidió las dudas en contra de la hipótesis de descargo. Ejemplifica con el reclamo de la defensa en relación al valor asignado a la identificación fotográfica de Carrera por parte de uno de los damnificados del robo, quien luego no pudo reconocerlo al verlo personalmente. Sobre este punto, la Defensa se quejó de que en el fallo se prescindiera completamente del reconocimiento fracasado, y que la primera afirmación del testigo (“es parecido”) sea valorada como identificación plena a pesar de no haber sido concluyente y de no haber sido ratificado en el reconocimiento formal en rueda de personas. La Corte analiza la inferencia realizada por el tribunal para justificar la supuesta mayor fuerza convictiva del primer reconocimiento apoyada en la mayor cercanía al momento

⁶⁷⁰ CSJN, “Carrera, Fernando Ariel”, CSJ 1497/2013 (39-C)/CS1, sent. de 25 de octubre de 2016.

⁶⁷¹ Fallo citado, consid. 9º.

⁶⁷² Fallo citado, consid. 16.

de los hechos. Señala que, de ese modo, se está dejando de considerar que, por buenas razones, se estimó necesario realizar por segunda vez una medida similar, cuyo resultado, en principio, no podría ser descartado como se lo hizo, pues, o el segundo reconocimiento era totalmente superfluo o bien, cualquiera fuera su resultado, siempre sería valorado en contra del imputado. La Corte entiende que en el contexto argumental en que han sido realizadas, las valoraciones de prueba señaladas resultan difícilmente compatibles con la presunción de inocencia. El Alto Tribunal insiste en no perder de vista la íntima relación existente entre la garantía de la doble instancia y el beneficio de la duda. Señala que a la luz de esos principios, resulta decisivo que *el juez, aún frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta*⁶⁷³. En definitiva, la Corte concluye que la Cámara de Casación no asecuró el derecho imputado a una revisión acorde con la presunción de inocencia.

En el caso “Rojas, Jara y Vazquez”⁶⁷⁴ el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones había confirmado la sentencia del Tribunal en lo Penal n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial de esa provincia que, a su vez, había condenado a las nombradas a la pena de prisión perpetua por considerarlas coautoras del delito de homicidio *criminis causa*. Ello, juntamente con Ricardo Omar Jara a quien condenaron en los mismos términos.

En ambos casos, la Corte Suprema había entendido que era aplicable la doctrina del fallo “Casal” vinculada, en lo sustancial, con la revisión de la condena a partir de las reglas de la sana crítica y de la aplicación de un método

⁶⁷³ Fallo citado, consid. 22.

⁶⁷⁴ CSJ 367/2018/C51-Expte. N 48669/2015 (Ex N 340/2010) – Defensora Oficial de Instrucción N 2 - Dra. Criseida Moreira s/ recurso de casación en autos expte. N 122(A) 10 Dr. Venialgo s/ rec. de casación en autos: 430-2007 Rojas, Lucía Cecilia; Jara, Ricardo Omar; Vázquez, Cristina s/ homicidio agravado.

racional de reconstrucción histórica, y había devuelto al tribunal de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento. El Superior Tribunal dicta nuevo pronunciamiento confirmando nuevamente las condenas.

La Corte recuerda que cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método racional de reconstrucción de un hecho pasado en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. Lo mismo sucederá cuando el referido método se aplique defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes, que la crítica externa no haya sido suficiente, que la crítica interna haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda, o que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores.

La Corte le achaca al Superior Tribunal practicar una revisión que nuevamente resulta deficitaria, y ello básicamente por cuanto: a) respecto de la valoración de la prueba, realiza una construcción argumental apartándose de las constancias de la causa (modifica el contenido de la declaración del principal testigo y parcializa sus dichos, tomando sólo los que brindarían apoyo a la hipótesis condenatoria); b) desatiende prueba producida al no ponderarla ni confrontarla desde la perspectiva del principio de culpabilidad y de la garantía de presunción de inocencia (en especial, la prueba que indica que la imputada Vazquez vivía a metros de la casa de la víctima y la declaración del testigo que indica que no le consta que ambas mantuvieran una relación de amistades) y c) convalida un doble estándar de valoración probatoria en desmedro de dichos principios cuando efectúa un análisis parcial y sesgado del cúmulo probatorio oportunamente valorado por el tribunal de grado (valoración de declaraciones en la investigación de testigos que en el juicio se desdijeron, etc).

La Corte señala que las circunstancias expuestas como déficits que presenta la revisión -insuficiente- efectuada por el *a quo*, ponen en evidencia la gravedad de lo acontecido en este proceso, donde, casi sin esfuerzo, es posible constatar que las versiones de descargo de las acusadas no fueron examinadas con la exhaustividad que el caso exigía.

Para la Corte, el caso resulta ser un claro ejemplo de un proceso indebido en el que se negó la vigencia del principio de inocencia y la aplicabilidad al caso del *in dubio pro reo* como consecuencia de una sesgada y parcial revisión del fallo. Sostiene que, consiguientemente si no hay un debido proceso, mal puede existir el respeto a la garantía de la defensa y al derecho a ser oído y si esa garantía se encuentra ausente, no existe posibilidad alguna de garantizar la presunción de inocencia.

Agrega que, como corolario de la presunción de inocencia, se enmarca el principio de *in dubio pro reo*, en función del cual al valorar la prueba resulta imperativo absolver al imputado en caso de duda. Ello es así porque el punto de partida es la presunción de su inocencia y no la hipótesis de la acusación. Que en el contexto argumental en el que han sido expresadas, las valoraciones de prueba señaladas resultan difícilmente compatibles con la presunción de inocencia y que, por esa razón, no es posible tener por cumplido el deber de dar amplio tratamiento a los agravios de las defensas en el marco del derecho al recurso, el cual solo ha sido acatado de modo meramente aparente.

Agrega que, en este punto, no es posible perder de vista la íntima relación existente entre la garantía de la doble instancia y el beneficio de la duda. En este sentido, corresponde recordar que tanto ese principio como el del *in dubio pro reo* -ambos de trascendencia en el caso- guardan una estrecha relación con la presunción de inocencia constitucional (artículo 18 de la Constitución Nacional).

Concluye que como directa consecuencia de la garantía constitucional en juego, la Corte recuerda que ha dejado sin efecto decisiones que prescindieron de explicar racionalmente la responsabilidad del acusado a partir de pruebas concordantes, habiéndose precisado, también, que en función del principio del *in dubio pro reo* cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza positiva. A la luz de estos principios, resulta decisivo que el juez, aun frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal.

En el caso “Gonzalez Nievas”⁶⁷⁵, la Corte Suprema conoció de la sentencia de la Suprema Corte y del Tribunal de Casación bonaerenses que confirmaron la condena como coautor del delito de robo con homicidio resultante y autor de las amenazas calificadas por el empleo de un arma y portación de arma de guerra, imponiéndole la pena de veinticinco años de prisión. La Corte Suprema identifica una serie de déficits en la sentencia de condena basada en un reconocimiento fotográfico producido de modo irregular en sede policial (de noche, sin notificación a la defensa y cuando la persona estaba identificada), el análisis parcial de los testimonios (no se considera los dichos del testigo de la identificación expresados en el juicio), la omisión de análisis de prueba de descargo (ninguna de las víctimas había reconocido al imputado, los testigos aportados por la defensa), los oficiales de policía preventores se encontraban

⁶⁷⁵ CSJ 4490/2015/RH1 González, Jorge Enrique s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 43.787 y 43.793.

detenidos al momento del juicio en el marco de causas por extorsión, con similar modus operandi al caso, etc.

La Corte sostuvo que, frente a las lagunas que presentaba la reconstrucción de los hechos, o bien, ante elementos de prueba ambivalentes, en todos los casos, el tribunal decidió las dudas en contra de la hipótesis de descargo. Recuerda que *“...resulta decisivo que el juez, aún frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal”*. Señala que, resultaba imperativo que el tribunal de mérito analizase el planteo de la parte, atendiendo al grave contexto de irregularidades que afectaba la legitimidad del proceso, el cual no surgía únicamente de los dichos de los imputados, sino también -como se mencionó- de la circunstancia de que los preventores encargados de la pesquisa acudieron al debate procesados con prisión preventiva por graves delitos vinculados a sus funciones e, incluso, a los hechos del caso, así como del sospechoso desprendimiento patrimonial del imputado Balcaza en favor del agente policial a cargo de la investigación y de las notorias inconsistencias entre los dichos de los preventores y la prueba producida durante el plenario.

Agrega la Corte, que al decidir del modo en que lo hizo, el tribunal oral desatendió uno de los principales deberes que pesan sobre quienes ejercen la magistratura en el fuero penal, que no es otro que velar por la legalidad de los procesos judiciales, garantizando que las sentencias no sean el producto de procedimientos irregulares o directamente ilegales, siempre en resguardo de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Ello se deriva de la garantía de debido proceso legal, consagrada en el recaudo del artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”*. Bajo esta manda constitucional, el ejercicio del poder punitivo del Estado exige la observancia del debido proceso legal que, entre otras cuestiones, supone la obtención de prueba en observancia de los derechos fundamentales de los individuos.

La Corte sostuvo que, cabe concluir que *“en tales condiciones, la opción en favor de la condena”* de Jorge Enrique González Nieva, sobre la base de fundamentos que no aseguraron el debido respeto a la garantía de defensa en juicio y de extremos que *“carecen de apoyatura en otros elementos de convicción...afecta el principio del in dubio pro reo que deriva de la presunción de inocencia (art. 18 Constitución Nacional y arts. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en virtud del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), y su no aplicación al caso descalifica al pronunciamiento como acto jurisdiccional válido en la medida en que obedece a un proceder claramente arbitrario que, en el sub lite, se traduce en la privación de libertad de una persona por un prolongado lapso sin que mediere sentencia fundada en ley.*

En consecuencia, dado que la condena se ha basado fundamentalmente en el reconocimiento cuestionado, la privación de su calidad de prueba dirimente trae aparejada la imposibilidad de cerrar un juicio de imputación penal afianzado en la certeza acerca de la intervención delictiva del recurrente, motivo por el cual el tribunal a quo, al conferir a esos actos procesales tan categórico carácter para confirmar el fallo condenatorio, afectó no sólo el principio de inocencia sino también las garantías constitucionales de defensa en juicio y del debido proceso”.

Como se puede observar, la Corte Suprema establece una correcta vinculación entre principio de legalidad, presunción de inocencia, imparcialidad de la jurisdicción, derecho de defensa y derecho a la revisión del fallo condenatorio. Sin embargo, la Corte continúa utilizando un vocabulario o terminología propia de un estándar subjetivo que dificulta la tarea en la práctica y emite un mensaje confuso a los órganos inferiores, descuidando la función pedagógica que en su condición de intérprete final de la Constitución le cabe.

CAPÍTULO IX

EL RECURSO DEL ACUSADOR PÚBLICO.

1. Introducción.

No son pocos los problemas que genera en el diseño del proceso en su totalidad y en la armonización con el sistema de garantías convencionales la posibilidad de que el acusador, público o privado, pueda impugnar una absolucón dictada luego de celebrado el juicio.

Esta tensión y contradicciones se perciben en los sistemas de tradición del *civil law* de matriz inquisitiva que han transitado por procesos de reformas que se acercan al modelo adversarial del *common law*.

Las reformas procesales de los sistemas de la Región, iniciados hace varias décadas, fueron abandonando los modelos inquisitivos, secretos, escriturarios y luego los modelos mixtos, iniciando su transición hacia modelos acusatorios formales, en la convicción de que este diagrama es el que mejor armoniza con el sistema de garantías mínimas. Si bien se fueron adoptando las formas del enjuiciamiento acusatorio, la transición se produjo inevitablemente sobre las estructuras y organizaciones inquisitivas y sus sistemas recursivos.

Estos modelos, que son el resultado del encuentro de tradiciones procesales diferentes, generan combinaciones de institutos que responden a contextos históricos-culturales y marcos teóricos no fáciles de armonizar. Los sistemas de enjuiciamiento por jurado tienen una histórica tradición de irrecorribilidad del veredicto absolutorio, brindando diversos fundamentos para su justificación. Por el contrario, los sistemas de tradición continental, fundados en la jurisdicción delegada, contaron siempre con sistemas recursivos basados en el carácter devolutivo, en donde el recurso del acusador contra sentencias absolutorias era parte común del esquema impugnativo bilateral.

En lugares como las provincias de Buenos Aires, Río Negro, en la que se ha instaurado hace relativamente poco tiempo el sistema de juicio por jurados de tipo anglosajón para ciertos delitos, se ha previsto la irrecorribilidad del veredicto absolutorio del jurado, mientras que en los juicios orales comunes se mantiene el recurso contra la sentencia absolutoria y la regulación bilateral de las impugnaciones.

Más allá de los fundamentos en contra de la posibilidad de que el acusador cuente con un recurso para impugnar un veredicto absolutorio, lo cierto es que en la práctica su implementación genera permanentes desajustes y tensiones en el sistema de garantías que no están saldadas satisfactoriamente.

Estas dificultades van desde la amplitud que se le debe dar a la revisión en los casos de impugnación del acusador hasta la solución adoptada, sea condenando el tribunal superior o reenviando para la celebración de un nuevo juicio, el problema de la revisión de la condena dictada por el tribunal superior y la consecuente supresión de una instancia o el sacrificio de la condición de tribunal superior, entre otras.

2. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el recurso fiscal.

La Corte ha señalado que la Convención Americana cuando establece las garantías mínimas durante el proceso hace expresa referencia a *toda persona* como destinatario de las mismas y, de acuerdo al Preámbulo y al art. 1, *persona* significa *todo ser humano* y que, por lo tanto, 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 contratantes⁶⁷⁶.

Siguiendo con esa línea, la Corte pasa a analizar la posibilidad de que el Ministerio Fiscal se vea alcanzado por la protección del derecho a la revisión del fallo del art. 8.2.h de la Convención, para lo cual propone valerse del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contenido también en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, entendiendo que forman un bloque único de legalidad. Agrega que en la medida en que el Pacto ha sido utilizado como instrumento preparatorio de la Convención, corresponde su utilización como medio interpretativo, de conformidad con el art. 29.d de la Convención. Al consagrar el derecho a la revisión, el Pacto establece en forma expresa que *toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidas a un tribunal superior*.

De ese modo, la Corte Suprema concluye que de la conjunción de ambas normas surge que la garantía del derecho a recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado y que, siendo el Ministerio Fiscal un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma de rango constitucional, aclarando que ello no obsta a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho, descartando que el hecho de no hacerlo importe consagrar una diferencia entre las partes contraria a la Constitución⁶⁷⁷.

La Corte señala que el Estado, como titular de la acción pública, puede autolimitar el *ius perquendi* en los casos que considere que no revisten suficiente relevancia como para justificar su actuación y que, en tales

⁶⁷⁶ CSJN, "Arce", A.450.XXXII., sentencia del 14 de octubre de 1997.

⁶⁷⁷ CSJN, "Arce", consid. 7º y 8º.

condiciones, el fiscal debe ejercer su pretensión *en los términos que la ley procesal le concede*⁶⁷⁸.

3. La absolución en el juicio por jurados.

El rechazo a la posibilidad de que el acusador recurra una absolución y desencadene la realización de un nuevo juicio tiene una larga tradición en el sistema anglosajón. Los argumentos que se han esgrimido para justificar la ausencia de recurso del acusador contra veredictos absolutorios han sido variados.

Cabe señalar que esta tradición se encuentra atada al sistema de enjuiciamiento a través de jurados populares en donde la absolución del jurado significa la última palabra.

Es conocida la referencia que Sir William Blackstone efectuaba de la máxima universal del *common law* de Inglaterra respecto a que ningún hombre sería expuesto a la posibilidad de ser condenado más de una vez por el mismo delito durante toda su vida. Esa doctrina fue consagrada en la Quinta Enmienda de la constitución norteamericana, en principio prevista para los delitos castigados con pena de muerte y luego se extendió para los delitos menores.

Desde fines del siglo XIX, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha señalado que las absoluciones no podían apelarse⁶⁷⁹, aún cuando se

⁶⁷⁸ CSJN, "Arce", consid. 9º, de ese modo, la Corte rechazaba el planteo de inconstitucionalidad del art. 458 del CPPN que establece las limitaciones a la facultad recursiva del fiscal.

⁶⁷⁹ *US. v. Sanges*, 144, US 310 (1892); *Kepner v. US*, 195 US 100 (1904).

tratase de decisiones flagrantemente erróneas⁶⁸⁰. Desde esa misma época se estableció la posibilidad de apelar las condenas para el imputado, conservándose la asimetría recursiva a lo largo de la historia.

Si bien se ha argumentado en torno al juicio por jurado, específicamente en relación a su fundamento democrático y al carácter soberano del mismo, no parece adecuado buscar la justificación a la imposibilidad de apelar las absoluciones en el mencionado carácter. Si la imposibilidad de apelar del acusado se fundara en el carácter soberano de la decisión del jurado, por provenir de la voluntad popular, entonces el acusado tampoco debería contar con la posibilidad de apelar la condena⁶⁸¹.

A ello se suma que la imposibilidad de que el acusador apele la absolución no ocurre sólo cuando la misma proviene del jurado sino también cuando es dictada por el juez profesional (*Bench trial*).

Existe, incluso, en el sistema de enjuiciamiento norteamericano un instituto que se denomina *absolución perentoria*, previsto en la Regla 29 de las FRofP y que permite al juez togado, una vez concluida la prueba y formuladas las conclusiones por las partes y antes de que se pronuncie el jurado, absolver al acusado en caso de que considere que la prueba es insuficiente para sustentar una condena. Esa absolución, aún cuando no provenga del jurado, también resulta inapelable para el acusador⁶⁸².

En realidad, el argumento de mayor peso a favor de la irrecorribilidad de la absolución es aquel que gira en torno a la prohibición de someter dos veces a la persona al riesgo de ser condenada. En efecto, una vez reconocido,

⁶⁸⁰ *Sanabria v. US*, 437 US 54 (1978).

⁶⁸¹ TCPBA, causa 71.912, "López, Mauro Gabriel s/ recursos de queja (art. 433 CPP) interpuesto por agente fiscal", con referencia al carácter soberano del jurado.

⁶⁸² Corte de Apelaciones del segundo Circuito en el caso *Linch v US* 162F.3d 732, p.738 (1998).

conforme la Sexta Enmienda, que el juicio por jurados es un derecho del acusado⁶⁸³ y habiendo el mismo ejercido esa opción, la eventual condena que se dicte sólo puede provenir de un veredicto emitido por un jurado popular. Es decir, cuando un acusado elige ser juzgado por medio de jueces populares no hay posibilidad alguna de que la decisión de culpabilidad pueda provenir de un juez o jueces profesional/les.

Eso significa que si se permitiese que el acusador apele el veredicto absolutorio del jurado, el tribunal de apelaciones, aún cuando entendiéndose que la prueba producida sea suficiente para sustentar una condena, nunca podría condenar por sí mismo sin que ello implique una violación a la opción efectuada por el acusado de ser juzgado por jurados. En virtud de ello, no existiría otra alternativa que, de ser procedente la apelación del acusador, ordene la realización de un nuevo juicio. La celebración íntegra de un nuevo juicio, con el consecuente sometimiento por segunda vez al riesgo de ser condenado, violaría la prohibición de *non bis in idem* receptado en la Quinta Enmienda.

Cuando es el acusado quien apela su condena, se entiende que, ante la eventual resolución que haga lugar y ordene la realización de un nuevo juicio, existe una tácita renuncia a la garantía de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho⁶⁸⁴

Uno de los argumentos que más se ha reiterado en favor de la irrecurribilidad del veredicto absolutorio es la conocida frase del Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Black, quien señaló que *“El Estado con todos sus recursos y facultades no debería tener la posibilidad de intentar*

⁶⁸³ HENDLER, Edmundo, “El juicio por jurados como garantía de la Constitución”, publicado en *El Derecho*, año 2000.

⁶⁸⁴ La Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que *“una petición del acusado de nulidad del proceso ordinariamente es asumida como la eliminación de cualquier barrera para un nuevo enjuiciamiento”* *US v. Jorn*, 400 US, 470 p. 485 (1971), citado por LAUDAN, Larry, *“Verdad, Error y Proceso Penal”*, pág. 274. MAIER, Julio B.J., *“Derecho Procesal Penal”*, pág. 635/636.

*una y otra vez condenar a un individuo por un supuesto delito..., (de esa forma) se incrementan las posibilidades de que aún cuando el acusado sea inocente, se le encuentre culpable*⁶⁸⁵.

La concepción dada a la V Enmienda impide que el Estado puede originar un nuevo juicio mediante un recurso, aun cuando la absolución pueda parecer errónea⁶⁸⁶, es decir, recaída sentencia absolutoria, por virtud de la cláusula del non bis in idem, no hay lugar para que el Estado provoque un nuevo juicio en el que el acusado sea puesto nuevamente frente al riesgo de ser condenado⁶⁸⁷.

También puede observarse que en Estados Unidos el principio se extiende a quien ha sido condenado por un delito menos grave de aquel por el que se le acusaba, entendiéndose que queda tácitamente absuelto del delito más grave y puede invocar la absolución como obstáculo a una ulterior acusación por ese delito⁶⁸⁸.

Es decir, la irrecorribilidad del veredicto absolutorio en el ámbito del proceso penal norteamericano no se limita a los casos de juicio por jurado ni encuentra en esa institución su fundamento, sino en la prohibición establecida en la Quinta Enmienda de someter a una persona reiteradamente al riesgo del ser condenada. En nuestro ámbito existe una parte importante de la doctrina que sostiene la irrecorribilidad del acusador⁶⁸⁹.

⁶⁸⁵ *Green v. US* 184, pp. 187-188 (1957).

⁶⁸⁶ "Benton v. Maryland", 395 U.S. 784 (1969).

⁶⁸⁷ "Ludwig v. Massachusetts", 427 U.S. 618 (1976).

⁶⁸⁸ *Diaz v. US* (223 US, 442).

⁶⁸⁹ MAIER, Julio B.J., "*Derecho Procesal Penal, I, Fundamentos*" Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 732-733; MAIER, Julio B.J., "*¿Es la intermediación una condición de la condena penal?*", pág. 852; MAIER, Julio B.J., "*Acerca de la garantía procesal del recurso contra la condena penal en las convenciones internacionales sobre derechos humanos*", publicado en *Antología. El Proceso Penal Contemporáneo*, ed. Palestra, Perú, 2008 pág. 736.

Laudan se manifiesta contrario a la idea de que sólo pueda apelar el acusado en caso de sentencia condenatoria y no el acusador respecto del veredicto absolutorio. Su posicionamiento es desde una perspectiva exclusivamente epistemológica genérica, es decir, referible a un concepto de “verdad abstracta” y no de verdad de la hipótesis acusatoria. Eso hace que muestre una especial preocupación por los *falsos negativos*, esto es, por las absoluciones erróneas, pretendiendo reducir estos errores mediante la instauración de la apelación simétrica que comprenda al acusador⁶⁹⁰.

4. La competencia negativa y la prohibición de bis in idem.

En nuestro país, con prescindencia de los casos en los que se ha instaurado el sistema de jurado popular⁶⁹¹, siguiendo la tradición del *civil law*, se ha mantenido la concepción bilateral de los recursos. Por lo general, los ordenamientos procesales han establecidos regulaciones comunes a ambas partes⁶⁹², contemplando sólo algunas diferencias en cuanto a legitimación por el tipo de resolución recurrible, pero no en cuanto al carácter de los motivos⁶⁹³. Es decir, el recurso del acusador contra absoluciones e incluso condenas se encuentra regularmente previsto en los códigos procesales, tanto estatales como nacional.

La posibilidad de que el acusador recurra una sentencia absolutoria y que la decisión del órgano revisor tenga como consecuencia disponer la realización de un nuevo juicio ha sido tradicionalmente aceptado. Cabe señalar que, en

⁶⁹⁰ LAUDAN, Larry “*Verdad, error y proceso penal*”, trad. Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, pág. 273 y sgtes.

⁶⁹¹ Art. 371 quater inc. 7 CPPBA que establece la irrecurribilidad del acusador.

⁶⁹² Art. 448 CPPBA, los motivos de casación se encuentran regulados de manera conjunta para defensa y acusación.

⁶⁹³ Art. 452 CPPBA.

general, la regulación acerca de la competencia positiva y negativa del tribunal revisor se encuentra establecida en forma común, es decir, regulada del mismo modo tanto para la defensa como para el acusador. Así, el artículo 461 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires establece que *“Si se tratare de defectos graves del procedimiento, de quebrantamientos de forma esenciales del proceso o de alguno de los casos del artículo 448 inc. 2), siendo necesario celebrar un nuevo debate, el Tribunal de Casación anulará lo actuado y lo remitirá a quien corresponda para su sustanciación y decisión”*⁶⁹⁴.

En el caso “Alvarado”⁶⁹⁵ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el voto en minoría de los jueces Petracchi y Bossert estableció una limitación a la posibilidad de que el recurso del acusador provoque la reedición del juicio. Se señaló que cuando el acusador recurre la sentencia absolutoria sólo en cuanto a los posibles vicios de motivación, en la medida en que no se ha dirigido queja sobre la validez de los actos procesales que integran el debate, debe concluirse que el juicio desarrollado ha sido válidamente concluido en su totalidad.

Los magistrados mencionados se interrogan acerca de si ¿Es posible -a la luz de nuestro derecho federal- que en un caso como el de autos, en el que es el acusador público quien requiere la revocación de la sentencia absolutoria, se someta al imputado a un nuevo juicio íntegro cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes? e inmediatamente se responden que, si no ha habido afectación a las formas sustanciales del proceso y mediante la impugnación lo que se pretende invalidar es la sentencia en virtud

⁶⁹⁴ En términos similares los Códigos Procesales Penales de Córdoba, artículos 479 y 480; de Formosa, artículos 435 y 436; de Misiones, artículos 484 y 485; de Corrientes, artículos 504 y 505; de Tierra del Fuego, artículos 433 y 434; de Tucumán, artículos 490 y 491; de Chaco, artículos 473 y 474; de San Juan, artículos 586 y 587; de Santa Cruz, artículos 453 y 454; de Catamarca, artículos 466 y 467; de Entre Ríos, artículos 521 y 522.

⁶⁹⁵ CSJN, Fallos: 321:1173 “Alvarado”, voto de los dres. Petracchi y Bossert y Fallos: 333:1687 “Sandoval” en el que se remite a dichos votos.

de vicios intrínsecos de ésta, no es posible, en razón de ello, reanudar actos que, al dictarse la sentencia que se reputa inválida, ya habían sido adecuadamente cumplidos. Tal proceder implicaría una afectación a la prohibición de persecución penal múltiple.

La Corte Federal, en el caso “Sandoval”, convierte en mayoría *lo relativo al non bis in idem* sostenido por Petracchi y Bossert en fallo “Alvarado”. De los antecedentes de ambos casos surge que el fiscal impugna la absolución por considerar arbitraria la valoración de la prueba. En ambos casos las decisiones de los tribunales de primera instancia se basaron en informes técnicos confusos y peritajes contradictorios que determinaron la falta de corroboración de la hipótesis acusatoria. Es decir, el agravio se limitó a una discrepancia del acusador con los momentos de valoración y decisión llevados adelante por el órgano juzgador.

La circunstancia de que la impugnación fiscal haya estado centrada en la valoración probatoria que desencadenó la absolución es lo que le permitió a la Corte sostener que el juicio había sido válidamente celebrado y que, en esas condiciones, celebrar un nuevo juicio idéntico al anterior implicaba violar la prohibición de persecución múltiple. De esta idea central de ambos fallos (*holding*) parecería concluirse que cuando no existe afectación a las formas sustanciales del proceso (acusación, defensa, prueba y sentencia) el juicio se encuentra válidamente realizado y que ello impide su reedición.

Existe un aspecto importante de la decisión de la Corte que resulta interesante atender. El Alto Tribunal no se limita a citar la jurisprudencia norteamericana más conocida en relación al alcance del *ne bis in idem* que impide un segundo juicio a partir de un recurso del acusador contra una absolución, sino que se encarga de transcribir la decisión del Superior Tribunal de Pennsylvania en cuanto sostiene que *la cláusula del non bis in idem impide la apelación*

acusatoria contra la sentencia de absolución no sólo cuando de ella resultaría un segundo juicio, sino también cuando la revocación se pudiera traducir en “ulteriores procedimientos de alguna clase, tendientes a la resolución de cuestiones de hecho referentes a los elementos del delito imputado”⁶⁹⁶. Esto significa, que aún sin la celebración de un nuevo juicio, cualquier procedimiento por el que se intente una nueva determinación de los hechos implica una vulneración a la prohibición de persecución penal múltiple⁶⁹⁷.

Según este criterio, la absolución pone fin al proceso para la acusación. Su oportunidad para obtener una condena culmina con el juicio y no dispone de ulteriores posibilidades, con o sin un segundo juicio, dirigidas a la determinación de las cuestiones de hecho correspondientes al delito por el que la persona fue absuelta.

Hasta ahora, la Corte Federal ha sido consecuente con la doctrina del precedente “Sandoval” en cuanto a evitar la realización de un segundo juicio, cuando el primero había sido válidamente celebrado⁶⁹⁸. Sin embargo, no ha mantenido el criterio de la jurisprudencia norteamericana que ella misma invoca en cuanto a que, luego de la absolución del acusado en el juicio, el Estado no tiene chances de procurar la determinación del delito en instancias ulteriores, no solamente a través de la realización de un segundo juicio. En efecto, como se verá en el acápite siguiente, el Máximo Tribunal ha convalidado condenas dictadas en segunda instancia, con posterioridad a la absolución del juicio que, en definitiva, implican una ulterior determinación de los hechos.

Esta cuestión entró en la discusión del caso Mohamed de la Corte Interamericana. El perito Alberto Binder establece el alcance de la prohibición

⁶⁹⁶ CSJN “Alvarado”, consid. 12 in fine.

⁶⁹⁷ Cfr. D’ALBORA, Nicolás, “ *Uso y abuso del ejercicio de competencia positiva*”, “El debido proceso Penal”, Ángela Ledesma (dirección), Nro. 6, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, ps. 69/81.

⁶⁹⁸ Cfr. CSJN, Fallos: 334:1882 Kang Young Soo.

de la persecución múltiple a partir del fallo “Sandoval” de la Corte Suprema, afirmando que el criterio allí establecido no sólo impide la reiteración de un juicio ya celebrado válidamente sino también la modificación de la base fáctica por el tribunal revisor con el objeto de revocar una absolución y dictar una condena. El perito Julio Maier, en la misma línea, sostiene que en el caso ha habido *dos enjuiciamientos*, uno en primera instancia que concluyó en la absolución y uno en segunda instancia que culminó en la condena⁶⁹⁹. Con base en ambos peritajes, los representantes del señor Mohamed denunciaron la violación del artículo 8.4 de la Convención en atención al alcance que corresponde otorgarle a esa cláusula en el ámbito de la República Argentina en virtud del artículo 29 de la misma Convención. La Corte Interamericana, en su sentencia de fondo decidió no ingresar al tratamiento de dicha cuestión por entender que los representantes no habían acreditado que el alcance de la prohibición de bis in idem en el ámbito interno del Estado argentino sea el pretendido⁷⁰⁰.

5. Competencia positiva vs. Inmediación.

Cuando el acusador impugna un veredicto absolutorio desconformándose con la valoración de la prueba efectuada por el juzgador, en el entendimiento que el conjunto de los elementos reunidos satisface el estándar probatorio requerido para habilitar una condena, es posible que el impugnante pretenda o que el tribunal superior entienda que se encuentra habilitado dictar condena. En estos casos, el primer problema que presenta la posibilidad de que el órgano revisor asuma competencia positiva reside en la prescindencia de la inmediación propia del juicio oral.

⁶⁹⁹ Ver el Alegato escrito de los representantes del señor Mohamed.

⁷⁰⁰ Corte IDH, caso “Mohamed vs. Argentina”, sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 124.

La inmediación entendida como la instancia en la que se posibilita el contradictorio frente al juzgador que va a decidir sobre los hechos no tiene enunciación expresa en forma de garantía convencional. Se suele decir que la inmediación se manifiesta a través de dos exigencias: *la identidad física del juzgador*, que requiere que quienes vayan a dictar una condena sean los mismos que presenciaron la producción de la prueba, la contraprueba, el examen directo y el examen cruzado de las declaraciones, oyeron al acusado, escucharon la versión final de las narraciones de las partes, etc., y la *concentración de los actos*, mediante la cual se exige que entre la producción de la prueba y la decisión exista una proximidad temporal⁷⁰¹.

La garantía del contradictorio, analizada en forma aislada, no implica *per se* la inmediación. De hecho, como se vio, el Tribunal Europeo acepta la incorporación de prueba de la investigación que haya podido ser controlada por la defensa, sin embargo, se trata de prueba cuya contradicción no se produjo ante quienes deben decidir. Es decir, es necesario unir el contradictorio al derecho a un juicio oral y público⁷⁰² para que la inmediación adquiera forma de garantía.

Es posible, al analizar el contradictorio desde la perspectiva epistemológica, advertir que la inmediación es garantía de verdad en la medida en que constituye una condición formal del uso del término. En ese sentido, para que un enunciado asertivo de una hipótesis acusatoria sea declarado como verdadero, es necesario que quien adopte la decisión haya presenciado el contradictorio. En la medida en que no puede haber condena sin verdad y que no hay verdad sin inmediación, esta última se convierte en garantía del acusado.

⁷⁰¹ VELEZ MARICONDE, Alfredo, "*Derecho Procesal Penal*", 3a. ed., Córdoba, 1982, t. I, 428 y sgtes y T.II, pág. 186 y sgtes.

⁷⁰² Comité DDHH, Observación General N° 32, párr. 15.

Para evitar objeciones, conviene insistir en algunas cuestiones ya expresadas en forma reiterada a lo largo del presente trabajo. Debe tenerse en cuenta que para absolver no se requiere “verdad”, por lo tanto, cuando un tribunal superior, en el caso de una impugnación de la persona condenada, absuelve no existe afectación a la inmediación en los términos propuestos. La “verdad” se requiere para condenar, por lo tanto, cuando el tribunal superior entiende que se encuentra incumplido el estándar probatorio (exigencia material del uso del concepto de verdad), sólo cabe absolver. Este argumento no es reversible para el acusador, la existencia de un error en una absolución no autoriza a condenar porque no existe un estándar de absolución. Un error en una absolución no significa automáticamente una condena, puede que aún con ese error se siga sin alcanzar el estándar probatorio por otras razones.

En esa medida, el acusado tiene derecho a exigir que su condena esté sustentada sobre la verdad de la hipótesis acusatoria y que la misma se base en el conocimiento que brindan las pruebas sujetas al contradictorio en presencia del juzgador.

Si la inmediación es concebida como un derecho al que el acusado puede renunciar mediante la aceptación de los denominados *procedimientos abreviados*, debe quedar claro que en la medida en que no haga uso de los mismos, la persona conserva el derecho a ser juzgado con respeto al principio de inmediación, lo cual implica que si es finalmente condenado, la sentencia sólo puede ser dictada por el juzgador que presenció el contradictorio. Esto significa que el acusado tiene derecho a exigir que su condena provenga de los jueces del juicio oral en el que rigió la inmediación.

El Convenio Europeo en su art. 6.1 establece que *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente*. Sumado a ello, en el art.

6.3.d se dispone que todo acusado tiene derecho a *interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra*. De esa combinación, el Tribunal Europeo entiende que el principio de inmediación forma parte del derecho a un *proceso equitativo*.

Si ese es el alcance del derecho a un proceso equitativo o proceso justo, en los términos del art. 6 del Convenio Europeo y del art. 8 de la Convención Americana, resulta muy complejo aceptar que el órgano de revisión pueda asumir competencia positiva frente a la impugnación del acusador contra un veredicto absolutorio y dictar condena.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del voto en minoría de los señores jueces Petracchi y Bossert en el caso "Alvarado"⁷⁰³, tuvo oportunidad de expedirse sobre la cuestión. Allí, los magistrados señalan "*dos derivaciones directas del denominado principio de inmediación: las formas o reglas llamadas "identidad física del juzgador" y "concentración de los actos del debate y la sentencia". Por virtud de la primera, se sostiene que la sentencia -en especial, su acápite fáctico, la reconstrucción de los hechos imputados- sólo puede ser dictada por los mismos jueces que intervinieron en el debate desde el comienzo hasta el fin, que oyeron al acusado, que recibieron la prueba -la única que puede dar base a la sentencia, esto es, la producida durante el juicio-, que escucharon los alegatos de las partes. La segunda de las formas o reglas referidas designa un límite temporal para la tarea del juzgador que asegura que la sentencia se dicte inmediatamente después de que sea examinada la prueba que ha de darle fundamento y de la discusión de las partes. Como consecuencia de tales condiciones procesales estructurales, cuando en un proceso se da la necesidad de dictar una segunda sentencia en la que se*

⁷⁰³ CSJN, Fallos: 321:1173, 7 de mayo de 1998.

resuelva sobre el mérito de la prueba -esto es, cuando no se cuenta con una reconstrucción histórica de los hechos imputados que haya quedado firme-, no habrá más alternativa que llevar a cabo un nuevo juicio, fundamentalmente idéntico al primero”.

Varios años después, en el caso “Sandoval”⁷⁰⁴, la Corte Suprema vuelve a pronunciarse sobre la temática que involucra el recurso del acusador contra un veredicto absolutorio. En esa oportunidad la Corte Federal interviene con motivo de la resolución de un órgano superior que había revocado una absolución y ordenado el reenvío para la celebración de un nuevo juicio, resolviendo que la cuestión planteada en el sub lite con relación al ne bis in idem es sustancialmente análoga a la examinada en Fallos: 321:1173 (disidencia de los jueces Petracchi y Bossert).

La primera lectura de esa nueva mayoría parecía sostener la disidencia del fallo “Alvarado” en su intergridad. Es decir, para aceptar la conclusión en relación al bis in idem era necesario adoptar como premisa previa la afirmación en cuanto a la imposibilidad de asumir competencia positiva por impedimento de la intermediación.

Sin embargo, si en algún momento se pretendió interpretar que la Corte, con la remisión efectuada al voto en minoría de los señores jueces Petracchi y Bossert en el caso “Alvarado”, había convertido esa disidencia en forma íntegra en mayoría, la propia Corte se encargó de disipar esa lectura. En efecto, en varios pronunciamientos posteriores⁷⁰⁵, en donde los órganos de revisión habían revocado absoluciones y dictado directamente la condena, la Corte limitó su pronunciamiento a resolver la cuestión acerca de cómo se garantizaba

⁷⁰⁴ CSJN, Fallo citado.

⁷⁰⁵ CSJN, Fallos: “Duarte”, “Chambla”, “Chabán”, “Carrascosa”.

el derecho a la revisión respecto de dichos fallos, sin decir absolutamente nada en relación a la posible afectación al principio de inmediación.

La posibilidad de que la Corte Suprema no se haya pronunciado al respecto en virtud de que tales planteos no hayan estado contenidos en las impugnaciones extraordinarias no constituye un argumento decisivo. Si bien es cierto que la introducción oportuna del planteo constitucional es un requisito de acceso a la competencia de la Corte Federal, dicho Tribunal se ha encargado de dispensar la falencia de ese recaudo en la habilitación de su competencia, sosteniendo que en casos en los que *se advierten violaciones a las formas sustanciales que rigen el procedimiento penal*, cabe apartarse de las exigencias formales vinculadas con la admisibilidad del recurso⁷⁰⁶. Es decir, si el criterio de la Corte Suprema al remitir a la disidencia en el fallo “Alvarado” abarcaba tanto la prohibición de violación al *ne bis in idem*, producto del reenvío para un nuevo juicio, como la prohibición de violar la inmediación, con motivo de asumir competencia positiva, no existía impedimento ni obstáculo para sostenerlo en esos términos.

En el caso “Luna”⁷⁰⁷, en el que el acusado había sido condenado por el delito de robo y absuelto por el de homicidio en virtud del principio *favor rei*, el órgano de revisión, con motivo del recurso del acusador, dictó condena por el homicidio. Allí, la defensa formuló en forma expresa y oportuna el agravio vinculado a la violación del principio de inmediación producto del dictado de una condena sin juicio. La Corte Federal desestimó el recurso mediante la simple invocación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

⁷⁰⁶ CSJN, Fallos: 333:1687 “Sandoval”, con cita de Fallos: 325:2019 “Tarifeño”.

⁷⁰⁷ CSJN, L.712.XLIX, 27 de noviembre de 2014.

En síntesis, a partir de los posteriores pronunciamientos de la Corte Suprema que se señalan, puede entenderse que la remisión que la mayoría efectuara en el caso “Sandoval” a la disidencia de los jueces Petracchi y Bossert en el caso “Alvarado”, no alcanza a las consideraciones que dichos magistrados efectuaron en relación al principio de inmediación.

En varios de los ordenamientos procesales, la regulación de la competencia positiva del órgano de revisión en el ordenamiento procesal, no permite entender que autorice la utilización de dicha competencia para los casos de recurso del acusador contra absoluciones. En efecto, el art. 460 CPPBA señala que *Si la resolución recurrida no hubiere observado o hubiere aplicado erróneamente la ley sustantiva, o la doctrina jurisprudencial, el Tribunal la casará y resolverá el caso con arreglo a la ley y doctrina cuya aplicación declare, cuando para ello no sea necesario un nuevo debate*⁷⁰⁸.

En relación al Sistema Interamericano, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en el caso “Mohamed” en el que, el acusado absuelto en el juicio fue condenado por el tribunal revisor con motivo del recurso del acusador. La cuestión sometida a la Corte se centró esencialmente en el derecho a la revisión del acusado contra la condena dictada en segunda instancia. Si bien se había planteado la violación al derecho a ser oído del señor Mohamed, dicha alegación estaba efectuada en referencia a la

⁷⁰⁸ En términos similares los los Códigos Procesales Penales de Córdoba, artículo 479; de Formosa, artículo 435; de Misiones, artículo 484; de Corrientes, artículo 504; de Tierra del Fuego, artículo 433; de Tucumán, artículo 490; de Chaco, artículo 473; de San Juan, artículo 586; de Santa Cruz, artículo 453; de Catamarca, artículo 466; de Entre Ríos, artículo 521. En otros ordenamientos parece estar más claro que la competencia positiva sólo puede ser aplicada en beneficio del imputado: así, el artículo 246 del Código Procesal Penal de Neuquén establece que *“El tribunal dictará resolución en forma inmediata o en el plazo máximo de diez (10) días. Si la anulación es parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio o resolución. Si por efecto de la resolución debe cesar la prisión del imputado, el tribunal ordenará directamente la libertad. Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal resolverá directamente sin reenvío”*. En similar sentido los Códigos Procesales Penales de Río Negro, artículo 240 y La Pampa, artículo 437.

tramitación de las instancias recursivas posteriores a la condena y no en relación a la condena misma. No obstante, en virtud del reiterado criterio de la Corte Interamericana en relación a la aplicación del principio *iura novit curia*, mientras no se modifiquen los hechos probados, es posible la evaluación de otras violaciones a la Convención no invocadas por la Comisión ni los representantes. En ese sentido, si bien se encontraba probado que la Cámara de apelaciones había revocado la absolución y dictado directamente la condena, la Corte no ingresó en la cuestión relativa a la violación al debido proceso del artículo 8 de la Convención, en virtud de una eventual vulneración de la inmediación.

La Comisión Interamericana, en el informe de fondo del mencionado caso “Mohamed”, había señalado que el mismo no tuvo oportunidad procesal de ser oído en cuanto a sus alegatos, agregando que *en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus derechos e intereses. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio contradictorio. Más adelante, agrega que en el caso de los sistemas procesales penales en los cuales rige primordialmente los principios de oralidad e inmediación, como sucede en el caso de Argentina, (...) la revisión del fallo por el tribunal superior no debería desnaturalizar la vigencia de los principios de oralidad e inmediación*⁷⁰⁹.

No obstante esa oportunidad, las cuestiones referidas a la vulneración de la inmediación en virtud del dictado de una sentencia condenatoria en segunda instancia, quedaron sustraídas de la decisión final de los órganos del sistema interamericano.

⁷⁰⁹ CIDH, Informe 173/10, caso 11-618, párr. 59, 61 y 82.

6. La intermediación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La cuestión de la condena en segunda instancia provocada por recurso del acusador ha despertado especial interés en el ámbito del sistema Europeo de Derecho Humanos. En efecto, la temática ha sido motivo de reiterados pronunciamientos del Tribunal. Posiblemente, el especial interés en esos casos radique en que en el sistema Europeo, en virtud de la redacción del Protocolo 7⁷¹⁰, cuando la condena proviene de un órgano de segunda instancia, la persona no cuenta con el derecho a que la misma sea revisada.

Al analizar el derecho a un proceso equitativo de conformidad al art. 6 del Convenio, el Tribunal ha señalado que *“cuando una instancia de apelación es llamada a conocer de un asunto de hecho y de derecho y a estudiar en conjunto la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin apreciación directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que sostiene que no ha cometido el acto considerado como infracción penal”*.⁷¹¹

El Tribunal estableció que *“una audiencia se revelaba necesaria cuando la jurisdicción de apelación “efectúa una nueva apreciación de los hechos estimados probados en la primera instancia y los reconsidera”, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente de derecho. En tales casos se*

⁷¹⁰ Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 2: 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley. 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución.

⁷¹¹ TEDH, caso “García Hernandez c. España”, (12.256/07), 16 de noviembre de 2010.

*imponía una audiencia antes de llegar al juicio de culpabilidad del demandante*⁷¹².

Cuando la condena proviene del tribunal de segunda instancia en virtud de un cambio en la valoración de elementos tales como la conducta del acusado, sin que éste hubiera tenido la oportunidad de ser oído personalmente y de discutirlos mediante un examen contradictorio durante una audiencia pública, se entiende que tal proceder no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal y como garantiza el art. 6.1 del Convenio⁷¹³.

En estos casos, aún cuando el tribunal revisor sostenga que sólo se limita a efectuar una inferencia distinta de la del tribunal de juicio⁷¹⁴, sin modificar las pruebas, esa deducción la extrae sin haber oído al acusado, que de este modo no tuvo la oportunidad de exponer ante el tribunal las razones por las cuales negaba su intervención o la negaba con el alcance ahora pretendido⁷¹⁵.

Cuando se revalorizan los hechos por el tribunal del recurso, dichas cuestiones precisan de la valoración directa del testimonio del acusado y, aún de los otros testigos. En estos casos, el Tribunal concluye que los acusados han sido privados de su derecho a la defensa en el marco de un debate contradictorio y,

⁷¹² TEDH caso “Bazo Gonzalez c España” (30.643/04) 16 de diciembre de 2008; “Iguar Coll c. España”, (37.496/04), 10 de marzo de 2009.

⁷¹³ TEDH caso “García Hernandez vs. España” (12.256/07) 16 de noviembre de 2010.

⁷¹⁴ En España se dio la paradoja de que el Tribunal Supremo había establecido que la estructura racional de la valoración de la prueba producida en el juicio oral era revisable en casación, con la finalidad de amplificar la concepción tradicional de dicho recurso y cumplir con el derecho del acusado a la revisión amplia del fallo (STS 441/1999, del 23 de marzo). Por su parte, el Tribunal Constitucional se valió de criterio elaborado a favor del acusado para sostener que cuando en segunda instancia se revoca una absolución y se condena, si dicho tribunal se limita a efectuar un control sobre la razonabilidad de la inferencia no es necesario reproducir en segunda instancia el debate procesal con inmediatez (STC 170/2005, de 20 de junio; 338/2005, de 20 de diciembre).

⁷¹⁵ TEDH caso “Serrano Contreras c. España” (49.183/08) 20 de marzo de 2012.

por ende, se ha violado el derecho a un juicio equitativo reconocido en el art. 6.1 del Convenio⁷¹⁶.

El Tribunal ha remarcado que su doctrina no se refiere a la modificación de la calificación jurídica, *sino de una alteración de los hechos declarados probados en primera instancia*⁷¹⁷. En estos casos, *le incumbirá esencialmente decidir, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, si la jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la apelación procedió a una nueva apreciación de los elementos de hecho*⁷¹⁸.

Se ha pretendido entender que la determinación de los elementos subjetivos de las figuras penales, en tanto no surgen de la denominada prueba directa sino de operaciones inferenciales, constituirían cuestiones jurídicas que harían innecesaria la inmediatez. Esta idea parece seguir la propuesta de Bacigalupo de los dos niveles, identificando la cuestión con el segundo nivel, formado por lo que el autor designa como *la infraestructura racional de la formación de la convicción*, en el que la inmediatez no sería un obstáculo⁷¹⁹.

El Tribunal Supremo español ha elaborado una línea jurisprudencial en este sentido, sosteniendo que, dado que los elementos subjetivos del delito no pueden ser determinados por prueba directa sino que es preciso inferirlos por vía inductiva, el enjuiciamiento sobre los mismos no se proyectaría sobre lo fáctico, sino que estaríamos ante un juicio de valor⁷²⁰. En contra de esta caracterización de los elementos subjetivos como juicios de valor, se ha

⁷¹⁶ TEDH caso "Villanova Goterris y Llop García c. España" (5606/09 y 17516/09) 5606/09 y 17516/09) 27 de noviembre de 2012.

⁷¹⁷ TEDH caso "Nieto Macero c. España" (26234/12) 8 de octubre de 2013.

⁷¹⁸ TEDH caso "García Hernández vs. España" (15.256/07) 16 de noviembre de 2010.

⁷¹⁹ BACIGALUPO, Enrique, "La impugnación de los hechos probados en casación", ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.

⁷²⁰ ALCACER GUIRAO, Rafael, "Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación", InDret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero de 2012.

sostenido que su carácter interno y la dificultad de su averiguación no le quitan su condición de “hechos”, que, como tales, requieren ser descubiertos o inferidos a partir de otros hechos externos⁷²¹.

El Tribunal Europeo se ha encargado de remarcar el carácter fáctico de los elementos subjetivos y la necesidad de que los mismos sean acreditados. En un caso⁷²² en el que habían sido acusado a varios concejales de la ciudad de Marbella como autores de delitos relativos a la ordenación territorial, el Juez de lo penal nº 2 de Málaga absolvió al conjunto, constatando la existencia de una “confusión normativa” sobre el asunto litigioso reconocida, por otra parte, por varias jurisdicciones internas. El Juez consideró que los demandantes ignoraban la ilegalidad de dichas licencias de obras. En la medida en que el delito del artículo 320 del Código Penal, por el que estaban acusados, exigía el dolo directo del autor, el Juez de lo penal concluyó que los elementos para la existencia de ese delito no se daban, pudiendo ser calificados los hechos, en su caso, como infracción administrativa sin procedencia penal. La Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia el 25 de abril de 2007 condenando a los demandantes a una pena de doce meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del cargo de concejal por un periodo de ocho años, por un delito contra la ordenación del territorio en su modalidad de corrupción urbanística. Se redujo la pena en razón de la duración excesiva del procedimiento. La Audiencia explicó que las licencias de obras litigiosas iban en contra de varios instrumentos legislativos. Tras modificar parcialmente los hechos declarados probados por el Juez a quo, la Audiencia recordó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y señaló que la anulación de una sentencia absolutoria no implicaba ninguna vulneración de los derechos fundamentales cuando, como en el presente caso, la anulación estaba fundada sobre una cuestión de Derecho, a saber un presunto error en la valoración o en la calificación jurídica

⁷²¹ Cfr. GASCÓN ABELLAN, Marina, *“Los hechos en el Derecho”*, ed. Marcial Pons, pág. 71.

⁷²² TEDH caso “Román Zurdo c. España” (28399/09 y 51135/09) 8 de octubre de 2013.

del resultado de las pruebas practicadas en primera instancia, quedando inalterado dicho resultado. El Tribunal Constitucional hizo notar que, en el presente caso, se trataba de un cambio en la inferencia que la Audiencia Provincial había efectuado de los mismos hechos declarados probados por el Juez de lo penal, en base a una deducción conforme a reglas de lógica y de experiencia. El contacto directo con las distintas partes no hubiera aportado nada en términos de garantías constitucionales suplementarias. El Tribunal Europeo señaló que *“En la medida en que la Audiencia se ha pronunciado sobre circunstancias subjetivas de los demandantes, a saber, que tenían conocimiento de la ilegalidad de las licencias de obras litigiosas, sin una valoración directa de sus testimonios, se ha apartado de la sentencia de instancia después de pronunciarse sobre elementos de hecho y de derecho que le han conducido a determinar la culpabilidad de los acusados. En efecto, no se trata, en la opinión del TEDH, de una modificación de la calificación jurídica del resultado de las pruebas practicadas en primera instancia, sino de una nueva valoración del elemento subjetivo del delito de corrupción urbanística que se traduce en una alteración de los hechos declarados probados en primera instancia. Esta alteración se ha efectuado sin que los demandantes tuvieran la oportunidad de ser oídos personalmente con el fin de impugnar, mediante un examen contradictorio, la nueva valoración efectuada por la Audiencia Provincial.*

En otra oportunidad, en un caso⁷²³ en el que la Audiencia revocó una absolución y condenó por delitos contra la hacienda a partir de considerar la declaración de uno de los coacusados y de la declaración de un experto que intervino en el juicio y que confirmaba que el acusado era el principal responsable de la sociedad en cuestión y era conocedor de todos los movimientos de dinero, el Tribunal Europeo sostuvo que *“En la medida en que la Audiencia se ha pronunciado sobre circunstancias subjetivas del*

⁷²³ TEDH caso “Sainz Casla c. España” (18054/10) 12 de noviembre de 2013.

demandante, es decir, que tenía conocimiento de la aplicación del dinero, sin una valoración directa de su testimonio, se ha apartado de la sentencia de instancia después de pronunciarse sobre elementos de hecho y de derecho que le ha permitido determinar la culpabilidad del acusado. En efecto, no se trata, en la opinión del TEDH, de una modificación de la calificación jurídica del resultado de las pruebas practicadas en primera instancia, sino de una alteración de los hechos declarados probados en primera instancia. Esta nueva valoración del elemento subjetivo del delito contra la Hacienda pública se ha efectuado sin que el demandante tuviera la oportunidad de ser oído personalmente con el fin de impugnar, mediante un examen contradictorio, la nueva valoración efectuada por la Audiencia Provincial”.

En el caso “Porcel Terribas”⁷²⁴, el juzgado había absuelto al acusado del delito de corrupción urbanística del art. 320.2 del Código Penal español. Para resolver así sostuvo que, *“tras la valoración de las pruebas practicadas no se considera que en relación a aquellos haya queda debida y suficientemente acreditado la concurrencia del elemento intencional, el cual (...) precisando, por tanto, dolo, es decir, intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado por lo que ha de acordarse la absolución de los mismos”*. En el marco del recurso fiscal, la Audiencia Provincial de Granada consideró que la audiencia no era necesaria por cuanto, en todo caso, no era competente para reproducir otra vez los medios de prueba correctamente practicados por la jurisdicción a quo. Luego dictó sentencia declarando culpables a los demandantes, afirmando la existencia del elemento subjetivo de la figura penal. Al conocer del caso el Tribunal Europeo señaló que la Audiencia se pronunció sobre circunstancias subjetivas que resultaban decisivas en el establecimiento de la culpabilidad de los acusados sin haber procedido a la valoración directa de los testimonios de los demandantes y, en contradicción con las conclusiones del Tribunal de instancia. En particular, al contrario que el juez a quo, consideró

⁷²⁴ TEDH caso “Porcel Terribas y otros c. España” (47530/13) 8 de marzo de 2016.

que las declaraciones de los tres empleados del Ayuntamiento debían interpretarse como que implicaban claramente a los demandantes en la comisión del delito, por cuanto su conocimiento sobre la ilegalidad de las licencias urbanísticas no dejaba lugar a dudas. El Tribunal afirmó que *“Esta nueva valoración del elemento subjetivo del delito de corrupción urbanística se ha efectuado sin que los demandantes tuvieran la oportunidad de ser oídos personalmente para discutir, mediante un enjuiciamiento contradictorio, la nueva valoración efectuada por la Audiencia Provincial”*. Más adelante agrega que *“cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos(...) no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación de los acusados sin haber tratado previamente de probar la realidad misma, lo cual implica, necesariamente, la comprobación de la intención de los acusados con respecto a los hechos que se le imputan”*.

Detrás de la postura del Tribunal Europeo subyace la idea de que el tribunal de juicio realiza una valoración conjunta de todo el acervo probatorio. Por tal razón, más allá de carácter personal o no de algunas pruebas, no resulta sencillo escindir el resultado probatorio de unas pruebas sobre otras, con lo cual, aún tratándose de la valoración de una prueba no personal por parte del tribunal de segunda instancia, es muy difícil que ello no impacte en la valoración de la prueba personal que había realizado el tribunal de primera instancia y que habían sido consideradas a la hora de decretar la absolución, incluso, la propia declaración del acusado⁷²⁵.

La distinción entre cuestiones de hecho y prueba y cuestiones puramente jurídicas resulta difusa y en esa medida, las decisiones del Tribunal Europeo se perciben, en cierta medida, oscilantes. En otro caso⁷²⁶, en el que se discutía la

⁷²⁵ ALCACER GUIRAO, Rafael, *“Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación”*, InDret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero de 2012.

⁷²⁶ TEDH caso “Perez Martinez c. España” (26023/10) 23 de febrero de 2016.

responsabilidad por un secuestro político, la Audiencia absolvió al imputado por considerar que no se había probado que aún formando parte del mando central del grupo armado (GRAPO) hubiera dado la orden de secuestrar a P. En el marco de la vista, la fiscalía había acusado también en orden a la responsabilidad por omisión. El Tribunal Supremo, sin realizar audiencia, condenó al acusado por el delito de detención ilegal por omisión, al entender que la posición del mismo en el organigrama jerárquico de las GRAPO le atribuía la capacidad de poner término al secuestro. *“El Tribunal Supremo no hizo más que verificar la no intervención del demandante en tratar de impedir la continuación del acto delictivo. A diferencia de otros asuntos (...), la jurisdicción de recurso no ha sido llamada a conocer, de hecho y de derecho, del asunto. Muy al contrario, los aspectos analizados por el Tribunal Supremo tenían un aspecto puramente jurídico(...). El TEDH observa igualmente que el elemento subjetivo al que se refiere el Tribunal Supremo(...) se limita a constatar que, teniendo en cuenta la posición del demandante en el seno de la organización, nunca negada por éste, su capacidad de decisión sobre la continuación del secuestro era evidente. Está pues claro que el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre un elemento subjetivo específico del demandante, tal como la consciencia de la ilegalidad de su comportamiento, sino sobre la definición del delito enjuiciado con carácter general”*. En tal sentido, consideró que la celebración de una audiencia no era indispensable⁷²⁷.

En otro caso⁷²⁸, en el que el Tribunal condenó al acusado por el delito de robo con violencia y uso de armas y absolvió por dos delitos de asesinato por considerar que no tenía conocimiento de las intenciones de los demás acusados de poner fin a la vida de los guardias. Constató que el demandante no portaba armas y no había disparado de ningún modo a las víctimas y consideró que su única intención era apoderarse del dinero. El tribunal se basó

⁷²⁷ TEDH caso “Perez Martinez c. España” (26023/10) 23 de febrero de 2016.

⁷²⁸ TEDH caso “Naranjo Acevedo c. España” (35348/09) 22 de octubre de 2013.

en varios elementos, a saber declaración de los diversos acusados, testimonios de personas presentes en el lugar de los hechos, así como los de los agentes de policía que intervinieron, los peritajes relativos a los impactos de bala, autopsia de la víctima. Recurrido por el Ministerio Fiscal, el Tribunal Superior, en base a los hechos declarados probados por el Tribunal a quo, modificó las inferencias efectuadas y consideró que los asesinatos formaban, obligatoriamente, parte del plan inicial concebido por todos los partícipes del atraco, incluido el demandante y no eran imprevisibles. El acusado recurrió en casación y el Tribunal Supremo señaló que el *a quo* no había vuelto a valorar las pruebas con el fin de modificar los hechos declarados probados en primera instancia, sino que había efectuado una nueva calificación jurídica de los mismos hechos, sin que esto vulnerara el derecho del demandante a un proceso equitativo. *“El TEDH constata que los aspectos que el Tribunal Superior de Justicia ha debido analizar para pronunciarse sobre la culpabilidad del demandante tenían un carácter jurídico predominante. Por ello, la sentencia se ha limitado a interpretar de manera diferente la noción de “dolo eventual” en el marco de un delito de robo con violencia y uso de armas de fuego. En efecto, mientras que la Audiencia había considerado que un delito tal no conllevaba obligatoriamente el riesgo de resultado de muerte y que, en consecuencia, debía existir un acuerdo previo de los autores del delito al respecto, el Tribunal Superior hizo notar que tal eventualidad debía ser obligatoriamente contemplada a partir del momento en que unas armas de fuego eran utilizadas. En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia no se ha pronunciado sobre un elemento subjetivo propio del demandante, sino sobre la definición jurídica del delito analizado con carácter general(...) Muy al contrario, los aspectos analizados por el Tribunal Superior de Justicia, tenían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia, hayan sido modificados(...) La amplitud del análisis efectuado por el Tribunal Superior de Justicia, en el presente caso, conduce por lo tanto al TEDH a*

considerar que el testimonio del demandante durante la vista pública no era indispensable.

Ahora bien, la exigencia de debido proceso o proceso equitativo que obliga al órgano encargado de conocer del recurso del acusador a garantizar la inmediación en caso de proceder a determinar o modificar los hechos, termina por provocar un segundo juicio. Si luego de un juicio en el que se produjeron y valoraron los elementos de prueba y se concluyó en la absolución total o parcial del acusado, se concede la posibilidad de que el acusador procure una nueva producción o valoración de esos mismos elementos de juicio con la finalidad de que, en esa segunda oportunidad, se les otorgue un sentido distinto, tal proceder importa sin dudas una reedición del juicio, al menos en las partes que al acusador le interesan, idéntico al anterior y, en esa medida, también constituye un *bis in idem* en los términos que la Corte Suprema le otorgara a la garantía en el fallo "Sandoval".

Hacer declarar dos veces a los testigos en una audiencia que garantice la inmediación y el contradictorio frente a los jueces que deben adoptar la decisión significa realizar dos veces el mismo juicio. Así lo reconoce Villar al sostener que *la repetición en segunda instancia de las pruebas personales practicadas en la primera garantiza sin duda la inmediación, la contradicción y la publicidad de la prueba en el trámite de la apelación. Ciertamente la segunda instancia, así entendida, constituiría un "novum iudicium"*⁷²⁹.

En definitiva, resulta imposible armonizar la posibilidad de recurrir una absolución por parte del acusador, luego de un juicio válidamente celebrado, con el alcance dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la prohibición de *bis in idem* pues, sea reenviando para que nuevos jueces

⁷²⁹ CACHÓN VILLAR, Pablo, "La doble instancia penal y el recurso de casación", publicado en Revista Jurídica de Castilla y León, Nº 10, septiembre 2006, pág. 37.

realicen de nuevo el juicio o directamente procediendo a valorar los elementos de juicio ante el órgano revisor, inevitablemente se cae en un doble juzgamiento y, en consecuencia, en la violación al artículo 8.4 en los términos del artículo 29 de la Convención.

7. Recurso extraordinario y tribunal superior.

En varias de las organizaciones de la administración de justicia en los Estados provinciales es común que la segunda instancia, luego de celebrado el juicio oral, esté a cargo del Superior Tribunal de Provincia. Dado el carácter bilateral de la regulación de las impugnaciones, la misma es una instancia común para el acusado y el acusador.

Cuando esa segunda instancia es habilitada por medio del recurso del acusador contra una absolución, total o parcial⁷³⁰, y asumiendo competencia positiva se dicta sentencia condenatoria, además de las objeciones que se enunciaron en el apartado anterior, surge la problemática relativa a la revisión de dicha condena.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, el Tribunal de Casación es quien tiene a su cargo la materialización del derecho a la revisión en materia criminal, mientras que a las Cámaras departamentales les corresponde la materia correccional.

En el caso “Vilche”⁷³¹, el Tribunal de Casación hizo lugar al recurso fiscal, modificó la base fáctica y recalificó los hechos de exceso en la legítima defensa

⁷³⁰ Por absolución parcial se refiere a la condena a un delito menor al requerido por el acusador. Es decir, se entiende que la persona ha sido absuelta por el delito más grave.

⁷³¹ TCPBA, causa 6.075 “Vilche, José Luis”.

a homicidio en grado de tentativa, elevando la pena. La defensa interpuso recurso ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, el cual fue rechazado por el límite que la regulación local establece en cuanto al monto de pena⁷³². Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso extraordinario federal y luego queja por denegatoria, denunciando la violación al derecho a la revisión del fallo en los términos del art. 8.2.h de la Convención. La Corte Suprema hizo lugar, declaró procedente el recurso y aplicable el precedente “Casal”, lo cual sólo podía ser leído en el sentido de que la condena dictada por el Tribunal de Casación debía ser revisada ampliamente⁷³³. La Suprema Corte de la Provincia trató finalmente el recurso a fin de dar cumplimiento al mandato de la Corte Federal y lo rechazó en los estrictos términos de la doctrina de la arbitrariedad⁷³⁴.

En el caso “Spinoso”⁷³⁵, la Cámara de Apelación y Garantías de San Isidro había revocado la absolución y condenado a Spinoso a dos años de prisión en suspenso y siete de inhabilitación especial para ejercer la medicina, al considerarlo autor del delito de homicidio culposo. La defensa interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que fue rechazado por la Suprema Corte local con sustento en el criterio restrictivo con el que debe examinarse la arbitrariedad, sosteniendo que la parte no demostró la concurrencia de esa tacha, sino que sus argumentos solo reflejaban su disconformidad con la selección y valoración de la prueba, cuestión que entendió irrevisable por esa vía. El dictamen de la Procuración General aconsejó admitir la queja para que, en salvaguarda de la garantía de la doble instancia y en los términos de la doctrina “Casal” y “Martinez Areco”, los tribunales provinciales, analicen, entre otros puntos: la patología que presentaba la víctima, según los diagnósticos dados; la conducta objetiva de cuidado que tendría que haber observado el

⁷³² SCBA, P. 93.249 “Vilche” de 30 de marzo de 2005.

⁷³³ CSJN, “Vilche” V.466.XLII

⁷³⁴ SCBA, P.93.249 “Vilche” de 22 de septiembre de 2010.

⁷³⁵ CSJN, “Spinoso”, S.1398.XLIII., sentencia del 27 de mayo de 2009.

imputado; y si la inobservancia o supresión de esta conducta influyó de manera determinante en la progresión del cuadro abdominal y en el resultado de la muerte. La Corte remitió a los fundamentos y conclusiones del dictamen y devolvió al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Al regresar la causa a la Suprema Corte de la Provincia, antes de analizar los planteos de la defensa contenidos en el antiguo recurso de inaplicabilidad de ley, verifica con carácter previo la subsistencia de la acción penal, declarando la prescripción⁷³⁶.

Con prescindencia de la cuestión de la inmediatez y de la prohibición bis in idem, los fallos de la Corte Suprema mencionados indicaban, ya en esa oportunidad, que la condena dictada en segunda instancia, queda amparada por el derecho a la revisión del artículo 8.2.h de la Convención. A partir de esos precedentes, en distintos casos en los que el Tribunal de Casación o las Cámaras departamentales asumían competencia positiva y condenaba o elevaba la condena, la Suprema Corte de la Provincia se avocaba a la revisión de esa nueva sentencia, pero siempre con el alcance restringido de la doctrina de la arbitrariedad. Cabe recordar que la revisión en términos de la arbitrariedad no satisface para el Comité de Derechos Humanos el concepto de revisión amplia e íntegra⁷³⁷. Error y arbitrariedad no pueden considerarse conceptos sinónimos⁷³⁸.

En varias de las provincias y en el ámbito federal, los órganos encargados de revisión son los superiores Tribunales de Provincia y la Cámara Federal de Casación respectivamente. Por lo que, en caso de recurso fiscal contra absoluciones totales o parciales, las eventuales condenas que dichos recursos desencadenen son dictadas por esos órganos. Es decir, respecto de las

⁷³⁶ SCBA, "Spinoso" P. 90.684, sentencia del 14 de octubre de 2009.

⁷³⁷ Comité DDHH, com. 1101/2002 "José María Alba Cabriada c. España", 15 de noviembre de 2004, párr. 7.3.

⁷³⁸ MORENO CATENA, Víctor, "El recurso de apelación y la doble instancia penal", publicado en Aequitas, pág. 33.

sentencias condenatorias que dicten los Superiores Tribunales de Provincia o la Cámara Federal de Casación, queda como única vía impugnativa el recurso extraordinario federal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya había señalado en el precedente “Giroldi”⁷³⁹ que el recurso extraordinario federal no satisfacía el derecho a la revisión del art. 8.2.h de la Convención. Es decir, se trataba de casos en los que la condena quedaba sin posibilidad de ser revisada en los términos compatibles con la garantía convencional.

Esta era precisamente la situación que se había generado el caso “Mohamed”, en donde la Cámara revoca una absolución y dicta sentencia condenatoria. La Corte Interamericana señala que *Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena*⁷⁴⁰. En cuanto al recurso extraordinario federal, señaló que *no constituye un medio de impugnación procesal penal sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento argentino. Asimismo, las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como de derecho de naturaleza jurídica no constitucional*⁷⁴¹. La Corte Interamericana concluyó que *la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena del señor Mohamed y la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo implicaron un incumplimiento del Estado del deber general de*

⁷³⁹ CSJN, Fallos: 318:514, “Giroldi”

⁷⁴⁰ Corte IDH, caso “Mohamed vs. Argentina”, sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 92.

⁷⁴¹ Corte IDH, caso “Mohamed vs. Argentina”, sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 103.

*adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida por el artículo 8.2.h de la Convención*⁷⁴².

Con anterioridad, el Comité de Derechos Humanos había sostenido que *la circunstancia que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva del Estado Parte, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior*⁷⁴³. La situación fue extendida a los casos en los que el tribunal de segunda instancia revocó parcialmente la sentencia y aumentó la pena impuesta⁷⁴⁴. Expresamente señala el Comité que el hecho de que la sentencia sea dictada por un tribunal superior no alcanza para dar cumplimiento a la garantía del artículo 14.5 del Pacto sino que la misma requiere una segunda instancia de revisión de dicha sentencia⁷⁴⁵.

Con posterioridad al fallo de la Corte Interamericana en “Mohamed”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación intervino en una serie de casos en los que las condenas (originales o por agravación) provenían de la Casación Federal o de los Superiores Tribunales de las provincias.

Si bien los fallos que se mencionan han sido emitidos por la Corte Suprema en la misma fecha, es posible ordenar a los mismos en función de las remisiones que la propia Corte efectúa. En ese sentido, corresponde comenzar por el fallo “Duarte”⁷⁴⁶ que es el que se encuentra en el punto de inicio de las remisiones posteriores.

⁷⁴² Corte IDH, caso “Mohamed vs. Argentina”, sent. 23 de noviembre de 2012, párr. 116.

⁷⁴³ Comité DDHH, comunicación 1095/2002, “Gomariz Varela, Bernardino”, dictamen del 22 de julio de 2005.

⁷⁴⁴ Comité DDHH, comunicación 1527/2006, “Conde Conde, Mario”, dictamen del 31 de octubre de 2006.

⁷⁴⁵ Comité DDHH, comunicación 1332/2004 “García Sanchez, Juan y Gonzalez Clares, Bienvenida”, dictamen de 31 de octubre de 2006.

⁷⁴⁶ CSJN, D.429.XLVIII, del 5 de agosto de 2014.

Felisa Duarte había sido absuelta por el Tribunal Oral Federal de Formosa en orden al delito de contrabando de estupefacientes para comercialización en grado de tentativa (arts. 866, 2da. Parte y 871 del Código Aduanero). El fiscal de juicio impugna la decisión en términos de errónea valoración de los hechos y de la prueba. La Cámara Federal de Casación penal hizo lugar y condenó a la imputada a la pena de cuatro años y seis meses de prisión por contrabando de estupefacientes para comercialización en grado de tentativa. La defensa interpone recurso extraordinario federal, el cual fue concedido y elevado a la Corte.

Al momento de resolver, la Corte delimita la cuestión objeto del pronunciamiento en los términos de si lo que se ha dado en llamar en doctrina “casación positiva” debe ser revisado en forma amplia en los términos del precedente de Fallos: 328:3399 y de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Mohamed vs. Argentina”. En ese contexto, sostiene que *el derecho reconocido que prioriza la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8.2.h. es el doble conforme en resguardo de la inocencia presumida, aún con la primer sentencia adversa, pues la propia Corte Interamericana excepciona la intervención de un tribunal superior -cuando no existe otro en el organigrama de competencias- aunque exige como único requisito que sean magistrados diferentes a los que ya juzgaron el caso los que cumplan con la revisión amplia (cfr. parágrafo 90 del caso -de competencia originaria local- "Barreto Leiva vs. Venezuela" Corte Interamericana de Derechos Humanos).*

Luego remarca el escaso margen revisor que tiene esa Corte Federal por vía apelada, advertida por la propia Corte Interamericana en el caso “Mohamed” al señalar que el recurso extraordinario federal no constituye un medio de impugnación procesal, sino que se trata de un recurso extraordinario el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento procesal argentino. En función de

ello, la Corte Suprema concluye que corresponde -conforme los antecedentes y lo puesto de manifiesto en este fallo- que se designe a otra sala de la Cámara Federal de Casación Penal para que actúe como tribunal revisor.

De este modo, la Corte Suprema estaba resolviendo tres cuestiones: a) una implícita: que era posible que el tribunal revisor asuma competencia positiva en función de un recurso del acusador y condene sin juicio y b) otra explícita: que la condena que revoca una absolución queda amparada por el derecho a la revisión del fallo y c) una tercera, también explícita, en cuanto a que el recaudo de “superior tribunal” del art. 8.2.h CADH podía ser interpretado de modo tal que admita la posibilidad de que el mismo órgano, con nuevos jueces, revise la decisión adversa al imputado.

En el caso “Chambla”, de igual fecha, la Corte remite *mutatis mutandi* a las consideraciones desarrolladas en “Duarte”. La diferencia residía en que Chambla había sido condenado por el delito de homicidio en riña y la Sala Penal del Superior Tribunal de la provincia de Neuquén, en virtud del recurso de la parte acusadora, modificó la calificación a homicidio simple agravado por la participación de un menor. Es decir, la sentencia que agravó la situación del imputado respecto de la sentencia de primera instancia se la considera alcanzada por el derecho a la revisión del art. 8.2.h CADH. Esto significa que en la porción en que esa sentencia dictada por el órgano revisor resulta adversa a los intereses del imputado, debe ser considerada como primera condena a los fines del ejercicio del derecho a la revisión.

Con la misma fecha la Corte emite varias sentencias en el marco de la causa “Chabán”⁷⁴⁷, remitiendo en algunas solo al precedente “Duarte” cuando la

⁷⁴⁷ CSJN, “Chabán Omar Emir y otros s/ causa 11.684”.

Casación Federal condenó revocando una absolución ⁷⁴⁸ y en otras a “Duarte”, y “Chambla” cuando se agravó la condena del juicio, incorporando un nuevo delito.

Esta situación de *primera condena* dictada por el tribunal revisor en virtud de un recurso de la parte acusadora reviste ciertas particularidades en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, en donde la revisión no está a cargo del Superior Tribunal provincial sino de un Tribunal de Casación intermedio, con lo cual, frente a una condena dictada por dicho órgano aún subsiste en la administración local una instancia superior previa a la Corte Federal. En las situaciones en las que el Tribunal de Casación de la provincia de Buenos condenaba por primera vez o agravaba la condena, la Corte Federal había señalado la vigencia del fallo “Casal”, indicando implícitamente la necesidad de que esa sentencia sea alcanzada por el derecho a la revisión. Esta era la situación en el ámbito de la provincia de Buenos Aires generado a partir del fallo “Vilche” antes comentado.

Con posterioridad a los casos “Duarte”, “Chambla” y “Chabán”, la Corte Suprema de Justicia dicta el 27 de noviembre de 2014 el fallo “Carrascosa”. En este caso, el imputado había sido acusado por el delito de homicidio agravado por el vínculo y subsidiariamente por encubrimiento agravado. El tribunal de juicio absolvió por el primero y condenó por el segundo. Recurrido el fallo por el acusador, la Sala I del Tribunal de Casación hizo lugar y condenó al imputado por el delito de homicidio agravado por el vínculo.

La Suprema Corte de la Provincia había rechazado los recursos extraordinarios de nulidad interpuestos por los letrados en el entendimiento de que el agravio

⁷⁴⁸ CSJN, C. 1733. XLVIII, “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Juan Alberto Carbone, Maximiliano Djerfy y Elio Rodrigo Delgado”.

federal en cuestión debió encausarse mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que el rigor formal exhibido en la decisión de la Corte local era incompatible con la necesidad de garantizar al condenado el derecho a una revisión amplia de la sentencia que así lo declara, cuestión que no podía soslayar en supuestos como el de autos en que se procura revisar una condena a prisión perpetua impuesta en la instancia casatoria y en orden a un hecho por el que el recurrente fue absuelto por el tribunal oral⁷⁴⁹. La Corte remarcó que el derecho al recurso contra la condena es una garantía frente a la condena de primera instancia o cuando la condena aparece como resultado de recurso acusatorio contra la absolución del tribunal de primera instancia, siendo por tanto, la primera condena recurrible para el acusado en busca de su revocación o modificación. La Corte concluyó que la Suprema Corte de la Provincia omitió – al amparo de un excesivo rigor formal basado en el *nomen iuris* de la vía utilizada y soslayando la materialidad de los agravios planteados- el control sobre la cuestión federal comprometida en la decisión del Tribunal de Casación Penal local al evitar un pronunciamiento acerca del deber de garantizar la revisión amplia de la condena que asiste a toda persona inculpada de delito⁷⁵⁰.

Devuelta las actuaciones, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires señaló que las vías extraordinarias de impugnación locales podrían ser vistas como limitadas para realizar el escrutinio impuesto con la amplitud requerida por la jurisprudencia. Invocó el fallo de la Corte Federal “Duarte” que, con cita de “Barreto Leiva” de la Corte Interamericana, afirma que el derecho que prioriza la Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 8.2.h es el doble conforme en resguardo de la inocencia presumida, aún con la primer

⁷⁴⁹ CSJN, “Carrascosa”, C.382.XLIX, consid. 5º.

⁷⁵⁰ CSJN, “Carrascosa”, C.382.XLIX, consid. 10º.

sentencia adversa, pues la propia Corte Interamericana excepciona la intervención de un tribunal superior aunque exigen que sean magistrados diferentes a los que ya juzgaron el caso los que cumplan con la revisión amplia. En virtud de ello, concluyó la Suprema Corte que, *en aras de garantizar que la sentencia de condena dictada por el órgano casatorio en ejercicio de su competencia positiva sea revisada con la amplitud cognoscitiva que reclama el derecho a la doble instancia judicial, nada obsta a que sea una nueva sala en el seno del Tribunal de Casación Penal la que emprenda la revisión del pronunciamiento dictado por la Sala I de dicho órgano*⁷⁵¹.

El mismo criterio fue aplicado en materia correccional a los casos en los que la primera condena proviene de una Cámara de Apelación y Garantías, estableciendo que nuevos jueces hábiles de dicho órgano procedan a efectuar la revisión amplia del fallo⁷⁵².

En definitiva, la Suprema Corte a partir de los fallos “Carrascosa” y “Saavedra” modificó su anterior criterio sentado en “Vilche”, por el cual, cuando la condena provenía del órgano revisor intermedio (Tribunal de Casación, en materia criminal y Cámara de Apelación y Garantías, en materia correccional), correspondía a ella realizar la revisión del fallo a los fines de garantizar el derecho contenido en el art. 8.2.h CADH. A partir de los mencionados precedentes, la Suprema Corte entiende que su competencia delimitada por la Constitución Provincial resulta extraordinaria y no permite satisfacer la amplitud de la revisión que el derecho en cuestión exige y se vale del criterio sentado por la Corte Federal en “Duarte” para establecer que en los casos de condena en segunda instancia, la revisión la realizará la misma instancia integrada con nuevos jueces. La Corte, emulando a la Corte Federal, postula que lo que el art. 8.2.h prioriza es el *doble conforme* en resguardo de la inocencia presumida,

⁷⁵¹ SCBA, “Carrascosa”, P.108.199.

⁷⁵² SCBA, “Saavedra”, P.108.902.

sacrificando el concepto de *superior tribunal* expresamente previsto en la cláusula convencional.

Si bien la previsión del concepto de *superior tribunal* contenido en la Convención pueda haber obedecido a que regularmente los sistemas procesales ordenan sus órganos en forma jerárquica y no haya sido más que la sola idea de plasmar una práctica aceptada, lo cierto es que la propia Corte Interamericana ha señalado insistentemente que la revisión del fallo condenatorio que establece el art. 8.2.h CADH debe ser realizada por un *tribunal de jerarquía orgánica superior*. Posiblemente esa insistencia se funde en la idea de garantizar un proceso en la instancia revisora que prevenga contra ocultas solidaridades que, en toda estructura burocrática, existe entre pares.

La Corte Interamericana, en el caso “Barreto Leiva”, no sostiene lo que la Corte Federal y la Suprema Corte afirman en cuanto a que *el derecho que prioriza la Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 8.2.h es el doble conforme en resguardo de la inocencia presumida*, entendiéndolo por ello, una supuesta relativización del concepto de *superior tribunal*. Como se acaba de señalar, la Corte Interamericana ha remarcado en varias ocasiones la exigencia de *tribunal de jerarquía orgánica superior*. Por otra parte, hay que tener presente que Barreto Leyva era un caso de aforamiento, es decir, una situación prevista en los ordenamientos constitucionales de modo excepcional al asignar competencia para el juzgamiento de ciertas personas a los Superiores Tribunales. En ese sentido, la Corte Interamericana señala que *El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (...). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera*

*instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso*⁷⁵³.

De la transcripción del fallo de la Corte Interamericana parecería que la intención no ha sido la de consagrar una revisión por un órgano par, sino la de establecer dentro de un órgano colegiado algún mecanismo que preserve cierta relación de jerarquía. Claramente, el poder de decisión del pleno de un tribunal colegiado tiene una jerarquía superior al de uno de sus integrantes o una de sus salas. Es decir, entiendo que no resulta equiparable la solución que postula la Corte Interamericana en Barreto Leyva para los casos de aforamiento con el mecanismo de revisión paralela establecido por la Corte Federal en “Duarte” y “Chambla” y por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en los casos “Carrascosa” y “Saavedra”. Finalmente, cabe remarcar nuevamente que la propuesta efectuada en “Barreto Leyva” se relaciona con el carácter excepcional de la situación de aforamiento y no parece aceptable traspolar esa solución a situaciones que, desafortunadamente, no tienen nada de excepcional.

En definitiva, la consagración de la facultad recursiva de la parte acusadora tiene, además de las consecuencias ya analizadas en relación al bis in idem y a la inmediación, el efecto de debilitar el alcance del derecho a la revisión del fallo condenatorio al resignar la condición de superior tribunal del órgano encargado de llevar adelante el escrutinio.

⁷⁵³ Corte IDH, caso “Barreto Leyva vs. Venezuela”, sent. 17 de noviembre de 2009, párr. 90. En caso “Liakat Ali Alibux vs. Suriname”, sent. 30 de enero de 2014, la Corte Interamericana reitera el mismo criterio, párr. 105.

8. La competencia positiva de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Hay dos situaciones problemáticas que se han sucedido en el ámbito de la provincia de Buenos Aires y que tienen que ver con el diseño de su esquema recursivo y con los criterios adoptados por el superior tribunal de provincia. Se sabe que la Corte provincial tiene competencia limitada a cuestiones de inobservancia o errónea aplicación de la ley penal. No tiene competencia en relación a la ley procesal y, por ende, tampoco a cuestiones de determinación de los hechos y valoración de la prueba⁷⁵⁴.

En los casos de sentencias definitivas, la Suprema Corte actúa como tercera instancia, luego de la intervención del Tribunal de Casación en los casos criminales o de las Cámaras departamentales, en los correccionales.

Una primera situación se genera en aquellos supuestos en los que el Tribunal de Casación o las Cámaras hacen lugar al recurso de la defensa, revocan una sentencia condenatoria y absuelven total o parcialmente por entender que no está alcanzado el estándar probatorio en relación a los elementos relevantes del hecho o a ciertos extremos agravantes. Es decir, se trata de situaciones prototípicas del derecho a la revisión del artículo 8.2.h de la Convención destinado a la corrección de errores judiciales en el proceso de valoración de la prueba y aplicación del estándar probatorio.

Contra esas decisiones del Tribunal de Casación o de las Cámaras, que no son otra cosa que la materialización del derecho a la revisión, el acusador –público o privado- cuenta con una otra posibilidad para obtener nuevamente una condena ante la Suprema Corte. Es decir, ejercida la garantía contra el error

⁷⁵⁴ Conf. art. 494 CPP BA.

judicial y detectado efectivamente un error judicial, se le concede al acusador una nuevo recurso contra el ejercicio de aquella garantía.

En estos casos, que en principio no entrarían dentro de su competencia, la Suprema Corte ingresa al conocimiento de cuestiones que son propias de la valoración probatoria (aún cuando lo que se controla es el proceso inferencial realizado) y de la determinación de los hechos por vía de la doctrina de la arbitrariedad, cuya consecuencia debería ser, en todo caso, la nulidad de la sentencia impugnada. No obstante ello, la Suprema Corte declara la arbitrariedad por parte del órgano revisor y, asumiendo competencia positiva, reimplanta la sentencia condenatoria de primera instancia⁷⁵⁵.

Una primera objeción que se le puede formular a este mecanismo consiste en el absurdo de establecer un sistema de control sobre otro sistema de control que, además, es el ejercicio de una garantía convencional. Es decir, se termina por desnaturalizar la garantía en cuestión. Una segunda objeción radica que, en definitiva, el acusado se queda sin el derecho a la revisión, pues si la resolución que había materializado ese derecho era arbitraria lo que correspondía era que se realice nuevamente, esto es, que se rehaga el acto nulo. La Suprema Corte confirma una sentencia condenatoria de primera instancia cuando esa sentencia no era el objeto de su conocimiento. Su conocimiento estaba limitado a la resolución impugnada del Tribunal de Casación o de la Cámara y la eventual arbitrariedad de ésta no puede implicar automáticamente la confirmación de la condena.

Por último, el intento de justificar la situación argumentando que, en definitiva, con la sentencia de la Suprema Corte se da por cumplido el “*doble conforme*”, importa pervertir la garantía. El doble conforme como garantía contra el error judicial debe ser la materialización del derecho del acusado a que se revise

⁷⁵⁵ SCBA, P. 120.688 “Pasini”, entre otros.

íntegramente su condena. En este caso, se trata de un doble conforme provocado por el acusador que, precisamente deja de lado la resolución que había sido la materialización de la garantía del acusado. Si el derecho a la revisión del fallo condenatorio es una garantía contra el error judicial que posibilita, por medio del doble conforme, la reducción del margen de equívocos, es claro que ese doble conforme se debe procurar mediante la eliminación de los errores *contra reo*, es decir, de los falsos positivos. En la caso de la Suprema Corte de la Provincia, se pretende tener por cumplida la garantía a partir de un doble conforme que procura, mediante recurso del acusador, la eliminación de errores *favor reo*, esto es, los falsos negativos. Sostener el cumplimiento de la garantía del derecho a la revisión a partir de este pseudo doble conforme, es claramente contrario al objeto y fin de la garantía.

La otra situación problemática a la que se hacía referencia más arriba tiene que ver con aquellos casos en los que el acusado es absuelto total o parcialmente en primera instancia y, a partir de un recurso del acusador el Tribunal de Casación o las Cámaras confirman dicha absolución. Contra esas resoluciones el acusador sigue contando con una tercera chance de lograr finalmente la condena mediante un recurso ante la Suprema Corte de la Provincia.

Aquí, nuevamente, la corte ha asumido competencia positiva y, luego de declarar procedente el recurso del acusador dicta ella misma la condena. Más allá de las objeciones del punto anterior que pueden ser en parte reproducidas aquí, en el caso específico se plantea la situación problemática de que dicha sentencia constituye la *primera condena* respecto de la cual, ahora, hay que garantizar el derecho a la revisión⁷⁵⁶.

Sin embargo, el único tribunal de jerarquía orgánica superior es la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuyo recurso extraordinario federal ha sido

⁷⁵⁶ SCBA P. 119.888, "Colman, W.", STCHubut, expediente 22.693 "Manquepán".

considerado insuficiente para garantizar el derecho a la revisión por parte de la propia Corte⁷⁵⁷ y por la Corte Interamericana⁷⁵⁸. Tampoco parecería aplicable al caso la doctrina de la Corte Suprema expuesta en fallo “Chambla”, pues la propia Suprema Corte se ha considerado a si misma como un tribunal de competencia extraordinaria que no se encuentra en condiciones de garantizar una revisión amplia en los términos del artículo 8.2.h de la Convención⁷⁵⁹.

Estas situaciones son una muestra y un claro ejemplo de los desajustes que ocasiona la bilateralidad y la regulación simétrica de las impugnaciones. Parece sensato seguir el consejo de Maier en cuanto a que, aún cuando se quiera conservar la facultad recursiva del acusador siempre es necesario dejar un recurso más al acusado⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ CSJN, Fallos: 318:514, “Giroldi”.

⁷⁵⁸ Corte IDH, caso “Mohamed vs Argentina”, sent. 23 de noviembre de 2012.

⁷⁵⁹ SCBA, “Carrascosa” P.108.199.

⁷⁶⁰ Cfr. Maier Julio B.J., dictamen pericial en caso “Mohamed”.

CAPITULO X

EL DERECHO DE LA VÍCTIMA EN LA CONVENCION.

1. La víctima en el proceso penal según la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En el capítulo anterior se ha analizado el rol del acusador público en la etapa recursiva y se han establecido ciertos lineamientos para evitar la contradicción con determinadas garantías tales como la prohibición de bis in idem o el derecho a ser oído y a contradecir la prueba. También se ha analizado la problemática que genera la concepción de la bilateralidad en los recursos y el riesgo de la desnaturalización del derecho a la revisión.

Las facultades del acusador público en el proceso están reguladas en los códigos de procedimiento, es decir tienen rango legal y, por lo tanto, la búsqueda de armonizar las mismas con el sistema de garantías se resuelve, en última instancia, por jerarquía normativa.

Cuando se trata de las facultades del acusador privado, es decir, la víctima o sus familiares constituidos en el proceso, la cuestión merece un análisis más cuidadoso en relación al origen normativo de esas facultades.

El objetivo del presente capítulo se centra en intentar desentrañar a qué se encuentra obligado el Estado, como Estado Parte de la Convención, en relación a la víctima de una conducta definida como delito. Es decir, cuáles son las exigencias que se derivan de las cláusulas convencionales en relación al rol de la víctima en el proceso penal y, a partir de allí, analizar de modo particular la cuestión del recurso del acusador privado.

2. La responsabilidad de los Estados en el marco de la Convención Americana.

Para poder indagar acerca las obligaciones del Estado que se derivan de la Convención Americana en relación a las víctimas de delitos, es preciso repasar previamente los criterios generales que determinan la responsabilidad internacional de los Estados. Comprender en qué situaciones un Estado Parte puede ser responsabilizado internacionalmente nos va a permitir aproximarnos a determinar a qué se encuentra obligado para no incurrir en esa responsabilidad. En el caso específico, qué conductas debe realizar u omitir el Estado en relación a víctimas de delitos para no incumplir las obligaciones de la Convención.

La responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones *erga omnes de respetar y hacer respetar* –garantizar- las normas de protección y asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidos en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado⁷⁶¹.

Todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención y según el derecho internacional general. Es un principio de derecho internacional que el *Estado responde por los actos u*

⁷⁶¹ Corte IDH, caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sent. 15 de septiembre de 2005, párr. 111.

*omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aún si actúan fuera de los límites de su competencia*⁷⁶².

Los actos u omisiones de cualquier poder u órgano del Estado, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana, genera *en forma inmediata* un ilícito internacional atribuido al Estado, que desencadena su responsabilidad internacional. Para esta atribución es suficiente que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste⁷⁶³.

La responsabilidad internacional por la transgresión al *deber de respeto* se puede generar también a partir del actuar de terceros. Para ello es necesario que en el caso concreto se desprenda la *aquiescencia o la colaboración* estatal en las circunstancias propias del mismo. En estos casos, la Corte ha recurrido a un “*test de causalidad*” en virtud del cual considera si es insostenible una hipótesis en la cual el hecho ilícito se hubiera podido realizar sin la asistencia estatal⁷⁶⁴.

Hasta aquí, la responsabilidad en relación al *deber de respetar* se genera por la acción u omisión de sus agentes.

La responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares, en principio, no atribuibles al Estado. Se ha reconocido que pueden atribuirse al Estado actos violatorios de derechos humanos cometidos

⁷⁶² Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 111. Corte IDH, caso “Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, sent. 18 de marzo de 2005, párr. 54.

⁷⁶³ Corte IDH, caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sent. 15 de septiembre de 2005, párr. 112. Caso “Kawas Fernandez vs. Honduras”, sent. 3 de abril de 2009, párr. 73

⁷⁶⁴ Corte IDH, caso “19 comerciantes vs Colombia”, sent. 5 de julio de 2004, párr. 135; caso “Masacre de Mapiripán vs Colombia”, sent. 15 de septiembre de 2005, párr. 123; caso “Masacre de Ituango vs Colombia”, sent. 1 de julio de 2006, párr. 132/197; caso “Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica vs Colombia”, 20 de noviembre de 2013, párr. 280.

por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de *garantizar* el respeto de esos derechos entre individuos⁷⁶⁵.

La Corte ha señalado que las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes de la Convención, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, y se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. En este sentido, la atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garante, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención⁷⁶⁶.

Hasta aquí, entonces, tenemos que el Estado es responsable internacionalmente cuando la violación a los derechos reconocidos en la Convención se produce por acciones u omisiones de agentes del Estado, aún cuando estos actúen fuera de su competencia, y que también puede ser responsabilizado cuando la violación a un derecho específico de la Convención proviene de un particular, pero el Estado se encontraba en posición de garante debido a características de la persona o a determinada situación. Es decir, aquí el Estado debe responder por incumplir la obligación de garantizar, bajo la forma del *deber de prevenir*.

La responsabilidad por actos de terceros requiere ciertas precisiones para evitar que un Estado pueda ser responsabilizado por cualquier violación de

⁷⁶⁵ Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 113.

⁷⁶⁶ Corte IDH, caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sent. 15 de septiembre de 2005, párr. 111. caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 113.

derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no puede implicar una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares.

Por el contrario, los deberes del Estado de *adoptar medidas de prevención y protección* de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquel no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concepción de dichas obligaciones de garantía⁷⁶⁷.

En este aspecto, la Corte Interamericana recepta el criterio de atribubilidad elaborado, en su momento, por la Corte Europea que señala que la primera obligación del artículo 2.1 del Convenio obliga al Estado no sólo a abstenerse de privar intencional e ilegalmente de la vida, sino también a tomar pasos apropiados para salvaguardar las vidas de quienes se encuentran bajo su jurisdicción, y que esto conlleva un deber primario del Estado de asegurar el derecho a la vida, *a través del establecimiento de disposiciones de derecho penal efectivas para disuadir la comisión de delitos contra las personas, apoyadas por una maquinaria de implementación de la ley para la prevención, supresión y castigo del incumplimiento de esas disposiciones*. También se extiende, en ciertas circunstancias, a la obligación positiva de las autoridades de *tomar medidas preventivas operativas para proteger a un individuo o grupo de individuos*, cuya vida esté en riesgo por actos criminales de otros individuos.

⁷⁶⁷ Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 123.

Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas en las sociedades modernas, la impredecibilidad de la conducta humana y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, dicha obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Por consiguiente, no todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo⁷⁶⁸.

En síntesis, para que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violaciones a derechos reconocidos en la Convención cometidos por particulares es necesario que las autoridades estatales hayan sabido o hayan debido saber de la existencia de un riesgo real e inmediato para un individuo o grupo, y no hayan tomado las medidas que eran razonablemente esperables para evitar esa violación⁷⁶⁹. Esta configura una violación a la obligación de garantizar, bajo la modalidad del deber de prevención.

⁷⁶⁸ European Court of Human Rights, *Kilic v. Turkey, judgment of 28 March 2000, Application No. 22492/93, paras. 62 and 63; Osman v. United Kingdom judgment of 28 de October 1998, Reports of judgments and decisions 1998-VIII, paras. 115 and 116*, citado por la Corte IDH en caso "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", sent. 31 de enero de 2006, párr. 126.

⁷⁶⁹ Corte IDH, caso "Luna López vs Honduras", 10 de octubre de 2013, párr.125/126; caso "Defensor de Derechos Humanos vs Guatemala", 28 de agosto de 2014, párr. 143-159; caso "Velazquez País vs Guatemala", sent. 19 de noviembre de 2015, párr. 121; caso "Yarce y otras vs Colombia", sent. 22 de noviembre de 2016, párr. 135-202. caso "I.V. vs Bolivia" sent. 30 de noviembre de 2016, párr. 208.

Aplicando esos criterios de atribución de responsabilidad, en el caso “Masacre de Pueblo Bello”, la Corte Interamericana entendió que la masacre había sido cometida por particulares y que no existían pruebas que demuestren que el Estado había dirigido directamente la ejecución o que existiese un nexo entre los miembros del ejército y los paramilitares. No obstante, afirmó que la responsabilidad por los actos de los miembros del grupo paramilitar era atribuible, en el caso, al Estado en la medida en que éste no adoptó diligentemente las medidas necesarias para proteger a la población civil en función de las circunstancias y, en virtud de ello, entendió que el Estado no cumplió con su *obligación de garantizar* los derechos humanos consagrados en los arts. 4, 5 y 7 de la Convención, por haber faltado a los *deberes de prevención y protección*, en perjuicio de las personas desaparecidas y privadas de su vida en este caso⁷⁷⁰.

La obligación del Estado de *garantizar* no se agota en el deber de prevención señalado. La Corte también ha establecido tempranamente en su jurisprudencia otros alcances de la obligación derivada del art. 1.1 de la Convención, señalando que dicha cláusula dispone la obligación de los Estados Partes de *garantizar* los derechos reconocidos en dicho instrumento y que una de las formas de cumplir con ella es *investigar y sancionar* toda violación de los derechos reconocidos en la Convención.

Ya se mencionó que del deber de garantía del art. 1.1 surgen obligaciones que recaen sobre el Estado dirigidas a asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Este deber de garantía, al estar vinculado con derechos específicos, puede ser cumplido de diferentes maneras, dependiendo del derecho que el Estado tenga el deber de garantizar y de la situación particular del caso.

⁷⁷⁰ Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 140.

La Corte ha entendido que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, ha señalado que para cumplir con la obligación de garantía los Estados deben, no solo prevenir, sino también investigar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en ese instrumento y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por las violaciones de los derechos humanos⁷⁷¹.

El sentido del alcance del deber de garantizar radicaría en la lógica de que si el Estado no investiga y sanciona toda violación a los derechos humanos contenidos en la Convención genera una situación de impunidad que propicia la repetición de esos hechos. La Corte entiende por impunidad a *la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana*, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles⁷⁷².

El cumplimiento de este aspecto de la obligación de garantizar implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que la violación quede impune y no se restablece, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su

⁷⁷¹ Corte IDH, caso "Garibaldi vs. Brasil", sent. 23 de septiembre de 2009, párr. 111-112.

⁷⁷² Corte IDH, caso "Hermanos Gomez Paquiyauri vs. Perú", sent. 8 de julio de 2004, párr. 148.

jurisdicción⁷⁷³. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención⁷⁷⁴.

En definitiva, la falta de investigación adecuada o de sanción a los responsables de violaciones a los derechos humanos, importa la violación por parte del Estado del deber de respetar los derechos reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, impide que la sociedad conozca lo ocurrido y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse⁷⁷⁵.

Sobre este aspecto de la responsabilidad internacional fundada en el deber de garantía de los Estados Partes, referido específicamente al deber de investigar y sancionar, se centrará la atención en adelante.

3. El deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar.

En el marco de la obligación de proteger el derecho a la vida, la Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado la *teoría de la "obligación procesal"* de efectuar una investigación oficial efectiva en casos de violaciones a aquél derecho. La Corte Interamericana también ha aplicado esta teoría en diversos casos⁷⁷⁶.

⁷⁷³ Corte IDH, caso "Gomes Lund y otros (Gerrilha do Araguaia) vs. Brasil", sent. 24 de noviembre de 2010, párr. 140. Corte IDH, caso "Gomez Palomino vs. Perú", sent. 22 de noviembre de 2005, párr. 76. Corte IDH, caso "Escué Zapata vs. Colombia", sent. 4 de julio de 2007, párr. 165.

⁷⁷⁴ Corte IDH, caso "Campo algodnero vs. México", sent. 16 de noviembre de 2009, párr. 288.

⁷⁷⁵ Corte IDH, caso "Masacre de Mpiripán vs. Colombia", sent. 15 de septiembre de 2005, párr. 238

⁷⁷⁶ Corte IDH, caso "Campo algodnero vs. México", sent. 16 de noviembre de 2009, párr. 290-292.

El deber de “garantizar” implica la obligación positiva de adopción, por parte del Estado, de una serie de conductas, dependiendo del derecho sustantivo específico de que se trate. En ciertos casos el Tribunal ha considerado de modo general que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por este tipo de situaciones⁷⁷⁷. Es decir, en determinados supuestos y respecto de ciertos derechos, el *deber de garantizar* debe ser cumplido por los Estados a través de una investigación penal.

Para la Corte Interamericana, la obligación de investigar los hechos, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación de derechos humanos es un compromiso que emana de la Convención Americana, y la responsabilidad penal debe ser determinada por las autoridades judiciales competentes, siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana⁷⁷⁸.

Una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. La Corte ha advertido que esta obligación se mantiene “*cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo,*

⁷⁷⁷ Corte IDH, caso “Kawas Fernandez vs. Honduras”, sent. 3 de abril de 2009, párr. 75.

⁷⁷⁸ Corte IDH, caso “Radilla Pacheco vs México”, sent. 23 de noviembre de 2009, párr. 178/179.

*auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado*⁷⁷⁹.

La primera cuestión de interés que surge es que existe una *obligación del Estado de investigar*. Luego, la Corte comienza a precisar que esa obligación debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Remarca que debe ser asumida por el Estado como un *deber jurídico propio* y no como una gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o sus familiares en la aportación de elementos probatorios⁷⁸⁰. Esto último no se contrapone, como se verá, con el derecho que tienen las víctimas de violaciones de derechos humanos o sus familiares, a ser escuchados durante el proceso de investigación y el trámite judicial, así como a participar ampliamente de los mismos⁷⁸¹.

El deber de garantizar, a través de una investigación, juzgamiento y eventual castigo a los responsables, se materializa mediante un proceso penal⁷⁸². La Corte ha reconocido que los procesos disciplinarios pueden cumplir una función complementaria para garantizar los derechos reconocidos en la Convención pero reitera que estos tienden a la protección de la función administrativa y la corrección y control de los funcionarios públicos y no pretenden el esclarecimiento de responsabilidades en el caso, como lo hace la jurisdicción penal⁷⁸³.

⁷⁷⁹ Corte IDH, caso “Kawas Fernandez vs. Honduras”, sent. 3 de abril de 2009, párr. 78.

⁷⁸⁰ Corte IDH, caso “Bulacio vs Argentina”, sent. del 18 de septiembre de 2003, párr. 112. caso “Comunidad Moiwana vs. Suriname”, sent. 15 de junio de 2005, párr. 146. caso “Gomez Palomino vs. Perú”, sent. 22 de noviembre de 2005, párr. 77.

⁷⁸¹ Corte IDH, caso “Zambrano Velez vs. Ecuador”, sent. 4 de julio de 2007, párr. 120.

⁷⁸² Corte IDH, caso “Quispialaya Vilcapoma vs. Perú”, sent. 23 de noviembre de 2015, párr. 152.

⁷⁸³ Corte IDH, caso “Velez Restrepo vs Colombia”, sent. 3 de septiembre de 2012, párr. 248.

La Corte ha ido precisando el alcance de modo casuístico. En este sentido, ha señalado que en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, los Estados tienen el deber de iniciar *ex officio* y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva⁷⁸⁴. El carácter oficioso de la investigación parece estar reservado para los casos de graves violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, la Corte admite que la obligación de investigar no sólo se desprende de las normas convencionales de Derecho Internacional, imperativas para los Estados Partes, sino que además se deriva de la legislación interna que haga referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas⁷⁸⁵.

4. El derecho de las víctimas y familiares a la protección judicial y a conocer la verdad.

La Corte vinculó a través de su jurisprudencia tempranamente el deber de investigar y sancionar, derivado del artículo 1.1 de la Convención, con el derecho a ser oído por los tribunales y con el derecho a un recurso rápido y efectivo que consagran los artículos 8 y 25 de la Convención⁷⁸⁶.

Para que el Estado satisfaga el *deber de garantizar* adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin, el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del

⁷⁸⁴ Corte IDH, caso “Masacre de Mpiripán vs. Colombia”, sent. 15 de septiembre de 2005, párr.219. caso “Comunidad Moiwana vs. Suriname”, sent. 15 de junio de 2005, párr. 145.

⁷⁸⁵ Corte IDH, caso “Valle Jaramillo vs. Colombia”, sent. 27 de noviembre de 2008, párr.98.

⁷⁸⁶ Corte IDH, caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sent. 19 de noviembre de 1999, párr. 225.

contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia⁷⁸⁷.

Esta tríada conformada por los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención, continuó en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, fundamentalmente a partir del impulso de Canção Trindade, hasta la actualidad⁷⁸⁸.

A partir del artículo 8 de la Convención, la Corte ha señalado que las víctimas de las violaciones a los derechos humanos o sus familiares, deben contar con *amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos*, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en la búsqueda de una debida reparación⁷⁸⁹. Sin embargo, se ha remarcado insistentemente que la búsqueda efectiva de la verdad, corresponde al Estado⁷⁹⁰. Para que el derecho a ser oído no carezca de contenido debe ser acompañado por el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar⁷⁹¹.

La Corte ha sostenido que se debe garantizar a las víctimas el pleno acceso y capacidad de actuar *en todas las etapas e instancias de las investigaciones*, de acuerdo con la ley interna y la Convención⁷⁹². En otros casos estableció que los familiares de la víctima deben tener pleno acceso y capacidad de actuar *en todas las etapas e instancias de los procesos penales* internos, de acuerdo con

⁷⁸⁷ Corte IDH, caso “Masacre de La Rochela vs. Colombia”, sent. 11 de mayo de 2007, párr. 193.

⁷⁸⁸ Ver voto razonado de Canção Trindade en caso “López Alvarez vs. Honduras”, sent. 1 de febrero de 2006.

⁷⁸⁹ Corte IDH, caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sent. 19 de noviembre de 1999, párr. 226. caso “Comunidad Moiwana vs. Suriname”, sent. 15 de junio de 2005, párr. 147. caso “Gomes Lund y otros (Gerrilha do Araguaia) vs. Brasil”, sent. 24 de noviembre de 2010, párr. 139. Caso “Torres Millacura vs. Argentina”, sent. 26 de agosto de 2011, párr. 113.

⁷⁹⁰ Corte IDH, caso “Masacre de Mpiripán vs. Colombia”, sent. 15 de septiembre de 2005, párr. 219.

⁷⁹¹ Corte IDH, caso “Quispialaya Vilcapoma vs Perú”, sent. 23 de noviembre de 2015, párr. 207.

⁷⁹² Corte IDH, caso “Bulacio vs Argentina”, sent. del 18 de septiembre de 2003, párr. 121.

la ley interna y la Convención Americana⁷⁹³, que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que estos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre los hechos, responsabilidades, penas y reparaciones⁷⁹⁴. Remarca que toda persona que se considere víctima de violaciones a los derechos humanos o sus familiares tiene derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, el deber del Estado de investigar y sancionar⁷⁹⁵.

En tal sentido, la Corte ha establecido que la ley interna debe organizar el proceso respectivo de conformidad con la Convención Americana. La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales comprende el texto constitucional y todas las disposiciones jurídicas de carácter secundario o reglamentario, de tal forma que pueda traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos⁷⁹⁶.

Es decir, del análisis de la tríada mencionada se deriva tanto la obligación de investigar, como deber jurídico propio del Estado que no puede descansar en las iniciativas de los particulares, como el deber de garantizar a las víctimas y familiares el derecho a ser oído y actuar en los procesos. Deber de investigar, juzgar y, eventualmente sancionar, por un lado y derecho al acceso a la justicia y al debido proceso, por el otro, son anverso y reverso de la misma situación jurídica. En consecuencia, las víctimas y los familiares tienen el derecho, y los

⁷⁹³ Corte IDH, caso “Baldeón García vs. Perú”, sent. 6 de abril de 2006, párr. 199.

⁷⁹⁴ Corte IDH, caso “Masacre de La Rochela vs. Colombia”, sent. 11 de mayo de 2007, párr. 195

⁷⁹⁵ Corte IDH, caso “Bulacio vs Argentina”, sent. del 18 de septiembre de 2003, párr. 110.

⁷⁹⁶ Corte IDH, caso “Radilla Pacheco vs. México”, sent. 23 de noviembre de 2009, párr. 247.

Estados la obligación, a que lo sucedido a aquellas sea efectivamente investigado por las autoridades⁷⁹⁷.

Al pasar al análisis del artículo 25, la Corte recuerda que toda persona tiene derecho a un recurso *rápido y sencillo* o a *cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, no bastando para que tal recurso exista que esté previsto en la Constitución o en la ley o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea *realmente idóneo* para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla⁷⁹⁸.

Los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de derechos humanos (25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con el debido proceso legal (8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (1.1). El derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares, a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ Corte IDH, caso "Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador", sent. 18 de marzo de 2005, párr. 63. Caso "Garibaldi vs. Brasil", sent. 23 de septiembre de 2009, párr. 117.

⁷⁹⁸ Corte IDH, caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sent. 19 de noviembre de 1999, párr. 234-235.

⁷⁹⁹ Corte IDH, caso "Zambrano Velez vs. Ecuador", sent. 4 de julio de 2007, párr. 114/115; Corte IDH, caso "Masacre de las dos Erres vs. Guatemala", sent. 24 de noviembre de 2009, párr. 104. caso "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia", sent. 1 de septiembre de 2010, párr. 151. Caso "Gaudiel Alvarez vs. Guatemala", sent. 20 de noviembre de 2012, párr. 228. Caso "Gutierrez vs. Argentina", párr. 97. Caso "García Ibarra vs. Ecuador", sent. 17 de noviembre de 2015, párr. 131. Caso "Velazquez País vs. Guatemala", párr. 142. Caso "Quispialaya Vilcapoma vs. Bolivia", sent. 23 de noviembre de 2015, párr. 161.

Las violaciones a determinados derechos humanos reconocidos en la Convención imponen a los Estados Partes, como derivación del deber de garantizar, la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables. En estos casos, el “*derecho al recurso efectivo*” que deben garantizar los Estados frente a las violaciones de ciertos derechos sólo se puede cumplir a través del proceso penal⁸⁰⁰. Es decir, otros procedimientos, como los administrativos o las comisiones de la verdad, pueden complementar pero no sustituir a la jurisdicción penal en el cumplimiento del *deber de garantía*.

En este sentido, el proceso penal debe cumplir con las exigencias de efectividad del derecho de protección judicial del art. 25 y a su vez debe tramitarse conforme las normas del debido proceso establecidas en el art. 8, garantizando a la víctima y sus familiares contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos⁸⁰¹. La ausencia de un recurso efectivo y por lo tanto de un acceso a la justicia, en estos casos, suele traducirse en situaciones de impunidad que obstruyen, en definitiva, el derecho de las víctimas, los familiares⁸⁰².

5. El deber del Estado de garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la verdad.

Del deber del Estado de investigación y juzgamiento, la Corte derivó también el derecho de las víctimas y familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades

⁸⁰⁰ Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 203.

⁸⁰¹ Corte IDH, caso “Baldeón García vs. Perú”, sent. 6 de abril de 2006, párr. 146.

⁸⁰² Corte IDH, caso “Baldeón García vs. Perú”, sent. 6 de abril de 2006, párr. 163/167.

correspondientes y, a su vez, entendió subsumido dentro de éste último el *derecho a la verdad*⁸⁰³.

Ha establecido que las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a conocer la verdad con respecto a esas violaciones, esto es, a ser informados sobre los hechos y los responsables. Significa, a que sean efectivamente investigadas por las autoridades estatales, a que se juzgue y sancione adecuadamente a los responsables de las acciones ilegales, y a recibir compensación por los daños y perjuicios sufridos⁸⁰⁴. En consecuencia, los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a aquellas sea efectivamente investigado por las autoridades estatales, se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos y, en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y los perjuicios sufridos⁸⁰⁵. El derecho a la verdad implica que el Estado haga todo lo necesario para alcanzar ese objetivo⁸⁰⁶.

La Corte ha señalado que el pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de las investigaciones y procesos internos, de las víctimas y familiares, deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación. Adicionalmente, en ciertos casos, el resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado para que la sociedad pueda conocer la determinación judicial de los hechos y sus responsables en el presente caso⁸⁰⁷.

La Corte ha insistido en la importancia de la dimensión social del derecho a la verdad. Como consecuencia del derecho a la verdad, las víctimas y los

⁸⁰³ Corte IDH, caso *Bámaca Velazquez vs. Guatemala*, sent. 25 de noviembre de 2000, párr. 201. Caso *Zambrano Velez vs. Ecuador*, sent. 4 de julio de 2007, párr. 149.

⁸⁰⁴ caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sent. 15 de junio de 2005, párr. 147.

⁸⁰⁵ Corte IDH, caso *Gomez Palomino vs. Perú*, sent. 22 de noviembre de 2005, párr. 79.

⁸⁰⁶ Corte IDH, caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, sent. 26 de septiembre de 2006, párr. 101.

⁸⁰⁷ Corte IDH, caso *Kawas Fernandez vs. Honduras*, sent. 3 de abril de 2009, párr. 194.

familiares de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones y que ello da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer⁸⁰⁸. Agrega que, por otra parte, conocer la verdad facilita a la sociedad la búsqueda de formas de prevenir violaciones en el futuro⁸⁰⁹, contribuye a la preservación de la memoria histórica⁸¹⁰. La verdad establecida mediante informes o comisiones no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procedimientos judiciales⁸¹¹.

En caso de graves violaciones a los derechos humanos, las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de los diseños institucionales que permitan que ese derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio. La Corte resalta que la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades⁸¹².

De manera particular, la Corte ha establecido el contenido del derecho a conocer la verdad en su jurisprudencia en casos de desaparición forzada de

⁸⁰⁸ Corte IDH, caso “Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, sent. 18 de marzo de 2005, párr. 62. Caso “Garibaldi vs. Brasil”, sent. 23 de septiembre de 2009, párr. 167. Caso “Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala”, sent. 30 de noviembre de 2016, párr. 212.

⁸⁰⁹ Corte IDH, caso “Gomez Palomino vs. Perú”, sent. 22 de noviembre de 2005, párr. 78. caso “Baldeón García vs. Perú”, sent. 6 de abril de 2006, párr. 196.

⁸¹⁰ Corte IDH, caso “Goiburú y otros vs. Paraguay”, sent. 22 de septiembre de 2006, voto razonado del juez Cançao Trindade.

⁸¹¹ Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sent. 26 de septiembre de 2006, párr. 150. Caso “La Cantuta vs. Perú”, sent. 29 de noviembre de 2006, párr. 224. Corte IDH, caso “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, sent. 1 de septiembre de 2010, párr. 158. Corte IDH, caso “Radilla Pacheco vs México”, sent. 23 de noviembre de 2009, párr. 178/179.

⁸¹² Corte IDH, caso “Masacre de La Rochela vs. Colombia”, sent. 11 de mayo de 2007, párr. 195. caso “Gelman vs. Uruguay”, sent. 24 de febrero de 2011 párr. 192.

personas, abarcando el derecho a saber cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”, recordando que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención⁸¹³.

Cuando el deber del Estado de investigar y sancionar se encuentra limitado por el sistema de garantías tradicional, a diferencia de las graves violaciones a los derechos humanos, y en el caso concreto ha operado una de dichas limitaciones, vrg. prescripción, la Corte ha entendido que el Estado debe igualmente satisfacer de algún modo el derecho a la verdad de los familiares, como expectativa mínima⁸¹⁴.

6. La debida diligencia en la investigación.

El deber de investigar que pesa sobre el Estado debe ser cumplido seriamente y a cabalidad, a partir de las exigencias del derecho a la protección judicial del artículo 25 de la Convención Americana y de los requerimientos que impone el debido proceso del artículo 8 de la misma⁸¹⁵. El deber de diligencia impone a las autoridades que la investigación sea seria, completa y efectiva⁸¹⁶.

⁸¹³ Corte IDH, caso “Radilla Pacheco vs. México”, sent. 23 de noviembre de 2009, párr. 180. Caso “Uzcateguy párr. 240. Caso “Desaparecidos del Palacio de Justicia vs. Colombia”, sent. 14 de noviembre de 2014, párr. 188.

⁸¹⁴ Corte, IDH, caso “Vera Vera vs. Ecuador”, sent. 19 de mayo de 2011, párr. 123.

⁸¹⁵ Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 148.

⁸¹⁶ Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 150/151

La Corte entiende que ese deber se encuentra incumplido en casos de impunidad parcial y la falta de efectividad del proceso penal que se reflejan en que la mayoría de los responsables no han sido vinculados a las investigaciones ni procesados, como así también en la impunidad que se materializa en el juicio y condena en ausencia, al condenarlos pero no hacer efectiva la sanción. Estas situaciones, hacer que el proceso penal no constituya un recurso efectivo para las víctimas y familiares⁸¹⁷.

El deber de garantizar impone que la investigación deba ser realizada, sin dilación y con la debida diligencia, lo cual implica que el órgano que investiga deba llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas actuaciones necesarias para procurar como mínimo el esclarecimiento de los hechos⁸¹⁸. La Corte ha advertido que tal obligación se mantiene “cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”⁸¹⁹.

La obligación de investigar es una obligación de medio, no de resultados y no necesariamente es incumplida por el sólo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio⁸²⁰. Sin embargo, ello no significa que la investigación pueda ser emprendida como “una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”⁸²¹. Cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad, debe estar orientado

⁸¹⁷ Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 187/188/ 212.

⁸¹⁸ Corte IDH, caso “Gomez Palomino vs. Perú”, sent. 22 de noviembre de 2005, párr. 80.

⁸¹⁹ Corte IDH, caso “Radilla Pacheco vs. México”, sent. 23 de noviembre de 2009, párr. 206; caso “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, sent. 1 de septiembre de 2010, párr. 167. Caso “Torres Millacura vs Argentina”, sent. 26 de agosto de 2011, párr. 122. Caso “Velazquez País vs Guatemala”, sent. 19 de noviembre de 2015, párr. 143

⁸²⁰ Corte IDH, caso “García Ibarra y otros vs Ecuador”, sent. 17 de noviembre de 2015, párr. 136.

⁸²¹ Corte IDH, caso “Garibaldi vs. Brasil”, sent. 23 de septiembre de 2009, párr. 113.

hacia una finalidad específica, la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, sanción de los responsables de los hechos⁸²².

Un Estado puede ser responsable por dejar de ordenar, practicar o valorar pruebas que hubieran sido de mucha importancia para el debido esclarecimiento de ciertos hechos⁸²³. Esto se vincula con el concepto de impunidad que ha sido definido como la *falta en su conjunto* de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables, pues la absolución de un acusado que determina la impunidad puede deberse a la falta de debida diligencia en la investigación.

La falta de celeridad en la investigación y la negligencia de las autoridades judiciales en realizar una investigación seria y exhaustiva de los hechos, que conduzca a su esclarecimiento y al enjuiciamiento de los responsables, constituye una falta grave al deber de investigar y de ofrecer un recurso efectivo que establezca la verdad de los hechos, juzgue y sancione a sus responsables y garantice el acceso a la justicia para los familiares⁸²⁴.

En este marco, la Corte ha analizado el cumplimiento del deber jurídico de los Estados de realizar una investigación seria, imparcial y efectiva y no como simple formalidad, recurriendo a diversos documentos elaborados por los organismos internacionales en diferentes temáticas específicas. La obligación de investigar debe realizarse de acuerdo a los estándares establecidos por las normas y la jurisprudencia internacionales que caracterizan a las

⁸²² Corte IDH, caso "Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú", sent. 10 de julio de 2007., párr. 131. Corte IDH, caso "Kawas Fernandez vs. Honduras", sent. 3 de abril de 2009, párr. 101. Corte IDH, caso "Zambrano Velez vs. Ecuador", sent. 4 de julio de 2007, párr. 123.

⁸²³ Corte IDH, caso "Campo algodonero vs. México", sent. 16 de noviembre de 2009, párr. 349

⁸²⁴ Corte IDH, caso "Servellón García vs. Honduras", sent. 21 de septiembre de 2006, párr. 153.

investigaciones de graves violaciones a los derechos humanos⁸²⁵. Así, se ha basado en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales de Naciones Unidas⁸²⁶ o las directrices definidas en el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (“el Protocolo de Estambul”)⁸²⁷.

El deber de debida diligencia impone también la consideración, en el marco de ciertas líneas de investigación, del análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, pues su omisión puede generar ineficacia en las investigaciones⁸²⁸. Para garantizar su efectividad, la investigación debe ser conducida tomando en cuenta la complejidad de los hechos y la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en los mismos, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación⁸²⁹. También, cuando los hechos refieren a la muerte violenta de una persona, la investigación iniciada debe ser conducida de tal forma que pudiese garantizar el debido análisis de la hipótesis de autoría surgida a raíz de la misma⁸³⁰.

⁸²⁵ Corte IDH, caso “Miembros de la Aldea Chichipac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala”, sent. 30 de noviembre de 2016, párr. 213.

⁸²⁶ Corte IDH, caso “Masacre de Mpiripán vs. Colombia”, sent. 15 de septiembre de 2005, párr. 224. caso “Comunidad Moiwana vs. Suriname”, sent. 15 de junio de 2005, párr. 149.

⁸²⁷ Corte IDH, caso “Gutierrez Soler vs. Colombia”, sent. 12 de septiembre de 2005, párr. 100. Corte IDH, caso “Bueno Alves vs. Argentina”, sent. 11 de mayo de 2007, párr. 111.

⁸²⁸ Corte IDH, caso “Campo algodonero vs. México”, sent. 16 de noviembre de 2009, párr. 366.

⁸²⁹ Corte IDH, caso “Radilla Pacheco vs. México”, sent. 23 de noviembre de 2009, párr. 206; caso “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, sent. 1 de septiembre de 2010, párr. 166. Caso “Uzcategui”, párr. 222. Caso “Gutierrez vs Argentina”, sent. 25 de noviembre de 2013, párr. 101.

⁸³⁰ Corte IDH, caso “Defensores de Derechos Humanos vs Guatemala”, sent. 28 de agosto de 2014, párr. 214.

7. ¿En qué casos el Estado se encuentra obligado a iniciar de oficio una investigación, identificación, juzgamiento y eventual sanción a los responsables?.

Si bien la Corte, en algunas ocasiones, hace mención al deber de investigar, juzgar y sancionar *todas* las violaciones a los derechos humanos, con posterioridad ha ido precisando que el cumplimiento de la *obligación de garantizar* a través de una investigación penal se limita a los derechos a la vida, integridad personal y libertad⁸³¹.

Los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter angular en la Convención. De conformidad con el artículo 27.2 del referido tratado, esos derechos forman parte del núcleo inderogable, pues se encuentran consagrados como unos de aquellos que no pueden ser suspendidos en caso de guerras, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes⁸³².

La Corte ha señalado que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención, por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos. En función de ello, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones a ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

Sin embargo, el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente sino que además,

⁸³¹ Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 148.

⁸³² Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 119.

a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida.

En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente esas situaciones⁸³³.

Al constituir el goce pleno del derecho a la vida la condición previa para la realización de los demás derechos, se ha entendido que una de las condiciones para la efectividad del mismo está representada por el deber de investigar las afectaciones.

Del mismo modo, se considera que la realización de una investigación efectiva es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como son el derecho a la *libertad personal, integridad personal y vida*. La Corte insiste en que esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado⁸³⁴.

⁸³³ Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 120.

⁸³⁴ Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 143-145. Corte IDH, caso “Masacre de Mpiripán vs. Colombia”, sent. 15 de septiembre de 2005, párr. 232. caso “Vargas Areco vs. Paraguay”, sent. 26 de septiembre de 2006, párr. 80.

8. El deber de investigar, juzgar y sancionar en casos particulares.

El deber de investigar, juzgar y sancionar adquiere diferente intensidad y alcance según el tipo de afectación a los derechos reconocidos en la Convención Americana u otros Instrumentos especiales. En atención a los casos abordados desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se procurará agrupar los supuestos en los que los Estados están obligados a cumplir con el deber de garantizar a través de una investigación penal.

El deber de garantizar a través de una investigación adecuada se encuentra, en ciertos casos particulares, reforzado o complementado por la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana y por instrumentos internacionales de protección especial. Algunos de estos casos constituyen comportamientos respecto de los cuales se entiende que el deber de investigarlos forma parte del *Ius Cogens* y no resultan oponibles ciertos obstáculos procesales o penales derivados de garantías. En otros, rige el deber de investigar, sujeto a las limitaciones de todo el sistema de garantías.

8.1. Los casos de delitos de lesa humanidad.

La comisión de crímenes de lesa humanidad, incluidos el asesinato y la tortura, ejecutados en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil es violatoria de una norma imperativa de derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *Ius Cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria

conforme el derecho internacional general⁸³⁵. Es decir, el Estado tiene el deber de no dejar impunes estos delitos y para ello debe utilizar los medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad⁸³⁶.

En estos casos, es imperativo para los Estados que el cumplimiento del deber de garantizar se cumpla mediante la utilización del poder punitivo. El recurso a la herramienta penal, como forma de evitar la impunidad y prevenir la repetición de ese tipo de comportamientos en el futuro, constituye un imperativo internacional.

En estos casos, además, el deber de investigar, juzgar y, eventualmente, sancionar, adquiere particular intensidad en la medida en que en el cumplimiento de dicha obligación, el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de iure*, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves⁸³⁷.

Las limitaciones tradicionales del sistema de garantías, no puede, en estos casos, conducir a la impunidad de los hechos. Así, no es oponible el principio de *non bis in idem* o la cosa juzgada⁸³⁸.

⁸³⁵ Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sent. 26 de septiembre de 2006, párr. 99. caso “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, sent. 25 de noviembre de 2006, párr. 402.

⁸³⁶ Corte IDH, caso “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, sent. 25 de noviembre de 2006, párr. 404. Caso “La Cantuta vs. Perú”, sent. 29 de noviembre de 2006, párr. 224.

⁸³⁷ Corte IDH, “La Cantuta vs. Perú”, sent. 29 de noviembre de 2006, párr. 226.

⁸³⁸ Corte IDH, caso “La Cantuta vs. Perú”, sent. 29 de noviembre de 2006, párr. 153.

8.2. Las graves violaciones a los derechos humanos

La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones de derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúan con su aquiescencia⁸³⁹.

La categoría de las graves violaciones a los derechos humanos refiere a afectaciones a los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal que, sin llegar a ser parte de un ataque generalizado o de una política estatal, tienen una gravedad tal que su prohibición integra el *ius cogens*⁸⁴⁰ y su penalización deviene imperativa, como forma de cumplimiento del deber de garantizar.

Al igual que en los delitos de lesa humanidad, el empleo de la herramienta penal adquiere también particular intensidad. De este modo son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos⁸⁴¹, la aplicación de indultos, amnistías o excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretenden impedir la persecución penal o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria, ya que dichas violaciones contravienen derechos inderogables

⁸³⁹ Corte IDH, caso “Bulacio vs Argentina”, sent. del 18 de septiembre de 2003, párr. 111.

⁸⁴⁰ Corte IDH, caso “Gomes Lund y otros (Gerrilha do Araguaia) vs. Brasil”, sent. 24 de noviembre de 2010, párr. 171.

⁸⁴¹ Corte IDH, caso “Bulacio vs Argentina”, sent. del 18 de septiembre de 2003, párr. 116. Corte IDH, caso “Masacre de Mpiripán vs. Colombia”, sent. 15 de septiembre de 2005, párr. 304.

reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos⁸⁴² que, de lo contrario, estarían desprovistos de una protección efectiva, de conformidad con el efecto útil de los tratados y con el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969⁸⁴³.

En este sentido, la Corte se ha referido también a la “cosa juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, por lo cual, el Estado no podría invocar como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención, porque no hacen tránsito a cosa juzgada decisiones judiciales originadas en hechos internacionalmente ilícitos⁸⁴⁴.

El principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte en la materia. Por otro lado, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas violaciones a los derechos humanos pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada⁸⁴⁵.

Del propio desarrollo jurisprudencial de la Corte es posible identificar algunas de las afectaciones que constituyen *graves violaciones a los derechos humanos*. Se puede mencionar como constitutivo de graves violaciones a los casos de muertes violentas⁸⁴⁶, las desapariciones forzadas de personas⁸⁴⁷; las

⁸⁴² Corte IDH, caso “Baldeón García vs. Perú”, sent. 6 de abril de 2006, párr. 201.

⁸⁴³ Corte IDH, caso “Bulacio vs Argentina”, sent. del 18 de septiembre de 2003, párr. 118-119.

⁸⁴⁴ Corte IDH, caso “Gutierrez Soler vs. Colombia”, sent. 12 de septiembre de 2005.

⁸⁴⁵ Corte IDH, caso “Masacre de La Rochela vs. Colombia”, sent. 11 de mayo de 2007, párr. 197.

⁸⁴⁶ Corte IDH, caso “Garibaldi vs. Brasil”, sent. 23 de septiembre de 2009, párr. 114.

⁸⁴⁷ Corte IDH, caso “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, sent. 1 de septiembre de 2010, párr. 197; caso “Tiu Tojín vs. Guatemala”, sent. 26 de noviembre de 2008, párr. 69/70/76; caso

ejecuciones extrajudiciales⁸⁴⁸; los casos de tortura⁸⁴⁹; los casos de esclavitud y servidumbre⁸⁵⁰

8.3. Violaciones cometidas por agentes del Estado que no son delitos de lesa humanidad ni graves violaciones a los derechos humanos.

Se trata de aquellos supuestos en los que el Estado es responsable internacionalmente porque la violación a los derechos reconocidos en la Convención ha sido cometida por agentes suyos, en cualquiera de las áreas de los poderes de las jurisdicciones estatales. Son los casos en los que el Estado es responsable por *no respetar* pero que no constituyen graves violaciones a los derechos humanos. La cuestión de interés reside en determinar en estos supuestos cuál es el alcance de la obligación de garantizar del Estado a través de una investigación penal.

Gelman párr. 185. Caso “Vasquez Durand y otros vs Ecuador”, sent. 15 de febrero de 2017, párr. 149. Caso “Tenorio Roca” párr. 168; caso “Zambrano Velez vs. Ecuador”, sent. 4 de julio de 2007, párr. 114/115; caso “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, sent. 1 de septiembre de 2010, párr. 152.

⁸⁴⁸ Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 142; caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sent. 15 de septiembre de 2005, párr. 219/223. Caso “Vargas Areco vs. Paraguay”, sent. 26 de septiembre de 2006, párr. 77; caso “Zambrano Velez vs. Ecuador”, sent. 4 de julio de 2007, párr. 119. Caso “Favela Nova Brasilia vs Brasil”, sent. 16 de febrero de 2017, párr. 208; caso “Masacre de las dos Erres vs. Guatemala”, sent. 24 de noviembre de 2009, párr. 148.

⁸⁴⁹ Corte IDH, caso “Bueno Alves vs. Argentina”, sent. 11 de mayo de 2007, párr. 88. caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. Mexico”, sent. 26 de noviembre de 2010, párr. 126; caso “Bueno Alves vs. Argentina”, sent. 11 de mayo de 2007, párr. 90. Corte IDH, caso “Baldeón García vs. Perú”, sent. 6 de abril de 2006, párr. 156/157; caso “Velez Loo vs. Panamá”, sent. 23 de noviembre de 2010, párr. 230; caso “Hermanos Gomez Paquiyauri vs. Perú”, sent. 8 de julio de 2004, párr. 154. Caso “Quispialaya Vilcapoma vs Bolivia”, sent..., párr. 162; caso “Vargas Areco vs. Paraguay”, sent. 26 de septiembre de 2006, párr. 81; caso “Bayarri vs. Argentina”, sent. 30 de octubre de 2008, párr. 92/94. caso “Ticona Estrada vs. Bolivia”, sent. 27 de noviembre de 2008, párr. 94

⁸⁵⁰ Corte IDH, caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs Brasil”, sent. 20 de octubre de 2016, párr. 454; caso “Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala”, sent. 30 de noviembre 2016, párr. 216.

En los casos en los que el Estado incurre en responsabilidad internacional por violar el *deber de respeto* respecto de los derechos reconocidos en la Convención, está obligado a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, los cuales deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción⁸⁵¹. La cuestión a dilucidar aquí consiste en determinar si ese recurso efectivo debe ser, en todos los casos de violaciones a derechos reconocidos en la Convención cometidos por agentes estatales, un proceso penal.

Este aspecto de la responsabilidad del Estado fue abordado por la Corte Interamericana en un caso de violación de los derechos sexuales y reproductivos, en el que un médico privó a una mujer de su función reproductiva sin su consentimiento informado en un hospital público durante un procedimiento de cesárea. Para la Corte, aún cuando esa práctica no formó parte de una política estatal, ni ocurrió en un conflicto armado o como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, ello no implicaba que dicho acto sea calificado meramente como una impericia por parte del médico, sino que configuraba una violación de derechos humanos de significativa gravedad y, en particular, un craso desconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y de la autonomía de la mujer.

En esa oportunidad, la Corte hizo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos referida a casos que plantean cuestiones relacionadas con el artículo 2 del Convenio en el contexto de supuestas malas prácticas médicas. En ese marco, el Tribunal ha declarado que *cuando la violación del derecho a la vida o a la integridad personal no es causado*

⁸⁵¹ Corte IDH, caso "I.V. vs Bolivia", sent. 30 de noviembre de 2016, párr. 292.

intencionalmente, la obligación positiva impuesta por el artículo 2 de establecer un sistema judicial efectivo no requiere necesariamente la provisión de un recurso penal en todos los casos. Agrega que, en el ámbito específico de la negligencia médica la obligación también puede, por ejemplo, cumplirse si el ordenamiento jurídico concede a las víctimas un recurso civil en los tribunales, ya sea solo o en combinación con un recurso en los tribunales penales, permitiendo establecer cualquier responsabilidad de los médicos implicados y concediendo la correspondiente reparación civil, como una indemnización por daños y la publicación de la decisión que se haya obtenido⁸⁵².

En el caso analizado, el Estado había violado el deber de respetar el derecho a la integridad personal a través de un agente suyo, un médico. Esa violación a un derecho humano por parte del Estado generaba además la obligación de cumplir con la obligación de garantizar. La Corte entiende que existe una gama de diversas medidas que son consideradas adecuadas para remediar una esterilización no consentida, involuntaria, coercitiva o forzada, lo que va a depender de las circunstancias del caso y el contexto en que sucedieron los hechos⁸⁵³. Incorpora aquí un criterio diferenciador para determinar en qué supuestos el deber de garantía debe cumplirse a través de una investigación penal, supeditando el recurso a dicha herramienta a la circunstancia de que la violación al derecho a la integridad haya sido intencional.

Si bien la Corte insiste en las particulares características del caso, para los Estados resulta un criterio orientador para el diseño de las medidas positivas que se encuentran obligados a adoptar. Si la cuestión del cumplimiento del deber de garantía a través del recurso penal, la Corte lo va a resolver de forma

⁸⁵² TEDH, *Caso V.C. Vs. Eslovaquia*, No. 18968/07. Sentencia de 8 de noviembre de 2011, párrs. 123 a 125. En el mismo sentido, *Caso N.B. Vs. Eslovaquia*, No. 29518/10. Sentencia de 12 de junio de 2012, párr. 84, y *Caso I.G., M.K. y R.H. Vs. Eslovaquia*, No. 15966/04. Sentencia de 13 de noviembre de 2012, párr. 129 citado por Corte IDH, caso "I.V. vs Bolivia", sent. 30 de noviembre de 2016, párr. 309.

⁸⁵³ Corte IDH, caso "I.V. vs Bolivia", sent. 30 de noviembre de 2016, párr. 310.

exclusivamente casuística, los Estados no pueden conocer de antemano a qué están realmente obligados. Sólo lo sabrán una vez que hayan sido declarados internacionalmente responsables por dicha violación y, aún así, como será en atención a las particulares circunstancias del caso, tampoco sabrán con seguridad a que situación extender el criterio y a cuáles no.

En definitiva, al menos de forma provisoria, se puede señalar que cuando el Estado viola a través de alguno de sus agentes, de modo intencional, los derechos a la vida, la integridad y la libertad, se encuentra obligado a cumplir el deber de garantizar a través de una investigación penal, dirigida al juzgamiento y eventual sanción de los responsables. Por fuera de esa obligación, quedarían las violaciones a esos derechos cometidas de modo no intencional.

Existe una situación especial en el caso del uso de la fuerza letal por parte de agentes del Estado, que puede constituir una excepción a lo anterior. La Corte señala, como una obligación especialmente acentuada y un elemento condicionante para garantizar el derecho a la vida, que una vez que se tenga conocimiento de que sus agentes de seguridad han hecho uso de armas de fuego con consecuencias letales, el Estado está obligado a iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva⁸⁵⁴.

En el caso “García Ibarra” se encontraba acreditado que un agente de la policía nacional había hecho uso letal de su arma de dotación contra el joven Ibarra, sin que conste que éste haya opuesto resistencia o ejerciera acción alguna contra la vida o integridad de ese policía. La controversia en el juicio se circunscribió a si el disparo había sido intencional o no. La sentencia dictada luego del juicio condenó al agente por el delito de homicidio inintencional, con la particularidad de que un juez votó por homicidio intencional, el segundo por

⁸⁵⁴ Corte IDH, caso “García Ibarra y otros vs. Ecuador”, sent. 17 de noviembre de 2015, párr. 98.

homicidio inintencional y el tercero consideró que el tribunal carecía de competencia. Esa forma particular de resolver aplicando la regla de la duda a favor del reo, sin mayoría de votos, fue confirmada por el tribunal superior, con lo cual la decisión había adquirido firmeza en el ámbito interno.

La Corte insistió en que en los casos de uso o despliegue de la fuerza en la que los agentes estatales hayan producido la muerte o lesiones de una persona, corresponde al Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados. En el presente caso, dada la forma en que fue resuelto el proceso penal, la Corte consideró que las autoridades estatales no dieron una explicación satisfactoria sobre las circunstancias en las cuales tuvo lugar el uso letal de la fuerza con un arma de fuego por parte de un agente de policía contra un adolescente que no representaba un peligro tal que requiriera defensa propia de la vida o de otras personas⁸⁵⁵. Entendió que, dada la forma irregular y “*sui generis*” de resolver del tribunal penal, el criterio para establecer la calificación de la conducta del agente policial no fue determinar la verdad sobre las circunstancias de la privación de la vida, por lo que entendió violado los artículos 8.1 y 25 de la Convención⁸⁵⁶.

No obstante ello, la Corte consideró inadecuada la pretensión de la Comisión de que aquella ordené, por el sólo hecho de tratarse de una violación de derechos humanos, automáticamente que se investigue, procese y, eventualmente sancione a los responsables. Sostuvo que corresponde valorar las circunstancias particulares de los hechos, los alcances de la responsabilidad del Estado y los efectos que a nivel interno tendría tal orden

⁸⁵⁵ Corte IDH, caso “García Ibarra y otros vs. Ecuador”, sent. 17 de noviembre de 2015, párr. 115.

⁸⁵⁶ Corte IDH, caso “García Ibarra y otros vs. Ecuador”, sent. 17 de noviembre de 2015, párr. 149-157.

del Tribunal, particularmente si ello implica reabrir procesos internos que han llegado a decisiones definitivas o con carácter de cosa juzgada y no haya prueba o indicios de que estos resultados sean producto de la apariencia, el fraude o de una voluntad de perpetuar una situación de impunidad. Así, entendió finalmente que en el caso no se presentaban los supuestos necesarios para ordenar al Estado que realice una investigación de los hechos o reabra el proceso penal efectuado⁸⁵⁷.

La primera cuestión de interés que surgiría del caso mencionado, consiste en que, cuando la afectación al derecho a la vida o a la integridad personal es producto del uso de fuerza letal por parte de agentes de seguridad del Estado, aún si es inintencional, el Estado debe iniciar una investigación penal. Es decir, el recurso al uso del poder penal abarca, en estos supuestos, las afectaciones no intencionales.

El otro aspecto de interés reside en la decisión de la Corte de no disponer la obligación de reabrir procesos internos a los fines de que el Estado cumpla con el deber de investigar, juzgar y sancionar. La duda surge a partir de que la propia Corte entendió que la forma de resolver de los órganos judiciales, al dirimir la cuestión entre las hipótesis del homicidio intencional y el inintencional, no constituyó un recurso efectivo en el marco del debido proceso. Es decir, se entendió que la decisión que había descartado una eventual ejecución extrajudicial por parte del un agente de seguridad, había sido violatoria del debido proceso. Ahora bien, eso significaba que una de las hipótesis en juego constituía una grave violación a los derechos humanos y que, por lo tanto, no le resultaban oponibles los obstáculos formales y sustanciales que impidan el cumplimiento del deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar. En ese

⁸⁵⁷ Corte IDH, caso “García Ibarra y otros vs. Ecuador”, sent. 17 de noviembre de 2015, párr. 203-206.

sentido, resulta confusa la decisión de hacer valer la cosa juzgada de las decisiones internas.

8.4. Los casos de violencia contra la mujer.

En casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera particular a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección⁸⁵⁸.

La Convención de Belém do Pará tiene como objetivo erradicar la violencia contra la mujer de modo general, tanto la cometida por agentes del Estado como la cometida por sujetos particulares. Por lo tanto, el deber de los Estados de investigar, juzgar y sancionar los hechos de violencia contra la mujer, derivados de dicho instrumento, se extiende a los particulares.

⁸⁵⁸ Corte IDH, caso “Fernandez Ortega y otros vs. México”, sent. 30 de agosto 2010, párr. 193; caso “Rosendo Cantú vs México”, sent. 31 de agosto de 2010, párr. 177

Para delimitar con mayor precisión los casos de víctimas mujeres en los que el Estado se encuentra internacionalmente obligado a recurrir a la herramienta penal para cumplir con la obligación de garantizar, se analizarán brevemente algunos de los lineamientos elaborados por la Corte Interamericana.

Ese Tribunal ha sostenido que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de la Convención de Belém do Pará. En los casos de agresiones a periodistas mujeres mientras realizaban su labor, señaló que, aunque hayan sido agredidas en los hechos, en todas las situaciones lo fueron junto a sus compañeros hombres y que los representantes no demostraron en qué sentido las agresiones fueron *especialmente dirigidas* contra las mujeres, ni explicaron las razones por las cuales las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque por su condición de mujer. Lo que ha sido establecido es que las presuntas víctimas se vieron enfrentadas a situaciones de riesgo, y en varios casos fueron agredidas física y verbalmente por particulares, en el ejercicio de sus labores periodísticas y no por otra condición personal. De esta manera no se ha demostrado que los hechos se basaran en el género o el sexo de las presuntas víctimas⁸⁵⁹. De este modo, se trataba de supuestos que quedaban fuera de las normas que complementan de modo especial el deber de garantizar en los casos de violencia contra la mujer.

El deber de investigar efectivamente, siguiendo los estándares establecidos por la Corte, tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. Se establece a este efecto un paralelismo con el criterio sostenido por la Corte Europea, quien ha dicho que, cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente

⁸⁵⁹ Corte IDH, caso “Ríos y otros vs. Venezuela”, sent. 28 de enero de 2009, párr.279. Caso “Perozo y otros vs. Venezuela”, sent. 28 de enero de 2009, párr. 295.

importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial. Sostiene que dicho criterio es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género⁸⁶⁰. Es por ello, que las autoridades estatales tienen la obligación de investigar *ex officio* las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer, especialmente cuando existen indicios concretos de violencia sexual de algún tipo o evidencia de enañamiento contra el cuerpo de la mujer (por ejemplo, mutilaciones) o bien cuando dicho acto se enmarca dentro de un contexto de violencia contra la mujer que se da en un país o en una región determinada⁸⁶¹.

En el caso “Velazquez País”, la Corte responsabilizó al Estado de Guatemala por la afectación al derecho a la vida y a la integridad personal de la joven Velazquez, motivada en un hecho cometido por un particular, en virtud de haber incumplido el deber de prevención ante una situación de riesgo real e inminente que las autoridades conocían o debían conocer y por no haber adoptado las medidas razonables que eran esperables. Cuando la Corte analiza si el Estado cumplió con el deber de investigar diligentemente la violación a los derechos humanos de la víctima, si bien advierte que no corresponde a ella analizar las hipótesis de autoría manejadas durante la investigación y tampoco sustituir a la jurisdicción interna, estableciendo modalidades específicas de investigación y juzgamiento en un caso concreto para obtener un mejor o más eficaz resultado, señala que compete a ella constatar si en los pasos dados a nivel interno se violaron o no las obligaciones

⁸⁶⁰ Corte IDH, caso “Campo algodonero vs. México”, sent. 16 de noviembre de 2009, párr. 293.

⁸⁶¹ Corte IDH, caso “Velazquez País vs Guatemala”, sent. del 19 de noviembre de 2015, párr. 146.

internacionales del Estado derivadas de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. En el caso, la Corte concluyó que luego de 10 años de iniciadas las investigaciones, aún no se había determinado la verdad de lo ocurrido, las diligencias han sido tardías y repetitivas, afectando con ello los resultados de la misma. Estableció que, además, los investigadores no abordaron su labor desde un enfoque en perspectiva de género, concluyendo en que el Estado había violado los artículos 8 y 25 de la Convención⁸⁶².

En el caso “Yarce y otras”, en relación a la muerte de señora Yarce por parte de grupos paramilitares, la Corte entendió que el Estado de Colombia era responsable por haber vulnerado el deber de prevenir la afectación al derecho a la vida, ya que ni había evaluado que la señora Yarce era una víctima potencial de quien luego atentó contra su vida ni tomó las medidas adecuadas, idóneas y eficaces para protegerla, responsabilizando al Estado por la violación al artículo 4.1 en relación al artículo 1.1 de la Convención Americana y por la obligación de actuar con debida diligencia para prevenir la violencia contra la mujer, establecida en el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará⁸⁶³. Las investigaciones internas culminaron en la condena del autor intelectual del homicidio de la señora Yarce, restando los demás intervinientes. La Corte consideró que tanto de las actuaciones fiscales como de las sentencias surgía que se consideró el carácter de defensora de derechos humanos de la señora Yarce así como la posibilidad de que el homicidio contra ella hubiera tenido relación con su actividad y con el actuar de grupos armados ilegales. Entendió que, considerando las actuaciones en su conjunto, el Estado cumplió su deber en el ámbito interno y no violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial⁸⁶⁴.

⁸⁶² Corte IDH, caso “Velazquez País vs Guatemala”, sent. del 19 de noviembre de 2015, párr. 169.

⁸⁶³ Corte IDH, caso “Yarce y otras vs Colombia”, sent. 22 de noviembre de 2016, párr. 196.

⁸⁶⁴ Corte IDH, caso “Yarce y otras vs Colombia”, sent. 22 de noviembre de 2016, párr. 314/315.

En el caso “Campo algodonero”, la Corte señaló que las irregularidades en el manejo de evidencias, la alegada fabricación de culpables, el retraso en las investigaciones, la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desarrollaron las ejecuciones de las tres víctimas y la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave, vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido.

Además, denota un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las víctimas. Agrega que esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir. Por ello, la Corte concluyó que el Estado incumplió con su deber de investigar -y con ello su deber de garantizar- los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de las víctimas. Por los mismos motivos, entendió que el Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y 7.b y 7.c de la Convención Belém do Para, en perjuicio de los familiares de las tres víctimas.

En otro contexto, la Corte sostuvo que la esterilización no consentida o involuntaria constituye una de las diversas prácticas que encierra el concepto de violencia contra la mujer y, en esa medida, los estándares desarrollados en la jurisprudencia respecto a la obligación de investigar en casos de violencia

contra la mujer se tornan aplicables. Aún cuando ese hecho no se produzca en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres, el caso implica una violación de los derechos sexuales y reproductivos, en la que un médico priva a una mujer de su función reproductiva sin su consentimiento informado. Dicho acto configura una violación de derechos humanos de significativa gravedad y, en particular, un craso desconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y de la autonomía de la mujer⁸⁶⁵.

Consideró que, en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, la necesidad de criminalizar ciertas violaciones a dichos derechos, así como la evaluación de los casos en que una investigación por la vía penal resulta conducente, debe responder a un escrutinio acucioso y ponderado de las circunstancias del caso. Señaló que existe un reconocimiento cada vez mayor de que las prácticas de esterilización no consentida, involuntaria, forzada o coercitiva no pueden quedar impunes, ya que lo anterior conduciría a perpetuar desde lo institucional estereotipos discriminatorios en el ámbito de la salud reproductiva que se basan en la creencia de que las mujeres no son personas competentes para la toma de decisiones sobre su cuerpo y salud.

Sostiene, sin embargo, que ello no implica necesariamente que la vía penal sea exigible en todos los casos, pero que el Estado debe disponer de mecanismos accesibles para presentar reclamos, que sean adecuados y eficaces para el establecimiento de responsabilidades individuales, ya sea en el ámbito disciplinario, administrativo o judicial, según corresponda, a fin de reparar a la víctima de forma adecuada.

La Corte reitera que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el

⁸⁶⁵ Corte IDH, caso "I.V. vs Bolivia", sent. 30 de noviembre de 20, párr 300.

cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia⁸⁶⁶.

En el caso “V.R.P., V.P.C.”, que trataba sobre un hecho de violencia sexual cometido contra una niña de 8 años de edad por un particular, la Corte reitera el deber de debida diligencia, reforzado por la condición de mujer y de niña de la víctima, lo cual obliga a que la investigación penal sea abordada desde ambas perspectivas⁸⁶⁷. En el caso, el proceso penal culminó en un veredicto de no culpabilidad pronunciado por un jurado popular. La Corte analizó una circunstancia específica sucedida con el letrado de la defensa a partir de la entrega de un objeto al jurado antes de que éste pase a deliberar, concluyendo que esa situación, a los ojos de un observador objetivo, no ofrecía garantía de imparcialidad⁸⁶⁸. Luego analizó el sistema de enjuiciamiento por jurado vigente al momento de los hechos y evaluó su compatibilidad con la Convención, concluyendo que, al no contener una regulación expresa sobre las instrucciones del juez profesional a los jurados, no contemplar las preguntas que el jurado debiera responder a través del veredicto, no incorporar referencia sobre prueba contraintuitiva, el procedimiento no ofreció garantías suficientes para escutar la decisión del jurado y, por ende, asegurar que la misma no fuera arbitraria⁸⁶⁹.

⁸⁶⁶ Corte IDH, caso “I.V. vs Bolivia”, sent. 30 de noviembre de 20, párr. 317.

⁸⁶⁷ Corte IDH, caso “VRP, VPC vs Nicaragua”, sent. 8 de marzo de 2018, párr. 158 y sgtes.

⁸⁶⁸ Corte IDH, caso VRP, VPC vs Nicaragua”, sent. 8 de marzo de 2018, párr. 253.

⁸⁶⁹ Corte IDH, caso VRP, VPC vs Nicaragua”, sent. 8 de marzo de 2018, párr. 267-271.

8.5. Los delitos cometidos por particulares.

Los Estados tienen la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. Conforme lo señalado por la Convención, una de las medidas positivas que los Estados Partes deben suministrar para salvaguardar la obligación de garantía es proporcionar recursos judiciales efectivos de acuerdo con las reglas del debido proceso legal, así como procurar el reestablecimiento del derecho conculcado, si es posible, y la reparación de los daños producidos.

En función de ello, aún en casos de violaciones cometidas por particulares, que no pueden ser atribuidas al Estado por ninguno de los criterios de imputación establecidos, la Corte sostiene que el deber de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa y debe tener un sentido y ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. La debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue⁸⁷⁰.

En los casos de afectaciones a derechos reconocidos en la Convención, cometidos por particulares, el Estado está obligado a cumplir el deber de garantía y protección respecto de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, procurando evitar la repetición de comportamientos futuros de ese tipo. Esto no significa que el deber de garantizar se deba cumplir en todos los casos mediante el recurso a un proceso penal. El interrogante que

⁸⁷⁰ Corte IDH, caso “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”, sent. 22 de noviembre de 2007, párr.61/62.

surge entonces es si el Estado está obligado a recurrir al uso del poder penal estatal para cumplir el deber de garantizar en relación a actos cometidos por particulares y, de ser así, en qué supuestos.

La Corte ha sostenido que a la luz de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida y que esa protección activa involucra también la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales de agentes del estado y de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones⁸⁷¹.

En el caso “Ríos”, la Corte se refiere expresamente al argumento expuesto por la Comisión y los representantes para atribuir responsabilidad al Estado por hechos de terceros, relacionado con que aquel no ha investigado efectivamente los hechos ni ha determinado, enjuiciado y sancionado a los responsables. Señala que la obligación general del art. 1.1 puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado debe garantizar y de las particulares necesidades de protección. En virtud de ello, la Corte se interroga si, en este caso (agresión a periodistas cometida por particulares), y en el contexto en el que ocurrieron los hechos alegados, la obligación general de garantía imponía al Estado el deber de investigarlos efectivamente a través de un proceso penal, como medio para garantizar el derecho a la libertad de expresión y a la integridad personal, y evitar que continuaran ocurriendo⁸⁷².

La Corte afirma que la investigación de la violación de un determinado derecho sustantivo puede ser un medio para amparar, proteger o garantizar ese

⁸⁷¹ Corte IDH, caso “Castillo Gonzalez y otros vs. Venezuela”, sent. del 27 de noviembre de 2012, párr. 122.

⁸⁷² Corte IDH, caso “Ríos y otros vs. Venezuela”, sent. 28 de enero de 2009, párr. 282. Caso “Perozo y otros vs. Venezuela”, sent. 28 de enero de 2009, párr. 298.

derecho. La obligación de investigar adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, incluso hasta alcanzar esa obligación, en algunos casos, el carácter de *ius Cogens*. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria e imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida. Se considera que en esos casos la impunidad no será erradicada sin la determinación de las responsabilidades generales –del Estado- e individuales – penales y de otra índole de sus agentes o de particulares-, complementarias entre sí. Por la naturaleza y gravedad de los hechos, más si existe un contexto de violación sistemática de derechos humanos, los Estados se hallan obligados a realizar una investigación con las características señaladas, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso. El incumplimiento genera en tales supuestos responsabilidad internacional del Estado⁸⁷³.

Señala la Corte que para demostrar que es adecuado determinado recurso, como puede ser una investigación penal, será preciso verificar que es idóneo para proteger la situación jurídica que se supone infringida⁸⁷⁴. Sostiene que, en cuanto a la libertad de expresión, la idoneidad de la vía penal como recurso adecuado y efectivo para garantizarla dependerá del acto u omisión violatorio de ese derecho. Si la libertad de expresión de una persona se ha visto afectada por un acto que a su vez ha vulnerado otros derechos, como la libertad personal, la integridad personal o la vida, la investigación penal puede constituir un recurso adecuado para amparar tal situación. Entiende que, bajo otros

⁸⁷³ Corte IDH, caso “Ríos y otros vs. Venezuela”, sent. 28 de enero de 2009, párr. 283. Caso “Perozo y otros vs. Venezuela”, sent. 28 de enero de 2009, párr. 299.

⁸⁷⁴ Corte IDH, caso “Ríos y otros vs. Venezuela”, sent. 28 de enero de 2009, párr. 284. Caso “Perozo y otros vs. Venezuela”, sent. 28 de enero de 2009, párr. 300.

supuestos, es posible que la vía penal no sea el medio necesario para garantizar la protección debida a la libertad de expresión. El uso de la vía penal “debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido”⁸⁷⁵.

La Corte finalmente consideró, en el caso, que el conjunto de hechos probados conformaron formas de obstrucción, obstaculización y amedrentamiento para el ejercicio de las labores periodísticas de las presuntas víctimas, expresadas en ataques o puesta en riesgo de su integridad personal que, en el contexto de omisión de las autoridades estatales en su deber de debida diligencia en las investigaciones, constituyeron faltas a las obligaciones estatales de prevenir e investigar los hechos. Por ello, el Estado fue declarado responsable por el incumplimiento de su obligación contenida en el artículo 1.1 de la Convención de garantizar la libertad de buscar, recibir y difundir información y el derecho a la integridad personal, reconocidos en los artículos 13.1 y 5.1 de la Convención Americana⁸⁷⁶.

La Corte ha abordado en diferentes situaciones la intensidad con la que el Estado debe llevar a cabo su deber de garantizar a través de una investigación penal, en los casos de afectaciones a derechos de la Convención cometidos por particulares, es especial, la aplicación del instituto de la prescripción a estos supuestos.

En el caso “Albán Cornejo”, cuyos hechos consistían en la muerte de Laura Albán como consecuencia de una presunta mala praxis médica, la Corte señaló que los operadores judiciales eran responsables, a partir del conocimiento de la noticia del delito, de iniciar e impulsar la investigación y el

⁸⁷⁵ Corte IDH, caso “Ríos y otros vs. Venezuela”, sent. 28 de enero de 2009, párr. 285.

⁸⁷⁶ Corte IDH, caso “Ríos y otros vs. Venezuela”, sent. 28 de enero de 2009, párr. 334.

esclarecimiento de los hechos y que una demora de quince meses en el inicio la investigación, denotaba que las autoridades no asumieron con seriedad y con las debidas garantías la denuncia presentada por las víctima o sus familiares. Por tal motivo, la Corte concluyó que el Estado vulneró los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, al no iniciar oportunamente la investigación de la muerte⁸⁷⁷. A su vez, entendió que en razón de ello y de la falta de debida diligencia en la solicitud de extradición de uno de los médicos acusados, que el Estado era responsable de la violación de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con los artículos 4, 5.1 y 1.1 de dicha Convención, en perjuicio de los padres de la víctima.

La Corte analizó también la figura de la prescripción a la luz de los hechos. Reiteró que la prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y que, generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Señaló que se trata de una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito pero que, sin perjuicio de ello, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del derecho internacional.

Concluyó que en el caso “Albán Cornejo” no operaba la exclusión de la prescripción, porque no se satisfacían los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales. Agregó que, por otra parte, el imputado no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal, ni por la falta de la debida diligencia de las autoridades estatales. No se puede atribuir a un imputado en un proceso penal que soporte la carga del retardo de la administración de

⁸⁷⁷ Corte IDH, caso “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”, sent. 22 de noviembre de 2007, párr. 96.

justicia, lo cual traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley⁸⁷⁸.

En el caso “Vera Vera”, la Corte adoptó una postura confusa en relación a su propia línea jurisprudencial. El señor Vera Vera recibió un disparo en el contexto de una persecución de personas particulares y falleció 11 días después bajo la custodia del Estado. La Corte observó que, de acuerdo al plazo máximo de 15 años, la acción penal, en el caso, habría prescrito en el año 2008, mientras continuaba en la fase de admisibilidad ante la Comisión Interamericana. No obstante ello, en su demanda, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado la realización de una investigación judicial pronta, diligente y efectiva, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones, incluyendo a los funcionarios que, con sus acciones y omisiones, contribuyeron a la denegación de justicia”, invocando que en varios casos la Corte ha indicado que las figuras como la prescripción pueden constituir un obstáculo para llevar a cabo investigaciones.

El argumento de la Comisión se fundó en que, que como en el presente caso no se llevó a cabo una investigación *“no se puede entender la naturaleza concreta de los hechos, si hay responsabilidad en la detención, en la bala, en la negligencia médica o si pudo haber un acto de tortura por omisión deliberada”*, es decir, *“no se sabe qué fue lo que sucedió ni los niveles de responsabilidad como para impedir a priori que se lleven a cabo las investigaciones”*. En tal sentido, alegó que *“por lo menos se requiere una investigación que permita un esclarecimiento y [que] corresponderá a las autoridades judiciales internas ponderar las posibles garantías procesales en cuanto a figuras como prescripción o non bis in idem y otras”*.

⁸⁷⁸ Corte IDH, caso “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”, sent. 22 de noviembre de 2007, párr. 110/112.

La Corte procedió a analizar los argumentos de la Comisión Interamericana. En primer lugar, en relación a la no aplicación de la prescripción, la Corte señaló que la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. En relación con la gravedad de las violaciones ocurridas en el caso, el Tribunal estimó que toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza, porque implica el incumplimiento de determinados deberes de respeto y garantía de los derechos y libertades a cargo del Estado a favor de las personas. Sin embargo, ello no debe confundirse con lo que el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha considerado como “violaciones graves a los derechos humanos”, las cuales, tienen una connotación y consecuencias propias. Agrega que, aceptar lo señalado por la Comisión en el sentido de que, por sus características, el presente caso reviste una gravedad por la cual no sería procedente la prescripción, implicaría que en todo caso sometido a la Corte, por tratarse de violaciones de derechos humanos que, en sí mismas, implican gravedad, no procedería dicho instituto procesal. Ello no se ajusta a los criterios precisados por ese Tribunal en cuanto a la improcedencia de la prescripción.

Señaló que la sola circunstancia de que, por la serie de hechos y el nivel de involucramiento de diversas autoridades, no era posible establecer con certeza las responsabilidades correspondientes sin la realización de investigaciones a nivel interno, no era suficiente para que el Tribunal estime que, en el caso, no sea procedente la prescripción.

En cuanto al punto relativo a la negligencia de las autoridades en la investigación, la Corte estimó que por la naturaleza del presente caso el hecho de que el Estado hasta la fecha de la decisión no haya llevado a cabo ningún tipo de investigación, por sí mismo tampoco basta para que la prescripción no sea procedente.

En vista de todo lo anterior, teniendo en cuenta su jurisprudencia constante y más reciente, la Corte estimó que no es posible determinar la improcedencia de la prescripción penal a los hechos del caso. No obstante, consideró que en razón del derecho de la madre y de los familiares de conocer completamente lo sucedido al señor Vera Vera, el Estado debía satisfacer, de alguna manera, como medida complementaria de satisfacción a las establecidas en esta Sentencia, dicha expectativa mínima⁸⁷⁹.

En el caso “Castillo Gonzalez”, la Corte concluyó que no era posible atribuir al Estado de Venezuela la responsabilidad por la muerte del señor Castillo Gonzalez en virtud de que no se encontraba acreditada la intervención de agentes del Estado, la aquiescencia o tolerancia de los mismos, ni una situación de contexto o de riesgo real e inmediato para la vida, preexistente, que el Estado conocía o debía conocer y que no haya adoptado las medidas que eran razonablemente esperables⁸⁸⁰.

En el análisis de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial en relación a las obligaciones de respetar y garantizar la Corte reiteró la caracterización del deber de investigar como obligación de medio y no de resultado y que la investigación debe ser seria, imparcial, efectiva y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos, aún cuando sean particulares⁸⁸¹.

La investigación penal en relación a la muerte del señor Castillo, luego de una serie de medidas adoptadas por el ministerio fiscal, fue archivada. Al analizar si

⁸⁷⁹ Corte IDH, caso “Vera Vera vs. Ecuador”, sent. 19 de mayo de 2011, párr. 123.

⁸⁸⁰ Corte IDH, caso “Castillo Gonzalez y otros vs. Venezuela”, sent. del 27 de noviembre de 2012, párr. 128.

⁸⁸¹ Corte IDH, caso “Castillo Gonzalez y otros vs. Venezuela”, sent. del 27 de noviembre de 2012, párr. 151.

el Estado cumplió con el deber de investigar de modo diligente la Corte señaló que no compete a ella determinar la procedencia o utilidad de acciones o medidas concretas de investigación, a menos que la omisión en su realización resulte contraria a pautas objetivas o irrazonables de modo manifiesto⁸⁸². Teniendo en cuenta lo dicho, la Corte sostuvo que corresponde a ella, en el marco de su competencia y funciones, valorar si el actuar estatal en el curso de la investigación fiscal, considerando a esta en su conjunto, se adecuó o no a las pautas de debida diligencia requeridas para satisfacer el derecho de acceso a la justicia.

En atención a ello, la Corte insistió en el carácter de obligación de medio y no de resultado y concluyó que la investigación había sido conducida de modo razonable. Que las omisiones y dilaciones apreciadas en el marco de las acciones de investigación en su conjunto no tienen la entidad o gravedad suficiente para configurar una responsabilidad internacional del Estado⁸⁸³. La Corte recordó que ella no puede dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre determinados alcances de la prueba en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos⁸⁸⁴.

⁸⁸² Corte IDH, caso “Castillo Gonzalez y otros vs. Venezuela”, sent. del 27 de noviembre de 2012, párr. 153.

⁸⁸³ Corte IDH, caso “Castillo Gonzalez y otros vs. Venezuela”, sent. del 27 de noviembre de 2012, párr. 162.

⁸⁸⁴ Corte IDH, caso “Castillo Gonzalez y otros vs. Venezuela”, sent. del 27 de noviembre de 2012, párr. 163.

9. La víctima en el proceso penal. El derecho al recurso del acusador privado.

El extenso desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, expuesto en los apartados anteriores, resulta indispensable para analizar cuáles son las obligaciones derivadas de la Convención que el Estado tiene que observar al momento de diseñar la participación de la víctima y familiares en el proceso penal.

El derecho convencional de la víctima y los familiares a ser oído y a participar en las distintas etapas del proceso penal es el correlato del deber jurídico del Estado de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, derivado del deber de garantizar contenido en el artículo 1.1 de la Convención.

En virtud de ello, lo primero que se debe esclarecer es en qué casos el Estado se encuentra obligado a cumplir el deber de garantía a través de una investigación, juzgamiento y, eventual, sanción penal. Esto es, poder determinar cuándo el recurso efectivo y el acceso a la justicia se deben cumplir por medio de un proceso penal. La jurisprudencia de la Corte Interamericana al respecto brinda algunas certezas pero, al mismo tiempo, deja algunas situaciones sin demasiadas precisiones, libradas a la casuística. El problema del trabajo caso a caso es que resulta muy difícil para los Estados poder determinar de antemano algunas de las obligaciones que implican el diseño de determinados esquemas o estructuras procesales, dentro del margen de apreciación con que cuentan al respecto.

Cuando las violaciones a los derechos humanos constituyen crímenes de lesa humanidad, por ser parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con conocimiento de dicho ataque, el Estado, además de ser responsable por la violación a los derechos específicos (deber de respeto) está

obligado a iniciar de oficio una investigación seria, imparcial exhaustiva y efectiva, en un plazo razonable, para posibilitar arribar a la verdad de los hechos, capturar, enjuiciar y, eventualmente, sancionar a los responsables de dicha violaciones. En estos casos, el Estado no puede invocar obstáculos procesales para cumplir con el deber jurídico, tales como la prescripción, la cosa juzgada o la prohibición de bis in idem.

En segundo lugar, se encuentran las denominadas “graves violaciones a los derechos humanos”, dentro de cuya categoría la Corte incluye casos que, por no ser parte de un ataque generalizado o sistemático, no constituyen crímenes de lesa humanidad, pero cuya prohibición integra actualmente el *ius cogens*. La Corte ha incluido dentro de las graves violaciones a los casos de desaparición forzada de persona, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, entre otros. En estos casos, al igual que en los crímenes de lesa humanidad, el Estado, además de ser responsable por las violaciones a los derechos específicos (deber de respeto), tiene la obligación de iniciar *ex officio* una investigación seria, imparcial y efectiva que permita el juzgamiento y, en su caso, condena a los responsables (deber de garantía). Aquí también el deber de investigar adquiere especial intensidad y tampoco el Estado puede invocar obstáculos procesales o sustanciales para no cumplir el deber de investigar, juzgar y sancionar.

Luego, se encuentran los casos en los que el Estado es responsable por la violación a los derechos humanos, sin que dicha violación se encuentre comprendida dentro de los crímenes de lesa humanidad o de las graves violaciones a los derechos humanos. En estos casos, la Corte sostiene que el *deber de garantía* no significa que en todos los casos se deba cumplir por medio de un proceso penal. Es decir, El Estado no se encuentra obligado a recurrir a la herramienta del poder penal siempre que exista una violación a los derechos humanos. En este sentido, la Corte realiza una primera delimitación

en relación a la violación de ciertos derechos humanos: vida (art. 4), integridad personal (art. 5) y libertad (art. 7). Luego, esboza un segundo recorte referido al carácter intencional de la violación, para sostener que cuando el Estado es responsable porque alguno de sus agentes lesionó un derecho reconocido en la Convención, pero de modo negligente no intencional, no resulta imperativo para el Estado cumplir con el deber de garantía exclusivamente a través de la realización de un proceso penal, pudiendo explorar otras herramientas o mecanismos que permitan cumplir la misma finalidad⁸⁸⁵. En definitiva, en las violaciones intencionales a los derechos a la vida, integridad y libertad el Estado se encuentra obligado a cumplir el deber de garantía mediante la realización de una investigación de oficio, seria, imparcial y efectiva que permita el juzgamiento y, eventual sanción a los responsables.

Por último restan los casos en los que las violaciones a ciertos derechos son producidas por particulares, sin que el Estado deba responder por el deber de respetar ni por el deber de prevenir en relación a esos derechos específicos. En función del deber de garantía, como parte de las medidas positivas que debe adoptar, el Estado se encuentra obligado a organizar el aparato estatal de modo tal que regule las relaciones entre individuos, especialmente en lo que significa la prohibición penal de ciertos comportamientos y la organización del sistema de justicia. En estos casos, si bien el Estado no puede ser responsabilizado por las violaciones de derechos cometidas por particulares, sin que exista al menos un deber concreto de prevención, si respecto de tales violaciones el Estado no realiza alguna medida positiva para que no vuelvan a repetirse, termina en definitiva siendo responsable por la violación al deber de garantizar esos derechos.

Ahora bien, aquí vuelve nuevamente la pregunta acerca de en qué casos el Estado debe cumplir con el deber de garantía a través del proceso penal. La

⁸⁸⁵ Corte IDH, ver caso "I.V. vs. Bolivia", sent. 30 de noviembre de 2016, párr. 310.

respuesta parece ser la misma que para el grupo de casos anteriores. En primer lugar, puede sostenerse que el Estado sólo está obligado a cumplir con el deber de garantía mediante el recurso penal en los casos de violaciones a los derechos a la vida, integridad y libertad. En el caso “Ríos vs. Venezuela” la Corte se vuelca a favor de la respuesta penal en virtud, no del derecho a la libertad de expresión sino por encontrarse afectada también la integridad personal de las víctimas. Luego, resulta lógico, que si el Estado sólo debe cumplir el deber de garantía a través de un proceso penal cuando los agentes del Estado cometen violaciones a los mencionados derechos en forma intencional⁸⁸⁶, no exigirle más en casos de afectaciones de particulares.

En definitiva, en los casos de afectaciones cometidas por particulares, el Estado estaría obligado a cumplir el deber de garantizar a través de una investigación, seria, exhaustiva y efectiva, que permita el juzgamiento y, eventual sanción a los responsables, exclusivamente en los supuestos de afectaciones intencionales a los derechos a la vida, integridad y libertad.

En todos estos grupos de casos en los que se ha podido delimitar el deber jurídico del Estado de realizar una investigación penal para posibilitar el juzgamiento y eventual castigo a los responsables, existe el correspondiente derecho convencional de las víctimas y de los familiares a tener amplias posibilidades de ser oídos y de actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos como del castigo a los responsables. Se debe garantizar a víctimas y familiares el pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas de la investigación e instancias del proceso. Este derecho, ejercido en el marco de un proceso penal, es la materialización del recurso efectivo del artículo 25, sustanciado de conformidad con el debido proceso legal del art. 8.1 de la Convención.

⁸⁸⁶ Corte IDH, caso “I.V. vs Bolivia”, sent. 30 de noviembre de 2016.

Es decir, únicamente en los casos en los que existe el deber jurídico de realizar una investigación penal, el Estado se encuentra obligado internacionalmente a incluir en el diseño del proceso penal el acceso y capacidad de actuación de la víctima y los familiares. Por fuera de esos casos, la decisión será exclusivamente legal, no derivada de una obligación convencional.

En virtud de ello, en los delitos cometidos por personas particulares, el derecho convencional de las víctimas y familiares a intervenir en los procesos penales y la correspondiente obligación del Estado de regularlo, se limita a los supuestos en los que dichos delitos implican la violación intencional de los derechos a la vida, integridad y libertad personal.

10. ¿Tiene la víctima derecho al recurso?

En rigor, el interrogante que finalmente interesa, es si la víctima y los familiares tienen derecho, derivado de la Convención Americana, a un recurso contra la absolución del acusado. Es decir, si el reconocimiento del derecho al acceso a la justicia, como contracara del deber del Estado de investigar, juzgar y, eventualmente, sancionar, abarca también la obligación de garantizarle a la víctima un recurso contra la absolución de la persona acusada.

Una primera respuesta de máxima, podría afirmar que no. Que si bien la víctima y los familiares tienen derecho a intervenir en el proceso penal esa actuación no desplaza ni le quita la responsabilidad al Estado, quien continúa con la obligación de cumplir con el deber jurídico. Por lo tanto, si el Estado sigue siendo el responsable de la investigación, juzgamiento y eventual sanción, ello significa que todo el aparato estatal de la persecución penal está al servicio de esa obligación. En función de ello, se podría sostener que cuando

el Estado logra someter a juicio a una persona llega a una instancia del proceso en la que sólo cuenta con una oportunidad para lograr la condena del acusado. Es la denominada *bala de plata*, entendiendo que el Estado con todo su poder, todas sus agencias y dependencias, puestas al servicio de ese proceso penal, cuenta con esa única oportunidad para lograr su objetivo y que, precisamente, por esa asimetría estructural entre las partes del proceso, aún cuando del mismo participe la víctima y sus familiares, el Estado no puede hacer repetidos intentos para lograr la condena de una persona.

La víctima y sus familiares deben poder actuar en el proceso para lograr que el Estado cumpla con el deber de debida diligencia en la investigación, que la misma sea efectiva, de modo tal que arribe a la instancia del juicio de la mejor manera. De todos modos, el hecho de no reconocer un recurso a la parte acusadora contra la absolución del acusado luego del juicio no significa que el Estado no haya incurrido en responsabilidad internacional. Reconocer la posibilidad de detener el proceso penal porque se encuentra en juego alguna garantía a favor del imputado no implica relevar de responsabilidad internacional al Estado por violación al deber de garantizar y al derecho al acceso a la justicia. A ello cabría agregar que si el cumplimiento del deber de garantizar se realiza a través del recurso al poder punitivo del Estado, en ese caso, el proceso penal constituye la materialización del recurso disponible del art. 25 contra la violación de los derechos de la Convención. Pretender otorgar un recurso por la violación a normas del debido proceso fundado en el mismo art. 25 podría implicar una suerte de regreso al infinito en la responsabilidad internacional del Estado⁸⁸⁷.

⁸⁸⁷ En cierta medida, esta parece ser la solución de la Corte IDH que se desprende del caso "VRP, VPC c. Nicaragua". Allí la Corte entiende que el Estado vulneró el debido proceso por la forma en la que estaba regulado el juicio por jurados (falta de instrucciones, de preguntas, de prueba contraintuitivas, etc), pero no derivó de ello que el Estado debía suministrar un recurso para las víctimas contra los veredictos absolutorios.

Esta primera respuesta podría ser aplicable a los supuestos de particulares del último de los grupos de casos mencionados. Sin embargo, es discutible que pueda aplicarse a supuestos de crímenes de lesa humanidad y de graves violaciones a los derechos humanos. En estos casos, el derecho al acceso a la justicia de las víctimas y familiares implica el derecho a contar con un recurso efectivo que tramite conforme las normas del debido proceso del artículo 8 de la Convención. Esto significa que el Estado debe arribar a la instancia del juzgamiento garantizando también a las víctimas la realización de un juicio respetuoso del debido proceso. Sólo cuando la absolución de la persona acusada es el resultado de un proceso penal y un juicio válido realizado al amparo del debido proceso, se puede sostener que no existe un derecho convencional de la víctima a un recurso contra esa absolución⁸⁸⁸.

Esta solución armoniza, además, con el criterio de la Corte Interamericana en relación a que la obligación de garantizar a través de una investigación penal, juzgamiento y, en su caso, castigo a los responsables, es una *obligación de medio y no de resultado*. Como correlato de ello, la víctima no tiene un “derecho al castigo” sino al juzgamiento y *eventual* castigo. Esa eventualidad de la condena implica también una eventualidad de la absolución, y todo ello, dentro del debido cumplimiento de la obligación del Estado.

Lo que parece no poder ocurrir es que, en los casos mencionados, la absolución se produzca luego de un juicio en el que no se respetó el debido proceso. Cabe recordar que en estos casos, la cosa juzgada írrita o fraudulenta (por violatoria del debido proceso) es inoponible, por lo tanto, la responsabilidad del Estado debe implicar la reapertura del proceso y el nuevo

⁸⁸⁸ Esta posición armoniza con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 321:2021, “Santillán”, al señalar “*que todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma*”, consid. 11°.

juzgamiento. Si esto es así, entonces, la absolución en estos supuestos también podría ser inoponible a la víctima y a sus familiares y, por lo tanto, estos deberían contar con un recurso para impugnar la misma. Un juicio realizado en violación al debido proceso no es un juicio válido y, por lo tanto, la víctima y sus familiares deberían tener derecho a procurar la celebración de un nuevo juicio, sin que ello implique incurrir en bis in idem.

Esta segunda respuesta, armoniza también con el criterio expuesto al hacer mención al recurso del acusador público y al criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los precedentes “Sandoval” y “Kang”, en cuanto reconoce el derecho al recurso al acusador contra una absolución producto de un juicio en el que no se observaron las formas esenciales del proceso (debido proceso). En estos casos, incluidas las violaciones a derechos humanos de agentes del Estado y de particulares, para la Corte Suprema es válida la posibilidad de celebración de un nuevo juicio sin que ello implique violar la prohibición de doble juzgamiento. Por el contrario, si la absolución es sólo producto de la eventualidad de un juicio válido y respetuoso del debido proceso, no es posible provocar un segundo juzgamiento, sin que ello vulnere la prohibición de bis in idem.

En definitiva, podría sostenerse que el Estado se encuentra convencionalmente obligado a suministrar un recurso a la víctima contra las absoluciones que sean consecuencia de un juicio violatorio del debido proceso, solo en los casos en los que la cosa juzgada írrita es inoponible.

11. ¿Derecho de la víctima a la revisión del fallo absolutorio?

Por último, es necesario atender al interrogante acerca de si existe un derecho de la víctima, derivado de la Convención, a un recurso contra la absolución de la persona acusada, sin que esa decisión sea producto de la violación a las garantías del debido proceso, sino exclusivamente de la eventualidad que entraña la respuesta binaria de todo juicio. Es decir, es necesario saber si la víctima cuenta con un derecho convencional a un recurso para desconformarse, únicamente, con el proceso de valoración probatoria llevada a cabo por el órgano de juicio.

Mas allá de las consideraciones que se puedan efectuar en torno a la dificultad para compatibilizar el recurso del acusador privado contra una absolución, luego de un juicio válido, con el sistema de garantías que ampara al acusado, el interrogante se formula, ahora, en términos sustanciales más que operativos, sin descuidar estos últimos en la respuesta que finalmente se brinde.

En términos operativos, el recurso del acusador privado plantea las mismas objeciones que el recurso del acusador público en cuanto a que provoca una alternativa de hierro, cuyas opciones resultan, ambas, violatorias de garantías convencionales. En caso de provocar la realización de un nuevo juicio cuando el anterior fue válidamente celebrado, se vulnera la prohibición de persecución penal múltiple (*non bis in idem*). En caso de que el tribunal revisor asuma competencia positiva, revoque la absolución y dicte la condena, se vulnera el derecho a ser oído y a contradecir la prueba ante el juez de sentencia (principio de inmediación).

Sin perjuicio de las objeciones operativas mencionadas, considero que no existe un derecho convencional de la víctima o los familiares a contar con un recurso contra la absolución del acusado, dictada en el marco de un juicio

respetuoso del debido proceso. La Convención no contempla en forma expresa, entre las garantías que integran el debido proceso, el derecho de la víctima a un recurso contra el fallo absolutorio, como sí ocurre con el derecho de la persona imputada. Entiendo que existen buenas razones para que la Convención haya establecido el derecho a la revisión del fallo, exclusivamente, a favor del condenado.

La cláusula del artículo 8.2.h de la Convención, al ser concebida como una garantía contra el error judicial, adquiere una dimensión específica en la medida en que ampara sólo al acusado. En efecto, el derecho a la revisión del fallo funciona como garantía contra una forma particular de error judicial que es aquel que produce, luego de un juicio válidamente celebrado, en el momento procesal de la valoración de la prueba y la aplicación del estándar probatorio derivado del principio de presunción de inocencia.

La aplicación de una condena presupone que se ha reunido prueba suficiente para la declaración de culpabilidad de la persona acusada y, por lo tanto, que ha cedido la presunción de inocencia. Los errores que los jueces pueden cometer en la aplicación del estándar probatorio requerido configuran una violación a la presunción de inocencia. En definitiva, el derecho a la revisión del fallo es fundamentalmente una garantía destinada a la protección de la presunción de inocencia. Esta es una *obligación de resultado* para el Estado.

La errónea aplicación del estándar probatorio importa la vulneración de la presunción de inocencia, por lo cual, la detección de ese tipo de error conduce a la absolución. El argumento, sin embargo, no es reversible. Los eventuales errores en el proceso de valoración probatoria que culminan en la absolución de la persona acusada no se traducen automáticamente en una condena. Que se hayan producido errores en una absolución no significa que corresponda la

condena. Ello es consecuencia de que no existe un estándar de absolución que sea el correlato de la presunción de inocencia para el acusado.

La única garantía contra el error judicial está contemplada en la Convención en favor del imputado y es la clara manifestación de que los únicos errores que dicho instrumento estaba interesado en evitar, por medio del doble conforme judicial, son aquellos que operan en contra del acusado. En definitiva, esta garantía no es más que el corolario del objeto y fin de todo el sistema de garantías construido sobre la presunción de inocencia: evitar condenas arbitrarias, injustas o erróneas. Para ello, supedita la sentencia condenatoria a la posibilidad de que la misma sea confirmada. El doble conforme, como exigencia convencional, es la salvaguarda contra el error exclusivamente cometido en perjuicio del reo.

En definitiva, no existe una garantía para la víctima que sea el correlato de la presunción de inocencia para el acusado, por lo tanto, no existe un derecho a un recurso contra ese tipo de errores judiciales. Por el contrario, al establecer el sistema de garantías convencionales el principio de presunción de inocencia y su derivado de la duda razonable, fijó el balance en una exigencia alta en términos probatorios, que expresa el punto de síntesis política que dirime el reparto de los errores en favor de la preocupación por los falsos positivos, con el consecuente desmedro de los eventuales falsos negativos.

Distinta puede ser la solución en los casos de graves violaciones a los derechos humanos cuando los errores implican violaciones al debido proceso que también ampara a la víctima (derecho a ser oído, juez imparcial, etc.). En estos supuestos, frente a la vulneración de un derecho contenido en la Convención, el Estado tiene la obligación de suministrar un recurso rápido y sencillo para la reparación. Por lo tanto, para esta situación, el derecho al

recurso de las víctimas y los familiares surgiría de los artículos 8.1 y 25 de la Convención.

En definitiva, la víctima tiene derecho a ser oída y a participar en las distintas etapas del proceso en procura de que el Estado cumpla con su deber de investigar seria, imparcial y diligentemente lo sucedido para posibilitar el juzgamiento de modo respetuoso con las garantías del debido proceso y, en su caso, imponer la condena a los responsables. Ese derecho convencional de la víctima obliga a los Estados a adoptar las medidas positivas para posibilitar el ejercicio del mismo. En este sentido, es posible entender que el reconocimiento del derecho al debido proceso tiene carácter asimétrico para el imputado y la víctima en los supuestos mencionados. En el caso de la persona imputada, el debido proceso incluye el derecho a la revisión del fallo condenatorio como salvaguarda contra el error judicial, mientras que en el caso de la víctima, el debido proceso se agota en el derecho a ser oído a partir de un juicio válido.

Esta conclusión se adapta al criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que históricamente ha señalado que la garantía del debido proceso sólo exige que el litigante sea oído con las formalidades legales (en el caso de la víctima puede entenderse por ello, el derecho a la investigación seria, exhaustiva y al juzgamiento de los responsables) y que no depende del número de instancias que las leyes procesales, reglamentando esta garantía constitucional, establezcan según la naturaleza de las causas y que ha reconocido que esta regla ha quedado limitada por la reforma constitucional de 1994, que consagra expresamente el derecho del inculpado de "recorrer del fallo ante juez o tribunal superior"⁸⁸⁹. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que *"todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que*

⁸⁸⁹ CSJN, Fallos: 320:2145 "Arce", consid. 8°.

*asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma*⁸⁹⁰.

En estos términos, la víctima de graves violaciones a los derechos humanos tendría un derecho convencional a un recurso contra una absolución producto de un juicio que no haya respetado el debido proceso, esto es, contra una una decisión dictada en el marco de un juicio inválido. La consecuencia de ello radicaría en la posibilidad de realizar un segundo juicio, sin que importe una vulneración a la prohibición de bis in idem. Restaría un interrogante final en relación a cuántas veces debería el acusado soportar los errores de los órganos estatales, cuántos juicios se podrían repetir contra él sin que se afecten otras garantías como el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. En este sentido, algunos ordenamientos procesales establecen expresamente que si, luego del segundo juicio, se obtiene una segunda absolución, esa decisión no será susceptible de impugnación alguna⁸⁹¹.

En definitiva, no existe un derecho convencional al recurso de la víctima en los mismos términos en los que se encuentra previsto en forma expresa el derecho de revisión del fallo a favor del imputado, por lo tanto, no existe tampoco una obligación internacional del Estado de diseñar el proceso penal previendo una impugnación con esas características. Si existiera en términos convencionales una bilateralidad absoluta y simétrica en la instancia recursiva y, por ello, una obligación del Estado de proveer a ambas partes sendos recursos con igual alcance, se daría la paradoja de que, a ese nivel, ambas garantías se neutralizarían entre sí o sacrificarían otras garantías, tal como se señaló.

⁸⁹⁰ CSJN, Fallos: 321:2021, "Santillán", consid. 11°.

⁸⁹¹ CPP Neuquén, art. 274; CPP Río Negro, art. 241; CPP Chubut, art. 387.

CONCLUSIONES FINALES

1. Introducción.

Luego de haber abordado una serie de aspectos que consideramos problemáticos en relación al derecho a la revisión del fallo, es necesario efectuar un repaso de los mismos y de las posiciones formuladas a modo de conclusión final.

Reitero lo señalado en oportunidad de la presentación del tema, en donde se advirtió que el presente trabajo no pretendía agotar la temática en torno al derecho convencional de la revisión del fallo y que, por lo tanto, se había decidido excluir ciertos aspectos del mismo. Por tal razón, las conclusiones no abarcarán la totalidad de las cuestiones problemáticas que dicha garantía puede suscitar.

La posición adoptada en cada uno de los temas abordados ha tenido siempre como norte el “objeto y fin” de dicha garantía y el “efecto útil” de la misma, procurando la armonización con el resto del sistema de garantías convencionales. Se ha tratado en cada solución que se propone librarnos del lastre de ciertas tradiciones asociadas a determinadas nomenclaturas y caracterizaciones que, en la actualidad, no tienen otro peso que su propia historia y que desde un comienzo han conspirado para que la garantía de revisión del fallo obtenga su mayor capacidad de rendimiento en función de la finalidad asignada: evitar los errores judiciales que afectan la presunción de inocencia.

2. El aspecto cognoscitivo del sistema de garantías.

Una primera conclusión consistió en poder identificar que el sistema de garantías contenido en la Convención Americana tiene carácter cognoscitivo. Esto se derivó de que el artículo 9 de dicho instrumento sólo autoriza al legislador local a prohibir penalmente hecho, conductas. Para la Corte Interamericana, el principio de legalidad allí contenido, permite cumplir el cometido de funcionar como orientador de la conducta de los ciudadanos, al posibilitar conocer de antemano qué está prohibido y cuál es su consecuencia.

Se señaló que ese cometido sólo puede ser alcanzado mediante un derecho penal de acto, que sólo prohíba acciones mediante *enunciados descriptivos empíricamente verificables*. Se afirmó que el cometido orientador del principio de legalidad se cumplirá solamente si en el caso concreto, la sanción penal es impuesta una vez que la hipótesis verificable contenida en la ley haya sido empíricamente verificada en el caso. Es decir, si no hay verificación empírica, la sanción penal se torna aleatoria y, por lo tanto, ya no cumple ningún cometido orientados de los comportamientos de los ciudadanos.

En síntesis, el principio de legalidad impone el *carácter cognoscitivo* al determinar la verificación empírica de la hipótesis.

3. La verdad como garantía.

Al advertir el carácter cognoscitivo del sistema de garantías, entendimos que era necesario recuperar el concepto de "verdad". Para ello, era necesario despejar la sospecha en cuanto a los riesgos de un concepto de verdad sustancialista que había llevado al proceso penal a la etapa más oscura de su

historia. No se trata de la pretensión de encontrar una verdad general, absoluta, definitiva. Tampoco se trata de una verdad que deba guiar la totalidad del proceso penal.

Aquí interesa sólo el concepto de verdad en el proceso de toma de la decisión judicial, es decir, en el juicio. Por lo tanto, se señaló que la verdad debe referirse sólo y exclusivamente a la hipótesis acusatoria. Se trata exclusivamente de la justificación de la pretensión de verdad del acusaor.

Si en virtud del principio de legalidad, la pena sólo puede ser impuesta si la hipótesis legal pretendida por el acusador ha sido empíricamente verificada, entonces, la verdad de la hipótesis acusatoria, es decir, el carácter verdadero de los enunciados que la conforman, es presupuesto de la pena. Sin verdad no puede haber pena.

De este modo, se reelabora el concepto de verdad en clave garantista. No es la verdad de un hecho en general lo que interesa, sino sólo y exclusivamente si la hipótesis acusatoria es verdadera. Se concluyó que, recuperado y depurado el concepto, el proceso de justificación de la pretensión de verdad del acusador era determinante. En esa medida, resultaba imprescindible recurrir al auxilio de la epistemología como disciplina que tiene como objeto determinar cuándo una determinada creencia está justificada. Para ese cometido nos servimos de la teoría fundaherentista de Susan Haack.

4. Las condiciones formales y materiales del uso del concepto de verdad.

Definido el concepto de verdad como correspondencia, al menos de modo intuitivo, restaba la tarea de establecer bajo qué condiciones era posible en el

ámbito del proceso penal aceptar que un enunciado fáctico es verdadero. Para ello se distinguió entre condiciones formales y materiales.

Por condiciones formales para el uso del concepto de verdad se hizo referencia al proceso de construcción de la verdad. Siendo que el proceso de justificación de una pretensión de verdad opera en el plano discursivo, las condiciones formales operan al estilo de las presuposiciones pragmáticas de los discursos. Este proceso abarca desde el diseño institucional de las partes en el proceso (imparcialidad del juzgador), las reglas de formación de la prueba (el carácter político y epistemológico de ciertas garantías) y, por último, la metodología para la adopción de una decisión (el contradictorio que permite la refutación de la hipótesis).

Por condiciones materiales para el uso del concepto de verdad se hizo referencia a si determinada cantidad de prueba, producida bajo las condiciones formales, justifican afirmar la verdad de la hipótesis acusatoria. Para ello se distinguió dos momentos: la valoración de la prueba (de carácter epistemológico) y la determinación del estándar probatorio, es decir, cuándo la prueba es suficiente en el ámbito penal para concluir que la hipótesis acusatoria es verdadera (de carácter político). En este sentido, se concluyó, por un lado, que el proceso de valoración está guiado por reglas epistemológicas objetivas, entendiendo por ello que el valor epistémico no depende del sujeto cognoscente y, por el otro, que el estándar probatorio, derivado de la presunción de inocencia, es estrictamente objetivo y no depende de ninguna situación anímica o psicológica del juzgador, tales como la convicción o la duda.

5. El deber de motivar.

Se afirmó el carácter de garantía derivado del deber de motivar la decisión judicial que concluye en una condena, pues sólo se podrá saber si el principio de inocencia fue efectivamente respetado si el juzgador entendió justificada de modo concluyente la pretensión de verdad del acusador, es decir, si se encontraba cumplido el estándar probatorio exigido, plasmándolo en la sentencia.

El deber de motivar no tiene que ver con los recorridos psicológicos del juez para arribar a una decisión, sino con las posibilidades de justificación de esa decisión en términos epistemológicos y de estándar probatorio. Las mejores razones que permiten justificar una pretensión de verdad deben haber sido aportadas por el proponente, no puede el juez construir la justificación supliendo el déficit del acusador.

La inmediación del juicio oral, en tanto espacio para la experiencia perceptiva del juzgador y las partes, no constituye ningún obstáculo para cumplir acabadamente con el deber de motivar la determinación de los hechos en la sentencia.

6. La revisión de los hechos.

En virtud de lo concluido en cuanto a las condiciones formales y materiales para el empleo del concepto de verdad y de la necesidad de que ello se traduzca en la motivación de la sentencia condenatoria, el proceso de revisión de los aspectos fácticos estará guiado por dichas condiciones.

En cuanto a las condiciones formales, vinculadas a la observancia de garantías convencionales (imparcialidad, defensa, contradicción, etc), la revisión estará sujeta a constatar la observancia o no de dichas garantías.

En cuanto a las condiciones materiales, la motivación de la sentencia constituye un presupuesto necesario del derecho a la revisión, de modo tal de permitir revisar tanto el proceso de valoración (control de las inferencias) como el cumplimiento del estándar probatorio.

No existe ningún aspecto del proceso de determinación de los hechos que no pueda estar sometido a revisión. La inmediación no constituye un obstáculo para el control de determinados aspectos de esa determinación pues incluso los contenidos de los estados perceptivos (enunciados de percepción) pueden ser puestos en cuestión por la defensa a partir del registro filmico del juicio o, directamente, de la propia fuente de información.

La decisión del órgano encargado de la revisión puede consistir excepcionalmente en el reenvío para un nuevo juicio en alguno de los casos en que se constate una violación a las condiciones formales para el uso del concepto de verdad. Por regla, el tribunal revisor estará en condiciones, si la sentencia cumple adecuadamente con el deber de motivación, de resolver si los eventuales errores en el proceso de valoración de la prueba, (vgr. inferencias inadecuadas) impiden o no tener por cumplido el estándar probatorio exigido.

7. El recurso del acusador público.

En el caso del Ministerio Público, es claro que no se encuentra amparado por el derecho a la revisión del fallo. Es decir, no cuenta con un recurso contra la absolución fundado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana. Dicha cláusula convencional tiene su carácter específico en la protección de la presunción de inocencia a través del control del cumplimiento del estándar probatorio exigido para justificar una condena. El argumento no es reversible, porque no existe un estándar de absolución que se funde en una garantía contrapuesta. Incluso, los eventuales errores en la motivación de una sentencia absolutoria no determinan *per se* el estándar de prueba para condenar.

Se entendió, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los votos de los doctores Petracchi y Bossert, que el recurso del acusador contra una sentencia absolutoria no podía provocar el reenvío para la realización de un nuevo juicio si el juicio anterior se consideraba válidamente celebrado, sin violar con ello la prohibición de *bis in idem*. Se concluyó que, en el único supuesto en el que era posible la reedición del juicio era cuando se habían afectado las formas esenciales del proceso y, por lo tanto, el primer juicio no podía ser considerado como válido.

La prohibición de reenvío cuando el primero juicio era válido no autorizaba a que el órgano revisor asuma competencia positiva y dicte él mismo una sentencia condenatoria. Se afirmó que ese proceder vulneraba la garantía de inmediación e importaba una condena sin juicio. Por otra parte, se agregó que aún cuando se pretendiera salvar la inmediación a partir de la celebración de una audiencia con la prueba revalorada ante el tribunal revisor, en definitiva, ello terminaba siendo un nuevo juicio, con lo cual igualmente se vulneraba el *non bis in idem*.

La conclusión final consistió en que el acusador público no tiene recurso contra una sentencia absolutoria si la misma fue dictada luego de un juicio válidamente celebrado y cuenta con motivación, aún cuando puedan existir errores en el proceso de valoración.

8. El recurso del acusador privado.

En relación a la víctima en el proceso penal, se analizó la jurisprudencia de la Corte Interamericana para poder desentrañar cuáles son las obligaciones del Estado en relación a aquella al momento de diseñar el proceso penal.

Se estableció que la Corte establece la obligación de los Estados de investigar, juzgar y, eventualmente sancionar a los responsables de ciertas violaciones a los derechos reconocidos en la Convención. De ese deber de los Estados, surge como contratara, el derecho de las víctimas y familiares a conocer la verdad de lo sucedido y a que el Estado cumpla con el deber jurídico antes señalado.

Se pudo establecer que claramente esa obligación surge en los casos de delitos de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos, así como en otros casos en los que existe una prohibición que integra el *ius cogens*.

En el caso de las violaciones cometidas por terceros que no son agentes del Estado ni actúan con la aquiescencia o tolerancia de este, existe un deber derivado del deber general de prevención que tienen los Estados. En estos casos la Corte Interamericana entiende que sólo en determinados supuestos y

respecto de determinados derechos el recurso al poder penal es necesario para que el Estado cumpla con el deber de prevención.

En los casos en los que la Corte Interamericana entiende que el Estado se encuentra obligado a investigar, juzgar y, eventualmente, sancionar penalmente, reconoce también el derecho de las víctimas y familiares a la protección judicial, que implica el derecho a ser oído y actuar en todas las instancias del proceso.

En este punto, se señaló que la obligación del Estado en términos convencionales se refiere a realizar una investigación seria y exhaustiva que permita identificar y juzgar a los responsables de la lesión al derecho. Es decir, la obligación final del Estado es el juzgamiento y eventual sanción a los responsables.

Frente al interrogante acerca de si el acusador privado cuenta con un derecho convencional a disponer de un recurso contra una absolución, se sostuvo que en los casos de graves violaciones a los derechos humanos el Estado debe garantizarle un recurso en aquellos casos en los que la absolución es consecuencia de un juicio en el que no se ha respetado el debido proceso, es decir, en el que se han afectado las formas esenciales y, por lo tanto, es un juicio inválido. Allí, la víctima y los familiares tienen derecho a intervenir en el proceso y solicitar la realización de un nuevo juicio. El Estado está obligado a garantizarles a las víctimas un juicio válido. Ello se derivaría de la inoponibilidad de la cosa juzgada írrita en los casos de graves violaciones.

De este modo, la solución propuesta en términos convencionales armoniza con la prohibición de bis in idem en los términos reconocidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por el contrario, cuando el juicio fue válido y diligentemente realizado por las autoridades del Estado y la absolución no es más que la eventualidad de todo juicio, se concluyó que no existe un derecho convencional de las víctimas y familiares a que se revise esa absolución. El propio deber jurídico del Estado está formulado en los términos de “*juzgar y, en su caso, sancionar*”, remarcando insistentemente la Corte Interamericana que no se trata de una obligación de resultado sino de medio. Por lo tanto, cuando el “medio” ha sido cumplido correctamente (juicio válido), la absolución es sólo uno de los resultados posibles en todo juicio.

Por otra parte, si se aceptara un derecho de la víctima a un recurso contra una absolución, dictada luego de un juicio válido, las posibilidades que se abren para el órgano revisor derivan en consecuencias incompatibles para el sistema de garantías. Si el tribunal revisor deja sin efecto la absolución y reenvía para un nuevo juicio, se vulnera el *non bis in idem* en virtud de que reedita un juicio que ya había sido válidamente celebrado. Si el tribunal asume competencia positiva y decide condenar, se vulnera el derecho a la inmediación, derivado del derecho a ser oído, y se termina por imponer una pena sin juicio.

BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, Daniela “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, publicado en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVII, (Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2011), pp. 483-511.

-ALCACER GUIRAO, Rafael “Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación”, publicado en InDret Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero 2012

- AGUIRRE ARANGO, José Pedro, “*La interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos*”, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>.

-ALISTE SANTOS, Tomás Javier “La motivación de las resoluciones judiciales”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2011.

-ALLEN, J. Ronald “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico” publicado en “Estándares de prueba y prueba científica”, Carmen Vazquez (ed.), ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-AMAYA VILLARREAL, Álvaro Francisco, “*El principio pro homine: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado*”. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 5, junio, 2005, pp. 337-380 Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia.

-ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W., *“Análisis de la prueba”*, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015.

-AYALA CORAO, Carlos, *“El derecho de los derechos humanos (La convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos). Memoria del V Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional*, 1ra edición, Instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- APEL, Karl-Otto, *“Teoría de la verdad y ética del discurso”*, trad. De Norberto Smilg, ed. Paidós I.C.E. Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1991.

-AVILÉS MELLADO, Luis, *“Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional”*, publicado en Revista de Estudio de la Justicia (REJ), Nº 4, año 2004, Universidad de Chile, pp. 177-195.

-BACIGALUPO, Enrique, *“La impugnación de los hechos probados en la casación penal”*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.

-BAUMAN, Jürgen, *“Derecho Procesal Penal”*, trad. Conrado A. Finzi, ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

-BINDER, M. Alberto, *“Derecho Procesal Penal, Tomo I, Hermenéutica del proceso penal”*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.

-BINDER, M. Alberto, *“El elogio de la audiencia oral y otros ensayos”*, publicado por Coordinación Editorial, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, 2014.

-BOVINO, Alberto *“Juicio y verdad en el procedimiento penal”*, publicado en Estudios sobre Justicia Penal, publicado en AA.VV., Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. MAIER, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2005.

-BOVINO, Alberto, *“Los principios políticos del procedimiento penal”*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2018.

-CACHÓN VILLAR, Pablo *“La doble instancia penal y el recurso de casación”*, Publicado en Revista Jurídica de Castilla y León, Nº 10, septiembre de 2006, pp. 13-64.

-CAFFERATA NORES, José I., *“Proceso Penal y Derechos Humanos”*, ed. Cels, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

-CARNEVALI RODRIGUEZ, Rúl y CASTILLO VAL, Ignacio *“El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”*, publicado en Revista Ius et Praxis, Año 17, nº 2, 2011, pp. 77-118.

-CAROFIGLIO, Gianrico *“El arte de la duda”*, trad. Luisa Juanatuey, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.

- D’ALBORA, Nicolás, *“Uso y abuso del ejercicio de competencia positiva”*, *“El debido proceso Penal”*, Ángela Ledesma (dirección), Nro. 6, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, ps. 69/81.

-DAMASKA, Mirjan *“El derecho Probatorio a la deriva”*, trad. Joan Picó i Junoy, ed. Marcial Pons, 2015.

-DAMASKA, Mirjan “De la prueba de referencia y sus análogos”, NDP Nueva Doctrina Penal, 2004/B.

-DE LA RÚA, Fernando, “*La casación penal*”, ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

-DE LUCA, Javier Augusto, “*Recurso Fiscal contra Absoluciones y Nuevo Debate*” (comentario al fallo “Kang” de la Corte Suprema), publicado en AA.VV., Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (dirigida por Leonardo Pitlevnik), Número 13, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 186.

-DIAZ CANTÓN, Fernando, “*El cuestionamiento a la legitimidad del recurso del acusador contra la sentencia con miras a agravar la situación del imputado*”, nueva doctrina penal 2001/A.

-ESPEJO, Roberto “Pierce, la abducción y la investigación científica”, Revistas Observaciones filosóficas, www.observacionesfilosoficas.net

-FELGUERAS, José L. “Percepción no conceptual. Carga teórica y fundaherentismo”, Universitas Philosophica 46, jun 2006.

-FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón”, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Valladolid, 1989.

-FERRAJOLI, Luigi “Las Garantías...”

-FERRER BELTRÁN, Jordi, “La valoración racional de la prueba”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2007.

-FERRER BELTRÁN, Jordi “La prueba es libertad pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”, publicado en “Estándares de prueba y prueba científica”, Carmen Vazquez (ed.), ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-FERRER BELTRÁN, Jordi, “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias”, publicado en *REVUS Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 33(2017), pp. 107-126.

-FERRER BELTRÁN, Jordi, “*Los hechos en la casación penal*”, publicado por Instituto Pacífico, Área Derecho Procesla Penal, número 48, junio 2018, pp. 153-175.

- GARRIDO LORENZO, M.A. “Hacia la reforma de la segunda instancia penal. Los recursos de apelación y casación a examen”. En *Recursos en el proceso penal: recursos en la fase de instrucción, recursos contra las sentencias, recursos en el procedimiento del jurado, recurso de casación y de revisión*. Consejo del Poder Judicial. Madrid, 2009. Págs. 441-491.

-GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Los hechos en el derecho*”, ed. Marcial Pons, 2010.

-GASCÓN ABELLÁN, Marina “Prueba científica, un mapa de retos”, publicado en “Estándares de prueba y prueba científica”, Carmen Vazquez (ed.), ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-GROSS ESPIEL, Héctor “*Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia*”, Pág 235 y sgtes.

-GUZMÁN, Nicolás “La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”, ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.

-HAACK, Susan “Evidencia e Investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología”, trad. M. Ángeles Martínez García, ed. Tecnos, Madrid, 1997.

-HAACK, Susan “Una teoría fundaherentista de la justificación empírica”, *AGORA –papeles de filosofía- (1999), 18/1:35-53*, Servicio de publicaciones da Universidade de SANTIAGO DE COMPOSTELA, 2000.

-HAACK, Susan “Toda la verdad y nada más que la verdad”, trad. A Santacoloma Santacoloma con la asistencia de C. Vazquez Rojas, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35(2012), pp. 571-587.

-HAACK, Susan “Dos falibilistas en busca de la verdad”, publicado en <http://www.unav.es/gep/AF69Haack.html>

-HAACK, Susan “Entrevista a Susan Haack”, de Carmen Vazquez, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36 (2013) ISSN: 0214-8676 pp. 573-586.

-HAACK, Susan “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica” publicado en “Estándares de prueba y prueba científica”, Carmen Vazquez (ed.), ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-HAACK, Susan, “*La justicia, la verdad y la prueba*” publicado en “*Debatiendo con Taruffo*”, Jordi Ferrer Beltrán y Carmen Vazquez (coeds), ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2016.

- HABERMAS, Jürgen, “*Verdad y justificación*”, trad. De Pere Fabra y Luis Díez, ed. Trotta, 2002,

-HENDLER, Edmundo, *“El juicio por jurados: ¿derecho u obligación?”* que fue publicada en la obra colectiva *“El juicio por jurados en el proceso penal”*, ED 187-1136.

-HERBEL, Gustavo A., *“El derecho del imputado a revisar la condena”*, ed. Hamurabi, Buenos Aires, 2013.

-IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan *“Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, ^in dubio pro reo^”*, pp. 459-479.

-JUAREZ, Mariano Gabriel, *“La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación”*, publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVIII, 2012, pp. 285-314, Bogotá.

-LAUDAN, Larry *“Verdad, error y proceso penal”*, trad. De Carmen Vazquez y Edgar Aguilera, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-LAUDAN, Larry *“La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal”*, publicado en *“Estándares de prueba y prueba científica”*, Carmen Vazquez (ed.), ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-LAUDAN, Larry, *Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, publicado en *DOXA cuadernos de filosofía del derecho*, 28 (2005)

-LOPEZ GUERRA, Luis *“El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Los Tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”*, publicado en *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32-2013, pp. 139-158.

-MAIER, Julio B.J., "Acerca de la garantía procesal del recurso contra la condena penal en las convenciones internacionales sobre derechos humanos", publicado en *Antología. El Proceso Penal Contemporáneo*, ed. Palestra, Perú, 2008.

-MAIER Julio B.J. "*Es la intermediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. composición*", publicado en *Antología. El Proceso Penal Contemporáneo*, ed. Palestra, Perú, 2008.

-MAIER, Julio B.J., "*Derecho Procesal Penal*", I, *Fundamentos*", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

-MAIER, Julio B.J., "*Derecho Procesal Penal*", II, *Sujetos Procesales*", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pág. 308.

-MEDINA QUIROGA, Cecilia "*Las obligaciones de los Estados bajo Convención Americana sobre derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de siglo después: 1979-2004*". 1ra edición, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 2005.

-MORENO CATENA, Víctor "El recurso de apelación y la doble instancia penal", publicado en *Aequitas*, pp. 13-75.

-MÜLLER, Ingo, "*Der Wert der materiellen Wahrheit*", *Leviathan* Vol. 5, No. 4 (1977), pp. 522-537, Published by: [Nomos Verlagsgesellschaft mbH](http://www.nomos-verlagsgesellschaft-mbh.de) <https://www.jstor.org/stable/23982857> Page Count: 16,

-NIEVA FENOLL, Jordi "La valoración de la prueba", ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.

-NIEVA FENOLL, Jordi “La duda en el proceso penal”, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-NIEVA FENOLL, Jordi “Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad”, publicado en Civil Procedure Review, v.3, n.1:3-24, jan-apr., 2012.

-NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, Revista Ius et Praxis, v.11 n.1 Talca, 2005

-OROZCO CONTRERAS, Richard “El Fundaherentismo: la epistemología de Susan Haack”, PHAJNOMENON, UNIFE, Vol 12 N° 1 Ene-Dic 2013.

-PARDO, Michael S. “Estándares de prueba y teoría de la prueba” publicado en “Estándares de prueba y prueba científica”, Carmen Vazquez (ed.), ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-PASTOR, Daniel R., “*La nueva imagen de la casación penal*”, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

-PEÑA, Lorenzo y TXETXU, Ausín, “La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria”, Anuario de Filosofía del Derecho, XVIII (2001), pp. 95-125.

-PEREZ BARBERÁ, G. y BOUVIER Hernán “*Casación, Lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios*”, publicado en Nueva Doctrina Penal, 2004/B.

-PEREZ BARBERÁ, Gabriel, “Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo “Casal” y del método invocado por la Corte, publicado en www.apdp.com.ar/archivo/barbera.htm.

-PERFECTO IBAÑEZ, Andrés “Sobre prueba y motivación”, publicado en “Consideraciones sobre la prueba judicial”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

-PERFECTO IBAÑEZ, Andrés, “Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)”, publicado en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, nº 46, 2003.

-PERFECTO IBAÑEZ, Andrés, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, publicado en DOXA, nº 12, 1992.

-PINTO, Mónica, *“El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”*, Dialnet, 1997, ISBN 987-9120-14-0, págs. 163-172.

-PRÜTTING, Hanns, “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio”, traducción de Alvaro Perez Ragone, publicado Revista Ius et Praxis, Año 16 N° 1, 2010, pp. 453-464.

-RAMIREZ FIGUEROA, Alejandro “Inferencia abductiva basada en modelos. Una relación entre lógica y cognición”, pág. 4, CRITICa. Revista hispanoamericana de filosofía. Vol. 43 N° 129 (diciembre 2011): 3-29.

-REYES MOLINA, Sebastián “Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno”, publicado en Revista de Derecho, Vol. XXV-Nº2, Diciembre 2012, pp. 229-247

-ROBERTS, Paul “¿Fue el bebé sacudido? Prueba, pericia y epistemología jurídica en el proceso penal inglés”, publicado en “Estándares de prueba y prueba científica”, Carmen Vazquez (ed.), ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-RORTY, Richard, “*Universalidad y verdad*”, en Richard Rorty/Jürgen Habermas “*Sobre la verdad: ¿validez universal o justificación?*”, trad. Patricia Wilson, ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2012.

-ROXIN, Claus, “*Derecho Procesal Penal*”, trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

-SALAS, Minor E., “*¿Qué significa fundamentar una sentencia? O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica*”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Nº 13, Valencia, 2006.

-SALVIOLI, Fabián, “*La interpretación pro homine y las obligaciones generales de los Estados*”. Conferencia dictada el 17 de julio de 2007 durante el XXV curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica.

-SEBEOK, Thomas A y SEBEOK, Jean Umiker “Sherlock Holmes y Charles Pierce/ El método de la investigación”, Escuela de Filosofía Universidad de ARCIS, edición electrónica www.philosophia.cl.

-SCHUM D, TWINING W., ANDERSON T., “*Análisis de la prueba*”, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015

-TARUFFO, Michele “*Simplemente la verdad*”, trad. De Daniela Accatino Scagliotti, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.

-TARUFFO, Michele “*La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales*”, publicado en “*Estándares de prueba y prueba científica*”, Carmen Vazquez (ed.), ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

-TARUFFO, Michele “*Consideraciones sobre la prueba y la motivación*” publicado en “*Consideraciones sobre la prueba judicial*”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

-TARUFFO, Michele “*Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos*”, publicado en “*Consideraciones sobre la prueba judicial*”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

-TARUFFO, Michele “*La prueba, artículos y conferencias*”, ed. Metropolitana, Santiago 2008.

-TARUFFO, Michele “*¿Verdad negociada?*”, publicado en *Revista de Derecho*, Vol. XXI-Nº 1- julio 2008, pág. 129-151.

-TARUFFO, Michele “*Sobre la complejidad de la decisión judicial*”, trad. Carlos Mondragón, publicado en *PRECEDENTE 2012 VOL 1/JULIO-DICIEMBRE*, 181-200, Cali, Colombia.

-TILLERS, Peter “Representando la inferencia de hechos en el ámbito jurídico”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del derecho, 30 (2007), pp. 383-414.

-THOMMEN, Marc, “*Gerechtigkeit und Wahrheit im mordernen Strafprozess*”, recht 06/2014 vom 10.12.2014 – Abhandlung.

-TWINING W., ANDERSON T., SCHUM D, “*Análisis de la prueba*”, trad. Coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires 2015.

-VEGA REÑON, Luis “Entimemas”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 27(2004), pp. 283-315.

-WESSLAU, Edda, “*Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess*”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com, 558-564.

-WILHELM, Endrik, “*Wahrheit im Strafprozess*”, in: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Texte und Ergebnisse des 40. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main, 4. - 6. März 2016; Hrsg. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd.40, Berlin 2016,, 267-292.

-ZIFFER, Patricia, “El derecho al recurso y los limites al juicio de reenvio”, en Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora, AA.VV., edit. Lexis Nexis/Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.