

**Un límite crucial al recurso acusatorio:
el doble conforme
(La Suprema Corte bonaerense en su laberinto)**

Por Gustavo A. Herbel () y Ricardo S. Favarotto (**)*

Sumario: I. Antecedentes del caso. II. El fallo de la Corte bonaerense. III. Conflicto normativo entre cláusulas convencionales. IV. La enrevesada articulación de los medios impugnativos, en el sistema penal bonaerense V. La víctima, el particular damnificado y los recursos extraordinarios. VI. Alcance convencional de los derechos de la víctima. VII. Resumen conclusivo. VIII. Referencias bibliográficas.

I. Antecedentes del caso

El día 23 de abril de 2008, tras la realización del juicio penal, el Tribunal en lo Criminal n° 2 del Departamento Judicial San Martín condenó: *i)* a Walter David Colman a la pena de once años y nueve meses de prisión, accesorias legales y costas, por ser coautor responsable del delito de homicidio en ocasión de robo, imponiéndole la pena única de doce años, ocho meses y quince días de prisión, accesorias legales y costas (comprensiva de la anterior y de la de tres años de prisión y costas, aplicada en la causa N° 1367 del T. C. N° 2 de Morón, el 5 de diciembre de 2005, por ser coautor de tenencia ilegal de arma de guerra); y *ii)* a Ricardo Luis Colman a la pena de catorce años y un mes de prisión, accesorias legales, costas y declaración de reincidencia, por resultar coautor responsable del delito de homicidio en ocasión de robo, y autor del delito de portación ilegal de arma de guerra, ambos en concurso ideal entre sí, imponiéndole la pena única de dieciséis años y un mes de prisión, accesorias legales, costas y declaración de reincidencia (comprensiva de la anterior y del remanente incumplido de la pena única de catorce años y seis meses de prisión, accesorias legales y

* Doctor en Derecho Penal, Facultad de Derecho, UBA. Profesor de grado y posgrado en la Facultad de Derecho, UBA y en la Universidad de San Isidro; Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de San Isidro.

** Magister en Criminología y Sociología Jurídico-penal, Universidad de Barcelona (UB). Profesor de grado y postgrado en la Facultad de Derecho de la UNMdP. Ex Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Mar del Plata.



costas, a la que se lo condenara en la causa N° 34 del T. C. N° 4 de Morón, el 6 de septiembre de 2004, revocando la libertad condicional allí concedida).

Contra esa sentencia definitiva interpusieron recursos de casación tanto el apoderado del particular damnificado, como la defensa pública de los enjuiciados. Con fecha 15 de noviembre de 2012, la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal bonaerense resolvió: *i)* desestimar, por improcedente, el recurso deducido por el particular damnificado; y *ii)* rechazar, por improcedente, el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, confirmar en todos sus términos las condenas impuestas en la sede originaria a los procesados Walter David Colman y Ricardo Luis Colman.

Las partes litigantes dedujeron, entonces, recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley. La Suprema Corte de Justicia (SCBA, P. 117.199, "*Orlando, Marcelo Julián y Martiello, Liliána Mabel -Apoderados de Particular Damnificado-*. *Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 34.443 y acum. 34.496 del Tribunal de Casación Penal, Sala II*", y *acum. P. 119.888, "Colman, Ricardo Luis y Colman, Walter David. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley causas n° 34.443 y acum. n° 34.496 del Tribunal de Casación Penal, Sala II"*), el 4 de noviembre de 2015, hizo lugar al recurso interpuesto por los particulares damnificados, y al casar la sentencia, recalificó el hecho ilícito como homicidio calificado *criminis causa*, e impuso a Ricardo Luis Colman y Walter David Colman la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, sanción que en el caso del primero de los nombrados concurre con el delito de portación ilegal de arma de guerra (arts. 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55, 80 inc. 7 y 189 inc. 2, 4° párr, Código Penal y art. 496 CPP); en cambio, rechazó, el recurso extraordinario interpuesto por la defensa en favor de los nombrados, con costas (art. 496 CPP).

Contra ese decisorio, la defensa interpuso recurso extraordinario federal, donde denunció la violación al derecho a la revisión del fallo (art. 8.2.h CADH). Explicó que recién en la instancia de la Suprema Corte local se produjo la condena por el delito de homicidio calificado y se impuso la pena de prisión perpetua, por lo cual, al resultar esta una primera decisión adversa al imputado en relación a dicha figura por la que había sido absuelto, nace el derecho a la revisión de dicho fallo, en los términos del art. 8.2.h. CADH. Dicho recurso fue declarado inadmisibles por el tribunal cimero bonaerense, el 27 de diciembre de 2017.

A raíz de ese resolutorio adverso, una vez agotada la jurisdicción provincial, la defensa ocurrió en queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), quien acogió de modo favorable la pretensión defensiva y considerando, escuetamente, "*Que al caso resultan aplicables mutatis mutandis las consideraciones desarrolladas en las causas CSJ 416/2012 (48-C)/CS1 "Chambla, Nicolás Guillermo; Díaz, Juan Leonardo; Larrat, Esteban Martín y*

Serrano, Leandro Ariel s/ homicidio -causa n° 242/2009- "resuelta por el Tribunal el 5 de agosto de 2014 y "Duarte, Felicia" (Fallos: 337:901), a cuyos argumentos y conclusiones corresponde remitir, en razón de brevedad", por lo que resolvió hacer lugar a la queja, declarando procedentes los recursos extraordinarios, revocar la sentencia apelada con los alcances emergentes de los fallos citados y remitir la queja al tribunal de origen con el fin de que se agregue a los autos principales y que en la forma en que lo disponga, se asegure, respecto de los recurrentes el derecho consagrado en el art. 8.2 h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CSJ 386/2018/RH1, "Colman, Ricardo Luis y otro s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 34.443 del Trib. de Casación Penal, Sala II", sent. del 1/10/2019).

En sustancia, Walter David y Ricardo Luis Colman habían sido condenado por el delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del CP), luego confirmado por el Tribunal de Casación local (doble conforme). Sin embargo, la SCBA abrió el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en favor del particular damnificado, para agravar la calificación típica (y las penas), subsumiendo la conducta de los procesados en el homicidio agravado del art. 80.7 del CP.

Para ello, la Suprema Corte tuvo por acreditada la ultraindeterminación de la figura que aplica, lo cual, como es sabido, representa una modificación de la *questio facti* (en el caso, las circunstancias que sustentan el elemento subjetivo del art. 80.7 del CP). Tal ingreso a la valoración probatoria se practica sin intermediación ni posibilidad de confrontación por parte del acusado; es decir, sin cumplimiento a una de las condiciones del conocimiento impuesto en el proceso oral (intermediación del tribunal con la prueba), ni el cabal ejercicio de la defensa en juicio (posibilidad de confrontar con la prueba, frente a los jueces que condenan).¹

Pero lo paradójico es que tal amplitud de la revisión, por parte de la SCBA, ya había sido desechada por ella, al entender que el recurso extraordinario no permitía un control integral del fallo, conforme lo exige el art. 8.2.h CADH; y es bajo esta premisa que en "Carrascosa"², el Superior Tribunal bonaerense, aplica la solución del precedente "Duarte"³ al ámbito provincial.

En otras palabras, su propia doctrina fijaba que la Suprema Corte no era el órgano a cargo de la doble instancia por las restricciones de su competencia. De allí que el periplo del

¹ Sobre el punto, Herbel (2013:288 y ss.)

² SCBA, P. 108.199, "Carrascosa, Carlos A."

³ CSJN, D. 429.XLVIII, sent. del 05/11/2014. Aquí la Corte Federal entendió que cuando existe primera condena en la instancia casatoria, corresponde a otros jueces de dicho tribunal revisar ese fallo, en la inteligencia que el recurso extraordinario no tiene la amplitud revisora suficiente para satisfacer la garantía del art. 8.2.h CADH.

precedente “Colman” emerge de una contravención a la propia doctrina que vedaba su ingreso al control de la valoración probatoria de los fallos impugnados ante sus estrados. Al arrogarse competencia positiva y afirmar hechos que las dos instancias anteriores entendieron no acreditados, dictó una “*primera condena*” atribuyendo circunstancias fácticas novedosas; y consecuentemente obligó a la Corte federal a revocar la sanción basada en ellas, por incumplir en jurisdicción local, con el doble conforme respecto de tales elementos fácticos (ultraintención en el homicidio *criminis causa* del art. 80.7 CP.).

II. El fallo de la Corte bonaerense

En la sentencia comentada, del 21 de mayo de 2020, la SCBA comienza admitiendo que “*tanto la calificación legal como la pena indivisible fueron impuestas por primera vez por este Tribunal al declarar procedente la impugnación de la mentada parte eventual del proceso penal*”, para luego señalar que la CSJN al resolver como lo hizo invocó la aplicabilidad de los precedentes “Chambla” y “Duarte”, no obstante que estos no son idénticos el uno con el otro⁴ y que, además, existen disonancias entre la doctrina emergente de esos casos y la situación que se presenta en este proceso.

En efecto, según la Corte Bonaerense las reglas constitucionales y legales estatales prescriben dos modalidades recursivas para controvertir las sentencias dictadas por los jueces correccionales y los tribunales en lo criminal (en pleno o unipersonales), a saber: *i*) los recursos ordinarios ante las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal departamentales, encargadas del control exhaustivo de los fallos recaídos en los juicios del fuero correccional, y ante el Tribunal de Casación Penal Bonaerense, para la revisión integral de los decisorios definitivos del fuero criminal; y *ii*) los recursos extraordinarios previstos en el texto constitucional, y reglamentados en el código procesal, para impugnar los fallos de estos órganos revisores.

Por otro lado, la SCBA también indica que la fórmula utilizada en el segmento dispositivo de la CSJN resulta disímil de la adoptada en los precedentes mentados en el considerando. En efecto, mientras en “Duarte” y “Chambla” la Corte Federal ordenó “**remisión**” de las actuaciones al superior tribunal de la causa, con el objeto de asegurar el cumplimiento de la garantía del art. 8, n° 2, “h” de la CADH, en la especie “*se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se **revoca** la sentencia apelada con los alcances dados en los citados fallos*”, sin perjuicio de remitir las actuaciones al tribunal de origen para que, finalmente, “*en la forma en que lo disponga, se asegure respecto de los recurrentes el derecho consagrado en el artículo 8.2 h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*” En virtud de lo

⁴ Freire y Martínez (2020) hacen un exhaustivo estudio sobre las diferencias entre estos conocidos precedentes de la CSJN.

expuesto, agrega, la SCBA *“debe resolver de qué manera puede cumplir este intrincado pronunciamiento”*.

Después de asentar lo que emerge evidente de la lectura del fallo revocado, es decir, que tanto la agravación en el encuadre jurídico del delito –de la hipótesis del art. 165, mutó a la tipicidad del art. 80 n° 7 del Cód. Penal–, como la mayor severidad sancionatoria –de las penas de once años y nueve meses de prisión para Walter David Colman y catorce años y un mes de prisión para Ricardo Luis Colman, se impuso la pena de prisión perpetua para ambos–, fueron las consecuencias del recurso extraordinario deducido por la representación del particular damnificado, la SCBA, en definitiva, parece lamentar que el Máximo Tribunal no hiciera ninguna aclaración acerca de la legitimidad procesal acordada al acusador privado, según la doctrina del precedente *“Santillán”*⁵, ni que se haya abordado, ni resuelto, *“si aquella garantía debe ser resguardada de algún modo”*.

Formuladas esas precisiones, en el fallo se realizan tres interpretaciones adicionales acerca del decisorio revocante al expresar que el mismo, de modo implícito, conceptuó: i) que *“no resulta procesalmente idóneo efectuar una agravación en esta instancia extraordinaria provincial de la calificación legal y de la pena”*; ii) que *“el derecho contenido en el art. 8.1 CADH para el particular damnificado no posee la misma intensidad que el otorgado a los imputados en el art. 8.2 h CADH”*; y iii) que, en consecuencia, *“la calificación y la pena tiene como límite máximo la impuesta en la instancia casatoria en caso que exista doble conformidad judicial”*. Sin desmedro de ello, reafirma su deber de actuar conforme las directrices del precedente de la Corte federal.

A continuación, el Tribunal Provincial extrae las tres consecuencias forzosas que, según sostiene, subyacen en la sentencia de la CSJN: i) que *“la agravación en esta sede no sería procedente al no contar el ordenamiento constitucional y legal de la provincia con medios de contralor horizontal de la decisión a la manera de los casos antes expuestos y del precedente “Mohamed”⁶ de la Corte IDH”*; ii) que *“el derecho consagrado en el art. 8.1 de la CADH tiene menor intensidad que el previsto en el art. 8.2.h CADH”*; y iii) que *“el límite de la calificación y de la pena es la impuesta por la instancia intermedia una vez satisfecha la doble conformidad judicial”*.

Asimismo, y más allá del *dictum* del Máximo Tribunal, la SCBA introduce dos puntualizaciones más, al señalar: i) que *“en caso que no se hubiere revocado la sentencia de esta Corte, el eventual control horizontal de la misma tampoco habría podido efectuarse por*

⁵ CSJN, *“Santillán, Francisco Agustín”*, sent. del 13/8/1998 (Fallos: 321:2021).

⁶ CtIDH, Caso *“Mohamed vs. Argentina”*, sent. del 23/11/2012.

una integración distinta de este supremo tribunal”; y ii) que “tampoco resulta razonable diagramar un control horizontal cuando existen recursos del Ministerio Público Fiscal o del particular damnificado que pretendan agravar la calificación como en el caso de autos, mediante la intervención previa del Tribunal de Casación Penal o, eventualmente, de las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal en materia correccional”.

Finalmente, resuelve desestimar todos los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley oportunamente interpuestos, manteniendo la adecuación típica y las cuantías punitivas establecidas en el fallo casatorio.

III. Conflicto normativo entre cláusulas convencionales

La Corte Bonaerense resalta la existencia de una antinomia entre lo normado en el art. 8.1 y 8.2.h de la CADH, expresando que la Corte Federal privilegió la facultad prevista en el segundo inciso –letra hache– en desmedro de la del primero. En realidad, son dos dispositivos que interpretados de buena fe, conforme lo reglado en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷, no deberían dar lugar a fricciones. En la sistemática de la legislación internacional, no se presenta tal conflicto entre el derecho de acceso a la justicia (en la caso, la víctima investida como particular damnificado en el proceso penal provincial), incluso si a esta última se le acopla el derecho a la protección judicial (art. 25.1 de la CADH, no invocado en fallo), y el derecho “de toda persona inculpada de delito” al doble conforme sancionatorio (art. 8.2.h, CADH).

Se trata, desde el marco convencional, de un conflicto normativo aparente; las regulaciones internacionales relativas no sólo al derecho de *“toda persona a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”* (art. 8.1), sino también al derecho que tiene toda persona *“a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones*

⁷ Suscripta el 23/5/1969 y ratificada por Argentina mediante el decreto-ley 19.865 del PEN, del 5/12/1972 (en vigor, desde el 27/1/1980). Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000:127/8) lo confirman al exponer que *“los textos constitucionales e internacionales que consagran derechos deben interpretarse de buena fe y, en caso de duda, conforme a la cláusula ‘pro homine’... La buena fe se impone como criterio interpretativo de cualquier tratado, en función del art. 31° de la Convención de Viena... El principio ‘pro homine’ es propio del derecho internacional de los derechos humanos e impone que, en la duda, se decida siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate. En realidad, es una aplicación particular del principio de buena fe en una rama especializada del derecho internacional”.*

oficiales” (art. 25.1, CADH), pueden coexistir en plena armonía con el derecho de “*toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*” (art. 8.2, CADH).

En suma, dos normas de protección genérica (art. 8.1 y 25.1, CADH) no colisionan con otra de protección específica (art. 8.2.h, CADH), toda vez que, más allá del criterio rector de la buena fe, la hermenéutica jurídica también reconoce el principio de especialidad, según el cual *lex specialis derogat legi generali*.

Si es posible que las atribuciones concedidas a la víctima en un proceso penal determinado –por caso, el bonaerense– generen una contrariedad entre ese derecho infraconstitucional (fruto de una simetría recursiva entre acusador e imputado, impuesta por la ley local) y aquellos asignados a la persona sometida a juicio penal, como garantía constitucional (v.gr. *ne bis in ídem* y derecho al *doble conforme*). Aquí el conflicto sólo sería posible, si la Corte local entiende a la víctima como sujeto beneficiario de las garantías del derecho internacional de los derechos humanos⁸ y que, consecuentemente, le son asignables los principios de *progresividad*, *irretroactividad* e *interacción* entre el derecho interno y el internacional⁹.

Si la víctima es protegida por los pactos, y el derecho interno le otorgó una garantía considerada inherente a la persona (aquí, el derecho al recurso), esta potestad pasa a formar parte de los irreversiblemente adquiridos y garantizados por el Estado parte, con jerarquía constitucional. Bajo esta perspectiva sí existiría un conflicto entre el derecho de la víctima y el del imputado.

La SCBA resuelve el problema indicando que fue la CSJN, la que al revocar el fallo de la primera, priorizó el derecho del imputado al doble conforme, por sobre el derecho al recurso del acusador. Se limita a decir que, como no existe en el sistema bonaerense posibilidad de

8 La Comisión IDH tiene dicho que “*el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito (...) deviene un derecho fundamental del ciudadano*” (informe “Herrera, Alicia Consuelo y otros”, del 2/10/1992).

9 La “*progresividad*” implica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos fija un “*piso*”, que en lo referido a los derechos inherentes a la persona humana, debe ser garantizado y susceptible de ser elevado por el derecho interno de los Estados partes; en tanto la “*irretroactividad*” importa que los derechos de esta índole que hayan sido formalmente reconocidos, son definitiva e irrevocablemente integrados a la categoría de derechos cuya irrevocabilidad debe ser asegurada (Fappiano, 1997:45 y ss.). La “*interacción*” del derecho interno con el internacional, es, por un lado, de “*prelación*” del segundo respecto de las normas infra-constitucionales del primero y, por otro, de “*complementariedad*” de los derechos constitucionales con los internacionales (Bidart Campos, 2004:83 y ss.).

revisión horizontal de sus decisiones¹⁰, la única posibilidad de interpretar la postura de la Corte federal es restringiendo la tercera instancia al acusador, cuando el fallo ya hubiera adquirido doble conforme. Pero no funda cuales son los argumentos que legitiman tal prioridad.

Para resolver jurídicamente este dilema una aclaración parece oportuna. Si bien el art. 25.1 de la CADH, al enunciar la garantía de “*tutela judicial efectiva*” que beneficia a la víctima, prevé un “*recurso sencillo y rápido*”, dicho giro no refiere al recurso contra la sentencia, sino que es empleado en el sentido de remedio o reclamo expedito ante la autoridad judicial, para que se declaren hechos o derechos aplicables a la situación denunciada¹¹. La cuestión ya había sido tratada por la Corte IDH, al mencionar que esta norma “*es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y las leyes de los Estados parte y por la Convención*”¹².

El instituto encuentra sintonía con el art. 8.1 de la CADH que garantiza a “*Toda persona (...) a ser oída (...) por un juez o tribunal (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”. En tanto el art. 8.2 – que contiene en su punto h, el derecho al recurso-, inicia su texto mencionando a “*(t)oda persona inculpada de delito*”; y es desde esta perspectiva que la CSJN entiende al recurso como garantía exclusiva del imputado (“Giroldi”¹³, “Arce”¹⁴ y “Juri”¹⁵).

El “*derecho a ser oída*” y la “*tutela judicial efectiva*” (arts. 8.1 y 25.1 de la CADH, respectivamente) expresan la obligación de los Estados de resguardar judicialmente los derechos de todas las personas y entre ellas, las víctimas; pero no tiene correlación directa con un presunto derecho a recurrir fallos penales. De otro modo, carecería de sentido que la misma convención disponga una norma independiente que específicamente así lo establece para el imputado (art. 8.2.h. CADH).

Tomemos ahora la facultad recursiva del querellante como un derecho inherente a la persona, que al ser establecido por ley se le asigna carácter de garantía irreversible; tal acepción con facilidad podría entrar en conflicto con el principio *ne bis in ídem* (dada la

¹⁰ Puede discutirse esta afirmación de la SCBA ya que se encuentra establecida la posibilidad de integrar el tribunal supremo local mediante conjuces. Desde ya que esta alternativa no resulta simpática; los ministros podrían ser desautorizados por jueces accidentales que, por esta misma razón, no generarían doctrina.

¹¹ Pastor (2001:99).

¹² Corte IDH, opinión consultiva OC-8/87, 3/1/1987, párr. 32.

¹³ CSJN, Fallos: 318:514, sent. del 7/4/1995

¹⁴ CSJN, Fallos: 320:2145, sent. del 14/10/1997

¹⁵ CSJN, “Juri, Carlos A.”, sent. del 27/12/2006 (Fallos: 329:5994).

extensión que otorga la CSJN¹⁶). El hipotético derecho constitucional del querellante de atacar una absolución y promover un nuevo juicio, colisionaría con la garantía del imputado a no ser sometido a riesgo de condena por segunda vez; aquí, se prioriza uno u otro derecho, estamos ante una dicotomía irreductible, donde la expansión de una garantía opera en detrimento de otra¹⁷.

Analizar un caso puede esclarecer. Tomemos una sentencia absolutoria arbitraria por omitir, en sus fundamentos, prueba dirimente de cargo; el tribunal revisor debería anular el fallo, pero si para renovar la decisión es imprescindible otro debate, y tal práctica supone someter a un nuevo plenario al imputado ya juzgado y absuelto, es posible entender violado el principio *ne bis in idem*, al menos, con la extensión dada por la CSJN¹⁸. En este supuesto, la víctima, aun si la entendemos portadora de un derecho constitucional al recurso, no podría obtener la condena que pretende, pese a demostrar el error estatal (por ej., sentencia arbitraria); salvo demostrar que el imputado se benefició con una sentencia determinada por su actividad irregular, en cuyo caso, la sentencia se habría dictado sin respeto por las formas esenciales del proceso, y ese juicio previo en favor del imputado devendría inoponible a la víctima.

El sistema jurídico resuelve este dilema al igual que lo hace con otras situaciones problemáticas. Del mismo modo que no puede utilizarse prueba de cargo ilegítimamente obtenida contra el imputado cuya garantía es afectada (exclusiones probatorias), tampoco es posible obtener condena, violando el principio *ne bis in idem* (cf. doctrina CSJN, “Kang”, “Lagos Rodas”, “Sandoval” y “Kang” -2011-), aunque el fallo absolutorio sea arbitrario por errores en la valoración probatoria no asignables a la persona sometida a juicio. En ambos casos, el derecho que posee la víctima cede ante las garantías del imputado, pues no hay proceso legítimo que pueda erigirse violando las garantías predisuestas para su realización. Condenar en violación al *ne bis in idem*, sería tanto como validar prueba ilegítima para obtener una sanción penal.

Esta imposibilidad de retrogradar el proceso a etapas superadas (p. ej., una nueva audiencia plenaria al imputado), fue resuelto en algunos fallos de tribunales revisores,

16 Cabe señalar al respecto que también estamos ante una garantía que el derecho interno dio un alcance más amplio que los pactos y por tanto se trona irreversible, en la medida que los sistemas procesales prohíben la doble persecución penal (v.gr.: arts. 1 “*in fine*” CPPN; ídem CPPBA, e/o).

17 Una colisión de reglas se soluciona declarando su invalidez o bien introduciendo una cláusula de excepción; distinto ocurre en el conflicto de principios, donde la prevalencia de uno sobre el otro no significa invalidar el principio relegado. Los principios son *mandatos de optimización* cuyo cumplimiento es determinado por las posibilidades reales y jurídicas del caso. La pugna entre principios de igual rango, se resuelve por la ponderación de las circunstancias concretas, lo que permite establecer una relación de precedencia condicionada (Alexy, 1997:83 y ss.).

¹⁸ Herbel (2013:174).

manteniendo el recurso acusatorio mediante la casación positiva (esto es, revocar absoluciones condenando por primera vez en la instancia revisora o aplicar tipificaciones más graves teniendo por acreditadas circunstancias ausentes en el fallo del tribunal de juicio); una alternativa que, como se indicara, opera contra el derecho del imputado a defenderse ante los jueces que presencian con inmediatez la prueba¹⁹. Este último derecho aún no ha logrado categórica acogida en nuestra jurisprudencia, pero sí el doble conforme que, en el caso analizado, dio pie a que la SCBA interprete que su recurso no puede operar en favor del acusador, una vez confirmada la sentencia por la instancia intermedia (ya sea el Tribunal de Casación Penal bonaerense, en los casos criminales; o bien las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal departamentales, en las causas correccionales).

Ello no significa dejar a la víctima inerme. Bien sería posible atender a su reclamo y revocar el fallo absolutorio arbitrario, siendo insusceptible de ser reputado como una decisión judicial válida (respondiendo a un “*derecho a la verdad*”), y aun cuando se negare la realización de un nuevo juicio que legitime la eventual condena, siempre será factible la reparación civil a favor de la víctima por la vía correspondiente.²⁰

Diverso es el caso en que se demuestre que la arbitrariedad del fallo provino de la inexistencia de condiciones para cumplir válidamente las etapas esenciales del proceso (por ej., parcialidad del juez a favor del imputado o irregularidades generadas directamente por éste); aquí resultaría inválido el propio juicio y la víctima tiene derecho a reclamarlo²¹.

IV. La enrevesada articulación de los medios impugnativos, en el sistema penal bonaerense

La legislación procesal penal bonaerense tiene desde su génesis (ley 11.922), un sistema recursivo abstruso, donde coexiste una pluralidad de controles casatorios; a saber: i) la casación ordinaria desdoblada según el fuero, donde el conocimiento en la apelación en materia correccional está a cargo de las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal

¹⁹ Maier (2004:798) sintetiza este principio designándolo como “*identidad física del juzgador*”, según el cual los jueces que dictan la sentencia deben ser los mismos que presenciaron el debate, quienes con inmediatez apreciaron los elementos de prueba que fundan su decisión.

²⁰ La garantía que la Corte IDH asigna a la víctima de *identificación, castigo y publicación de los nombres de los culpables*, como cualquier otro derecho debe ser *racionalmente* ejercido; si existe una garantía del imputado que la obstaculiza, la *reparación integral* a la que debe acceder por la violación de sus derechos, deberá efectuarse por la vía civil y no la penal, cuando esta se vea jurídicamente impedida (Namer, 2009:347).

²¹ La Corte IDH revocó una sentencia absolutoria al considerar que no fue respetado el debido proceso, de modo que la víctima pudiera tener acceso a la justicia, conocer la verdad y comprender las razones del veredicto (Corte IDH, “V.R.P. vs. Nicaragua”, sent. del 8/3/2018, párr. 218 y 263).

departamentales (art. 21.4, CPP, t.o. ley 13.943), mientras que la casación criminal es ejercida por el Tribunal de Casación Penal provincial (art. 20.1, CPP, t.o. ley 14.543); y *ii*) la casación extraordinaria, a través del recurso de inaplicabilidad de ley, queda a cargo de la Suprema Corte de Justicia (art. 161.3.a, C.Pcial.; art. 494, CPP; t.o. ley 13.812), pero sólo respecto de sentencias que revoquen una absolución, impongan pena mayor a diez años o el acusador haya pedida tal monto de pena o más. En otras palabras, existe una diáspora jurisprudencial que impide una función *nomofiláctica* (unificar la interpretación de las normas) por parte de los distintos tribunales de recurso, pues habrá doctrina penal con diversas fuentes, es decir, del TCPBA; de las CAyGP; y de la SCBA para sus restringidas intervenciones.

En realidad, la función actual de estos tribunales es *dikelógica* (proveer justicia en el caso individual), de allí que el sistema recursivo tiene como principal finalidad garantizar el debido proceso al imputado (aquí, el doble conforme) y sólo secundariamente servir de referencia para la interpretación del derecho. La CSJN establece este principio al afirmar que “*el objetivo político del recurso de casación (...) es irrealizable en el paradigma constitucional vigente*”, en la medida que nuestro sistema federal carece de un tribunal que unifique la interpretación del derecho común (v. gr. de fondo) en las diversas jurisdicciones (fallo “Casal”²², párr. 13); para sostener luego que, “*nunca en su sistema se puede concebir un recurso que tienda a quebrar las sentencias (...) para imponer una única voluntad interpretativa de la ley*” (idem, párr. 14).

Por estas razones, aun cuando la SCBA pudiera haber acertado en que la adecuación típica correcta, para el caso *sub examine*, era diversa a la impuesta por las dos instancias anteriores; en la medida que su nuevo encuadramiento jurídico determinó un perjuicio para los imputados (considerable incremento de las penas), ello obligó a la Corte Federal a revocar la decisión del Supremo tribunal bonaerense. Este último, al agravar la calificación del injusto y, por ende, las penas impuestas a los acusados, no sólo actuó como tribunal revisor del tribunal revisor (es decir, un tercer grado de mérito que vino a reparar un hipotético error de subsunción de las instancias previas), sino, además, como un tribunal de *primera condena*, en cuanto modificó la base fáctica y las consecuencias jurídicas aplicables a los enjuiciados, impidiendo una instancia revisora respecto de esa modificación, en violación al doble conforme (art. 8.2.h CADH, según interpretan la Corte IDH, en “Mohamed” y la CSJN, en “Duarte” y “Chamblá”, e/o).

En algún sentido, cabría inferir, la disconformidad que trasluce el fallo de la SCBA, respecto de lo decidido por el Superior Nacional, en definitiva, no hace más que evidenciar la

²² CSJN, “Casal”, sent. del 20/4/2005 (Fallos: 328:3399).

falta de adecuación del proceso local (tres instancias recursivas para el acusador), con las constitucionalizadas normas de la CADH (y del PIDCP).

La doble instancia igualitaria para todas las partes (arts. 79.7, 481 y 494, CPP) y el doble conforme sancionatorio (art. 8.2.h, CADH), colisionan cuando no se reconozca al imputado “una instancia más”, con amplitud revisora de las cuestiones fácticas y jurídicas, incluida la magnitud sancionatoria (Corte IDH, “Herrera Ulloa”²³ y CSJN, “Casal”²⁴). Ahí finca, justamente, el punto vulnerable de la revocada sentencia de la SCBA, que por recurso del particular damnificado, “casó el fallo casatorio” y condenó a los enjuiciados por un delito y a unas penas significativamente más graves que los contenidos en las dos instancias de mérito, pasando a constituirse en una “primera condena” que, por cierto, los imputados tenían derecho a recurrir ante un tribunal superior (o igual, aunque con otra integración, con arreglo a la doctrina de la revisión horizontal²⁵).

Una instancia adicional, acorde lo prescripto en el art. 8.2.h de la CADH y el art. 14.5 del PIDCP, donde se hiciese un reexamen integral del fallo, maximizando las potencialidades de verificación (la revisión de lo revisable, el *leistungsfähigkeit* de la doctrina germánica), hasta donde lo permita el principio de inmediación, es decir, controlando tanto los presupuestos de hecho y prueba (juicios fáctico y probatorio), como las consecuencias jurídicas (juicios de subsunción y punibilidad).

V. La víctima, el particular damnificado y los recursos extraordinarios

Durante mucho tiempo la víctima fue sistemáticamente marginada del sistema penal. Maier (2003:582-3) expuso que *“la víctima fue desalojada de su pedestal, abruptamente, por la Inquisición, que expropió sus facultades al crear la persecución penal pública y desplazó por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos... El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado”*. Por su parte, tomando como punto de partida del análisis las disposiciones del bloque de constitucionalidad, Cafferata Nores (2000:69) sostuvo que *“el derecho a la tutela jurídica de la víctima, de fuente convencional y constitucional, impone no sólo el deber de proveer protección jurídico-penal a su derecho afectado por el delito, sino también que se prioricen sus intereses (entre los que se encuentra el de volver a estar en la situación que estaba antes de*

²³ CtIDH, “Herrera Ulloa, Mauricio c. Costa Rica”, sent. del 2/7/2004.

²⁴ CSJN, “Casal, Matías Eugenio”, sent. del 20/9/2005 (Fallos: 328:3399).

²⁵ En ocasiones excepcionales, cuando resulta materialmente imposible encontrar un *tribunal superior*, tanto la CtIDH (“Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela”, sent. del 17/11/2009), como la CSJN (“Duarte Felicia s/ recurso de casación”, D.429.XLVIII, sent. del 5/8/2014), admitieron que pueda tratarse de un *tribunal distinto*, aunque del mismo nivel jerárquico.

la comisión del delito) por sobre el interés estatal en la imposición de la pena, en todos aquellos casos en que esto sea social y jurídicamente tolerable (v.gr., delitos que sólo afectan intereses disponibles por su titular). Ello lleva implícita la aceptación de que, para una mejor protección de la víctima, el derecho penal puede cumplir otra función social además de la puramente punitiva, proporcionando nuevas alternativas de solución al conflicto humano que subyace en la mayoría de los delitos”.

El reingreso de la víctima al proceso hace que funcionarios y magistrados deban posibilitar el acceso de las partes al juicio, sin restricciones irrazonables, interpretando con amplitud las leyes procesales destinadas a proveerles la información necesaria acerca de las vicisitudes del proceso (art. 83, CPPBA; arts. 79 CPPN; 5, ley 27.372 para el ámbito nacional), pues una hermenéutica restrictiva o rigurosamente ritualista importaría una vulneración al derecho a ser oído por un juez (8.1 CADH) y a la tutela judicial continua y efectiva (art. 25.1, CADH; art. 15, C.Pcial.).

Esta rediviva identidad procesal de quienes por siglos fueron marginados de toda intervención, convirtiéndolos en un auténticos convidados de piedra del sistema penal²⁶, resulta más compatible con la matriz acusatoria-adversarial y, en definitiva, con las directrices del ordenamiento jurídico superior (art. 75.22, CN; art. 25.1, CADH).

La propia codificación procesal penal, cuando la víctima decide asumir el rol de particular damnificado, le acuerda un conjunto de atribuciones, entre las que destaca la de *“recurrir en los casos, por los medios y en la forma prevista para los representantes del Ministerio Público Fiscal, aun cuando dicho representante no recurra”* (art. 79.7 y 423, CPP). Luego, toda vez que los fiscales están legitimados para recurrir a la vía extraordinaria (art. 422 y 481/2, CPP), contra las sentencias de revisión dictadas por las CAyGP y por el TCPBA, en sus respectivas funciones de órganos revisores de las sentencias definitivas del fuero correccional y criminal, el representante técnico de particular damnificado también tiene habilitada la vía para ocurrir ante el Máximo Tribunal provincial, aun cuando el fiscal del proceso no lo haga.

Esta extensión de atribuciones legales, reglamentaria no sólo del derecho de acceso a la justicia (art. 8.1, CADH), sino también del derecho a la tutela judicial continua y efectiva (art. 25.1, CADH; art. 15, C.Pcial.), debe tener un límite, acorde al principio de razonabilidad (art. 28, CN), para evitar las fricciones con otros derechos y garantías de orden constitucional.

Un ejemplo es el comentado caso “Colman”, donde una vez obtenido un fallo condenatorio en dos instancias de mérito, legitimar al particular damnificado para interponer

²⁶ Favarotto (2016:79/85).

un recurso extraordinario, con la pretensión de una tipificación más grave (aún) y de penas más severas (todavía) para los acusados, al conseguir su objetivo a través de la sentencia que así lo reconoce, termina por frustrar el ejercicio del derecho al doble conforme (art. 8.2.h, CADH), desde que el decisorio de la SCBA, resulta *primera condena* –tanto en el juicio de subsunción, como en el de punibilidad–, y por tanto, requerida de un reexamen amplio de todos sus extremos, es decir, de una revisión integral que el sistema jurídico provincial no prevé y una SCBA no dispuesta a suplirlo con el mecanismo pretoriano de la revisión horizontal (integración mediante conjueces).

La Suprema Corte bonaerense, encerrada en su laberinto, sentenció el caso “Colman” sin armonizar las facultades recursivas del particular damnificado con el derecho al doble conforme de los acusados. Esto determinó su revocatoria por la Corte Federal, y la consecuente revisión de su propio fallo. Esta contradicción entre el derecho de la víctima y el del imputado, no podía resolverse con el principio *pro homine* que beneficia a ambos, sino partiendo del *favor rei* que brinda inteligencia al conjunto del sistema penal local e internacional.²⁷

Debe quedar claro que el proceso penal no puede asegurar la simetría absoluta en cada etapa del proceso (así, en la investigación hay mayores facultades para el acusador; en tanto son más amplios los derechos del imputado en el juicio y la etapa recursiva). Siendo el recurso una garantía constitucional instituida exclusivamente para el condenado, es inevitable que aparezca una cierta divergencia entre los principios de bilateralidad e igualdad de armas, por un lado, y el derecho al reexamen integral del fallo condenatorio, por otro²⁸. Sólo a título ejemplificativo, lo propio ocurre con el precepto sobre la duda en materia probatoria (*in dubio pro reo*) y con el recurso (o acción) de revisión de la cosa juzgada, que sólo operan a favor del imputado y del condenado, en ese orden. Binder (2014:525) concluye que “*el proceso penal tiene, en definitiva, una opción de favorabilidad al imputado que se manifiesta en la carga de la prueba para el acusador y las distintas manifestaciones del ‘in dubio pro reo’...*”

²⁷ Binder (2013:198/9) expresa, con acierto, que “*entre las normas de un mismo nivel jerárquico existen herramientas de política criminal y normas de garantía, que pueden presentar colisiones en un caso, por lo cual necesitamos otro principio que funcione ‘ad intra’ de normas de similar nivel. Este principio no puede ser el principio ‘pro homine’ que regula toda la interpretación de derechos humanos (Pinto, 1997:163), porque dejaría subsistente la discusión sobre el principio que debe resolver las contradicciones entre las garantías judiciales y los derechos de tutela judicial de las víctimas. El principio básico de solución de contradicciones en el ámbito del sistema normativo penal y procesal penal es el de ‘favor rei’. Según ese principio, en caso de incompatibilidad entre una herramienta de política criminal y una garantía (límite a esa herramienta) debe primar la norma que establece una garantía... Precisamente, el principio de ‘última ratio’ y de ‘favor rei’ son los dos principios cardinales para resolver todos los conflictos entre normas, respecto de las cuales existen argumentaciones plausibles con distinto sentido*”.

²⁸ Favarotto (2017:96).

VI. Alcance convencional de los derechos de la víctima

Para evitar cualquier confusión acerca del derecho al recurso de las víctimas, resulta necesario conocer su alcance convencional. La Corte IDH estableció como derecho de las víctimas, que se investigue, juzgue y, eventualmente, sancione a los responsables de violar derechos humanos²⁹. También hizo extensión de este derecho, cuando la violación haya sido perpetrada por terceros, aun sin participación o tolerancia del estado³⁰. Como forma de ejercer estas prerrogativas se impone a los Estados parte, la obligación de conceder a las víctimas, acceso y capacidad de actuar en las diversas instancias de los procesos locales, en función de leyes internas interpretadas a la luz de la Convención Americana³¹. La Corte estipuló que las víctimas puedan formular sus pretensiones y producir prueba; aportes que deben ser analizados de modo completo y serio por las instancias gubernamentales, previo a resolver hechos, responsabilidades, penas y reparaciones³².

Hasta aquí puede colegirse que, en primer lugar, la Corte IDH no construye una matriz procesal mediante la cual deban ser atendidos estos derechos; nada impide que los reclamos sean mediatizados por el acusador público, y de existir un conflicto entre éste y la víctima, habilita a la última a formular planteamientos directos ante la jurisdicción (alegar una postura divergente a la del fiscal, privatizar la acción promoviendo en forma directa el proceso, promover la sustitución del agente estatal por otro, etc.). En segundo término, queda claro que la víctima no cuenta con un derecho a la condena, sino a una investigación seria y diligente, y al legal enjuiciamiento del imputado. La Corte IDH remarca que los Estados están sometidos a una obligación de medio y no de resultado.³³

La víctima legitimada como querellante tiene derecho a *ser oída* y sus planteos tratados ante las instancias que la ley le otorga. Ser legitimada en una contienda penal, le garantiza su derecho al debido proceso³⁴. Y aún si el derecho interno no hubiera reglamentado facultades para la víctima, igualmente sus reclamos deben ser atendidos (*órdos*, en palabras de la CADH), sea por el fiscal que estaría obligado a responderle cuando realiza un

²⁹ Corte IDH, “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sent. del 15/9/2005, párr. 238; “Campo algodonero vs. México”, sent. del 16/11/2009, párr. 290-292; “Kawas Fernandez vs. Honduras”, sent. del 3/4/2009, párr. 75; “Radiilla Pacheco vs México”, sent. del 23/11/2009, párr. 178/179; e/o.

³⁰ Corte IDH, “Kawas Fernandez vs. Honduras”, sent. del 3/4/2009, párr. 78.

³¹ Corte IDH, “Baldeón García vs. Perú”, sent. del 6/4/2006, párr. 199.

³² Corte IDH, “Masacre de La Rochela vs. Colombia”, sent. del 11/5/2007, párr. 195.

³³ Corte IDH, “García Ibarra y otros vs Ecuador”, sent. del 17/11/2015, párr. 136.

³⁴ La Comisión IDH sostuvo que “en los sistemas que **lo autorizan**, el acceso a la jurisdicción de la víctima de un delito deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal” (según informe 29/92, caso n° 10.029 e/o, Uruguay, 2/10/1992; las negritas no son del original). En términos diversos, la víctima tiene derecho a *ser oída* (art. 8.1, CADH), pero la extensión de su legitimidad para actuar en causa penal, se supedita a lo que “autoriza” cada derecho interno.

requerimiento desincriminatorio³⁵, sea por la jurisdicción que dispone el sobreseimiento o la absolución³⁶. La garantía de la víctima a ser oída y acogida por la jurisdicción (arts. 8.1 y 25, CADH), no puede traducirse en una simple deferencia procesal, sin consecuencias jurídicas ante su incumplimiento.

Pero es asaz discutible que tal derecho a la jurisdicción, incluya revisar absoluciones; lo cual, en principio, no se establece en la Constitución Nacional ni en los Pactos Multilaterales de Derechos Humanos, ni tiene base en la doctrina de la Corte o en los pronunciamientos de los organismos internacionales³⁷. Y aun si interpretásemos que el derecho al recurso es una garantía inherente a la persona, y extensible a la víctima, por los principios de *irretroactividad* y *progresividad* del derecho internacional de los derechos humanos³⁸, de todos modos, ello no faculta a violar la prohibición del *bis in ídem*, sometiendo a nuevo debate, imputados ya absueltos (CSJN “Kang”, “Lagos Rodas”, “Sandoval” y “Kang”). Tampoco, en rigor, a cercenar el constitucionalizado derecho a la doble conformidad sancionatoria, que todo enjuiciado tiene contra los argumentos fácticos o jurídicos que fundan el aumento de su pena (CSJN, “Duarte”, Chamblá³⁹, “Colman”, e/o).

En definitiva, a nivel convencional, la víctima solo dispone del derecho a participar de una investigación objetiva y de un juicio justo, de lo que se desprende que no existe un derecho a la persecución privada (como sucede en materia civil), ni a obtener un nuevo juicio contra el imputado, si fuera favorecido por la absolución. De allí que el derecho a recurrir el fallo adverso a la víctima sea un derecho infraconstitucional, ya que la CADH sólo lo garantiza contra la absolución que violente el debido proceso legal⁴⁰.

35 La obligación fiscal de responder a los reclamos de la víctima cuando esta no tenga posibilidad de ser sujeto del proceso es sustancial, ya que el acusador público en el sistema acusatorio tiene la llave para dejar caer la acción penal por falta de pretensión punitiva.

36 En igual sentido, Namer (2009:339).

37 En este sentido, Pastor (2009:959/970). Sobre el punto, con una exhaustiva motivación, ver el voto del Dr. Magariños (causa n° 3418, “Paternóster, Marcelo G.”, sent. del 5/11/2012, TOC N° 23).

38 Solimine y Pirozzo (2008:33).

39 Para la doctrina, el alcance de este precedente no es pacífico. Un detallado estudio de la jurisprudencia de la CSJN, concluyó que “podría afirmarse que en la medida en que la cuestión debatida sea puramente jurídica, es decir, no se modifique el relato fáctico de la sentencia de la anterior instancia, sería posible que el acusador (público o particular) logre –incluso en la última instancia local– una corrección de la subsunción jurídica que en definitiva sea más perjudicial para el imputado sin que ello implique afectación a la doble conformidad”; condicionado a que “no exista una modificación drástica de la calificación legal y de la pena” (Freire y Martínez, 2020).

40 Adviértase que la Corte IDH no entiende que las garantías de la víctima tengan un alcance que incluya el recurso contra la absolución; por el contrario, cuando reprobó una desincriminación, fundó su intervención en que no es oponible a la víctima un juicio por jurado que “no contenía una regulación expresa sobre las instrucciones (...) tampoco contemplaba preguntas que el jurado debiera contestar a través del veredicto, ni incorporaba (...) prueba contra-intuitiva” (párr 267). Y no existía garantía de que no fue arbitrario, cuando el fallo «... no mostraba correlato con los hechos, los elementos de prueba descriptos en la acusación y la evidencia recibida en el proceso interno” (párr. 269). Para terminar afirmando que “por ende, el procedimiento (...) no aseguró a las víctimas que pudieran comprender las

Para sintetizar. Si la absolución se enmarca dentro del debido proceso, aun cuando exista divergencia sobre la valoración probatoria del juzgador, la CADH no le acuerda recurso alguno a la víctima⁴¹, quien solo cuenta con el derecho a una investigación objetiva y a un juicio justo. La garantía del acusado es de un alcance mayor: tiene derecho a pedir la revisión integral de su condena⁴² y, por ello, a la enmienda de todo error (fáctico o jurídico), aun cuando estuviera precedido de un juicio justo⁴³. No obstante, las diversas reglamentaciones estatales podrían otorgar mejores derechos a las víctimas, aunque siempre con la latente posibilidad –aquí comentada– de que puedan colisionar con los convencionalizados derechos del imputado.

VII. Resumen conclusivo

Uno. La duplicidad de instancias no debe confundirse con la doble conformidad. Entre una y otra hay una relación de género a especie, según la cual no todo reexamen de la sentencia final satisface la revisión amplia exigida por la garantía, pero ésta supone, cuanto menos, dualidad de instancias. El derecho al doble conforme condenatorio implica la facultad del imputado a que el Estado realice dos veces la operación racional con la que concluye el juicio penal; si tanto el procedimiento originario como el de revisión arrojan el mismo resultado, es porque existe (si no certeza apodíctica) al menos una certidumbre con altísima probabilidad de acierto en la solución. Estándar necesario para imponer, ante la resistencia del enjuiciado, una condena penal; máxima expresión del ejercicio del poder punitivo del Estado.

Dos. Dos normas convencionales de protección genérica (arts. 8.1 y 25.1, CADH) no colisionan con una norma de protección específica (art. 8.2.h, CADH), pues más allá del principio rector de la buena fe (art. 31, Convención de Viena), la hermenéutica jurídica reconoce el principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*). La colisión se presenta si a la garantía de la víctima se le otorga la extensión que le brinda alguna normativa infraconstitucional (en el caso “Colman”, el sistema recursivo penal provincial).

razones por las cuales H.R.A. fue absuelto, en violación al art. 8.1 de la Convención” (párr. 270) (Corte IDH, “V.R.P. vs. Nicaragua”, sent. del 8/3/2018)

⁴¹ El tribunal de casación bonaerense tuvo oportunidad de expedirse sobre la constitucionalidad de la limitación recursiva del acusador frente al veredicto absolutorio en el juicio por jurado; allí con voto de los Dres. Celecia y Ordoqui, estableció que no hay un derecho constitucional al recurso de la víctima y, por tanto, las limitaciones legislativas que se le impongan en este sentido son válidas (TCPBA, Sala 2, “Bray”, sent. del 12/8/2017).

⁴² Entendiendo por tal, tanto la condena originaria como cualquiera posterior que aumente su pena, pues más allá de la instancia que la dicte, para el imputado será, a este respecto, primera condena.

⁴³ En este sentido, Herbel (2013:166) y Gomara (2020:8). Por su parte, De Luca (2002) y Martín (2010) también coinciden en que la víctima carece de la garantía del recurso. En sentido contrario, Solimine (2004).

Tres. La CADH prescribe el doble conforme en favor del imputado, entendido como la revisión integral del caso, acorde a la doctrina “Herrera Ulloa” y “Casal”. Sin importar mediante qué tipo de recurso se efectiviza, lo decisivo es el derecho al contralor de todos los presupuestos (fácticos y probatorios) y las consecuencias (jurídicas) de la sentencia condenatoria, tarea jurisdiccional a cargo de un tribunal superior (*in extremis*, de un tribunal del mismo grado con distinta integración).

Cuarto. La CADH no instituye la simetría en materia recursiva. El derecho del condenado al doble conforme es un garantía procesal prevista exclusivamente en su favor (art. 75.22, CN: art. 8.2.h, CADH y art. 14.5, PIDCP; CSJN, “Juri”⁴⁴); del mismo modo que la duda en materia probatoria (*in dubio pro reo*) y el recurso (o acción) de revisión de la cosa juzgada solo operan a favor del imputado y del condenado, en ese orden.

Quinto. Cuando el codificador de la provincia de Buenos Aires reguló el módulo recursivo (Libro Cuarto del CPPBA), no sólo lo hizo de un modo enrevesado, que (*de lege ferenda*) será preciso simplificar para optimizar su funcionalidad y asegurar el derecho de los justiciables a una rápida conclusión del proceso (art. 14.3.c, PIDCP), sino también, sin reparar en la significación y alcance del art. 8.2.h de la CADH.

Sexto La Corte Federal acertadamente revocó las condenas impuestas en la sentencia de la Corte Bonaerense, estableciendo que toda modificación de la condena en perjuicio del imputado⁴⁵ –aun la dictada por el Superior Tribunal de un estado local– debe respetar la garantía del doble conforme (art. 75.22, CN: art. 8.2.h, CADH; art. 14.5, PIDCP).

VIII. Bibliografía

Alexy, R. (1997): *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Bidart Campos, G. J. (2004): *El artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional*. En “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales” (AA.VV.). Buenos Aires: Editores del Puerto.

⁴⁴ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la querrela en la causa Juri, Carlos Alberto s/ homicidio culposo –causa N° 1140–”, sent. 27/12/2006 (Fallos: 329:5994).

⁴⁵ En el comentado fallo “Colman” fue una mutación de valoración probatoria –se acreditó una ultraintencionalidad negada en las instancias anteriores- y jurídica, con agravamiento de la pena. Podría discutirse si la instancia ulterior puede modificar la valoración probatoria cambiando la calificación legal o directamente realizar un nuevo encuadramiento legal de una base fáctica invariada, en tanto ello no determine un aumento de pena (sería una suerte de ajuste del error jurídico incurrido por las instancias anteriores, con el fin de mantener una doctrina judicial, pero inocuas para el imputado: ausencia de perjuicio jurídico concreto); pero en la medida que tales variaciones funden una pena más grave, se activa la garantía del doble conforme para el imputado, más allá de la instancia que imponga la sanción

- Binder, A. M. (2013): *Derecho Procesal Penal*, t.I. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- (2014): *Derecho Procesal Penal*, t.II. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Cafferata Nores, J. I. (2000): *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- De Luca, J. A. (2002): *Los recursos de la parte acusadora (casación y extraordinario federal)*. Revista La Ley (tomo D). Buenos Aires: La Ley.
- Fappiano, O. L. (1997): *El derecho de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ábaco.
- Favarotto, R. S. (2016): *La hora de las víctimas. Hacia una nueva identidad procesal de la víctima y del particular damnificado, en el enjuiciamiento penal bonaerense*. Revista de Derecho Penal y Criminología (año VI, nº 9). Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- (2017): *Las asimetrías del derecho al recurso*. Revista de Derecho Penal y Criminología (año VII, nº 2). Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- Ferrajoli, L. (1996): *Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia*. Revista Nueva Doctrina Penal (NDP, B). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Herbel, G. A. (2013): *Derecho del imputado a revisar su condena*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Freire, M. A. y Martínez, M. A. (2020): *El derecho al recurso del imputado frente a las condenas impuestas o agravadas por un tribunal revisor*. Buenos Aires: Erreius.
- Gomara, J. P. (2020): *La tensión entre el derecho a la revisión del fallo condenatorio y el recurso del acusador*. Revista de la Asociación Pensamiento Penal, Nº 365, del 21 al 31 de mayo.
- Herbel, G. A. y Favarotto, R. S. (2019): *La Corte IDH vuelve a sancionar las restricciones al doble conforme. Los límites formales y la inmediatez son inoponibles al derecho del imputado*. La Ley, 6 de noviembre. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- Maier, J. B. J. (1989): *Derecho Procesal Penal argentino. t. 1b. Fundamentos*. Buenos Aires: Hammurabi.
- (2003): *Derecho Procesal Penal. t. II. Parte general. Sujetos procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

— (2004): *Derecho Procesal Penal. t. I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Martín, A. N. (2010): *¿Posee la víctima de un delito un derecho constitucional al recurso contra la sentencia penal absolutoria?*, disponible en el portal de la Asociación Pensamiento Penal (<http://www.pensamientopenal.com.ar/01072010/revista01.pdf>.)

Namer, S. E. (2009): *La autonomía del querellante y el derecho a la jurisdicción*. En “Sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos” (AA.VV.). Buenos Aires: Ad-Hoc.

Pastor, D. R. (2001): *La nueva imagen de la casación penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

— (2009): *Una ponencia garantista acerca de la acusación particular en los delitos de acción pública*, publ. en el libro de ponencias del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado de 11 al 13 de noviembre.

Solimine, M. A. (2004): *El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva. Derivaciones de los estándares fijados por la Comisión Interamericana de DD.HH. y de las garantías de ‘tutela judicial efectiva’ y ‘doble instancia’*, disponible en el portal del Colegio de Abogados de La Plata (<http://www.calp.org.ar/Instituc/Institutos/Ppenal/COMISION1/Solimine%20-%20der%20fund%20del%20ciud.doc>.)

Solimine, M. A. y Pirozzo, J. D. (2008): *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. W. (2000): *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.