

XXXII Congreso Nacional de Derecho Procesal"

"A 30 años de la reforma constitucional",

CARÁTULA

COMISIÓN: Comisiones de Derecho Procesal Penal

Comisión 3 *"Alcance del recurso de la fiscalía y juicio por jurados. Efectos del recurso y prohibición de doble juzgamiento (ne bis in idem)*

- La recurribilidad del veredicto absolutorio

- Cuestiones de hecho y de derecho en el recurso fiscal. Alcance de la decisión jurisdiccional. Efectos del reenvío

AUTOR: Juan Pablo Gomara

SUMARIO: 1. Introducción. 2. *"Debe"* el legislador establecer un recurso acusador contra una absolución?. 3. *"Puede"* el legislador establecer un recurso acusador contra una absolución?. a. *El fundamento de la inapelabilidad del acusador. b. El fundamento de la inapelabilidad en Estados Unidos. c. El fundamento de la inapelabilidad en Canadá. d. conclusión.* 4. De regreso a nuestro sistema. a. *El fundamento debe estar en la cláusula de doble incriminación:* 1. *Concepción amplia. 2. Concepción intermedia. 3. Concepción restringida. b. Pueden coexistir a nivel estadual dos alcances?. C. Pueden coexistir a nivel nacional dos alcances?.* 5. Consideraciones finales.

PONENCIA GENERAL

1. Introducción.

La presente ponencia aborda a problemática en torno al recurso del acusador a partir de dos interrogantes estructurales. El primero, indaga en la existencia de un derecho convencional de las víctimas a contar con un recurso contra una sentencia absolutoria y que, por ende, en una obligación internacionalmente asumida por el Estado (art. 2.2 CADH). El segundo, deriva de la respuesta negativa al primero, es decir, si, aún cuando no esté obligado, ¿puede el legislador procesal regular un recurso del acusador contra una sentencia absolutoria?.

2. **“Debe” el legislador establecer un recurso acusador contra una absolución?**

Como parte de las obligaciones *erga omnes* que el Estado ha asumido internacionalmente, el *deber* de “*garantizar*”, respecto de ciertos derechos (vida, integridad personal y libertad) y del modo de afectación (intencional), debe ser cumplido a través de una investigación penal. Por lo tanto, en esos casos, el Estado se encuentra obligado a *investigar, juzgar y, eventualmente, sancionar a los responsables*. La Corte vinculó el deber de investigar y, eventualmente, sancionar (art. 1.1), con el derecho a ser oído (art. 8.1) y con el derecho a un recurso rápido y efectivo (art. 25)¹. Es decir, el deber del Estado de “*garantizar*” a través de un proceso penal exige que la responsabilidad penal sea determinada por las autoridades judiciales competentes, siguiendo las normas del debido proceso². Con base en el artículo 8, 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 reparación³. En estos casos, el “*derecho al recurso efectivo*”, del artículo 25 de la Convención, se materializa a través del proceso penal⁴. Es decir, *el deber de investigar, juzgar y, eventualmente, sancionar*, configura el *recurso efectivo*.

¹ Corte IDH, caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sent. 19 de noviembre de 1999, párr. 225.

² Corte IDH, caso “Radilla Pacheco vs México”, sent. 23 de noviembre de 2009, párr. 178/179.

³ 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.

⁴ Corte IDH, caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sent. 31 de enero de 2006, párr. 203.

La Corte pone el acento en la realización de una *investigación seria, imparcial y adecuada*, y en el *juzgamiento y, eventual sanción*. La centralidad del *deber* se encuentra en la *investigación y en el juzgamiento*. Las víctimas y sus familiares deben poder actuar en el proceso para lograr que el Estado cumpla con el deber de debida diligencia en la investigación y que la misma sea efectiva, de modo tal que arribe a la instancia del juicio de la mejor manera.

La Corte Interamericana ha reiterado, además, que la obligación de *garantizar* es una *obligación de medio y no de resultado*. Como correlato de ello, las víctimas no tienen un “*derecho al castigo*” sino al *juzgamiento y eventual castigo*. Esa eventualidad de la condena implica también la eventualidad de la absolución. Por ende, la víctima tiene derecho a que el Estado investigue diligentemente, juzgue y, eventualmente, sancione a los responsables. La Convención no contempla en forma expresa el derecho de la víctima a un recurso contra el fallo absolutorio, como sí ocurre con el derecho de la persona acusada. Si, como se dijo, el cumplimiento del *deber de garantizar* se realiza a través del poder punitivo del Estado y el proceso penal mismo constituye la materialización del recurso efectivo, pretender luego del juicio otorgar un recurso contra una absolución, fundado en el mismo artículo 25, constituiría una suerte de regreso al infinito en la responsabilidad del Estado⁵.

Existen razones para que la Convención haya establecido el derecho 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. Funciona esencialmente como garantía contra una forma particular de error judicial que es el que se produce en la aplicación del estándar probatorio derivado del principio de inocencia. En definitiva, el derecho a la revisión del fallo es, fundamentalmente, una garantía destinada a la protección del principio de inocencia, el cual impone una *obligación de resultado* para el Estado. La única garantía contra el error judicial está en favor del acusado y es la expresión de que los únicos errores que dicho instrumento estaba interesado en evitar, por medio del doble conforme judicial, son

⁵ En cierta medida, esta parece ser la solución de la Corte IDH que se desprende el 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.

los que afectan al acusado⁶. El doble conforme, como exigencia convencional, es la salvaguarda del principio de inocencia⁷.

No existe una garantía para la víctima que sea el correlato del principio de inocencia para el acusado, por lo tanto, no existe tampoco un derecho a un recurso contra ese tipo de errores judiciales. La opción política detrás del principio intenta evitar los falsos positivos, aceptando el riesgo de eventuales falsos negativos. 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. El debido proceso tiene carácter asimétrico para el imputado y la víctima. En el caso del acusado, el debido proceso incluye el derecho a la revisión 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. No existe, por lo tanto, un derecho convencional de la víctima al recurso⁸.

3. **“Puede” el legislador establecer un recurso acusador contra una absolución?**

La incorporación del sistema de juzgamiento por jurados en diversas provincias de nuestro país se ha establecido con cláusulas expresas que prohíben todo recurso del acusador contra una sentencia absolutoria basada en un veredicto de no culpabilidad⁹. Salvo excepciones¹⁰, los órganos jurisdiccionales han aceptado esta decisión del legislador de no concederle apelación al acusador contra una absolución. Los fundamentos por los que se ha entendido que la sentencia absolutoria basada en un veredicto de no culpabilidad no puede ser impugnado suelen girar en torno al carácter soberano o democrático del jurado, a veces combinado confusamente con la cláusula del *ne bis in idem*¹¹. Ese argumento

⁶ La Corte Suprema señala expresamente en el precedente “Duarte” que el art. 8.2.h de la Convención prioriza “*el doble conforme en resguardo de la inocencia presumida*”.

⁷ Binder, Alberto M., “Derecho procesal penal”, Tomo II, Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, hace referencia a la “opción de favorabilidad al imputado del proceso penal”, pág. 525.

⁸ Gomara, Juan Pablo, *El derecho a la revisión del fallo condenatorio*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2023 pp. 356-404.

⁹ Provincia de Buenos Aires arts. 371 quater y 452 in fine (ley 14.543), Neuquén, art. 238 CPP (ley 2.784), Río Negro, art. 232 CPP (ley 5.020), Chaco, art. 89 ley 2.364, Mendoza, art. 38 inc. c ley 9.106)

¹⁰ TCP, Sala III, causa n° 113.577 “Pitman, Lucas L”

¹¹ TCP, Sala V, causa n° 78.302 “Bray, Juan P. y otro”, se apoya en la naturaleza soberana de la decisión del jurado popular como la razón de ser de la irrecurribilidad. Afirman que “*es una decisión*”

justificaría la subsistencia, en una misma jurisdicción, de juicios con jurados con absoluciones inapelables y juicios sin jurados con recursividad acusatoria plena.

La incorporación del juicio por jurados con cláusulas de inapelabilidad reafirma, por un lado, la postura de que el recurso del acusador no tiene rango constitucional ni convencional¹² y, por otro, mantiene la tensión con la bilateralidad recursiva en el resto de los casos, tornando compleja la subsistencia de dos modelos de juzgamiento en paralelo, de tradiciones distintas, con el consecuente riesgo de que las prácticas inquisitivas continentales comiencen a contaminar el carácter adversarial¹³.

a. El fundamento de la inapelabilidad del acusador.

El sistema de juzgamiento por jurados populares fue introducido en varias provincias sin que ello implique una sustitución total del sistema existente. Si bien se habían producido reformas procesales que plasmaban diseños predominantemente acusatorios, lo cierto es que la tradición continental de la bilateralidad recursiva no había sido alterada sustancialmente. En líneas generales, se puede afirmar que el acusador conservaba la posibilidad de impugnar una sentencia absolutoria. La incorporación del juicio por jurados trajo consigo la prohibición expresa para el acusador de impugnar una absolución basada en un veredicto de no culpabilidad. Esto ha provocado que en una misma jurisdicción convivan dos modelos de juzgamiento en los que el acusador tiene facultades para impugnar en uno y no en el otro¹⁴. Esta diferenciación legal provocó algunas decisiones de parte de los órganos jurisdiccionales que intentaron brindar fundamento a la prohibición de recurrir en los casos de juicio por jurados, sin alterar la bilateralidad recursiva del acusador para los juicios con jueces profesionales¹⁵. La inapelabilidad fiscal de las absoluciones suele estar fundada en el supuesto carácter soberano del jurado, entendida como expresión o representación de la voluntad popular y en la tradición de irrecurribilidad del veredicto del jurado en el ámbito del *common law*. No interesa cuestionar este

judicial y política emanada directamente del soberano” y ello es lo que determinó la decisión legislativa de asignarle siempre el carácter de irrecurrible. SCBA, P. 137.668 “Pitman, Lucas L.”, combina un alcance diferenciado para el non bis in idem con el carácter soberano del veredicto del jurado.

¹² Conforme apartado 2 y lo expresado por la CSJN en “Arce” A.450.XXXII, sent. Del 14/10/1997.

¹³ Ver la sugerencia de *lege ferenda* de la SCBA en causa “Pitman”.

¹⁴ SCBA, causa “Pitman” reconoce que la irrecurribilidad rompe con la tradición de bilateralidad recursiva heredada del derecho continental europeo, al tiempo que modifica el esquema de impugnación que paulatinamente se le fuera reconociendo a la víctima en el proceso penal.

¹⁵ Conf. nota 11.

tipo de expresiones en sí mismas sino exclusivamente en su condición de fundamento para la irrecurribilidad fiscal.

Para ello, propongo un repaso por jurisdicciones del *common law* que tienen regulaciones de las apelaciones del acusador distintas. Estados Unidos suele ser considerada la más restrictiva mientras que Canadá, junto con algunas de Australia, contaría con las disposiciones legales más favorables a las apelaciones de la Corona¹⁶.

b. El fundamento de la inapelabilidad en Estados Unidos.

En un inicio, las decisiones adoptadas en un juicio por jurado no eran recurribles. Recién en 1896, en el caso *Ball*, la Corte entendió que el acusado podía solicitar un nuevo juicio después de la condena pero aclaró que el Gobierno no disponía de ningún derecho similar. La Ley de apelaciones de 1907 permitió al Gobierno ciertas apelaciones con limitaciones, mientras que la Ley de Apelaciones de 1970 estableció como regla que el Gobierno puede apelar siempre que no se vulnere la prohibición de doble juzgamiento de la Quinta Enmienda. Por lo tanto, las posibilidades de apelar por parte del Gobierno siempre han estado determinadas por la interpretación y alcance que la Corte le otorgó a la cláusula¹⁷. Siempre entendió que materializaba la máxima universal del *common law* de Inglaterra de que la vida o la integridad de ningún hombre podían ser puestas en peligro más de una vez por el mismo delito. Desde un inicio, la Corte asimiló el concepto de *riesgo* al de *juicio*, y que la cláusula prohibía un “segundo juicio”¹⁸. El único que intentó interpretar la Quinta Enmienda equiparando “riesgo” a “proceso completo”, es decir, incluyendo todas las apelaciones hasta que la decisión adquiera firmeza, fue el Juez Holmes en el caso *Kepner*¹⁹, expresando la concepción del “riesgo continuo”. La Corte Suprema nunca siguió esta postura²⁰.

La Corte sostuvo que la V Enmienda no distingue en ninguna parte entre juicio con jurados²¹ y sin jurados²², por lo tanto, los principios expresados en la cláusula se

¹⁶ R. v. Evans, (1993) 2 SCR 629.

¹⁷ Benton v. Maryland, 395 US 784 (1969).

¹⁸ Estados Unidos c. Green, 355 US 184 (1957).

¹⁹ Estados Unidos c. Kepner, 195 US 100 (1904).

²⁰ Estados Unidos c. Green.

²¹ Estados Unidos c. Ball, 163 US 622.

²² Estados Unidos c. Kepner.

aplican a ambos, ya que una declaración de culpabilidad puede compararse con un veredicto de culpabilidad emitido por un jurado²³.

Si bien la jurisprudencia sobre las apelaciones del Gobierno y la V Enmienda es extensa y variada, nunca estuvo en discusión que una absolución por declaración de no culpabilidad, constituye una decisión definitiva y no puede ser apelada por el acusador²⁴.

La Corte ha extendido el concepto de absolución a aquellos casos en los que, existiendo acusaciones alternativas, el veredicto de culpabilidad es por el cargo menor. En este caso, se entendió que implícitamente se absuelve al acusado por el cargo mayor y esa decisión queda protegida por la V Enmienda²⁵.

La Corte entiende también que las absoluciones de los jueces por insuficiencia de prueba, bajo la Regla 29 (FRCP), antes de que el jurado emita el veredicto, también quedan amparadas por la prohibición, ya que una apelación exitosa del Gobierno implicaría la realización de un segundo juicio²⁶. La excepción, se produce cuando el juez absuelve luego del veredicto de culpabilidad del jurado pues, en este supuesto, no sería necesario un segundo juicio sino que bastaría con reestablecer el veredicto del jurado²⁷. Sin embargo, ha considerado amparado en la cláusula las absoluciones de un tribunal de apelaciones que deja sin efecto una condena por insuficiencia de evidencia y el Gobierno no apeló esa decisión. Extendió esa inteligencia aún a los casos en los que el Tribunal de apelaciones entendió que la prueba era insuficiente para justificar el veredicto de culpabilidad pero no absolvió sino que reenvió para un nuevo juicio²⁸.

La Corte ha encontrado otra excepción cuando el juez, al finalizar el juicio, hace lugar a una moción del acusado que no tiene que ver con la determinación de la culpabilidad sino con cuestiones de derecho como la demora en presentar la acusación (Scott, restringe el criterio anterior de Jenkins). En estos casos, entiende que es el propio acusado el que intenta el fin anticipado del juicio, evitando una declaración de culpabilidad, cuando el Gobierno estaba dispuesto a continuar la producción de la prueba para demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. Sostiene que el Gobierno tiene derecho a contar con una “oportunidad

²³ Estados Unidos c. Jenkins, 420 US 358 (1975).

²⁴ Estados Unidos c. McElrath, 601 US (2024).

²⁵ Estados Unidos c. Green

²⁶ Estados Unidos c. Martin Linen Supply Co., 430 US 564 (1977).

²⁷ Estados Unidos c. Wilson, 420 US 332 (1975).

²⁸ Estados Unidos c. Burks, 437 US 1 (1978).

completa” para probar la culpabilidad y esa chance finaliza con una declaración fáctica sobre el tema²⁹.

La función de salvaguarda de la cláusula no sólo opera impidiendo la apelación del Gobierno sino también obturando una segunda acusación respecto de una absolución a partir de la anulación decretada con motivo de la apelación del acusado contra la condena³⁰.

La Corte también ha entendido que la vulneración a la V Enmienda no se evita por el hecho de que sea el tribunal de apelaciones el que juzgue por segunda vez y condene (Kepner).

El efecto de salvaguarda de la cláusula no opera solo respecto de absoluciones ajustadas a derecho. La Corte ha sostenido reiteradamente que la cláusula prohíbe un nuevo juicio después de una absolución decretada por el tribunal, incluso si la absolución está “basada en fundamentos atrozmente erróneos”³¹. Una absolución errónea es una absolución de todos modos, sea que los errores se produzcan por exclusión errónea de la prueba³², comprensión errónea de qué pruebas serían suficientes para condenar³³, construcción errónea de la ley que define los requisitos para condenar³⁴, interpretación errónea de algún elemento del delito³⁵ o inconsistencia en los veredictos³⁶.

En definitiva, la inapelabilidad es absoluta. Como sostiene Miller, la cuestión es simplemente que cuando los hechos son considerados insuficientes, no solo por un jurado sino también por un juez, la cláusula prohíbe un nuevo juicio³⁷.

c. El fundamento de la inapelabilidad en Canadá.

La propia Corte canadiense suele sostener que entre las jurisdicciones del *Common law*, Canadá posee las disposiciones más amplias para las apelaciones de la Corona³⁸. El artículo 676 (1) establece que el acusador puede apelar (a) contra una sentencia o veredicto de absolución o un veredicto de no responsabilidad penal por trastorno mental de un tribunal en procedimiento de acusación, sobre cualquier

²⁹ Estados Unidos c. Scott, 437 US 82 (1978).

³⁰ Estados Unidos c. Bravo Fernandez, 580 US (2016).

³¹ Estados Unidos c. Fong Foo, 369 US 141 (1962).

³² Estados Unidos c. Sanabria, 437 US 54 (1978).

³³ Smith contra Massachusetts, 543 US 462 (2005)

³⁴ Arizona c. Rumsey, 467 US 203 (1984)

³⁵ Evans c. Michigan, 568 US 313 (2013)

³⁶ Estados Unidos c. McElrath.

³⁷ Miller, Jeremy M., *The Double Jeopardy Clause, Double Jeopardy, Emerging Issues*, edited by Dr. G Radha Kalyani, India, 2008-2009, pp. 1-15.

³⁸ R. v. Evans, [1993] 2 SCR 629

motivo de apelación que involucre una *cuestión de derecho únicamente*. Es deber de la Corona, para obtener un nuevo juicio, convencer al tribunal de apelaciones que el veredicto no habría sido necesariamente el mismo si el juez hubiera instruido adecuadamente al jurado³⁹. En el caso “Morín”⁴⁰ se reafirmó el test establecido en Vézeau, enfatizando que la carga que recaía sobre la Corona era pesada y que debía satisfacer al tribunal *con un grado razonable de certeza* de que el veredicto no habría sido necesariamente el mismo. La Corte afirmó que un acusado que ha sido absuelto una vez no debe ser enviado para ser juzgado nuevamente a menos que parezca que el error en el primer juicio fue tal que existe un grado razonable de certeza de que el resultado puede haberse visto afectado por él⁴¹. Es decir, la apelación contra una absolución por parte del acusador requiere demostrar la existencia de un error de derecho y el carácter sustancial del mismo.

Por su parte, el artículo 686(1)(a) establece que el Tribunal de apelaciones puede hacer lugar a la apelación del acusado contra una condena cuando estime que (i) el veredicto debe anularse sobre la base de que no es razonable o no puede ser respaldado por la evidencia. Este motivo de apelación se aplica tanto a condenas basadas en veredictos de culpabilidad de jurado como a condenas de jueces⁴². El fundamento de esa previsión legal a favor del acusado radica en su condición de salvaguarda del estándar probatorio de *más allá de toda duda razonable*, derivado del principio de inocencia. Un *veredicto irrazonable* es uno en el que el acusador no ha probado la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Es decir, subsiste una duda razonable⁴³.

La Corte canadiense aclara que no puede haber ninguna sugerencia de que el derecho de apelación de la Corona incluya “absoluciones irrazonables”. La Corona no puede apelar una absolución por el sólo hecho de que no es razonable, sin

³⁹ R. v. Vézeau, [1977] 2 SCR 277, en el caso, la instrucción considerada errónea era que el juez había dirigido al jurado en los términos de que no podían tomar en consideración el hecho de que el acusado no había respaldado su coartada con su propio testimonio. El tribunal de apelación consideró que ese error de derecho era sustancial ya que podía sostenerse razonablemente que el veredicto no habría sido el mismo si el juez hubiese dirigido correctamente al jurado.

⁴⁰ R v. Morin, 1998 CanLII 8 (SCC) 1988

⁴¹ En R. v. Evans, [1993] 2 SCR 629, se resolvió que el error sobre el reexamen denegado se entendió que no había privado al jurado de manera real de pruebas decisivas.

⁴² Binias, párr. 29 in fine. Ver R.v. Morrissey, 1995 CanLII3498 (ON CA)

⁴³ Gomara, El juicio por jurado y el derecho a la revisión. Jurisprudencia canadiense. Los veredictos irrazonables. Reglas y advertencias al jurado. Publicado en Pensamiento Penal. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90993-juicio-jurado-y-derecho-revision-jurisprudencia-canadiense> <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90993-juicio-jurado-y-derecho-revision-jurisprudencia-canadiense-veredictos-irrazonables> veredictos-irrazonables

alegar ningún otro error de derecho que conduzca a ello. Afirma que el Parlamento no pretendía que las “absoluciones irrazonables” fueran apelables por la Corona y señala que, además, *el concepto de “absolución irrazonable” es incompatible con la presunción de inocencia y la carga que recae sobre la fiscalía de probar su caso más allá de toda duda razonable*⁴⁴.

Como se advierte, en el sistema canadiense las sentencias absolutorias basadas en un veredicto de no culpabilidad pueden ser recurridas por el acusador cuando existe un error de derecho sustancial⁴⁵. Por lo tanto, no se puede afirmar de manera general que en el *common law* el acusador no puede apelar una absolución que proviene de un juicio por jurados. Esto es así solo en aquellos casos en los que no exista error de derecho, es decir, cuando el veredicto de no culpabilidad sea emitido por un jurado debidamente instruido. En estos casos, la impugnación de un veredicto por irrazonable está vedada para el acusador porque es una previsión expresa en salvaguarda del principio de inocencia.

d. conclusión.

No parece adecuado justificar la irrecurribilidad del acusador en el carácter inherente al sistema de jurados y en su condición soberana o democrática. En primer lugar, si por carácter soberano del jurado se entiende algo similar a infalible, tampoco podrían apelarse las condenas que se basan en veredictos de culpabilidad. La deferencia que los órganos superiores manifiestan respecto de las decisiones de los jurados no significa que sean infalibles⁴⁶, de hecho se contempla la posibilidad de una decisión irrazonable o errónea, pese a haber sido adecuadamente instruidos. Dicho fundamento, en los casos de irrecurribilidad absoluta, no puede dar cuenta de los errores jurídicos sustanciales en las instrucciones. El carácter soberano o la “santidad del veredicto del jurado”⁴⁷ no parecen poder explicar la ausencia de recurso del acusador cuando ha existido un error en las instrucciones que puede haber sido determinante en el veredicto. Es decir, ¿porqué sería soberano el veredicto de un jurado mal instruido?

⁴⁴ Biniaris, párr. 33

⁴⁵ Algo similar en la Criminal appeals Act 2004 de WA, art. 24. (2) (da). Criminal Code Act Tasmania, art. 401 (2).

⁴⁶ Ver voto del juez Sopinka en R. v. W (R.) 1992 CanLII (SCC), [1992] 2 SCR 122.

⁴⁷ Edgely, Michelle, Truth or Justice? Double Jeopardy Reform for Queensland: Rights in Jeopardy. **QUT Law Review**, [S.I.], v. 7, n. 1, june 2007. ISSN 2201-7275. Available at: <<https://lr.law.qut.edu.au/article/view/159>>. Date accessed: 01 feb. 2021. doi: <https://doi.org/10.5204/qutlr.v7i1.159>.

En segundo término, si bien minoritarios, existen sistemas de juzgamiento por jurados, dentro de la tradición del *common law*, que permiten la apelación de absoluciones basadas en veredictos de no culpabilidad, aunque limitado a supuestos de errores de derecho⁴⁸. Lo irrevisable son las absoluciones “irrazonables”, provengan de juicio con o sin jurado. Una absolución irrazonable de un juez técnico tampoco es apelable por el acusador porque la previsión legal está colocada exclusivamente para control del estándar probatorio exigido para condenar.

En tercer término, la irrecurribilidad absoluta de las absoluciones, incluidas las que contengan errores de cualquier tipo, proviene fundamentalmente de la tradición norteamericana, y para la Corte Suprema de ese país el fundamento siempre ha sido la V Enmienda, sin distinguir entre absoluciones basadas en veredictos de no culpabilidad de jurados o en absoluciones dictadas por jueces.

4. De regreso a nuestro sistema.

Parece claro que el fundamento de la irrecurribilidad del acusador nunca radicó en el carácter soberano o democrático del jurado, sino más bien en la máxima universal del *common law*, expresada por Blackstone y materializada en la V Enmienda (1791), que prohíbe que una persona sea puesta más de una vez en el riesgo de ser condenada por el mismo delito.

La prohibición de doble juzgamiento (*double jeopardy*) terminó de adquirir su condición de *garantía* con la inclusión de la V Enmienda⁴⁹, y es la versión norteamericana de la cláusula de *ne bis in idem* en la tradición continental. Ahora bien, el alcance conferido a dicha garantía no ha sido el mismo en ambas tradiciones y ni siquiera dentro del propio *common law*⁵⁰. Sin perjuicio de ello, entiendo que al esfuerzo por rastrear un fundamento a la irrecurribilidad fiscal no puede escapar el análisis de esta garantía⁵¹. Ello se advierte con claridad en los debates legislativos

⁴⁸ Además de Canadá, ver también *Criminal Appeals Act 2004* (WA) s 24 (replacing repealed s 688 of the *Criminal Code* (WA)). *Criminal Code Act 1924* (Tas) s 401(2).

⁴⁹ Edgely, Michelle, *Truth or Justice? Double Jeopardy Reform for Queensland: Rights in Jeopardy*.

⁵⁰ Las tensiones dentro de la prohibición de doble incriminación se pueden advertir en los procesos de reformas iniciados en el Reino Unido con la Ley de Justicia Penal de 2003, el proyecto de Ley de Procedimiento Penal de Nueva Zelanda de 2004, La ley de Enmienda (*double Jeopardy*) de Delitos (Apelación y revisión) en Nueva Gales del Sur de 2006, al igual que Australia occidental y Queensland. En todos estos casos se habilitaba a la acusación a apelar o solicitar un nuevo juicio, luego de una absolución, en casos de prueba nueva y convincente (con distinto alcance) y absoluciones viciadas (delitos contra la administración de justicia).

⁵¹ Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ed. Del Puerto, 2002, pp. 599 y sgtes. Binder, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, Tomo VI, ed. Ad-Hoc, 2022, pp. 655 y sgtes.

que han tenido lugar en los países del *common law* para otorgar facultades de apelación al acusador. Los proyectos suelen llevar la denominación relativa a limitaciones o excepciones al Double Jeopardy.

a. El fundamento debe estar en la cláusula de doble incriminación.

Para esa tarea, se propone un repaso por las posibles interpretaciones que ha tenido la cláusula de prohibición de doble juzgamiento y el impacto en la recurribilidad acusadora, ofreciendo una clasificación tentativa de las diferentes concepciones.

1. Concepción restringida. La concepción restringida de la garantía del *ne bis in idem* es la que habilita mayores facultades recursivas al acusador. La Corte Interamericana ha señalado de manera reiterada que *entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4 de la Convención, se encuentra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio. El Tribunal también ha señalado que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia*⁵². Para que opere la función protectora de la garantía debe haber recaído sentencia firme, luego de transitar las diferentes instancias recursivas. Esta concepción es similar a la idea de “*riesgo continuo*” del juez Holmes en el caso *Kepner* para habilitar la apelación del Gobierno contra una sentencia absolutoria y es también la concepción propia de la tradición continental que sostenido la bilateralidad recursiva simétrica. Con esta concepción, el acusador puede contar con un recurso amplio contra una sentencia absolutoria sin que interfiera la función protectora garantía.

2. Concepción intermedia. Se trata de una interpretación de la cláusula que habilita un recurso del acusador limitado contra una sentencia absolutoria. Es decir, se trataría de una bilateralidad recursiva asimétrica. Se pueden distinguir dos sub-concepciones intermedias: a) la primera, prohibiría un segundo juicio siempre y cuando el primero haya sido válidamente celebrado, respetando las formas esenciales del juicio. Esta sub-concepción se podría identificar con la postura de la

⁵² CIDH, caso Mohamed v. Argentina, párr. 122. El alcance dado por la Corte Interamericana no impide a los Estados conferir un alcance más protector de la garantía, en función del art. 29 de la Convención.

CSJN en el caso Sandoval⁵³. b) una segunda, prohibiría un segundo juicio siempre y cuando el primero no contenga ningún error jurídico esencial. Esta interpretación podría identificarse con la regulación canadiense⁵⁴. En ninguna de ambas sub-concepciones el acusador tiene recurso por la determinación de los hechos.

3. *Concepción amplia*. Para la concepción restringida, el fundamento político que subyace en la garantía consiste en evitar poner en riesgo a una persona más de una vez y entiende por *riesgo* al juicio que concluye en una determinación sobre la culpabilidad del acusado. El Estado debe contar con una *oportunidad completa*⁵⁵ para probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable y no puede hacer repetidos intentos, sea reeditando juicios o mediante determinaciones en instancias superiores. Una vez dictada una sentencia absolutoria, sea mediante juicio por jurados o por jueces profesionales, la oportunidad del acusador ha quedado completada, aún cuando exista cualquier tipo de errores (meramente jurídicos o afectación a formas esenciales)⁵⁶.

En las tres concepciones, el alcance de la garantía y su efecto en relación a la facultad recursiva del acusador es uno solo e impacta de la misma manera en los distintos modos de juzgamiento. En especial, las concepciones intermedia y restringida impactan de modo protectorio de la misma manera en las absoluciones tanto de juicio por jurados como las de jueces profesionales. En el fondo, se encuentra el modo en el que se resuelve la tensión en cuanto al fundamento de la prohibición de doble incriminación. Como sostiene Edgely, muchos tratan el fundamento de la prohibición en la idea de protección individual y en la idea de protección de la integridad institucional del sistema como complementarias⁵⁷. Sin

⁵³ CSJN, Fallos: 333:1687 "Sandoval". Harfuch, A; Deane, M.; Cascio, A.; Penna, C., "*La garantía de ne bis in idem y la prohibición del acusador público o privado contra la sentencia absolutoria. El precedente "Alvarado/Sandoval" de la CSJN*",

⁵⁴ Steinglass. Joshua, "The Justice System in Jeopardy: The Prohibition on Government Appeals of Acquittals", Indiana Law Review, Vol.31:353 1998, p. 353-383, sostiene esta posición dentro del debate norteamericano.

⁵⁵ Binder, Alberto M., ob. Cit., Tomo VI, pp. 665. Binder identifica al precedente "Sandoval" con el alcance de la posición restringida, a partir de la jurisprudencia norteamericana citada por Petracchi y Bossert en el voto en minoría en el caso "Alvarado", sin embargo advierte que ello depende del alcance que se le de a la expresión "formas esenciales del juicio", pp. 686.

⁵⁶ Se exceptúan los casos en los que la decisión es producto de la comisión de un delito contra la administración de justicia, conf. reformas en Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia ya mencionadas..

⁵⁷ Binder, Alberto M., ob. Cit., Tomo VI, pp. 655 y sgtes, identifica non bis in idem y cosa juzgada como dos caras de la misma moneda. Creo que la cosa juzgada es el efecto de la prohibición como garantía pero no que sea la idea subyacente a la misma. La cosa juzgada parece más amplia y se identifica con la integridad del sistema en general y con las necesidades funcionales del mismo en término de decisiones definitivas. No hay prohibición de doble juzgamiento porque hay cosa juzgada sino a la inversa, hay cosa juzgada porque existe la prohibición. De lo contrario, la protección de la garantía

embargo, advierte que estas razones pueden no ser necesariamente complementarias y que la confusión sobre el propósito subyacente ha enturbiado el debate sobre las reformas y la doble incriminación⁵⁸.

b. Pueden coexistir a nivel estadual dos alcances?

Se ha identificado a la prohibición de doble juzgamiento como el fundamento de la irrecurribilidad del acusador respecto de sentencias absolutorias. El límite de la no apelabilidad dependerá del alcance que se le otorgue a la cláusula y del fundamento de garantía de la misma⁵⁹. Buenos Aires, y las demás provincias que han incorporado el juzgamiento por jurados, han establecido expresamente que el acusador carece de recurso contra una sentencia absolutoria basada en un veredicto de no culpabilidad emitido por el jurado. Es decir, las absoluciones son irrecurribles, aún cuando contengan errores jurídicos o afectaciones a las formas del juicio⁶⁰. Se trata de una irrecurribilidad absoluta que implica la adopción de la concepción amplia de la prohibición de doble juzgamiento, concebida exclusivamente como protección del acusado e inspirada en la interpretación de la Corte de Estados Unidos respecto de la V Enmienda⁶¹.

Ahora bien, si se concluye que el fundamento para la irrecurribilidad del acusador en dichas jurisdicciones se encuentra en la cláusula de *ne bis in idem*, concebida de manera amplia (irrecurribilidad absoluta) y exclusivamente como protección individual (garantía: evitar un segundo riesgo de condena), cabe preguntarse si es posible que dentro de la misma jurisdicción estadual se establezca un criterio diferencial que limite el alcance protectorio de la misma garantía para el supuesto de juzgamiento de jueces técnicos, habilitando la bilateralidad recursiva. Es decir, si es

depende exclusivamente del legislador. La prohibición, en su condición de garantía, debe buscar una idea subyacente que refiera exclusivamente al carácter protectorio del acusado. El propio Binder reconoce que la "cosa juzgada" se trata de una "decisión política tensionada" en donde aparecen otras necesidades con funcionalidad distinta a las de las garantías.

⁵⁸ Edgely, Michelle, Truth or Justice? Double Jeopardy Reform for Queensland: Rights in Jeopardy.

⁵⁹ Steinglass. Joshua, "The Justice System in Jeopardy: The Prohibition on Government Appeals of Acquittals", Indiana Law Review, Vol.31:353 1998, p. 353-383, menciona los 5 fundamentos que la Corte ha establecido como subyacentes a la V Enmienda. Sigler, Jay A., "Federal Double Jeopardy Police", Vanderbilt Law Review, Vol 19 Issue 2- March 1966, p. 375-405), menciona cuatro.

⁶⁰ Con excepción de las situaciones extremas de comisión de un delito.

⁶¹ El debate en otros países como Australia, Nueva Zelanda e incluso Reino Unido combina diferentes fundamentos al double jeopardy: la firmeza de las decisiones judiciales, la diligencia investigativa y fiscal, el riesgo de condenas injustas, la protección individual, el límite al abuso del poder estatal. Dentro de este debate se encuentra la tensión entre las finalidades del diseño de los procesos: la verdad y/o la justicia. Todas las reformas que se han impulsado en estos países se originan en casos de trascendencia pública, en donde los medios de comunicación despliegan campañas en contra de absoluciones (En Reino Unido el caso Lawrence, en Nueva Zelanda el caso Moore, en Australia el caso Carrol, etc.).

posible que los acusados pierdan la cobertura del *ne bis in idem*, de no ser sometidos a riesgo de condena más de una vez, cuando son juzgados por jueces profesionales.

El hecho de que la garantía tenga dos estándares de protección en una misma jurisdicción⁶² implica un tratamiento diferenciado que sólo podrá ser justificado si soporta el test que impone el principio de igualdad⁶³. La justificación del trato diferenciado en un mero criterio de política legislativa o de conveniencia y oportunidad debilita el fundamento de la protección individual del acusado y del límite mismo al abuso del poder estatal⁶⁴. Se pierde la funcionalidad política de la garantía como tal. Por lo tanto, la restricción que impone el trato diferenciado no puede justificarse desde la garantía misma sino externamente y no podría escapar al test de razonabilidad que impone el principio de igualdad⁶⁵ como salvaguarda contra las diferenciaciones arbitrarias y los tratos discriminatorios. La prohibición debe tensionar desde su función de garantía pero no asumir la protección de intereses que no sean los del acusado.

c. Pueden coexistir a nivel nacional dos alcances?

Si el trato diferenciado dentro de una misma jurisdicción no logra sortear el test de razonabilidad del principio de igualdad y, por lo tanto, cabe afirmar que la restricción del efecto protectorio de la garantía de *bis in idem* respecto de los acusados

⁶² SCBA P. 137.668 “Pitman”, la Corte señala que “Si bien corresponde tener presente la progresividad y preclusión así como la prohibición de doble persecución penal, ello no puede llevar a privar de valor la facultad de recurrir del Ministerio Público Fiscal o del particular damnificado en los casos en que se pretende reeditar actos afectados por vicios que comprometen las garantías del debido proceso y la defensa en juicio, cubiertos con igual rango”. Inmediatamente después afirma que “la cláusula del *ne bis in idem*, queda cristalizada en la tajante imposibilidad de revertir el veredicto de no culpabilidad del jurado”.

⁶³ Corte IDH, caso “Atala Rizzo v. Chile”, fin de determinar si una restricción resulta proporcional, deben analizarse si cumple con los siguientes requisitos: (i) la existencia de un fin legítimo; (ii) la idoneidad, es decir la determinación de si existe una relación lógica de causalidad de medio a fin entre la distinción y el fin que se persigue; (iii) la necesidad, esto es, la determinación de si existen alternativas menos restrictivas e igualmente idóneas; y (iv) la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el balance de los intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del otro. El incumplimiento del test implica la violación al art. 24 de la Convención.

⁶⁴ Edgely, Michelle, Truth or Justice? Double Jeopardy Reform for Queensland: Rights in Jeopardy. Ver las justificaciones subyacentes al principio de doble incriminación.

⁶⁵ El trato diferenciado presupondría el objetivo de evitar absoluciones erradas de culpables y, a su vez, supone que los jueces profesionales son más propensos a absolver culpables erróneamente que los jurados, cuestión que no puede simplemente ser afirmada. Luego restará el análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la restricción en relación a ese fin. MILDREN, D. (2011). Crown appeals and double jeopardy. NORTHERN TERRITORY LAW JOURNAL, 2(1), 3–12. <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20115113>, luego de hacer referencia a las regulaciones que permiten apelaciones de la Corona ante absoluciones de un juez, afirma que hay evidencia de que los jueces en Australia del Sur y de la Capital Australiana son menos propensos a condenar por cargos graves como asesinato, que los jurados y que esa legislación será un factor adicional a considerar a la hora de optar por un juicio con un juez solo.

juzgados por jueces técnicos resulta arbitraria y violatoria del artículo 24 de la Convención, queda un último interrogante: si la Constitución nacional puede tolerar que una misma garantía tenga alcances diferentes en las distintas provincias, dependiendo de si han adoptado o no el modo de juzgamiento por jurado con inclusión expresa de la irrecurribilidad absoluta del acusador. Es decir, persiste el interrogante final acerca de si es posible entender que la situación de disparidad interpretativa entre las jurisdicciones⁶⁶, respecto de una misma garantía, configura una situación de asimetría tal que autorice a tener por vulnerado el principio de igualdad⁶⁷ o, por el contrario, pueden convivir jurisdicciones con distinto nivel de efecto protectorio de la garantía, siempre que no descendan por debajo del estándar fijado por la Corte Suprema, en su condición de intérprete de la Constitución.

5. Consideraciones finales.

De resultar correctos los argumentos desarrollados en los apartados precedentes, las conclusiones a las que podría arribarse serían las siguientes:

1. No existe un derecho convencional de la víctima a contar con un recurso contra una sentencia absolutoria.
2. El fundamento de la irrecurribilidad fiscal en los casos de juicio por jurado se encuentra en una concepción amplia del *ne bis in idem*.
3. La concepción amplia del *ne bis in idem* no diferencia entre absoluciones de juicios con jurados y absoluciones de jueces profesionales.
4. En las jurisdicciones que han incorporado el juzgamiento por jurados con irrecurribilidad absoluta, el acusador tampoco tendría recurso contra una absolución dictada por jueces profesionales.
5. En las jurisdicciones que no han incorporado el juzgamiento por jurado, cabe preguntarse si el acusador también debería carecer de todo recurso contra una sentencia absolutoria, en virtud del alcance del principio de igualdad (art. 16 CN y 24 CADH).

⁶⁶ Es interesante el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos a partir del caso *Palko v. Connecticut* 302 US 319 (1937) en donde sostuvo que los estándares federales de doble incriminación no eran aplicables contra los Estados. Sólo se aplicaba la XIV Enmienda cuando se sometía al acusado a una dificultad tan aguda e impactante que no sería soportado políticamente. Los Estados no estaban obligados a los derechos constitucionales siempre que la totalidad de las circunstancias no revelen una negación de la "justicia fundamental". Este criterio fue definitivamente abandonado por la Corte en el caso *Benton v. Maryland* de 1969, en donde estableció que la V Enmienda y el alcance otorgado era aplicable contra los Estados. Ver Sigler, Jay A., "Federal Double Jeopardy Police", *Vanderbilt Law Review*, Vol 19 Issue 2- March 1966, p. 375-405).

⁶⁷ CSJN, Canale, Fallos: 342:697, consid. 18.