



UNIVERSIDAD F.A.S.T.A.

FACULTAD DE CS. JURÍDICAS Y SOCIALES

CARRERA DE ABOGACÍA.

ALUMNO: FACUNDO LAYA

DIRECTOR: ESTEBAN IGNACIO VIÑAS

PROFESOR TUTOR: OSVALDO LUIS CRUZ

AREA TEMÁTICA: DERECHO PROCESAL PENAL

TITULO: RECURSO DE CASACIÓN PENAL: RECAUDOS DE ADMISIBILIDAD, LÍMITE Y ALCANCES DEL CONTROL. ANÁLISIS BAJO LA REFORMA INTRODUCIDA A RAIZ DEL FALLO “CASAL”

Abstract.

El recurso de casación ha sido considerado como un recurso extraordinario desde su aparición en Europa en el Siglo XVIII, así como en los códigos de procedimientos penales a lo largo de todo el país. Luego del fallo “Casal”, se ha dado un giro debiendo cumplirse en la actualidad con la garantía del doble conforme, tal como ha sido receptado por vía de los tratados internacionales. Es decir, que los recursos deben ser amplios y abiertos a cuestiones tanto de hecho como de derecho, e incluso posibilitando el acceso a resoluciones distintas de las sentencias definitivas.

Índice.

I. Introducción.	5
II. Recurso. Concepto. Naturaleza.....	7
III. Historia de la Casación Penal.	9
IV. Análisis de la normativa del recurso casatorio en los ámbitos Nacional y de la Provincia de Buenos Aires. El criterio clásico.	14
V. Gravedad Institucional. Concepto. Supuestos. Origen. Evolución jurisprudencial...	20
VI. Derecho al doble Conforme: Precepto Constitucional a partir de la incorporación de los tratados sobre derechos humanos.....	23
VII. El recurso extraordinario no satisface el doble conforme.....	26
VIII. El proceso Argentino a lo largo de la historia. Breve reseña jurisprudencial.	27
IX. Necesidad de ampliar la interpretación respecto de las cuestiones que debe entender la casación para satisfacer el doble conforme.	29
X. Función de la Cámara Nacional de Casación Penal a la luz de la Ley 24.050. Posibilidad de revisión de las pruebas realizadas durante el debate.....	31
XI. Sobre la inescindible cuestión entre hechos y derecho	35
XII. Poderes discrecionales.	39
XIII. Evolución de la casación posterior a su regulación. Ampliación de competencia. Justicia Federal y Provincial.....	41
XIV. Antecedentes en el marco internacional.....	46
XV. El fallo Casal.....	51
XVI. Adecuación en la Provincia de Buenos Aires. Creación de Salas Transitorias “ad hoc”.....	56
XVI. Conclusión.....	57

Bibliografía consultada.....	61
Anexo	64

I. Introducción.

El proceso penal difiere notablemente del resto de los que podemos encontrar a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, debido al valor especialmente sensible de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias que acarrea el castigo hacia el culpable. Es por eso que el derecho penal es aquel de mayor repercusión social. La pena privativa de la libertad es la más grave que puede sufrir una persona en nuestro país, dado que la pena de muerte ha quedado definitivamente erradicada de nuestro ordenamiento jurídico luego de la adhesión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también llamado Pacto San José de Costa Rica¹.

Dada la importancia de esta sanción, es necesario que sea impuesta dentro de un orden preestablecido normativamente y por quién esté habilitado para hacerlo, y a esto se lo denomina “proceso”. La palabra alude a un conjunto de actos concatenados, y en el caso del proceso penal más específicamente serán aquellos actos judiciales tendientes a la averiguación de los hechos, la determinación de los autores y eventualmente la aplicación de sanción correspondiente.

Estos procesos deben cumplirse respetando ciertas garantías, que son derechos de los ciudadanos frente al estado. Nuestra Constitución Nacional menciona las garantías más básicas en su Artículo 18, el cual se transcribe en su parte pertinente: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación...”.

El Dr. Valentín H. Lorences cita una frase muy ilustrativa: “...siendo actuaciones referidas a hombres, el proceso democrático deberá asegurar a éstos un tratamiento digno; dignidad que no solo debe ser discursiva, sino que se debe materializar en una práctica jurídica, en el respeto al debido proceso y a los derechos y garantías...El proceso penal democrático se nutre de las leyes de fondo, de las de

¹ Ley de la Nación n° 23.054, 1 de marzo de 1984.

procedimiento, pero fundamentalmente requiere garantías morales, de imparcialidad, seriedad, legalidad y humanidad, que son incompatibles con el autoritarismo y los estados de fuerza...”²

Este proceso halla una reglamentación en sus códigos de procedimientos respectivos emitidos por las provincias. Todas ellas prevén la impugnación de la sentencia sobre la cual recae una condena privativa de libertad del justiciable (Art. 456 y ss. del CPPN). Es decir, que existe la posibilidad de que un órgano superior revise la decisión del tribunal, ya que la ley busca otorgar seguridad, convicción e igualdad ante la ley antes de imponer este tipo de sanciones y que no quede al arbitrio de un único tribunal, lo que convertiría al proceso en “instancia única” o “única instancia de mérito”. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado reiteradamente que “...la estabilidad de los fallos judiciales, en la medida en que configura un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional; y esta uniformidad es también necesaria en el orden interno de cada tribunal que no puede resolver en forma contradictoria dos casos idénticos, salvo, por supuesto, una evolución o cambio de criterio...”³. Pero la cuestión que trae al análisis es si todas las sentencias que priven de libertad a una persona pueden ser apeladas ante un tribunal superior o cuales son los puntos en los cuales se puede plantear un agravio. Nuestro ordenamiento legisla este recurso como un medio extraordinario y no ordinario. Aparte, veremos en el desarrollo del presente trabajo que el *quid* de la cuestión se halla centrado en cuanto a la posibilidad de revisión de los hechos o apreciación de las pruebas (característico de los recursos ordinarios), o solo al derecho (recursos extraordinarios), como históricamente lo hizo la Alzada.

Lo que cabe preguntarse es si este procedimiento recursivo cumple con el mandato de nuestra Carta Magna, ¿el recurso previsto garantiza actualmente el “doble conforme”? - derecho que como mandato supremo (cf. al Art. 31 de nuestra C.N.) ha sido receptado en nuestra Carta Magna en su artículo 75 inciso 22 mediante la inclusión del pacto ya mencionado en su artículo 8.2. h) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴ en su Art. 14.5-. Además, intentaré responder si los recursos extraordinarios son compatibles con el mandato del Pacto San José de Costa Rica y por lo tanto con aquel requisito de consolidación de la sentencia.

² Lorences, Valentín Héctor, “Recursos en el proceso penal”, ed. Universidad, año 2007, Pág. 19.

³ Rodríguez, Eugenio c/ Municipalidad de Chascomús Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13 de septiembre de 1979

⁴ Ley de la Nación n° 23.313, 17 de abril de 1986.

A lo largo de esta tesina, se explicará el origen, evolución histórica y jurisprudencial del órgano, tanto en el ámbito federal como en el de nuestra provincia, y como se da el cambio a partir del caso Casal para luego concluir si el proceso actual cumple con el doble conforme.

En el sistema actual, el órgano revisor de las sentencias emanadas de los Tribunales en lo Criminal son los Tribunales o Cámaras de Casación Penal.

II. Recurso. Concepto. Naturaleza.

Según el Diccionario de la Real Academia Española la palabra proviene del latín *recursus* y alude “en un juicio o en otro procedimiento, a la acción que concede la ley al interesado para reclamar contra las resoluciones, ora ante la autoridad que las dictó, ora ante alguna otra”⁵.

Es clásica la definición perteneciente a Clariá Olmedo del recurso como un “medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable”⁶.

Lo primero que debe analizarse por ende, es qué se entiende por resolución judicial. Se ha propugnado la adopción de un criterio material para la identificación de la decisión: se sostiene que lo determinante para que una resolución constituya sentencia, auto o decreto no es la forma con la que haya sido dictada, sino la sustancia de la cuestión que esa decisión ha resuelto.

Junto a ello, el principio de taxatividad limita el recurso: 1) delimitando un círculo de decisiones expresamente recurribles, 2) estableciendo, al regular cada recurso en particular, las resoluciones contra las que procede, y 3) determinando expresamente la irrecurribilidad de la resolución.

El recurso aparece como una facultad de los particulares intervinientes en el procedimiento penal para lograr la revisión de una determinada decisión, para lo cual por lo general aquellos acuden ante un tribunal de jerarquía superior al que la tomó, ya

⁵ www.rae.es (22° edición, año 2001).

⁶ Clariá Olmedo, Jorge A., “Tratado de derecho procesal penal”, t. V, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960, Pág. 442.

sea en forma inmediata, o agotando previamente las posibilidades de que el mismo tribunal que dictó la resolución revise su propia decisión.

El contralor interno de las decisiones jurisdiccionales aparece así como un sistema acotado: dado que con carácter jerárquico e independiente de la actividad decisoria, el tribunal de grado superior limita su control a una revisión posterior de lo actuado por el inferior, dependiente de la voluntad de quienes se presume damnificados por la decisión que se estima errónea.

No cabe proponer al tribunal el examen y decisión de cuestiones que no fueron sometidas al conocimiento del tribunal que dictó la resolución impugnada. Los recursos no proceden cuando la resolución ha alcanzado autoridad de cosa juzgada o se encuentra preclusa, salvo excepcional caso de revisión.

Requisitos comunes:

1) que quien lo deduzca revista la calidad de parte, lo cual se establece taxativamente por ley.

2) la existencia de un gravamen, o sea de un perjuicio concreto y efectivo resultante de la decisión. Este es sin duda el factor central en la cuestión ya que pueden hallarse casos que se encuentran en una zona gris, en la que es arduo afirmar si el gravamen es objetivo. A su vez, el digesto procesal puede añadir criterios limitativos estableciendo montos mínimos de pena, los cuales fueron finalmente determinados incompatibles con la garantía prevista en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷. Conjuntamente con esto, se sostiene que la impugnación debe atacar sólo la parte dispositiva de la resolución, excluyendo la motivación (a menos que no exista parte dispositiva o esta fuera contradictoria con la motivación).

3) su interposición dentro de un plazo perentorio, salvo en el caso del recurso de revisión que procede “en todo tiempo” (CPPN, 479, CPPPBA 467).

Al ser la herramienta recursiva una facultad discrecional de las partes, se desprende que el tribunal de alzada se encuentra especialmente limitado a los puntos de la resolución que fueron motivo del agravio. Es decir, el objeto de la impugnación es, a su vez, objeto del conocimiento del *ad quem*, el que no puede apartarse de estos límites, a pesar de que advierta errores en la resolución no planteados por el recurrente, a excepción de las nulidades absolutas.

⁷ “Girolodi Horacio D. s/ recurso de casación”, El Derecho, t. 163, Pág. 161.

Otra cualidad del recurso, de notable importancia, es la prohibición por parte de la alzada de modificar la resolución en perjuicio del imputado, cuando él hubiera sido el recurrente o por el ministerio público en su favor (*reformatio in peius*).

La razón de ser de los recursos reside en la falibilidad del juicio humano y en la consiguiente conveniencia de que, por vía de reexamen, las decisiones judiciales se adecuen en la mayor medida posible a las exigencias de justicia⁸. El estado apoya esta tendencia, porque el examen mediante el tribunal superior otorga mayor seguridad a la justicia de la resolución y aumenta la confianza del pueblo en la jurisdicción estatal.

III. Historia de la Casación Penal.

“Casar” equivale a suprimir la resolución recurrida, proviniendo del latín *cassare*, de *cassus*, vano, nulo, significando en el lenguaje forense, anular, abrogar, derogar (Diccionario de la Lengua Española).

Los antecedentes históricos de la Casación Penal, son trascendentes a fin de comprender cual debería ser la función actual del citado Tribunal en virtud de la evolución constante de un Estado de Derecho, y no su función limitada, como fuera utilizado en tiempos pasados por los franceses, ya que como bien se sabe, si bien la Casación es un Tribunal que fue creado en virtud a una gran evolución histórica de varios siglos, resulta diáfano afirmar que es una creación puramente francesa⁹.

Los orígenes históricos de la Casación Penal son similares a los de la Casación Civil. Sus inicios, son reconocidos tanto en el Derecho Romano, como en algunas instituciones de la Francia feudal del siglo XIV y también se la supedita a la Revolución Francesa de 1789 y a la consecuente transformación política y social que se observó en los países del mundo, sobre todo del continente europeo.

Es dable afirmar, que la Casación actual surge como resultante de la evolución histórica, producto de influencia de las legislaciones de los romanos, germanos, el derecho italiano, el antiguo derecho francés y las instituciones jurídicas francesas anteriores a la revolución francesa.

⁸ Lorences Valentín Héctor, “Recursos en el proceso penal”, ed. Universidad, año 2007, Pág.21

⁹ Pastor, Daniel R.; “La nueva Imagen de la Casación Penal – Evolución Histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal”, Ed. Ad-Hoc, Primera Edición, Buenos Aires, Octubre de 2001.

En Roma, la Casación fue un ejercicio de poder político por parte de los emperadores romanos, quienes por medio de los *rescriptums* mantenían el *ius constitutionis* contra los derechos locales. El rescripto imperial aseguraba y proclamaba la exacta y única inteligencia de la ley común, referida en abstracto a *propositio major* en que se fundaba la sentencia examinada, siendo, en este aspecto un control de legalidad sobre los jueces. La *supplicatio* interpuesta por un litigante, como la *relatio* o *consultatio* que los jueces podían elevar al emperador romano, no constituían un recurso procesal propiamente dicho, sino una mera petición, no tanto a un juez supremo, sino al supremo legislador; y así los *rescriptums*, cuando disponen una *retractatio* o por esa vía confirman o anulan (*rescindens*) las sentencias, o aclaran las dudas de los magistrados, más que decisiones judiciales (*rectius*: jurisdiccionales) son actos discrecionales de plena soberanía.

En el derecho intermedio se avanzó en un prolijo análisis sobre los vicios *in procedendo* e *in iudicando* de las sentencias, que resultará de gran provecho en lo futuro, aplicado al tema de este estudio. Se creó la figura de la *querella nullitatis* en el derecho estatutario italiano, la cual permitía llevar ante el juez superior, y por medio de una acción de parte, una sentencia viciada por *error iuris in indicando*. Esta herramienta tenía ya, bajo el solo aspecto procesal, la estructura actual de la Casación en cuanto su forma, aunque no se contemplaba la función política extraprocesal, de unificación.

Una institución de la complejidad de la Casación, destinada a velar por la exacta y correcta observación de la ley (en un principio), en aras de la seguridad, certeza e igualdad –función meramente política, controlar que las decisiones de los jueces sean acordes a la ley- , no pudo haber surgido espontáneamente con el movimiento revolucionario que culmina con la toma de la Bastilla en 1789, sino que fue un proceso lento que recogió aspectos relevantes de las instituciones del derecho romano, de los principios integrados y sistemáticos del derecho germánico. Sumadas a las instituciones anteriores de la Revolución Francesa, emanadas de las cartas de cancillería, del consejo del rey y del consejo de partes.

Por ordenanzas de los siglos XIV a XVII, principalmente de los años 1302, 1539, de Moulins de 1566, de Blois de 1579 y la de 1667, dada por Luis XIV, “*de son progre mouvement*” o accediendo a una *requete ressort*, y a mérito de las *lettres de justice*, expeditadas al efecto por el monarca, éste podía ordenar a los Parlamentos la revisión de sus fallos, o directamente avocarse el conocimiento de éstos,

reformándolos o anulándolos (*les passer*). Imponía de este modo al rey su derecho de juez superior y último en el orden jerárquico de la administración de justicia, y afirmaba, a la par, sus prerrogativas y autoridad de soberano absoluto, en el orden de los poderes del Estado.

La necesidad de una vigilancia más estricta sobre los Parlamentos, para combatir su tendencia descentralizadora y su frecuente alzamiento contra las ordenanzas que desconocían negándoseles el *enregistrement* o exequátur, o infringiendo su texto o alterándolas con sus *arrets* de alcances legislativos, esos motivos, como la afluencia creciente de recursos, llevaron a crear, en 1578, el *Conseils des parties*, como sección del *Grand Conseil du Roi*, en calidad de Tribunal de la Corte, para entender en aquellas peticiones que desde entonces se llamaron *demandes en cassation*. Este organismo, en su estructura o fuente inmediata que como legado del *ancien régime* recoge la Revolución para transformarlo en *Tribunal de Cassation* y luego en *Cour de Cassation*, como hasta hoy se conserva. Para Calamandrei, la mayor diferencia existente entre el *Conseil* y la casación (anterior al fallo Casal) radica en su falta de independencia y en la ausencia de la función de unificación de la interpretación judicial, lo cual, no constituye la esencia del recurso.¹⁰

Conjuntamente con la revolución francesa llegó la supresión del *Conseil des Parties* para más tarde dar lugar a la creación del *Tribunal de Cassation*, en su nuevo concepto revolucionario. Nace del decreto del 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790, con el objeto de garantizar el principio constitucional de la separación de los poderes, pero especialmente para controlar y mantener en sus justos límites al poder judicial, protegiendo la virtualidad de la ley, mediante el estricto control nomofilático (de protección del sentido literal de la ley con absoluta pureza) reforzando así la función propia del Parlamento al preservar como “la voz de la ley”, el producto jurídico esencial que emana de los representantes del pueblo. Originariamente el Tribunal nace como un órgano del poder legislativo, es decir, fuera de la organización judicial. Sin embargo, no se puede fundar sobre esto la naturaleza de la casación, porque lo que decide su calificación es su estructura, que de ningún modo puede ser llevada a la función legislativa. Esto se dio por la desconfianza que había en Europa en general del Parlamento hacia los jueces, como una extrema cautela contra su rebelión a la ley. Debe recordarse el contexto ideológico de la época en el cual se buscaba salvaguardar la división de poderes, sin perjuicio de que por este medio el Legislativo

¹⁰ Sartorio José, “La Casación Argentina”, ed. Depalma, 1951, Pág. 19

terminaba invadiendo en forma mediata su tan deseada división. Es realmente paradójal –ha señalado Satta- este querer desvincularse del juez y del juicio para asegurar la observancia de la ley que sólo el juez y el juicio pueden asegurar: signo de inmadurez de la conciencia jurídica. Se dijo que *“quien hace la ley es el único que puede interpretarla, y no los jueces; la jurisprudencia no puede ser otra cosa que la ley aplicada en su texto preciso; un sentido personal que dé el juez a ese texto es una extensión de la ley y por lo tanto una violación de ella. Aquélla casación “no es parte del poder judicial sino una emanación del poder legislativo, y el tribunal, una especie de comisión extraordinaria del cuerpo legislativo, encargada de reprimir la rebelión contra la voluntad general de la ley”*¹¹.

La Casación en la antigüedad tenía facultades limitadas y netamente políticas, fue creada con una finalidad determinada, es decir, se avocaba puramente a la defensa del *ius constituionis*, así, reprobaba y consecuentemente anulaba las resoluciones de los jueces que no se adecuasen a la ley, se atacaba la vigencia de la ley con la sentencia y no el derecho del imputado¹². La jurisdicción era en sus inicios negativa, cuyo efecto fue el reenvío, el cual consistía en atribuir *ex novo* el conocimiento de la causa al tribunal ordinario de origen del fallo anulado, o al otro del mismo grado para que, a instancia de parte y previa sustanciación, dicte una nueva sentencia.

Si bien la Casación fue pensada tradicionalmente en el sentido expuesto –fin político- a fin de conservar el señorío del rey y luego la supremacía del parlamento, por ello se avocaban netamente a las cuestiones de derecho.

De ello, se sigue que la no observación de las cuestiones de hecho respondía entonces a una clara discreción racional, ya que no se cuestionaba de ninguna forma a la ley sino meramente al proceso y a la forma de valoración de la prueba por parte del juez.

Esta primera función mutó en Francia con posterioridad, cuando el 18 de mayo de 1804 adquiere un definitivo reconocimiento de su naturaleza jurisdiccional, a partir del senadoconsulto del 28 de Floreal del año XII¹³, pasando a denominarse la Corte de

¹¹ De la Rúa Fernando, “La casación penal”, ed. Depalma, pág. 13

¹² Pastor, Daniel R.; “La nueva Imagen de la Casación Penal – Evolución Histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal”, Ed. Ad-Hoc, Primera Edición, Buenos Aires, Octubre de 2001, pág. 18 y sgts.-

¹³ Senadoconsulto que proclama a Bonaparte “Emperador de los franceses” bajo el nombre de NAPOLEÓN I y que contiene modificaciones a la Constitución (llamado igualmente constitución del año XII). Floreal (en francés Floréal) es el nombre del octavo mes del calendario

Casación. Así, se confirma la facultad de ejercer una función positiva y convertirse en el supremo intérprete de la ley y declarando su jurisprudencia obligatoria para los demás tribunales de justicia con finalidad “unificadora”. La importancia del senadoconsulta del 28 de Floreal, que dio al *Tribunal de Cassation* la nueva denominación radica en la consagración definitiva del carácter jurisdiccional del órgano, su incorporación al Poder judicial del Estado, y la configuración de la casación como un verdadero medio de impugnación, un recurso otorgado al particular como remedio procesal. La diferencia que se quiere ver entre el Tribunal y la Corte reconociendo al primero sólo una función negativa de anulación, y sumándole a ésta la positiva de unificar jurisprudencia, sucumbe ante la disparidad de los términos usados para el razonamiento: mientras la anulación es una función reglada por la ley, perfeccionada en la Corte, la tarea de uniformación del derecho está fuera de la ley, presente sólo en la voluntad del legislador, pero fuera y más allá del proceso: “más como una aspiración que como una realidad comprobable”¹⁴.

Lentamente, la casación fue activando su facultad jurisdiccional y consecuentemente obtuvo facultades de unificar jurisprudencia. Así las cosas, el modelo de casación francés, con matices, se expandió durante el siglo XIX por el continente europeo y fue seguidamente acogido en los códigos italianos de 1913 y 1930, y en el año 1940, fue introducido y aceptado con la sanción del Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Finalmente en el año 1992 se lo estableció en el Código Procesal de la Nación, vigente a la fecha, previo a su recepción en varias provincias de la República Argentina¹⁵. En la Provincia de Buenos Aires, se implementó seis años más tarde.

A los fines clásicos de la casación, que tuvo su origen en el derecho francés, se ha agregado, por obra de la casación española la justicia sustancial del caso. La casación española, que presume de tener un origen propio, directamente heredado del derecho romano, nació, a contrario sensu de la francesa, con un carácter puramente judicial –no político- y con dos finalidades bien claras:

a) Corregir infracciones a la ley o a la doctrina legal, por mala o errónea aplicación por parte de tribunales de justicia, y

republicano francés, el segundo de la estación primaveral, que dura desde el 20 ó 21 de abril hasta el 20 ó 21 de mayo, según el año. Coincide de forma aproximada con el paso aparente del Sol por la constelación zodiacal de Tauro.

¹⁴ De la Rúa, Fernando. “La casación penal”, Pág. 17.

¹⁵ Conforme el Dictamen del Procurador General de la Nación en el fallo “Casal”.

b) Corregir violaciones de formas esenciales del proceso.

Su finalidad fue pues, además de unificadora, de salvaguardia de la justicia y de las garantías procesales.¹⁶

En suma, según Enrique Rivarola “este medio impugnatorio tiene tres finalidades que actúan armónicamente: control del cumplimiento del derecho objetivo (función nomofiláctica); la uniformidad de la jurisprudencia (función uniformadora), y por último, también la justicia del caso (función dikelógica)”.¹⁷

Sin embargo, estas funciones no significaban estar en presencia de una segunda instancia, porque en ésta última el conocimiento es mucho más amplio, mientras que en la casación hay motivos específicos establecidos en forma expresa y sólo se controlaba lo decidido por el tribunal de mérito.

IV. Análisis de la normativa del recurso casatorio en los ámbitos Nacional y de la Provincia de Buenos Aires. El criterio clásico.

Fernando de la Rúa define al recurso de casación del siguiente modo, el cuál contiene todos los elementos esenciales para el presente estudio: “*medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin el reenvío a nuevo juicio*”.¹⁸

El recurso, tal como se lo concibió inicialmente, se refiere únicamente a las cuestiones de derecho, sustantivo o procesal, lo cual excluye todo problema atinente a la valoración de los hechos y pruebas; supone un interés de la parte que lo hace valer, por lo cual la sentencia debe causarle gravamen; el tribunal de casación puede resolver anulando la sentencia impugnada cuando revela vicios formales, o bien puede ejercer competencia positiva adecuando la interpretación de la ley, que emite en sede del recurso, a los hechos definitivamente fijados en el mérito, sin alterarlos.

¹⁶ Roberto Atilio Falcone – Marcelo Augusto Madina, “El nuevo proceso penal en la Provincia de Buenos Aires”, ed. Ad-hoc., 2000, Pág. 255.

¹⁷ Jorge R. Gonzalez Novillo – Federico G. Figueroa, “El recurso de casación en el proceso penal”, ed. Ad-hoc, 1993, Pág. 12.

¹⁸ Op. cit. Pág. 23

Los motivos que dan lugar a la casación pueden ser clasificados en vicios de actividad o vicios de juicio, o errores *in procedendo* y errores *in iudicando*. Esta distinción parte de la diferente posición en que se halla el juez frente al derecho, según sea sustantivo o procesal.¹⁹ Debe recordarse que la ley sustancial es en principio nacional, mientras que la ley procesal es local. A su vez, cuando la infracción jurídica versa sobre la actividad procesal, el error es *in procedendo*; cuando versa sobre la determinación del hecho y su inserción en la norma, es *in iudicando*, y si es sobre el hecho por haber sido fijado en la sentencia con error sobre la verdad histórica será *in Factum*; en cambio, si es sobre la inteligencia de la norma que a ese hecho debe aplicarse, será *in iuris*.

Esta distinción no es caprichosa, ya que el ángulo bajo el cual es examinada la sentencia resulta totalmente diverso, sin perjuicio de que el criterio es puramente didáctico y con fines de lograr una mejor sistemática.

No debe confundirse la interpretación de la ley con el indicando de la fórmula. La interpretación es una operación inescindible del proceso de aplicación de la ley, pues la misma descripción del hecho a juzgar depende de ella. Se puede decir que ella constituye el momento gnoseológico de la aplicación de la ley, la necesaria relación de conocimiento entre quien pretende aplicar la ley a un comportamiento concreto y el esquema normativo que presidirá la valoración.²⁰

Lo que cuenta para decidir el tipo de error cometido es la naturaleza de la norma violada, y no su origen. Si la norma tiene por fin establecer y resguardar derechos subjetivos o señalar el ámbito represivo de restricción de la libertad personal, su naturaleza es sustantiva. Cuando su fin es, en cambio, determinar el modo de conducta para hacer valer el derecho subjetivo desconocido o reprimir la violación a la prohibición legal, su naturaleza es procesal.²¹

Frente a las normas de derecho sustancial su misión es declarar el derecho, comprobando de qué manera los interesados lo han cumplido; frente al derecho procesal, su deber es cumplirlo, adecuando su actuación y la de las partes en el proceso.

¹⁹Jorge R. Gonzalez Novillo – Federico G. Figueroa, “El recurso de casación en el proceso penal”, ed. Ad-hoc, 1993, Pág. 25

²⁰ Julio B. J. Maier, “Derecho Procesal Penal Argentino”, t. 1 – Fundamentos, Pág. 229.

²¹ Op. cit, Pág. 34:

El Código Procesal Penal de la Nación (T.O. Ley 23.984 y modif.), legisla sobre el recurso en estudio en sus Arts. 456 y siguientes, indicando en lo sustancial, que procederá en caso de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (Inc. 1º), así como ante inobservancia de normas que el Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que haya reclamado la subsanación del vicio –o hecho la protesta-, a menos que se trate de nulidades absolutas (Inc. 2º).

El vicio *in iudicando* tiene su fuente en la legislación italiana y ha sido aceptada por la doctrina. El concepto tiene una comprensión amplia que abarca todo cuanto el juzgador ha valorado en la función jurídica y con respecto a las cuestiones de fondo (que pueden encontrarse también en los códigos procesales), al dictar el pronunciamiento definitivo.

Dentro del concepto se comprenden los siguientes casos: a) falta de aplicación de la norma jurídica que corresponde al caso; b) aplicación de la norma a una hipótesis no contemplada en ella; c) abierta desobediencia o trasgresión a la norma; d) en general, todos los errores de derecho que constituyan el desconocimiento de una norma jurídica en su alcance general y abstracta, sea que el error verse sobre su existencia, sobre su validez o sobre su significado.²²

La jurisprudencia previa a “Casal” no admitía recurso sobre la valoración del *Factum* hecha por el tribunal de juicio, y ello pareció adecuado porque no habiéndose desarrollado ante sus ojos el funcionamiento individual y el conjunto del cuadro probatorio, el tribunal de casación no estaría en condiciones de apreciar su eficacia de acuerdo con los principios que informan el sistema oral.

El inciso segundo del artículo 456 trata de una violación o inobservancia de aquellas normas que establecen las formas que deben observarse en el cumplimiento de los actos procesales cuya omisión se sanciona con nulidad o inadmisibilidad.

La enumeración de los supuestos de resolución recurrible en casación es cerrada (*números clausus*) en virtud del principio de taxatividad de los recursos que el mismo CPPN se auto impone (Art. 432). Por otra parte, en materia de casación penal no existe, en el ámbito federal, regla que, con base en algún criterio abierto, permita ampliar el ámbito de los objetos recurribles por dicho remedio. Esto sólo sucede para la apelación (resoluciones que causen gravamen irreparable). Del sistema se infiere, sin lugar a dudas, que cuando el legislador de 1992 sancionó el nuevo CPPN tuvo una

²² Op. cit, Pág. 37.

idea muy clara acerca del papel que debía cumplir, en ese cuerpo normativo, el recurso de casación penal; y eligió ese sistema, a pesar de que para ese entonces la Argentina ya había ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prevén el derecho al recurso del condenado. Por esta y por otras razones, a poco de andar quedaron en evidencia ciertos problemas no previstos por el legislador.

Una cuestión de relevancia a los efectos de esta labor, es la limitación que el texto contiene en su Art. 459 para el imputado, en tanto sólo le permite recurrir sentencias condenatorias de más de 6 (seis) meses de prisión, más de 1 (un) año de inhabilitación o de determinada multa en caso de Juicios Correccionales (Inc. 1º), o de más de 3 (tres) años de prisión, más de 5 (cinco) de inhabilitación, o más de determinada cantidad de multa, en caso de Juicios Criminales (Inc. 2º). Dejo a salvo que dichas limitaciones fueron modificadas por la Corte, declarándose la inconstitucionalidad de la misma.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, en el nuevo Código Procesal Penal (T.O. Ley 11.922 y modif.), el remedio casatorio está previsto en el Art. 448, y por los siguientes motivos: Inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal o de doctrina jurisprudencial correspondiente en la decisión impugnada, y defectos graves de procedimiento, siempre que se haya reclamado la subsanación (Inc.1º), así como en casos de que nuevos elementos de prueba, evidencien que el hecho no existió, o que no lo cometió la persona imputada (Inc. 2º).

Debe resaltarse, asimismo, que la normativa provincial no contiene una limitación para recurrir en lo que hace a los montos de pena del imputado, pues éste puede recurrir toda sentencia condenatoria, de Juez Correccional o Tribunal Criminal, tal como surge del Art. 454 en su primer inciso.

Pues bien, más allá de la limitación para recurrir que contiene el digesto procedimental de la Nación, lo cierto es que ambas regulaciones son similares, en tanto postulan desde un principio que el remedio casatorio procede fundamentalmente en casos de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, o defectos graves de procedimiento, cuya subsanación se haya reclamado, además de haberse hecho la consabida protesta.

No se pretende desconocer que la instancia recursiva puede ser exitosa en otros supuestos, como lo es eventualmente la gravedad institucional o el absurdo mismo, mas lo que interesa a los fines aquí propuestos, es destacar que desde la

óptica normativa, se sostuvo esta vía como una instancia de revisión netamente jurídica, y ajena a los hechos.

Es decir, que en los ámbitos a los que aludo, los jueces o tribunales de primera instancia eran en principio, el único órgano que tenía potestad sobre las cuestiones fácticas, quedando la casación únicamente para revisar el significado jurídico de los hechos ya fijados, salvo –como se dijera- que se alegara y probara la existencia de lo que se ha dado en llamar absurdo valorativo.

La doctrina del absurdo, similar a la teoría de la arbitrariedad de la Corte Suprema, es una creación jurisprudencial de la Suprema Corte, la cuál amplía los motivos del recurso extraordinario admitiendo, por vía de inaplicabilidad de ley, un reexamen de los hechos cuando considera que su determinación por el tribunal de mérito se aparte de las exigencias de legitimidad, logicidad o insuficiencia, de modo que le impiden a la Corte examinar si la ley ha sido bien o mal aplicada en la sentencia.

El confuso control en casación de la motivación de la sentencia (forma procesal cuyo cumplimiento debía, más bien, ser examinado por medio del recurso extraordinario de nulidad, y que como violación de formas supone la anulación del fallo viciado y el reenvío de la causa a nuevo juicio) ha llevado a que la Corte descienda al mérito cada vez que proclama la absurdidad de una sentencia y, por ese camino, acabe por convertirse en una tercera instancia renovada en el mérito, fijando los hechos según su valoración del material probatorio y alejándose, por tanto, de su misión de puro control jurídico.²³

No es esta una afirmación caprichosa, sino que basta con seguir la opinión de De la Rúa, en tanto indica que: “... *si se aplica con rigor, será más fácil comprender la dinámica de la casación como recurso limitado a las cuestiones de derecho...*”²⁴.

En rigor de verdad, previo a esta reformulación del proceso se pensaba que la doble instancia en materia penal no era necesaria por costosa y poco compatible con la inmediación del plenario oral, entendiéndose que la doble instancia se compensaba con la integración plural del tribunal sentenciador, de allí que importase una casación limitada a cuestiones de derecho, lo cual quedaba a mitad de camino con lo que hoy requiere el plexo constitucional y de los Tratados vigentes en nuestra nación, en donde el afectado cuenta con el derecho de recurrir el fallo ante el juez o Tribunal Superior.

²³ Op. cit, Pág. 24

²⁴ Fernando De la Rúa. “El Recurso de Casación” Pág. 41.

La casación bonaerense, y también la casación nacional limitaron su conocimiento a las cuestiones de derecho, dejando muy en claro que la vía casatoria no constituye una segunda instancia revisora de los hechos, sino que lo es de las posibles infracciones de derecho, con la salvedad del absurdo valorativo (Cf. Trib. Cas. Penal Pcia. de Buenos Aires, Sala II, Registros 893-2000; 480-01; 35-2001, entre otros; Sala I, Registro 48-2004, entre otros y Cám. Nac. Cas. Penal, Sala II, Fallos de fechas 7-9-1998 y 16-6- funcionando como “única”).

Cabe destacarse que para saber cuales eran los casos que habilitaban la vía casatoria debía recurrirse a un examen casuístico de la jurisprudencia, cuya consecuencia era la inestabilidad al variar los criterios con frecuencia.

Otra cuestión que se dio a debate, es sobre la naturaleza de la resolución susceptible de recurso. Estaba establecido que únicamente las sentencias condenatorias eran recurribles. Sobre esto, debemos recordar cuales son los fines del proceso, y nunca perderse en el análisis profundo de las cuestiones dogmáticas, para así obrar e interpretar en forma razonable.

Actualmente está fuera de discusión que ante todo auto procesal importante adverso, el inculpado posee el derecho de que éstos sean revisados por un tribunal superior con el fin de obtener un segundo pronunciamiento en ese sentido. Esta es la regla, por lo que nada importa cuál sea el tribunal de donde provenga una resolución. Lo que interesa es que se garantice la posibilidad de obtener una doble conformidad sobre un pronunciamiento que restringe los derechos a una persona sujeta a un procedimiento penal. Aclaro que esto puede, en ciertos procesos, quedar cumplido en las Cámaras de Apelación, como por ejemplo en materia correccional dado que se obtiene una condena por el Juzgado de primera instancia y una revisión por el *ad quem*.

En resumen, el recurso de casación – o, dicho con más precisión, un medio de impugnación constreñido sólo a las cuestiones de derecho – ha visto justificado tradicionalmente su ámbito dogmático de revisión limitada en: a) el fin político de asegurar la unidad del derecho objetivo; b) a través de una interpretación de la ley, final y suprema, que asegure la uniformidad de la jurisprudencia; c) garantizando así, accesoriamente, la igualdad; d) respetando la decisión soberana del jurado sobre los hechos; e) y las limitaciones impuestas por los principios de oralidad, inmediación y concentración del juicio penal; f) para lograr así, también, una menor carga de tareas de los tribunales superiores encargados del recurso. Si al cumplir con todas estas

exigencias se puede, además eliminar resoluciones judiciales incorrectas, ello es procedente. Pero en la dogmática tradicional de la casación penal ello es procedente si esa eliminación está al servicio de aquellas exigencias. Esta es la caracterización concreta del estilo tradicional de configuración del recurso de casación.²⁵

Este era el criterio imperante hasta que el máximo tribunal del país abordó primeramente lo atinente a la inconstitucionalidad de la limitación a recurrir que prevé el ordenamiento procesal nacional, a la luz de la normativa que incorporó la Reforma Constitucional del año 1994.

Nosotros sostenemos que la interpretación antedicha era violatoria de las reglas constitucionales que emergen de los tratados internacionales a los que se ha hecho alusión, que exigen lo que se ha rotulado en doctrina como “doble conforme”, garantía ésta que no podía verificarse nunca, pues los órganos casatorios se limitaban en su intervención, alejándose de los hechos.

V. Gravedad Institucional. Concepto. Supuestos. Origen. Evolución jurisprudencial.

Sin perjuicio de ser este un instituto propio de los recursos extraordinarios ante los órganos superiores, es relevante dedicarle un breve análisis dado que ha sido un medio de gran relevancia a la hora de ampliar los supuestos susceptibles de recurso.

El concepto de gravedad institucional ha sido construido pretorianamente por la Corte Suprema en ocasión del recurso extraordinario. Se trata de un instituto peculiar, no bien definido, sumamente atractivo y de honda significancia. Puede operar de tres maneras diferentes: como factor de moderación de los recaudos de admisibilidad; como nueva causal de procedencia; y como motivo para suspender la ejecución de sentencias recurridas.²⁶ Asimismo, esta herramienta se ha utilizado para lograr el famoso “per saltum”, con lo cual vemos que para llegar al superior tribunal los medios no son sólo los taxativamente enunciados en el artículo 14 de la ley 48.

²⁵ Pastor, Pág. 33

²⁶ Saguez, Nestor Pedro. “Derecho Procesal Constitucional”, ed. Astrea, 2° edición actualizada y ampliada, año 1989, Tomo II.

Por lo general, para que exista gravedad institucional, han de aparecer “comprometidas las bases mismas del Estado”; tampoco basta para acreditar la existencia de un serio “interés comunitario” en juego,

Si bien esta doctrina se consolida a partir del caso Jorge Antonio²⁷ (Fallos, 248:189), puede detectarse su presencia embrionaria con anterioridad al mismo.

Así, durante el período que va entre los años 1903 hasta 1959 la CSJN recurrió a los conceptos de interés institucional, o grave interés institucional, para pasar por alto la ausencia de sentencia definitiva, principalmente, en los juicios de apremio, cuyas decisiones no se consideran finales por la posibilidad discutirse en un juicio ordinario posterior.

En el citado fallo, pese a no corresponder la vía recursiva intentada, la Corte, con el voto mayoritario de 4 de sus 5 integrantes declaró procedente el recurso extraordinario. En el considerando 1º, el Tribunal sostuvo que lo resuelto por la Cámara, en cuanto a la privación de la competencia invocada por aquélla, era definitivo y “justificaba por su naturaleza institucional” su intervención. Luego en el considerando 3º se argumenta que “el recurso extraordinario ha sido instituido como el instrumento genérico para el ejercicio de la función jurisdiccional más alta de esta Corte, la que se satisface cabalmente, cuando están en juego problemas de gravedad institucional...” Y finaliza diciendo “...Se trata, por lo demás, de una tendencia que se observa de la misma manera en la legislación y la práctica norteamericanas y que se manifiesta en las normas procesales expedidas por la Suprema Corte de aquel país...”

La gravedad institucional no ha sido –en la doctrina judicial de la Corte Suprema de la Nación- encerrada en los límites de una definición, ya que por su abstracción, y plasticidad, el concepto remite a una tésis de salvaguarda de la supremacía del orden constitucional y aseguramiento de la vigencia de las instituciones fundamentales de la República (cfr. C.S.J.N., "Jorge Antonio, 28-10-1960; "Penjerek, Norma", en J.A., 1963,VI,249), en los casos en que las “sentencias sean arbitrarias o se aparten notoria y lesivamente de los principios básicos del proceso criminal” (C.S.J.N., 24 de noviembre de 1988, "Mattei, Angel", La Ley, T. 133, P. 144, con cita de Fallos, 110:23; 114:284; 125:268; 127:30; 183:34); en supuestos en que la solución alcanzada exhiba deficiencias, susceptibles de afectar una “irreprochable administración de justicia” (Fallos, 257:132); cuando se atiende a la “adecuada preservación de los principios de la Constitución y en particular del

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de octubre de 1960.

objetivo de afianzar la Justicia" (causa "Todres, Isaac" resuelta el 18/08/71, y causa "Industria automotriz Santa Fe S.A., resuelta el 18/01/71); en situaciones donde los fundamentos del recurso revisten un "interés institucional que excede al de los recurrentes" ("Toculescu, Esteban, rta. El 10-11-1964, publ. revista La Ley, T. 117, pág. 551); o en general, en los casos en los que la habilitación de la instancia extraordinaria estuvo originada en una cuestión federal (causa "Massera, Emilio E." resuelta el 12/04/84, "Capussi, Miguel", resuelta el 9/10/84).

Los Tribunales de Casación han tomado esta doctrina de la corte, dando entrada a casos atípicos. Se puede observar a través de los fallos del citado Tribunal, una clara evolución progresista. Así, previo al año 2003, prácticamente en todos los casos se mantenía firme la interpretación taxativa del código de procedimiento. Poco a poco ha cambiado su postura, encontrándose numerosas resoluciones que admiten este supuesto como vía casatoria.

La Sala I del Tribunal de Casación de La Plata ha dicho que "perfila el supuesto de gravedad institucional la circunstancia de que el órgano jurisdiccional "a quo" haya descartado de plano la aplicación de una ley, siguiendo en esto criterio contrario al sentado para casos semejantes por el Tribunal de Casación Penal."²⁸

En materia de excarcelación, el juez Piombo ha votado que "Configura supuesto de gravedad institucional que abre la vía casatoria, el acto jurisdiccional concesivo de la excarcelación si el criterio jurídico que motiva el otorgamiento del beneficio incide en la situación de una gran masa de procesados por delitos graves y es factor concurrente para la demora que gravita en la tramitación de expedientes ante la Suprema Corte de esta Provincia."²⁹

Otro supuesto de gravedad institucional que permite excepcionar la no definitividad del pronunciamiento impugnado, se da cuando lo resuelto por el "a quo" compromete la regular administración de justicia al afectar la forma de aplicación de la ley penal.

Tratándose de habeas corpus, mucho se ha intentado la interposición directa en Casación, aceptándose cuando el órgano jurisdiccional departamental desconoce lo decidido por el citado tribunal o cuando media interés o gravedad institucional. Asimismo, el

²⁸ "G.,B. s/ Recurso de Casación", TC0001 LP 89 RSD-172-99 S 8-9-1999 , Juez NATIELLO (SD)

²⁹ "A.,A. s/ Recurso de casación", TC00SF LP 5944 RSD-5-1 S 25-1-2001 , Juez PIOMBO (SD)

ser privado del goce debido al derecho de defensa en juicio, también configura un supuesto de gravedad cuando se halla en juego la libertad de un individuo.³⁰

Nunca se debe perder de vista que la misión de los jueces es la de afianzar la justicia, y ello de modo más manifiesto obviamente cuando resulta claro el interés institucional que habilita la intervención de la Corte respecto de los temas debatidos.

VI. Derecho al doble Conforme: Precepto Constitucional a partir de la incorporación de los tratados sobre derechos humanos.

Habiéndose explicado brevemente la dinámica del proceso penal, con las garantías que amparan a los imputados y la historia de la casación, vamos arribando al quid de la cuestión, que es el derecho al doble conforme, para luego analizar cual debe ser la amplitud del recurso para respetar el citado derecho.

Por medio de las leyes de la Nación nº 23.054, el 1 de marzo de 1984, y nº 23.313, el 17 de abril de 1986, el Congreso Nacional aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también llamado Pacto San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El primero regula garantías judiciales, entre muchos otros derechos, tales como la de recurrir ante un juez o tribunal superior en su artículo 8º, inciso h, apartado 2º, mientras que el segundo lo regula de forma similar en su artículo 14º, inciso 5º. En un principio su jerarquía en el plexo normativo estaba discutida, encuadrándola algunos por encima de las leyes y debajo de la Constitución Nacional, y otros que le asignaban jerarquía igual a las leyes. Su evolución jurisprudencial se analiza en el punto siguiente.

Luego de la reforma constitucional del año 1994, el constituyente otorgó jerarquía constitucional a diversos Tratados sobre Derechos Humanos, entre ellos los mencionados anteriormente, con lo cual toda discusión acerca de su jerarquía queda zanjada. De esta forma, la doble instancia ha sido expresamente consagrada como un derecho humano de primera generación. En el mismo sentido, se expresó el voto unánime de los señores Ministros de la Corte en Casal al señalar: "... desde 1994, el Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del

³⁰ Tribunal de Casación Penal Sala Primera, causa 17.708 caratulada: "I., W. M. s/ Hábeas Corpus"

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pasaron -sin duda alguna- a configurar un imperativo constitucional."

En el caso "Bramajo"³¹ la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente "en las condiciones de su vigencia" (Artículo 75 inciso 22, 2º párrafo) , de ello surge claramente que las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben ser guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación del citado Tratado.

A modo de ilustración, es interesante citar lo expresado por Ferrajoli, respecto de esta garantía: "...es el reexamen, a pedido de parte, del primer juicio, lo que constituye una garantía esencial del ciudadano y en particular, en el juicio penal, del imputado [...] Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta del doble examen los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio. Es evidente que este principio tiene valor sobre todo en el proceso penal, donde está en juego la libertad de los ciudadanos, en conflicto directo con la pretensión punitiva del estado"³².

Asimismo, Bidart Campos ha señalado: que: "...Conforme al Pacto de San José de Costa Rica, la doble instancia es obligatoria en el proceso penal, porque su artículo 8.2.h., consigna el "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"³³.

Por ello, a fin de consagrarse la garantía de la doble instancia, es requisito que la materia recursiva sea amplia y que la existencia de los recaudos para la concesión del recurso sean interpretados y aplicados en forma generosa. Digo esto porque parece que, en función de lo anterior, se debería elegir siempre la interpretación más

³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 12 de septiembre de 1996; DJ 1997-2, 195.

³² Ferrajoli, Luigi; *"Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia"*, Nueva Doctrina Penal, 1996/B, Pág. 446/7

³³ Bidart Campos, Germán; *"Manual de la Constitución Reformada"*, Tomo II, Ed. Ediar, Pág. 304.-

acorde a consagrar la doble instancia, teniendo en cuenta la obligatoriedad de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino, los que de no cumplirse implicarían eventuales sanciones a nuestro país.

Tal derecho, debe prevalecer, por su jerarquía constitucional, frente a las limitaciones o a la falta de previsión que puedan motivarse en las leyes. En relación a lo expuesto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha producido un informe en el caso "Juan Carlos Abella"³⁴, en relación a la violación de la garantía del doble conforme jurisdiccional: "...Un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales ... El debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa (considerando N° 252)"...Y más adelante: "...La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insalvable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de las mismas" (párrafo 261).- Asimismo, la citada Comisión ha observado que por ser el recurso de casación "...una institución jurídica que...permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba, constituye, en principio, un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el art. 8.2.h. de la Convención. En tanto no se lo regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso".³⁵

A modo de complemento, brota en forma clara que en un Estado de Derecho - respetuoso de las garantías constitucionales, entre ellas, el debido proceso y el derecho a la defensa en juicio-, las exigencias del sistema interamericano con el fin de

³⁴ Informe Nro. 55/97, "Argentina", caso N° 11.137, Juan Carlos Abella, del 18 de noviembre de 1997.-

³⁵ Informe 24/92 de fecha 2 de octubre del año 1992 e informe 55/97 del 18 de noviembre de 1997.

satisfacer el derecho al doble conforme, resultarían de aplicación. Ello a fin de respetarse los Derechos Humanos de primera generación.

VII. El recurso extraordinario no satisface el doble conforme.

La afirmación del punto a desarrollar bajo este título deviene llana y natural, pero resulta de interés para el análisis completo del presente trabajo. Si bien el recurso extraordinario, conforme a la ley 48 puede revisar las sentencias del tribunal superior de la causa –en este caso la Casación Penal- sus motivos se encuentran limitados al examen de las garantías constitucionales o a la revisión de la sentencia por arbitraria o absurda. Ello siempre que se ponga en crisis la interpretación y/o aplicación de una cláusula constitucional que rigen sobre la decisión, y de ningún modo sobre cuestiones de hecho y prueba.

De este modo, los vicios de los que se debe ocupar la casación, desde su concepción restringida (cuestiones de derecho común y de derecho procesal) se encuentran expresamente excluidos del recurso extraordinario federal.

Máxime después del reconocimiento efectuado por la CSJN que el 7 de abril de 1995 en el histórico fallo del caso "Girolodi"³⁶ declaró la inconstitucionalidad del Art.459 del CPPN, al admitir que luego de la modificación del Art.280 del CPCyCN, por la ley Nº 23.774, el recurso extraordinario federal se había convertido - definitivamente - en un "writ of certiorari" y por lo tanto no constituía "garantía" para el condenado, con lo que de ninguna manera podía considerarse como la "segunda instancia" a que los pactos internacionales obligaban en materia penal.

En "Casal" la Corte determinó que: "En función de lo enunciado y, debido a la inteligencia que corresponde asignar al Art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación por imperio de su propia letra y de la Constitución Nacional (Arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional en función del Art. 75 inc., 22 de la Constitución Nacional), resulta claro que no pueden aplicarse al recurso de casación los criterios que esta Corte establece en materia de arbitrariedad, pues más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios -que en definitiva no tiene mayor relevancia-, es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en

³⁶ La Ley, año 1995 tomo D, Pág. 461

sentido amplio, esta Corte se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica".

El objeto del recurso extraordinario federal y –por ende- la función de la Corte Suprema de la Nación solo debe limitarse a las cuestiones suscitadas en torno a la supremacía de la Constitucional Nacional.

VIII. El proceso Argentino a lo largo de la historia. Breve reseña jurisprudencial.

En nuestra tradición jurisprudencial, ha existido la tendencia a la “instancia única” en materia penal, derivando ello en un obstáculo para la efectivización de los derechos del justiciable, en este caso, al vedar el derecho al doble conforme.

En el año 1988, la Corte Suprema recordó en el caso “Jáuregui”³⁷, que la doble instancia judicial no constituye, por sí misma, requisito de naturaleza constitucional..., así como tampoco puede suprimirse la doble instancia arbitrariamente cuando el legislador la ha previsto. El Dr. Petracchi, junto con la mayoría de la Corte, sostuvo en su voto que el recurso extraordinario, pese a sus limitaciones, dejaba satisfecho el recaudo del derecho a recurrir ante un tribunal superior.

Esta doctrina sentada por el Máximo Tribunal, sin olvidar los casos “Strada”³⁸ y “Di Mascio”³⁹ que de algún modo se relacionan con la doble instancia en forma indirecta, ha sido abandonada en el año 1995, al sostener en “Girolodi” que la instancia recursiva debe existir independientemente del recurso extraordinario federal a través del recurso ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

³⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 311:274.

³⁸ En el citado caso la CSJN estableció el requisito de que, previo a la interposición del recurso federal, se debían recorrer las instancias provinciales previas, ordinarias y extraordinarias

³⁹ Posteriormente, en este fallo, la CSJN declaró, que resultan inconstitucionales, las normas legales o jurisprudenciales locales que impidan el acceso al tribunal superior provincial mediante un recurso concreto sobre cuestiones federales, de materia, monto o grado de la pena.

Es importante hacer mención a los considerandos más relevantes para el presente trabajo: ...5) Que la reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales (Art. 75 Inc. 22 párr. 2º)...Hay que mencionar, en relación con la jerarquía y efectos vinculantes de los tratados, que el máximo tribunal del país no se refirió tan sólo al texto sino también a las condiciones en que ellos rigen en el ámbito internacional y a las interpretaciones que de ellos hacen los tribunales internacionales competentes para su aplicación; de ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos al a interpretación y aplicación de la Convención Americana.⁴⁰

A partir de esa jerarquía reconocida a los pactos, ellos se proyectan y se erigen en imperativos en el orden provincial, aún en los aspectos procesales⁴¹.

Empero, con esta tendencia, si bien se pretendió la incorporación de las mandas supranacionales, no se renunció al rigor interno: la Cámara Nacional de Casación Penal continuó ejerciendo el control de los tribunales de juicio en los dos órdenes previstos en el ordenamiento procesal (artículo 456 incisos 1 y 2), y, solo en aquellas cuestiones que versen sobre hecho y prueba, el contralor se limita a examinar la existencia o no de arbitrariedad en la sentencia.

De este modo, entendemos, no se encontraba satisfecho el derecho al doble conforme, aún con la pseudo-amplitud de criterio mencionada, lo que no resulta más que el examen sobre la aplicación de la ley, toda vez que tales “supuestos de arbitrariedad” conllevan únicamente a cuestiones de derecho.

⁴⁰ José R. Heredia, “¿Casación o nuevo recurso?”, Revista de el Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, Febrero 2006, pág. 289.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo (318:514) “Girolid” del 7 de abril de 1995. No debe olvidarse la controversia suscitada, con anterioridad a la última reforma constitucional, sobre la jerarquía asignada a los tratados internacionales. Este debate llega a su fin a través de los fallos “Fibrica Constructora v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande (7/7/1993), y “Cafés La Virginia”.

IX. Necesidad de ampliar la interpretación respecto de las cuestiones que debe entender la casación para satisfacer el doble conforme.

La Casación fue en principio una institución cuya finalidad se circunscribía a razones netamente políticas. De allí que de ningún modo el Tribunal de Casación conociera del mérito (valoración del derecho y los hechos). Podría sostener entonces, que el recurso de casación se circunscribía a ejercer la función de controlar la vigencia de la ley y su primacía, función que en nuestros tiempos se encuentra en manos de las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales de cada país.

El título del presente punto resulta ilustrativo, en virtud de que el recurso de casación, es el único medio por el cual puede ser revisada la decisión del Tribunal de Mérito.

Es importante destacar que si nos circunscribiéramos a la interpretación restrictiva de los incisos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, podríamos encontrarnos con un procedimiento de “única instancia de mérito”, ya que la citada norma, según como se la interprete, admite un remedio impugnatorio limitado a motivos de índole exclusivamente jurídica, dejando de lado las cuestiones de valoración de los hechos y de la prueba.

Tal limitación, se enfrenta con el artículo 8º, inciso 2, h del Pacto de San José de Costa Rica, que impone el derecho de toda persona a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior como garantía, en nuestro derecho de raigambre constitucional al encontrarse el mismo incorporado a nuestra Ley Fundamental (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional).

El principio garantista de la doble instancia pone en debate la necesidad y ventajas de prever una instancia impugnatoria amplia contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio.

Así, cabe preguntarse: ¿hasta dónde puede hablarse del aseguramiento de un juicio y fallo legítimos, si no existe un Tribunal Superior con potestad para revisar el mérito efectuado por el Tribunal de Juicio acerca de la determinación de los hechos y la valoración de la prueba?

Asimismo, ¿será legítima entonces una sentencia que, si bien no es susceptible de impugnación por errónea aplicación del derecho y/o inobservancia de las normas sustantivas, tiene vicios acerca de la determinación de los hechos y de la

valoración de la prueba, y más allá de ello, pase *per se*, en autoridad de cosa juzgada?

Si llegáramos a la concordia de que ambos interrogantes nos presentan una respuesta negativa, el artículo 456 de la ley de forma nacional, no satisface el compromiso del Pacto San José de Costa Rica -Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 75 inciso 22 CN), por ende, la normativa ritual deviene contraria a nuestra Constitución Nacional.

Si bien autorizada doctrina afirma que la regla de la Convención se encuentra satisfecha al ser previsto por la norma ritual el recurso de casación contra la sentencia del tribunal de mérito, considero que no se encuentra satisfecho el derecho al doble conforme.

Es menester remitirse a la evolución del Tribunal de Casación desde sus orígenes, ya desarrollada, para comprender –a partir de su primigenia función- cuál debe ser su destino en nuestros tiempos para encontrar satisfecho el derecho al doble conforme.

Nuevamente, insisto, en que el recurso de casación, sus limitaciones al análisis y decisión sobre la vigencia de una ley o derecho objetivo, sin entender en cuestiones de hecho y prueba, resultan afines a los orígenes de su creación como también a sus fines netamente políticos.

Ahora bien, el derecho ha mutado a medida que la civilización moderna y contemporánea ha evolucionado.

Ya los mecanismos de control sobre los jueces no se ejercen a través de un remedio impugnatorio de orden jurisdiccional, sino que han sido creados otras estructuras y dispositivos acordes a los sistemas democrático-constitucionales. En nuestro país, ello está previsto en la Ley Fundamental (artículos 114 inciso 5to y 115) y desde el año 1998, se encuentra vigente el enjuiciamiento de los magistrados por parte del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, previsto en el Título II, de la Ley 24.937.

Destaco la evolución histórica del Tribunal de Casación, por entender que es la única forma posible de llegar a comprender que hoy su función ya no es política sino netamente jurisdiccional y que si ello es entendido así, resulta el único medio idóneo para satisfacer el derecho al doble conforme en nuestro sistema.

Además, un fin político, como es el control de los jueces, no debería estar supeditado a la voluntad recursiva del agraviado, sino que debería ejercerse desde otras esferas del poder.

X. Función de la Cámara Nacional de Casación Penal a la luz de la Ley 24.050. Posibilidad de revisión de las pruebas realizadas durante el debate.

A fin de comprender, la función que debe ser asignada a la Cámara Nacional de Casación, resulta menester, consultar su ley de creación (Ley 24.050) y, consecuentemente realizar un análisis integral con el Código Procesal Penal de la Nación. Así, según la normativa vigente, el Tribunal de Casación resulta ser el órgano jurisdiccional intermedio entre los Tribunales de Juicio y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

De este modo, la Cámara de Casación resulta ser el Tribunal Superior a los efectos de la viabilidad del recurso extraordinario federal (artículo 14 de la Ley 48), requisito para la intervención posterior de la Corte Suprema. Cabe recordar, que en ese sentido se expresó la jurisprudencia del citado Máximo Tribunal en los casos “Strada”⁴², Di Mascio⁴³ y “Girolodi”⁴⁴.

Aquí resulta interesante lo expuesto por José I. Cafferata Nores, quien sostiene que muchos códigos procesales argentinos consideran al recurso de casación de forma limitada en cuanto a la “re-valoración” de las pruebas, en virtud de considerarse ello una potestad exclusiva del tribunal de juicio. A partir de ello, el autor considera que: “Si bien casi nadie se atreve a sostener abiertamente que “doble instancia” implique que las sentencias condenatorias dictadas por tribunales de juicio oral puedan ser apeladas (como sí lo pueden ser las del juicio escrito), o que mediante el recurso de casación se pueda re-valorar libremente la prueba sobre los hechos valorada en el fallo condenatorio, permitiendo así al tribunal de alzada concluir de modo contrario sobre la culpabilidad del acusado, y consecuentemente absolverlo directamente por insuficiencia probatoria, lo cierto es que desde la jurisprudencia se realizan interpretaciones y desde la doctrina se formulan propuestas de muy diversos alcances, pero que tienen como base común el

⁴² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 308:490.

⁴³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 311:2478.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 318:514.

entendimiento de que el recurso de casación tradicional, ese que ha sido reiteradamente adjetivado como de "estricto rigor formal" y que respeta a rajatabla la "soberanía" del tribunal sentenciador en orden a las cuestiones fácticas resueltas "intangiblemente" por la sentencia de condena, no satisface el derecho al recurso con los alcances consagrados por la legislación supranacional".⁴⁵

En sentido contrario Maier ha señalado la imposibilidad de que el Tribunal de Casación entienda sobre las cuestiones de mérito debido a la falta de inmediación en esta instancia, propia del juicio.

En relación al tema de la "imposibilidad" de que el Tribunal de Casación revise la "fijación de los "hechos" de la causa efectuada en la sentencia del mérito, atento al "principio de inmediación" y a la necesidad de limitar los recursos, ya que - por una parte - el tribunal colegiado con jueces profesionales, fue pensado - en principio - como de instancia única, por ser un *remedo* del juicio por jurados, habrá que aludir a ciertas opiniones de dos de los más prestigiosos autores del Derecho Procesal Penal: Julio J.B.Maier y Alberto Binder.

En 1989 publicó Julio J.B. Maier⁴⁶, una cita de Binding de 1900, que tiene mucho que ver con las "imposibilidades" de que el Juez de la Casación pueda entender en las cuestiones de hecho, "*establecidas en el curso de un debate que no presenció: "...con referencia... a la posibilidad de corregir los errores de primera instancia en la valoración probatoria: Un tal error es inevitable e incorregible en un proceso oral, porque a consecuencia de los principios de inmediación de la prueba y de libre convencimiento del juez,⁴⁷ no puede ser probado. Esto vale, sobre todo en aquellos medios de prueba que consisten en declaraciones, pero parcialmente en las inspecciones judiciales. Permitir que un juez o tribunal superior revise (en apelación) la sentencia con base en las actas, sería hacer prevalecer el juez peor informado sobre el mejor informado...Por ello, no debe encontrar lugar alguno en el proceso ni la apelación ni ningún otro medio impugnativo que pretenda controlar la determinación de los hechos realizada por el juez". Concluye, asimismo, que consentir una nueva fase*

⁴⁵ Cafferata Nores, José; "In dubio pro reo" y recurso de casación contra la sentencia condenatoria; La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 23 de diciembre de 1999.

⁴⁶ "Fundamentos 1-B , editorial Hammurabí, año 1989, Págs.516/517

⁴⁷ No significa "sana crítica racional" sino "íntima convicción"...por que en la Ordenanza Procesal Alemana, el juez (profesional) "no necesita mencionar los medios de prueba, ni los motivos de su convicción" Roxin, Claus "Derecho Procesal Penal", ed.Del Puerto, BsAs, 2000. Es decir, que si bien el principio tiene atenuaciones en la práctica, el sistema escogido, es el de la íntima convicción.

probatoria ante el juez o tribunal superior, significa la creación de otra primera instancia, pero no la creación de una verdadera segunda instancia.

De la misma, se extraen dos conclusiones: a) el "desprecio" de los "registros sobre el contenido de los medios de prueba que se incorporan al debate" como fundamento de la sentencia; b) en caso de constatarse irregularidades en la forma de realización del debate, o en la fundamentación de la sentencia, el medio de impugnación *siempre conduciría a un nuevo debate y a una nueva sentencia (Binding)*. Con lo que no se concibe la casación, *sin el reenvío*.

Ahora bien, ¿en qué consiste el "principio de inmediación" y que le garantiza al imputado? Pues si el objetivo de la dogmática penal, no es justificar la violencia punitiva estatal, sino establecer sus límites⁴⁸, el del procedimiento penal, no puede constituir sino la reglamentación de ese poder punitivo para que los mecanismos formales necesarios para ritualizar la aplicación de aquella, garanticen irrestrictamente el tipo constitucional del debido proceso.

El mismo Maier⁴⁹ alude, en relación al principio de "inmediación" a "la presencia ininterrumpida de todos los sujetos procesales...en él se incorporan los únicos elementos de prueba idóneos para fundar la sentencia, lo que asegura el control probatorio por parte de todas las personas interesadas en la decisión.." también a que los únicos jueces autorizados a dictar el fallo son los que lo presenciaron íntegramente (*identidad física del juzgador*) y por último, a que "las consecuencias necesarias..(del juicio oral) son: *la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales durante la audiencia que incorpora el conocimiento para la discusión y decisión del caso (inmediación) ...la imposición de que los únicos actos idóneos para fundar la sentencia son aquellos incorporados al debate y de que los únicos jueces habilitados para emitir el fallo son aquéllos que presenciaron íntegramente la audiencia (identidad física del juzgador)*".

Claro que en aquellos tiempos, tampoco había televisión, ni otros medios audio-visuales, ni mucho menos, la posibilidad de teleconferencias con múltiples sedes, o la mera video-filmación de un debate no ya con una cámara, sino con varias...además de los varios micrófonos multi-direccionales, que permiten apreciar -mucho mejor que lo harán los ojos y los oídos del Juez del Debate - los gestos,

⁴⁸ Binder, Alberto "Introducción al Derecho Penal", ed.Ad-Hoc, BsAs, 2004, Pág.33 y ss.

⁴⁹ Maier, Julio J.B. Derecho Procesal Penal, T.I "Fundamentos", ed.Del Puerto, ed.BsAs, 1996, 3ª. Reimpresión, año 2004, Págs.585, 659 y 878

murmullos, suspiros, transpiraciones, sonidos de alegría o de desagrado reprimidas, etc., que experimentarían testigos, intérpretes, peritos, imputados, y otras personas que desfilen por la audiencia de debate.

Respecto de la video-grabación la cuestión es, si los "medios técnicos" están en condiciones o no (y parece claro que sí lo están) *de suministrarle a los jueces de la casación, la absoluta y fidedigna imagen y sonido, de lo que dijeron los testigos en el debate*. Quizás aun mejor, pues pueden ser filmados con varias cámaras a la vez, mientras que los jueces mirarán con solamente dos ojos y un solo cono visual...y otro tanto podrá decirse de los sonidos que emitan. Es decir, que si mirasen y oyesen ulteriormente la video-grabación del debate que ellos mismos presenciaron, tendrán más y mejores imágenes visuales y percepciones auditivas que las que percibieron "en vivo" estando presentes en la Sala. Esto, sin perjuicio del limitado presupuesto y la dificultad para disponer de dicho equipamiento, dado su alto costo.

Así pues, parecería que un criterio desmitificado de viejas controversias, permitiría que la casación pueda revisar *absolutamente todas las cuestiones de hecho implicadas en una sentencia y que la tantas veces utilizada frase de que "el tribunal de mérito es soberano en materia de los hechos" a fin de decretar la frustración ritual del recurso, consagrando múltiples injusticias, se dejará de usar. Puesto que los jueces de la casación (nacional y provinciales) deberán después de este precedente, cumplimentar la doctrina que emana del mismo y que dispone en síntesis, que los Pactos Internacionales deben ser cumplidos, sin esperar del legislador reformas adicionales en los códigos procesales, aplicando las reglas provenientes de aquellos en sus decisiones jurisdiccionales, por todos los tribunales del país.*

En "Casal" la Corte Suprema se ha expresado sobre la inexistencia de incompatibilidad entre la etapa oral y la revisión amplia, señalando que: "En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la inmediatez, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar. Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera más clásica, *impossibillum nulla obligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su

capacidad revisora en el caso concreto”.⁵⁰

A tales fines, es dable establecer que, los medios tecnológicos e informáticos actuales nos permitirían reproducir el debate en caso de ponerse en crisis una sentencia sobre cuestiones de hecho, sin menoscabar el consagrado derecho al doble conforme, y así permitirle a los jueces -que deben realizar el reexamen-, efectuar una revisión amplia del hipotético caso. El debate podría ser imperturbablemente captado en grabaciones con modernas e incluso sencillos dispositivos de video, los que solo serían susceptibles de ser reproducidos en los casos como el señalado -reproducir el debate a fin de satisfacer al reexamen judicial-, sin que ello afecte de ningún modo el derecho a la intimidad de las personas involucradas en él.

Así, también se neutralizaría la posición de la respetada doctrina que sostiene que del hecho de que la Casación entienda en cuestiones de hecho resultaría un nuevo juicio o debate lo que lo transformaría nuevamente en una única instancia, ya que no resultaría necesario escuchar nuevamente a los testigos ni reproducir fácticamente parte alguna del debate. Esto, sin perjuicio de la imposibilidad por parte del poder judicial de acompañar la evolución tecnológica, dado su limitado presupuesto, y la cantidad de elementos que sería necesario adquirir para equipar todas las dependencias judiciales del país (a pesar de que cierta doctrina considera que su costo no es elevado realmente).

XI. Sobre la inescindible cuestión entre hechos y derecho

Esta discusión es, quizá, el tema central en muchos debates, dado que era la valla que se hallaba en el proceso a la hora de apelar la sentencia. Nótese que no se trata de un capricho doctrinario puro, ya que la amplitud del acceso depende de la connotación que se le de a los hechos y el derecho. Sin perjuicio de la casuística en la que se caía, es evidente que ambas cuestiones se encuentran ligadas. El análisis de las cuestiones fácticas y jurídicas constituye el problema más difícil de la casación, porque en él aparece uno de los más impenetrables conos de sombra que reviste una dificultad casi insuperable.

En circunstancias en que se produce una transgresión a una garantía constitucional durante el proceso penal, frecuentemente se relaciona con las

⁵⁰ Del voto unánime de los Ministros de la Corte.

cuestiones de mérito, ya que el proceso penal es el conjunto de la recolección de pruebas que eventualmente acreditarán la existencia de un hecho delictivo conforme a uno o varios tipos penales, resultando el juicio la única vía mediante la cual se aplicará la ley al caso particular. Es decir, en palabras de Morello "...es difícil sino imposible fracturar en dos compartimientos estancos el "hecho" y el "derecho".⁵¹

Calamandrei, el máximo expositor del tema, sostiene que la distinción entre cuestión de hecho y cuestión de derecho debe mantenerse como el criterio más adecuado para señalar los límites de la casación, pero siempre que sea constantemente puesta en relación con lo que es la finalidad fundamental del instituto. Según su criterio teleológico, "error de derecho es, respecto de la casación, sólo relevante a los efectos del mantenimiento de la interpretación exacta de la ley como mandato general y abstracto, es decir, sólo aquel error que no se limite a las consecuencias jurídicas concretas del caso singular, sino que implique la existencia o el significado de la norma jurídica, y como tal sea susceptible de reproducirse por imitación y contagio, siempre que la misma norma jurídica pueda en el futuro ponerse en cuestión en casos similares.⁵²

Otros autores, en cambio, rechazan ese criterio de diferenciación, y distinguen el error por su carácter general o individual, según se contenga en la premisa mayor o en la menor del silogismo sentencial.

Satta, por su parte, sostiene que la distinción entre juicio de hecho y juicio de derecho no tiene nada de racional porque el juicio, en su esencia, es único.

Fernando de la Rúa opina que "no cree que la diferenciación deba ser establecida por un criterio teleológico, fundado en la finalidad de uniformar la jurisprudencia que se atribuye a la casación. Esta finalidad, que como ya se ha visto, está en realidad en el origen político del instituto, es ajena a su estructura puramente procesal. El juez de casación resuelve casos concretos, donde se controvierten intereses singulares. En cada uno de ellos debe examinar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas efectuadas por el tribunal de juicio a los hechos establecidos, no en cuanto esa interpretación y aplicación sean susceptibles de reproducirse por imitación y contagio, sino en cuanto norma general y abstracta, contenida en el ordenamiento jurídico positivo y aplicable al caso concreto".

⁵¹ MORELLO, Augusto M., "El mito de las cuestiones de hecho y derecho en la casación", La Ley, 27 de septiembre de 2005

⁵² De la Rúa, Fernando, "La Casación Penal", Pág. 52, 53.

La dificultad consiste en que la ley describe conductas humanas, es decir, una clase de hechos. La norma penal contiene una regulación abstracta de la conducta humana, y esa regulación es el derecho; la concreción de la conducta supuesta en un acontecimiento real, es el hecho. Y hechos son los que determina la sentencia del tribunal de juicio. La norma suministra un concepto jurídico, entendido como regulación abstracta de la conducta, y no simples hechos. A las conductas que constituyen el episodio histórico se aplica (o no) el concepto correspondiente según se den los presupuestos necesarios para configurarlo.

La ley contiene también previsiones específicas reguladoras de las consecuencias jurídicas que acarrea el hecho hipotizado por la norma en caso de concretarse como realidad y ser jurídicamente determinado. Son los institutos jurídico-penales, que regulan el ejercicio de la pretensión punitiva, o sea, la individualización de la genérica potestad de represión en la voluntad social de castigo frente al delito cometido. Los institutos se aplican a los conceptos, una vez que se ha determinado la realidad histórica de una conducta que encuadre en ellos⁵³.

Para deslindar lo que puede ser materia de casación de lo que no lo es, debe enfocarse a la sentencia a la luz de los instrumentos indicados: el instituto y el concepto. Todo lo que sea valoración, inteligencia o interpretación de un concepto o de un instituto, constituye objeto de la casación; el objeto material alcanzado por el concepto o por el instituto, es decir, el hecho histórico y concreto, queda fuera de la posibilidad del recurso y definitivamente fijado en la sentencia, salvo arbitrariedad o absurdo. Se comprenden en este último la estructuración subjetiva y objetiva, física y psíquica de lo sucedido, tal como la individualización de los sujetos activos o pasivos y las circunstancias de modo, lugar y tiempo del hecho.

Sin embargo, esta distinción no siempre es clara, sobre todo en cuanto al elemento psíquico del delito. Se ha establecido que el estado psíquico del imputado constituye un elemento fáctico acerca del cual es incensurable la decisión impugnada, como el relativo al error de hecho sobre la edad de la víctima de estupro. Por otro lado, ciertas cuestiones encuentran jurisprudencia contradictoria por lo que el problema no admite una fórmula generalizante de solución y depende de las circunstancias del caso.

Importa aquí mencionar lo expresado por el Procurador General en "Casal" quien sostiene que: "La discusión acerca de la posibilidad de distinguir entre

⁵³ De la Rúa, Fernando. "La casación penal", Págs. 55, 56.

cuestiones de hecho y de derecho no está cerrada. Pero aun cuando la distinción fuera posible, esto es, aun cuando fuera posible ensayar diversos criterios que permitan separar con cierta nitidez ambas cuestiones, lo cierto es que no es posible negar que la experiencia y la literatura han demostrado que es muy razonable poner en duda la posibilidad de llevar a cabo tal separación, al menos de un modo quirúrgicamente preciso. Y si se toma en cuenta que de tal separación depende que una sentencia de condena vaya a quedar firme, a pesar de ser errónea, sólo porque el error encontrado es calificado como irrevisable de acuerdo con una delimitación que depende de criterios discutibles, dudosos y cambiantes, parece claro que la diferencia entre hecho y derecho debe ser dejada de lado, para decidir si una condena es o no recurrible".⁵⁴

Y la Corte ha expresado al respecto: "Resulta ilustrativo a los fines expositivos, destacar que este concepto de diferenciación entre cuestiones de hecho y derecho, vicios *in iudicando* y vicios *in procedendo*, vicios de la actividad y vicios del juicio, o cualquier otra clasificación diferencial sobre las materias atendibles, ha deformado la práctica recursiva ante la Casación Nacional. Los recurrentes en general, advertidos de la política restrictiva en la admisión de recursos, intentan centrar los agravios que desarrollan bajo la fórmula del inc. 1º del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, es decir, bajo el supuesto de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en casos en los cuales se discuten problemas de subsunción. La verdad, es que gran parte de estos planteos introducen y a su vez versan sobre problemas vinculados con los hechos, con la prueba y la valoración que se haga de éstas, sea para demostrar la existencia o inexistencia de algún elemento del tipo objetivo, del dolo o de elementos subjetivos distintos del dolo que conforman el tipo penal".⁵⁵

En el caso en tratamiento, la Corte ha señalado que: "Cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede

⁵⁴ Del dictamen del Procurador General.

⁵⁵ Del voto unánime de los Ministros de la Corte.

convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal -como puede ser el beneficio de la duda- puede considerarse como una cuestión de hecho. Por consiguiente, esta indefinición se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría abiertamente al bloque constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisabilidad de la sentencia de los arts. 8.2 h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional".⁵⁶

Destaco la importancia de las palabras expresadas por la Corte ya que si el error se refiere a los hechos, por lo general consiste en una defectuosa apreciación de los elementos probatorios acumulados al juicio pero no viola precepto jurídico alguno; es evidente que una interpretación torcida de los hechos compromete la justicia de la sentencia en igual medida que la errónea aplicación de la ley.

De esta manera, si el Tribunal de Casación no examinara las cuestiones de derecho puestas en crisis, y su correlación con las circunstancias fácticas, inevitablemente, ello concluiría en una aplicación del derecho de forma "anárquica" - que no responde al doble conforme-, y teniendo en cuenta que no existe más soberanía que la de la Constitución, la revisión debería ser tal, que brinde una valoración integral de los hechos y el derecho.

El tribunal de casación debe circunscribirse a revisar cómo el tribunal de juicio ha aplicado el derecho a los hechos de la causa; sin embargo, la línea divisoria entre lo que es "hecho", de lo que es "derecho" es una cuestión irresoluta.

XII. Poderes discrecionales.

Dentro de los poderes de valoración jurídica del hecho competen al juez ciertas facultades para cuyo ejercicio tiene una suerte de poder dispositivo sobre el contenido de la norma. Estas facultades discrecionales que le son otorgadas no se ejercen por medio de una declaración valorativa que pueda ser generalizada, sino que su ejercicio

⁵⁶ Del voto unánime de los Ministros de la Corte.

depende de la apreciación de circunstancias de hecho que solo el juez de mérito puede apreciar en el debate.

Estos poderes son, en principio, insusceptibles de revisión por vía casatoria. El control del ad quem se reduce a la relación de asunción del hecho en la norma, pero no comprende la aplicación de las consecuencias que se derivan dentro de los límites legales. Sólo procede el examen sobre si la norma confería efectivamente al juez un poder discrecional, o sobre si el juez lo usó fuera de los límites legales establecidos, o por motivos no admitidos en la norma, o sin indicar las razones de haberlo ejercido o no cuando lo exija una norma jurídica.

Son poderes discrecionales los relativos a la determinación de la pena. Por vía del recurso no se puede discutir su mayor o menor rigor, su falta de relación con la conducta que tuvo el imputado en ocasión del hecho y con su sinceridad en el debate, o la valoración incorrecta de las circunstancias del Art. 41 del Código Penal. Pero el superior puede controlar si el poder de aplicar discrecionalmente la pena ha sido ejercido dentro de los límites fijados por la ley. El fundamento es claro: todo lo relativo a su medida, según los Arts. 40 y 41 del Código Penal dependen de una serie de elementos y apreciaciones de hecho, como la educación, costumbres, antecedentes, medios de vida, etc., del imputado, que sólo pueden ser evaluados por el juez de mérito en el debate.⁵⁷

Corresponde también a los poderes discrecionales del tribunal de juicio lo atinente a la concesión o no de la condicionalidad de la pena, la valoración de las circunstancias de hecho que determinan la razón plausible para litigar, la gravedad de la injuria, la fijación del monto de la indemnización, y en general aquellos casos de individualización de una consecuencia jurídica librada a la apreciación del juez por una norma que no determina un criterio objetivo y general sobre cómo se la debe aplicar en cada caso⁵⁸.

⁵⁷ De la Rúa, "La Casación Penal" Pág. 64.

⁵⁸ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

XIII. Evolución de la casación posterior a su regulación. Ampliación de competencia. Justicia Federal y Provincial.

Importa aquí mencionar lo señalado por el Procurador General de la Nación en “Casal”, al expresar: "La conciencia creciente, existente desde comienzos del siglo XX, sobre la necesidad de que los recursos estén dirigidos a salvaguardar el derecho de las partes, que coexistía con la supervivencia de textos legales que limitaban el recurso a cuestiones de derecho, culminó con la creación de estrategias para abrir la casación a cuestiones de hecho ante el reconocimiento de que para los justiciables era tan grave, si no más, una condena dictada por un error de hecho que una fundada en un error jurídico. En efecto, existe desde antiguo la conciencia de que en el recurso de casación hay una tensión, provocada por la antinomia de los fines del recurso, consistentes en promover el aseguramiento de la unidad del derecho y proveer la solución justa para el caso concreto".⁵⁹

El Tribunal de Casación ha ido acompañando lenta pero favorablemente a las circunstancias que hicieron que su competencia deje de ser limitada. En materia de ejecución penal las posiciones asumidas por la Cámara de Casación Penal para entender en cuestiones de ejecución de la pena, ha sido diversa y paulatinamente evolucionada.

En principio, el debate se suscitó en cuanto a la posibilidad o no, de acudir ante el Tribunal de Casación, conforme al artículo 491⁶⁰ del código ritual o por el contrario, debía acudirse a la Cámara de Apelaciones según lo prescripto por el artículo 24⁶¹ del ordenamiento mencionado, dada la índole de las materias por las que los recurrentes encontraban menoscabados sus derechos⁶² ya que muchas de las cuestiones (tales como visitas íntimas, evaluaciones efectuadas por la autoridad penitenciaria, concesión de salidas transitorias, entre otros) se relacionaban con cuestiones netamente de mérito.

⁵⁹ Del dictamen del Procurador General.

⁶⁰ El artículo en la actual redacción establece: “Los incidentes de ejecución podrán ser planteados ante el tribunal de ejecución por el ministerio fiscal, el interesado o su defensor y serán resueltos, previa vista a la parte contraria, en el término de cinco (5) días. La parte querellante no tendrá intervención. Contra la resolución sólo procederá el recurso de casación, pero éste no suspenderá la ejecución a menos que así lo disponga el tribunal.”

⁶¹ El mencionado artículo precisa la competencia de la Cámara de Apelación.

⁶² En Ammannato, Rodolfo E. S/recurso de casación, CNCP, Sala I, Causa 57, Reg. 87, Rta. el 17 de noviembre de 1993, el condenado interpone el remedio impugnatorio contra la resolución que denegaba su pedido de gozar de visitas íntimas con su concubina.

La Cámara de Casación comenzó a entender en cuestiones relativas a la libertad condicional y delimitando su competencia a dicho instituto, a su revocación, cómputo de pena y medidas de seguridad⁶³ con fundamento en que dichas materias se encuentran legisladas en el Código Penal, lo cual podía ser planteado invocando los supuestos previstos en el artículo 456 del ordenamiento ritual, quedando las restantes cuestiones, tales como libertad asistida, detención domiciliaria, salidas transitorias, semilibertad, prisión discontinua –entre otras-, bajo la exclusiva decisión del juez de ejecución.

Posteriormente, amplió su competencia en materia de Libertad Asistida⁶⁴, pese a que el instituto citado no se encuentra legislado en el código de fondo, sino en la Ley de Ejecución Penal (Ley 24.660), con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad.

Con anterioridad puede observarse una tendencia favorable a partir del voto en disidencia del Juez Hornos en el caso “Fuentes”⁶⁵, donde se cuestionó la denegatoria de las salidas transitorias.- El Magistrado se remite al precedente “Miguel”⁶⁶ señalando: “...El Código Procesal Penal de la Nación en el artículo 491 fija con claridad la existencia del recurso de casación respecto de las decisiones de dichos magistrados. Disposición que es la que mejor concuerda con el espíritu garantista...” . Y continúa expresando: “También en estas circunstancias y dados los intereses en juego, resulta la doble instancia judicial la forma adecuada para el mejor resguardo de los derechos de los sometidos a pena privativa de la libertad; y es la que mejor se adecua al principio plasmado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que asegura, como garantía mínima, el derecho a recurrir ante un tribunal superior (art. 8º, ap. 2, inc.h)”. Finalmente, a partir del caso “Quispe Ramírez”⁶⁷ donde se agravia el condenado por haber sido denegada su incorporación al régimen de semilibertad, opera un cambio a favor de la doble instancia en materia de ejecución de la pena privativa de libertad, pese a las cuestiones de mérito sobre las cuales se debía decidir. Allí, el Juez Hornos fue acompañado por la Juez Capolupo de Durañona y Vedia quien

⁶³ Roldán, Carlos Augusto s/recurso de queja, CNCP, Sala I, Causa 1358, Reg. 1709, Rta. el 13 de agosto de 1997

⁶⁴ Franco, Omar Adrián s/recurso de casación, CNCP, Sala I, Causa 3474, Reg. 4309, Rta. el 14 de mayo de 2001.

⁶⁵ Fuentes, Juan Carlos s/recurso de casación, CNCP, Sala IV, Causa 742, Reg. 1136, Rta. el 26 de febrero de 1998.

⁶⁶ Miguel, Eduardo s/recurso de casación, CNCP, Sala IV, Causa 691, Reg. 984, Rta. el 30 de agosto de 1997.

⁶⁷ Quispe Ramírez, Inocencio s/recurso de casación, CNCP, Sala IV, Causa 1267, Reg. 1897, Rta. el 18 de junio de 1999.

señalando que efectuaba un nuevo análisis de la cuestión, llegaba a coincidir con el voto de su colega plasmado en los casos “Miguel” y “Fuentes”.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Romero Cacharane”⁶⁸, le otorgó competencia al Tribunal de Casación, sobre cuestiones de ejecución penal.

Actualmente, y a modo de ilustración, la Cámara Nacional de Casación Penal entiende en materia de ejecución de la pena, aún cuando el examen de la cuestión verse sobre asuntos relacionados con hechos tales como “la regular observancia de los reglamentos carcelarios” o conflictos suscitados en torno a la evaluación del condenado (conducta y concepto) valorada por la administración penitenciaria.⁶⁹ A su vez, al margen de la histórica evolución hacia una interpretación amplia del artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación y de la improcedencia de un criterio restrictivo señalada desde la jurisprudencia del Tribunal Superior fue considerada y aceptada la procedencia de la instancia casatoria respecto de las decisiones de hecho y prueba en un inicio, con el caso “López”⁷⁰ Asimismo recientemente, la Corte Suprema valoró lo expuesto en el fallo “Casal” –ya anotado-, con las previas y acertadas opiniones vertidas por la Corte Interamericana en “Herrera Ulloa”.

En oportunidad de fallar en el caso “López”, la Cámara de Casación ha fundamentado su decisión refiriéndose a la necesidad de respetar las directivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (obligatorias para nuestro Estado) en orden a la amplitud del derecho de revisión que se exige, dejando claramente expresado la obligación del Estado del respeto al doble conforme.

En el considerando nº 5, la cámara de casación establece: “Que a los fines de determinar la procedibilidad de la vía directa intentada, no ha de reducirse su análisis a la mera invocación de que la valoración de la prueba en que ha fundado su convencimiento el Tribunal de mérito resulta una cuestión ajena a la instancia casatoria, pues así como -corolario de la línea jurisprudencial trazada a partir del caso “Giroldi” (Fallos 318:514)- no puede entenderse constitucional la limitación que veda la admisibilidad del recurso de casación en razón del monto de la pena (Art. 459, inciso 2º), del C.P.P.N.), tampoco puede cercenarse al imputado su derecho (arts. 8.2.h de la

⁶⁸ CSJN, 9 de marzo de 2004.

⁶⁹ Merli, Jorge Nelson s/recurso de casación, CNCP, Sala IV, Causa 5317, Reg. 6720, Rta. el 22 de junio de 2005.

⁷⁰ López, Fernando Daniel s/recurso de queja, CNCP, Sala IV, Rta. 15/10/2004.

C.A.D.H., 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 75, Inc. 22 de la C.N.) en virtud de otros límites que tradicionalmente le han sido impuestos a esta Cámara de Casación.

Es que la garantía no se satisface con su mera enunciación sino que debe otorgarse vigencia sociológica a los derechos. Así entonces, reconocida la garantía a toda persona que resulte condenada de que debe tener acceso —como derivación del derecho de defensa— a una nueva discusión de la cuestión (en principio, lo más amplia posible), es que en consonancia con la sentencia recientemente dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, in re “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, del 2 de julio de 2004, corresponde adecuar el control casatorio garantizando una más plena revisión de la decisión recurrida de manera de conciliar mejor los principios en juego.

El derecho al recurso significa —como ha sido subrayado por la Corte Interamericana, citando el comentario general número 13 del Comité de Derechos Humanos— que el acusado tiene derecho a que se examine íntegramente el fallo en el ámbito de los hechos, en el ámbito del derecho y, particularmente, en el ámbito de la pena. El debido proceso forma parte de este derecho, y la revisión de esta Cámara de Casación Penal no puede resultar limitada ni restringirse exclusivamente al derecho, sino que debe convertirse en un recurso que —sin sacrificar la inmediación— haga justicia en el caso concreto.

En otros términos, el derecho de recurrir del fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que lo tornen ilusorio, e independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para impugnar un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida (cfr. Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, puntos 164 y 165).”

Concluye finalmente declarando que “los compromisos internacionales asumidos por la Nación impiden que mediante formulaciones teóricas se niegue el tratamiento del planteo del recurrente en segunda instancia. Es así que, aun cuando se trate de enunciados o razonamientos relativos a cuestiones de índole fáctica, la suficiencia del apoyo que las premisas —explícitas o implícitas— presten a la conclusión o la propia fuerza de convicción que surge de las actas incorporadas al expediente, entre otras cuestiones objeto de agravio, deben ser controladas en su relación deductiva o inductiva desde las clásicas herramientas de la lógica,

asegurando, de esta manera, la misión que a esta Cámara de Casación compete: garantizar la efectiva vigencia de un doble juicio concordante en caso de condena.”

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires se puede ver claramente la ampliación de competencia.

Un acuerdo plenario del Tribunal de Casación interpretó que: I.- La enumeración contenida en el artículo 450 del Código Procesal Penal tiene carácter taxativo; II.- La resolución que decide cuestiones vinculadas a la libertad personal, medidas cautelares, o excarcelación, no es equiparable a la sentencia definitiva; III.- Las resoluciones sobre excarcelación, libertad personal o medida cautelar, por sí mismas, no abastecen la gravedad institucional que permite excepcionar la taxatividad contenida en el artículo 450 del ritual.⁷¹

Sobre los incidentes de ejecución, sostuvieron que “las resoluciones que deniegan salidas transitorias no resultan equiparables a sentencia definitiva a los efectos del recurso de casación, (art. 450, C.P.P.)”.⁷²

Luego esta posición da un giro en Casación, cobrando gran importancia el término de “gravedad institucional”, como medio de apertura del recurso a casos no contemplados por el digesto procesal y dejando de lado el principio de la taxatividad rigurosa.

Un caso particular se ve en el habeas corpus, en el cual se llega a habilitar una triple instancia, por medio de acuerdo plenario el cual resolvió que “lo normado por el artículo 417 del Código Procesal Penal no excluye el previo recurso de apelación ante la Cámara de Apelación y Garantías cuando no es dicho tribunal el que resuelve en forma originaria”.⁷³

La sala I y II del Tribunal de Casación Departamental han emitido opiniones coincidentes respecto de la admisibilidad de los recursos. En ambos casos, han rechazado la admisibilidad cuando la resolución ha sido confirmada por la Cámara de Apelaciones⁷⁴ El Dr. Celesia fue más allá, explicando de forma muy clara que: “*el recurso de casación cumple exactamente el mismo papel que el recurso de apelación,*

⁷¹ Plenario en Causa número 5627, caratulada “Fiscales ante el Tribunal, Dres. Carlos Arturo Altuve y Marcelo Fabián Lapargo, solicitan convocatoria a Acuerdo Plenario”. 26/12/2000.

⁷² Plenario en Causa n° 3419 caratuladas “SAEZ, Miguel Angel s/ Recurso de Casación. 23/11/2000.

⁷³ Acuerdo Plenario en causa n° 13.300. 10/05/2007

⁷⁴ Causa N° 34.055 de la Sala Primera, caratulada: “M., C. s/Recurso de Queja interpuesto por Fiscal General (art. 433 del C.P.P.) y causa N° 33.718 de la Sala Segunda

en la medida en que ambos, en lo que al imputado respecta, se encuentran diseñados para tornar operativo su derecho al recurso. Desde esta perspectiva, no sería lógico interpretar las disposiciones legales en el sentido de conceder el “recurso de casación” en aquellos casos en los que la garantía de la doble conforme haya sido satisfecha a través del “recurso de apelación”. Semejante solución podría alterar el delicado equilibrio que debe existir en un sistema de impugnaciones para llevar adelante un juicio rápido y a la vez respetuoso de los estándares constitucionales.” Aclara que “tanto el dictado de la prisión preventiva, como el resto de las decisiones en materia de libertad personal que se puedan dictar a lo largo del proceso, tienen previsto el recurso de apelación”. Se interpretó finalmente que el art. 450 in fine (recientemente reformado) consagra solamente los que en los que la decisión de Cámara era la primera que denegaba la libertad del imputado, ya que impedirle a éste impugnar esa resolución implicaba desconocerle su derecho a recurrir una decisión de suma importancia.

XIV. Antecedentes en el marco internacional.

1. Caso Herrera Ulloa 02/07/2004.

Este fallo de la Corte Interamericana representa un hito fundamental, siendo el antecedente directo en Latinoamérica respecto de la amplitud del recurso casatorio. Destaco a continuación los considerandos de mayor relevancia:

158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

159. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso.

Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas²⁷, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.

161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos²⁸, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.

164. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

165. Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida.

166. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos concluyó [...] que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico “La Nación”,

respectivamente, contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado.

Es importante, asimismo, resaltar que la CI anticipó que valoraría la prueba pericial rendida entre otras, en estos términos: “Respecto de los dictámenes de los peritos ofrecidos (...), los cuales no fueron objetados ni controvertidos, el tribunal los admite y les da valor probatorio.

El derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior consagrado en el Art. 8 Convención Americana significa que el acusado tiene derecho a que se revise íntegramente el fallo en el ámbito de los hechos, en el ámbito del derecho y, particularmente, en el ámbito de la pena. El debido proceso forma parte de este derecho. El único recurso que procede contra una sentencia condenatoria en el sistema costarricense es el recurso extraordinario de casación.”

El recurso de casación no es un recurso pleno ni corresponde al derecho contenido en el Art. 8 Convención Americana. No permite una revisión integral del fallo tanto en los hechos como en el derecho. La revisión que hace el Tribunal de Casación Penal es muy limitada y se restringe exclusivamente al derecho. El recurso de casación deja por fuera tres aspectos importantes: la revalorización de la prueba; las cuestiones fácticas; y además está limitado solamente a las pretensiones de los motivos de las partes que lo invocan. A pesar de que en Costa Rica ha habido avances para desformalizar el recurso de casación, éste sigue siendo un recurso formalista y limitado. Costa Rica tiene que ampliar y desformalizar el mencionado recurso, variar su finalidad para convertirlo en un recurso que haga justicia en el caso concreto, sin sacrificar la oralidad. .

Por otro lado: La Corte Interamericana ha señalado que garantizar implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir. Y añadió asimismo: “Garantizar entraña el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En el caso Cayara⁷⁵, la Corte Interamericana ha señalado: ...” El sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que esta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades...”.

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe 74/90 referido al caso 9.859 ha establecido que: “La cabal observancia del principio del debido proceso abarca todas las etapas subsiguientes de apelación o revisión ante los tribunales superiores...”

2. Casos ante la Organización de las Naciones Unidas.

2.1 Cesario Gómez Vázquez v. Spain, Comunicación No. 701/1996

El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reunido el 20 de julio de 2000 emite una comunicación, que trata el tema del presente trabajo.

La reclamación del autor se refiere fundamentalmente al derecho a recurrir de manera efectiva contra el fallo condenatorio y la pena impuesta. Alega que la Ley de Enjuiciamiento Criminal española viola el párrafo 5 del artículo 14 y el artículo 26 del Pacto porque los casos de las personas acusadas de los delitos más graves están a cargo de un solo magistrado (Juzgado de Instrucción), quien, una vez llevadas a cabo las investigaciones pertinentes y considerar que el caso está listo para la vista oral, lo traslada a la Audiencia Provincial en la que tres magistrados presiden el juicio y dictan sentencia. Esta decisión sólo puede ser objeto de recurso de casación por razones jurídicas muy limitadas. No hay posibilidad de que el tribunal de casación vuelva a evaluar las pruebas, ya que toda decisión del tribunal inferior sobre los hechos es definitiva. Por el contrario, los casos de las personas condenadas por crímenes menos graves, condenas inferiores a los seis años, son investigados por un solo magistrado (Juzgado de Instrucción) quien, cuando el caso está listo para la vista oral, lo traslada a un único juez ad quo (Juzgado de lo Penal), cuya decisión puede recurrirse ante la Audiencia Provincial, lo cual garantiza una revisión efectiva no sólo de la aplicación de la ley sino también de los hechos.

La defensa declara que, dado que el Tribunal Supremo no vuelve a evaluar las pruebas, lo anterior constituye una violación del derecho a la revisión de la sentencia y la condena por un tribunal superior en virtud de la ley.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3 de febrero de 1993

Luego de relatar los hechos, entra en tratamiento en el punto 11.1 diciendo lo siguiente: “En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación. No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueron revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.”

2.2 Manuel Sineiro Fernández v. Spain, Comunicación No. 1007/2001

El 14 de julio al 8 de agosto de 2003 se reúne el Comité. En el presente caso remite a la jurisprudencia adoptada en la comunicación No. 701/1996, Gómez Vázquez c. España. En dicho caso, la imposibilidad del Tribunal Supremo, como única instancia de apelación, de revisar nuevamente las pruebas presentadas en primera instancia equivalió, en las circunstancias de ese caso, a una violación del artículo 14, párrafo 5. Igualmente, en la presente comunicación, el Tribunal Supremo indicó explícitamente que la realización de una nueva valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador en primera instancia para dictar su fallo de condena no forma parte de sus funciones. Por lo tanto, la revisión íntegra de la sentencia y del fallo condenatorio le fueron denegados al autor.

Por consiguiente, el Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos examinados revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto (Punto 8).

En el punto siguiente el Comité remarca que de conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas.

XV. El fallo Casal.

Si bien, como expusiera con anterioridad, con los casos “López” y “Herrera Ulloa” se emprendió un camino hacia la ampliación en el examen de las cuestiones de hecho por la Cámara de Casación, esta doctrina quedó debidamente aceptada en “Casal”.

Casal había sido condenado por el delito de robo agravado por el uso de arma, la cual no pudo ser hallada. La defensa recurre considerándose agravada por la calificación legal, dado que la prueba producida en el debate no sería suficiente para acreditar dicho objeto agravante y debido a que, a criterio de la defensa, el robo no se había consumado.

En la decisión por la que se desestima la queja -y con la cual, por lo tanto, queda formalmente cerrada la vía de la casación- el a quo, luego de resumir los agravios, les dio un único tratamiento. En el considerando tercero de esa decisión del 12 de marzo de 2004 se lee: "Que el recurso de hecho intentado no puede prosperar, por cuanto el modo en que los impugnantes han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal a quo valoró la prueba producida y estructuró la plataforma fáctica dando por consumado el delito con la existencia de un arma, atribución que le es propia y que resulta ajena -salvo supuestos de arbitrariedad o absurdo notorio que no se verifican en la especie- al control casatorio".

Un poco más adelante, esa idea fue complementada con la siguiente oración: "En este orden de ideas, corresponde apuntar que resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional, salvo casos de arbitrariedad o absurdo notorio que no se dan en autos".

En su recurso extraordinario la defensa sostuvo que el a quo había denegado el recurso ante ella interpuesto sobre la base de fórmulas dogmáticas y genéricas y, por tanto, en violación a las reglas del debido proceso legal, pues luego de postular que la valoración de la prueba era revisable en casación en caso de arbitrariedad, rechazó la queja sin efectuar análisis alguno de los agravios y sobre la única base de afirmar dogmáticamente que no advertía ese vicio en la sentencia del tribunal.

A ello agregó que lo resuelto significaba asimismo una lesión al principio in dubio pro reo (mencionado ahora expresamente en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función de lo establecido por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional) pues si al tribunal de casación le era posible advertir - mediante la lectura de los argumentos del recurrente, de la sentencia y de otras piezas documentales que el tribunal de juicio había infringido esa regla, aunque no pudiera dictar otra sentencia por respeto al principio de inmediación, sí debía disponer la anulación de la condena.

Por lo demás, el recurrente fue muy expresivo respecto a dos cuestiones íntimamente relacionadas, especialmente referentes a su agravio relativo a la no utilización de armas en el hecho. En primer lugar, señaló la íntima interconexión que existía entre errores en la apreciación de los hechos y mala aplicación del derecho. En segundo lugar, destacó la profunda desazón que produce el carácter irrevisable de un fallo condenatorio en materia criminal, cuando se discrepa razonadamente con el tribunal respecto de la apreciación de la prueba.

Importa destacar los alcances que le otorgó el Procurador General en su dictamen en el caso en estudio, al establecer que: "...lo dispuesto por el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, debe ser compatible con el derecho fundamental del condenado a una revisión realista y eficaz de su sentencia. Desaparecidos los fines políticos del recurso y debiendo asignársele ahora un espectro más amplio, no hay ninguna razón jurídica para no atribuir al recurso de casación la función de permitir al imputado que, a través de ese medio de impugnación, denuncie todos los errores que considere existentes en la sentencia condenatoria con independencia de su naturaleza. En otras palabras, que el agravio del condenado pueda ser considerado una cuestión de hecho y prueba no puede servir ya más de excusa para negar su derecho al examen de los posibles errores del fallo por él denunciados. Frente al derecho del condenado a serlo definitivamente sólo

si la sentencia ha superado los controles de calidad en cuestión, no es posible sostener el principio usual de los tribunales de casación según el cual los aspectos de la sentencia que se refieran a la determinación de los hechos y a las cuestiones probatorias son decisiones discrecionales reservadas al tribunal de mérito salvo el supuesto de arbitrariedad manifiesta. En cambio, según la visión actual del recurso contra la condena, las equivocaciones de la sentencia no pueden quedar sin fiscalización por su falta de gravedad como arbitrariedad o por la supuesta existencia de poderes exclusivos del juez del primer grado. Satisfecha la segunda instancia podrá el orden jurídico establecer límites a la revisión ulterior de las resoluciones judiciales, escogiendo, p. ej., conceder esa impugnación sólo ante motivos especiales (cuestión federal, precedentes contradictorios, etc.), pero el primer recurso contra la sentencia de condena no puede contener tales limitaciones al objeto de lo impugnabile".⁷⁶

Continúa el procurador recurriendo al derecho comparado: "tal como ya sucede en otros países cuyo derecho procesal penal es igual al nuestro, se impone la llamada teoría de la potencialidad o capacidad de rendimiento. Según esta teoría el tribunal de casación tiene competencia (poder en potencia) para revisar y eliminar de la sentencia condenatoria todos aquellos errores cuya comprobación no dependa de la inmediación propia del juicio oral. Así pues, la catalogación de un vicio, con razón o sin ella, como fáctico o jurídico ya no deberá separar lo recurrible de lo irrecurrible, sino que, antes bien, todo error será materia de recurso, salvo lo percibido única y directamente por los jueces de mérito en el juicio oral (así, el contenido y la apreciación de lo declarado en el debate), pero sólo en tanto ese contenido o su fiabilidad no se pueda establecer también por otros medios no alcanzados por la inmediación".⁷⁷

Recuerda el procurador votos disidentes en sentencias anteriores, cuyos considerandos establecen: "En tanto el recurso era considerado limitado resultaba tolerable rodear su admisibilidad de un sinnúmero de rigurosos presupuestos. Pero estas exigencias también deben ser dejadas de lado ahora, para satisfacer el derecho del condenado a un recurso más amplio. Así como la distinción entre cuestión de hecho y cuestión de derecho ya no será oponible a la admisibilidad de la impugnación contra la sentencia condenatoria, tampoco lo será la distinción entre motivos materiales y motivos procesales, que se funda en la anterior". "el tribunal de casación,

⁷⁶ Del dictamen del Procurador General, pág. 23

⁷⁷ Del dictamen del Procurador General, pág. 24..

en lugar de cerrar su competencia alegando defectos formales, debe facilitar la revisión en razón de la ya señalada gravedad de las consecuencias”.⁷⁸

Sobre el caso en cuestión, y ya terminando su voto el Procurador considera que todas las razones utilizadas para declarar inadmisibile la impugnación intentada por el tribunal de casación “son completamente incompatibles con la idea de un recurso amplio contra una sentencia de condena, que signifique conceder al imputado la oportunidad de defenderse una vez más, que es el alcance que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos conceden al derecho del condenado a recurrir el fallo ante un tribunal superior”.

Finalmente, no puede dejar de resaltarse lo que quizás es la frase central de todo su pronunciamiento, cuyo análisis puede dar lugar a largo debate. “Queda claro que no se trata de derogar el recurso de casación e instaurar una apelación incompatible con el sistema oral y público de juicio penal que establece la Constitución Nacional, sino de adaptarlo para que pueda cumplir con las exigencias estrictas del derecho del condenado a impugnar ampliamente los errores de todo tipo de la sentencia (cf. Maier, op. cit., p. 721; Pastor, Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia, cit., p. 268). Hasta que el legislador proceda a una nueva regulación del instituto, la Corte debe proceder a sentar unos lineamientos, como los aquí esbozados, para llevar a cabo la necesaria reforma del recurso de casación, exigida por la Constitución Nacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, otorgando un recurso más amplio al condenado sin destruir los fundamentos del juicio oral y público. La condena de una persona, en razón de la gravedad de sus consecuencias, exige tomar una serie de precauciones jurídicas para evitar sentencias injustas.

El legislador deberá reformular también los cuerpos judiciales competentes para conocer del recurso de casación, en razón del impacto que la ampliación de los casos de impugnación traerá para unos tribunales organizados en torno a un recurso muy limitado.”⁷⁹

Comienza la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizando la historia del recurso y comparándola con nuestra historia política, concluyendo que “existe una disparidad dado que nuestro *recurso extraordinario* responde al modelo de los jueces controladores de la legislación; el *recurso de casación* proviene del modelo de

⁷⁸ Del dictamen del Procurador General, pág. 25.

⁷⁹ Del dictamen del Procurador General, página 28.

legisladores controladores de las sentencias. Originariamente, la casación fue un típico recurso propio de un *Estado legal de derecho*; el recurso extraordinario lo es, de un *Estado constitucional de derecho*.⁸⁰

Se entendió en ese momento que la doble instancia no era necesaria, por ser costosa y poco compatible con la inmediación del plenario oral. Como lo señala el mismo presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su voto particular en la sentencia del caso "Herrera Ulloa v. Costa Rica"

Concordantemente, el Máximo Tribunal diserta sosteniendo que una interpretación literal del artículo 456 del ordenamiento ritual sería contraria a los preceptos constitucionales. Así lo ha señalado al sentar que: "Si se entendiese de este modo el texto del inc. 2º del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, sin forzar en nada su letra y sin apelar a una supuesta jurisprudencia progresiva, aun dentro del más puro método exegético y siguiendo nuestra tradición jurisprudencial de acompañamiento a los tiempos del legislador, resultaría que la interpretación restrictiva del alcance de la materia de casación, con la consiguiente exclusión de las llamadas cuestiones de hecho y prueba, no sólo resultaría contraria a la ley constitucional sino a la propia ley procesal. No puede imponerse una interpretación restrictiva, basada sólo en el nomen juris del recurso y asignándole la limitación que lo teñía en su versión napoleónica, pasando por sobre la letra expresa de la ley argentina y negando un requisito exigido también expresamente por la Constitución Nacional y por sobre la evolución que el propio recurso ha tenido en la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada".⁸¹

Por otra parte, resulta necesario destacar, que para la Corte, será competencia del Tribunal de Casación el ejercicio de la revisión amplia de la sentencia de juicio, a fin de satisfacer el derecho al doble conforme, dejando a salvo las cuestiones reservadas a la inmediación: "...cabe entender que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas. Dicho entendimiento se impone como resultado de (a) un análisis exegético del mencionado dispositivo, que

⁸⁰ Del Voto unánime de los Ministros de la Corte, considerando n° 12, pág. 40

⁸¹ Del Voto unánime de los Ministros de la Corte.

en modo alguno limita ni impone la reducción del recurso casatorio a cuestiones de derecho, (b) la imposibilidad práctica de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, que no pasa de configurar un ámbito de arbitrariedad selectiva; (c) que la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse en favor de la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (inc. 22, del art. 75, arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); (d) ser también la única compatible con el criterio sentado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".⁸²

XVI. Adecuación en la Provincia de Buenos Aires. Creación de Salas Transitorias "ad hoc".

La consecuencia lógica de la evolución del recurso, ha sido el gran incremento de causas en casación. Esto causó el colapso total de los Tribunales de Casación, los cuales no cuentan con una estructura adecuada para resolver al ritmo del ingreso de recursos. Visto que muchas causas comenzaron a prescribir, el gobierno de la provincia decidió buscar una solución temporaria al problema.

Fue así como por medio de la ley 13.812⁸³, la Provincia de Buenos Aires modificó la Ley N° 11.922 y sus modificatorias (Código Procesal Penal). Entre sus disposiciones transitorias cito el ARTICULO 4°. Salas Transitorias "ad hoc". "Los recursos de casación pendientes de resolución a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, a excepción de aquéllos que hayan sido interpuestos contra sentencias de juicio oral, juicio abreviado y directísimo en materia criminal, serán resueltos por las Salas Transitorias "ad hoc" integradas para la emergencia por los jueces de las Cámaras de Apelaciones y Garantías en lo Penal que reúnan las condiciones establecidas en el artículo 177 de la Constitución de la Provincia."

A la Cámara de Apelación y Garantías del departamento judicial de Mar del Plata arribaron 300 causas en el mes de agosto del 2008, originarias del departamento judicial de Mercedes, las cuales se resolvieron en menos de un año. Esta solución sin

⁸² Del voto unánime de los ministros de la Corte.

⁸³ B.O. 21-04-08.

duda puede dar lugar a críticas dado que se está afectando a mi entender el derecho al juez natural, ya que el apelante tuvo en cuenta al momento de interponer su recurso, todos los antecedentes jurisprudenciales provenientes del tribunal de casación y se encuentran con que años después sus causas aparecen en la cámara de apelación de otro departamento judicial del cual desconocen en absoluto sus opiniones jurisprudenciales e incluso las interpretaciones procesales.

Debemos sin embargo reconocer que esta medida ha sido acorde a nuestras posibilidades presupuestarias y más allá de no haber sido resueltos estos recursos por jueces de casación, damos fe que han sido resueltos con gran dedicación y por jueces conocedores del tema dentro de una institución permanente con todas las garantías.

XVI. Conclusión

Nuestro país ha sido pionero, adhiriendo en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre hasta que en 1994, con la última reforma constitucional les ha dado jerarquía suprema al incorporarlos a la Ley Fundamental.

Este último hecho es fundamental para comprender por qué el fin del Tribunal de Casación ha debido mudar su función limitada de controlar las cuestiones de derecho a examinar, además, las cuestiones de mérito –hecho y prueba-.

No debe prevalecer el ejercicio del Tribunal de Casación como órgano o mecanismo de control de los jueces –ya que dicho componente se encuentra satisfecho con el sistema de enjuiciamiento de los magistrados- sino que debe imperar el derecho al doble conforme del imputado que se ha agraviado con la sentencia condenatoria, tal como lo manda la Convención Americana sobre Derechos Humanos a través de nuestra Constitución Nacional, resultando entonces la inexistencia de razones para limitar a la casación a las cuestiones de derecho, sino que deben completarse para lograr la satisfacción del derecho a una instancia revisora –en sentido amplio- del imputado, sobretodo teniendo en cuenta que muchas veces para determinar el derecho a aplicar, este debe estar muñado de los hechos, es decir, son inseparables a fin de lograr una evaluación global del caso en reexamen. En ese sentido, esta evolución ha debido provocarse, porque que si se entendiera al Tribunal de Casación con los límites impuestos por el artículo 456 del régimen

procesal federal en su anterior interpretación, no existiría una segunda instancia sobre la sentencia de mérito, resultando la sentencia penal con una única instancia, es decir, sin instancia de apelación o de revisión amplia, lo que no ocurre en otros ámbitos del sistema judicial.

La interpretación restrictiva del alcance de la materia de casación, con la consiguiente exclusión de las llamadas cuestiones de hecho y prueba, debe dar paso a la evolución ya que la misma no sólo resultaría contraria a la ley constitucional sino a la propia ley procesal, en tanto no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración del material probatorio en el caso concreto.

En "Casal", el Procurador General de la Nación ha señalado que: "En conclusión, el recurso de casación tiene que ser entendido de ahora en más, como instrumento de impugnación no limitado a las cuestiones de derecho y por medio del cual es posible revisar integralmente todos los aspectos de la sentencia cuestionados por el recurrente, siempre que lo impugnado no esté en relación directa con percepciones exclusivas de quien ha presenciado el juicio oral".

El fallo Casal, brinda sin duda certeza a un tema polémico, que consecuentemente salvaguardará la garantía al doble conforme en las cuestiones de hecho y prueba -abandonando definitivamente "la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho"- y así rectifica, el tan soslayado derecho.

Por consiguiente, las Cámaras de Casación Penal deben avocarse al conocimiento de las resoluciones de los Tribunales inferiores desde una visión amplia respecto a la facultad de contralor. Ello, a efectos de no transgredir el mandato constitucional vigente y así, ejercer la función de apelación de las cuestiones debatidas en el Tribunal de Juicio, a efecto de no menoscabar el derecho bajo análisis. Ello, hasta tanto no se modifique legislativamente la limitada función prevista en el código de rito.

No debemos olvidar que la doble instancia garantiza que las personas, antes de ser condenadas, -si considerasen menoscabados sus derechos- reciban un "doble conforme condenatorio" que indica que al menos dos tribunales han tenido en su conocimiento la materia penal por la que se le ha impuesto una pena, circunstancia que obliga a una revisión amplia, teniendo en cuenta, tanto el derecho como los hechos.

Habiendo desarrollado el tema, se desprende claramente el alivio que trajo el fallo Casal, dada la necesidad de progreso en el sistema judicial, con el correspondiente cumplimiento a los pactos constitucionales y sus garantías. Es menester criticar, sin embargo, la demora de esta reforma pretoriana, dado el tiempo transcurrido desde la incorporación de los pactos hasta la aparición del presente dictamen. Debe recordarse que la Corte ha reiterado en numerosas oportunidades que las garantías enunciadas en la Constitución son de carácter operativo, sin ser necesaria la incorporación de una ley para el cumplimiento de las mismas. Es decir, toda garantía o derecho reconocido en forma constitucional vale por sí solo. Basta recordar para ello frases del innovador fallo Siri dictado por la Corte Suprema en el año 1957 el cual establece: "Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias" y su alusión a Joaquín V. González quien opinó que: "No son, como puede creerse, las «declaraciones, derechos y garantías», simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina" ⁸⁴

Por lo tanto, habiéndose incorporado los derechos en los años 1984 y 1986 respectivamente, más de veinte años -y con innumerables reformas en los códigos procesales entre medio- hemos incumplido con los mandatos constitucionales, sin perjuicio de la cuestión suscitada con anterioridad a la reforma de la carta magna sobre la jerarquía de los convenios internacionales en el orden jurídico nacional.

Luego del acatamiento del fallo por los tribunales inferiores a lo largo del todo el país han surgido efectos colaterales: una gran oleada de recursos de casación. Al pasar a ser un recurso ordinario, sin las trabas propias de las apelaciones extraordinarias, los tribunales casatorios se vieron excedidos de su capacidad resolutoria. En nuestra provincia el tribunal llegó a tener siete mil causas en trámite.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1957.

Esto sin duda se dio por la apertura del recurso sin la correspondiente creación de nuevas salas.

Así, el recurso se volvió a desnaturalizar y con lo que se quiso beneficiar la posibilidad de revisión para así mantener incólume el principio de defensa y justicia, la casación se volvió una herramienta muy ingeniosa para los abogados ya que interponiendo este recurso se aseguran impedir que la sentencia adquiera cosa juzgada. Con el cúmulo de causas varadas pendientes de resolución en casación, gran parte de ellas hallaron allí la prescripción, con la gravedad que esto significa. Es una gran falla del Estado, y esto genera el interrogante de si realmente fue el fallo Casal algo provechoso para la justicia y realmente un avance o un retroceso en la sociedad.

Sin dudas es un avance procesalmente hablando, pero un retroceso en la justicia, dado que el cambio no fue acompañado por una mejora estructural. A esto se le puede sumar que la mayoría de los delitos que prescribieron y prescriben día a día allí son delitos menores o los llamados “delitos de guantes blancos”, asistiéndole razón en parte al doctor Zaffaroni cuando opina que estos nunca hallan una condena.

Mas allá de este efecto indeseado, opinamos que el cambio es positivo, pero que debe ser acompañado de la creación de nuevas salas. Esto por el momento no se ha realizado en la provincia, pero se ha intentado dar una solución al problema a través de la creación de Tribunales “ad-hoc”.

En síntesis, con este cambio hemos evolucionado favorablemente como sociedad jurídicamente organizada, adecuando la justicia a las exigencias legales, y cumpliendo con todos los recaudos para garantizar un proceso ordenado que respete los derechos de las partes.

A modo de colofón, citamos una frase del Doctor Augusto Morello: “...la casación no está solamente destinada a corregir nada mas que errores de derecho. Las normas no pueden funcionar a ciegas, desconociendo los hechos probados: o *tampoco desentendiéndose - o deformando- las consecuencias de tales hechos para el derecho; hechos, por otra parte, que le sirven de soporte y fundamento*”.⁸⁵

⁸⁵ Morello, Augusto, “La Casación Final en Buenos Aires - Notas distintivas y flexibilización para su admisión”, en “JA”, semanario N° 5796 del 30/9/92, Págs. 54-55.

Bibliografía consultada

- Constitución de la Nación Argentina.
- Código Procesal Penal de la Nación
- Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles.
- Bidart Campos, Germán; "Manual de la Constitución Reformada"
- Clariá Olmedo, Jorge A., Tratado de derecho procesal penal, tomo. V, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960.
- Cafferata Nores, José; "In dubio pro reo" y recurso de casación contra la sentencia condenatoria; La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 23 de diciembre de 1999.
- De la Rúa, Fernando. "La casación penal", ed. Depalma, 1994.
- De la Rúa, Fernando "El recurso de casación", ed. Víctor P. De Zavalía, 1986.
- Diccionario de la Lengua Española, www.rae.es
- Fallo "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa". 20 de septiembre de 2005 . C. 1757. XL. Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- González Novillo, Jorge R. –Figuroa, Federico G. "El recurso de casación en el proceso penal", ed. Ad-hoc, 1993.
- Heredia, José R. "¿Casación o nuevo recurso?", Revista de el Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, Febrero 2006.
- Informe nro. 55/97, "Argentina", caso N° 11.137, Juan Carlos Abella, del 18 de noviembre de 1997.
- Informe 24/92 de fecha 2 de octubre del año 1992.
- Lorences Valentín Héctor, Recursos en el proceso penal, ed. Universidad, año 2007.

- Maier, Julio B. J. –Bovino, Alberto –Díaz Cantón, Fernando “Los recursos en el procedimiento penal”, ed. del Puerto, 2º edición actualizada, 2004.
- Maier, Julio J.B. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto S.R.L, Buenos Aires 2003, 1º edición.
- Morello, Augusto, “La Casación Final en Buenos Aires - Notas distintivas y flexibilización para su admisión”, en “JA”
- Morello, Augusto M.; El mito de las cuestiones de hecho y derecho en la casación; La Ley, 27 de septiembre de 2005.
- Morello, Augusto M.; El Recurso Extraordinario, LexisNexis, tercera edición reelaborada, 2006.
- Pastor, Daniel R,; “La nueva Imagen de la Casación Penal – Evolución Histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal”, Ed. Ad-Hoc, Primera Edición, Buenos Aires, Octubre de 2001.
- Palacios, Enrique A. “Manual de derecho procesal civil”, ed. LexisNexis, décima edición, año 2004.
- Piombo, Horacio Daniel. Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, LexisNexis, Volumenes I, II y III, Julio de 2002.
- Roberto Atilio Falcone – Marcelo Augusto Madina, “El nuevo proceso penal en la provincia de Buenos Aires”, ed. Ad-hoc, 2000.
- Revista jurídica “El Derecho Penal”, El Derecho, n° 6, Junio de 2005.
- Revista jurídica “El Derecho Penal”, El Derecho, n° 12, Diciembre de 2005.
- Revista jurídica el Derecho Penal y Procesal Penal, LexisNexis, n° 9, Septiembre de 2006.
- Revista jurídica el Derecho Penal y Procesal Penal, LexisNexis, n° 3, Marzo de 2007.
- Revista jurídica el Derecho Penal y Procesal Penal, LexisNexis, n° 2, Febrero de 2006.
- Roxin, Claus "Derecho Procesal Penal", ed.Del Puerto, BsAs, 2000.
- Saguez, Nestor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional”, 2º edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea año 1989.

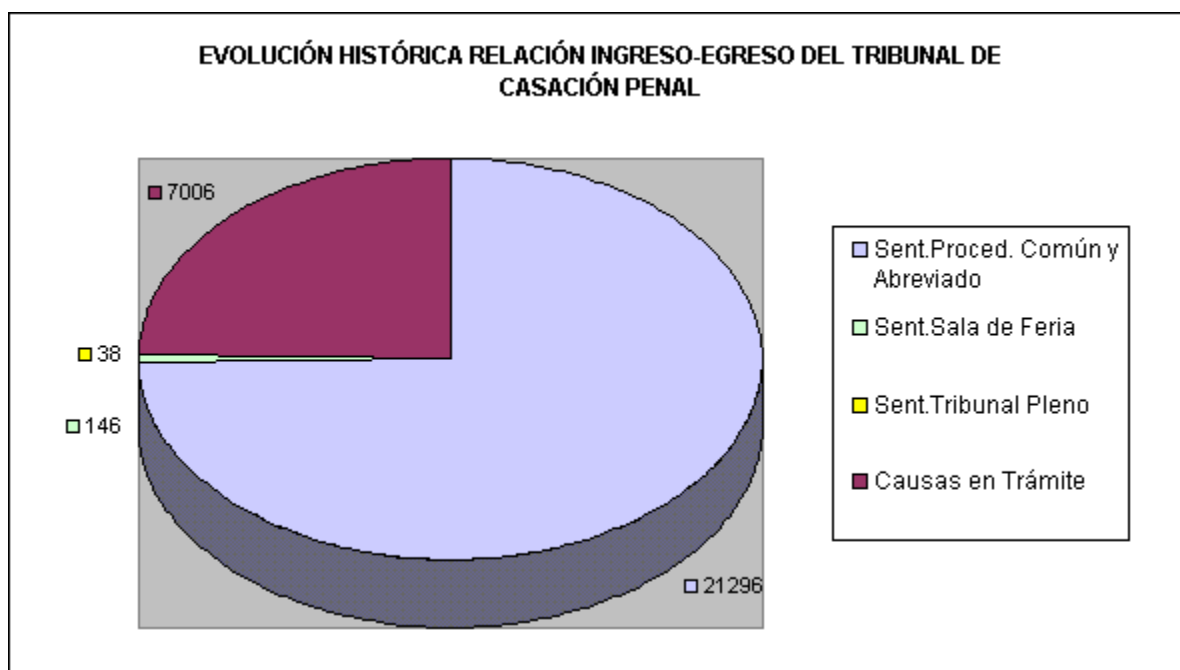
- Sartorio, José “La casación argentina”, ed. Depalma, 1951.
- Tatarsky Diego, La doble instancia judicial y el recurso de casación en materia penal. Una mirada desde la normativa constitucional. http://revista-cpc.kennedy.edu.ar/trabajos/tatarsky_diego.pdf
- Vadim Alexis Mischanchuk, Casación VS Doble Instancia, El mercurio de la salud
http://www.mercuriodelasalud.com.ar/numeros_anteriores/2005/79/casacion_vs_doble_instancia.asp

Anexo

EVOLUCIÓN HISTÓRICA RELACIÓN INGRESOS - EGRESOS

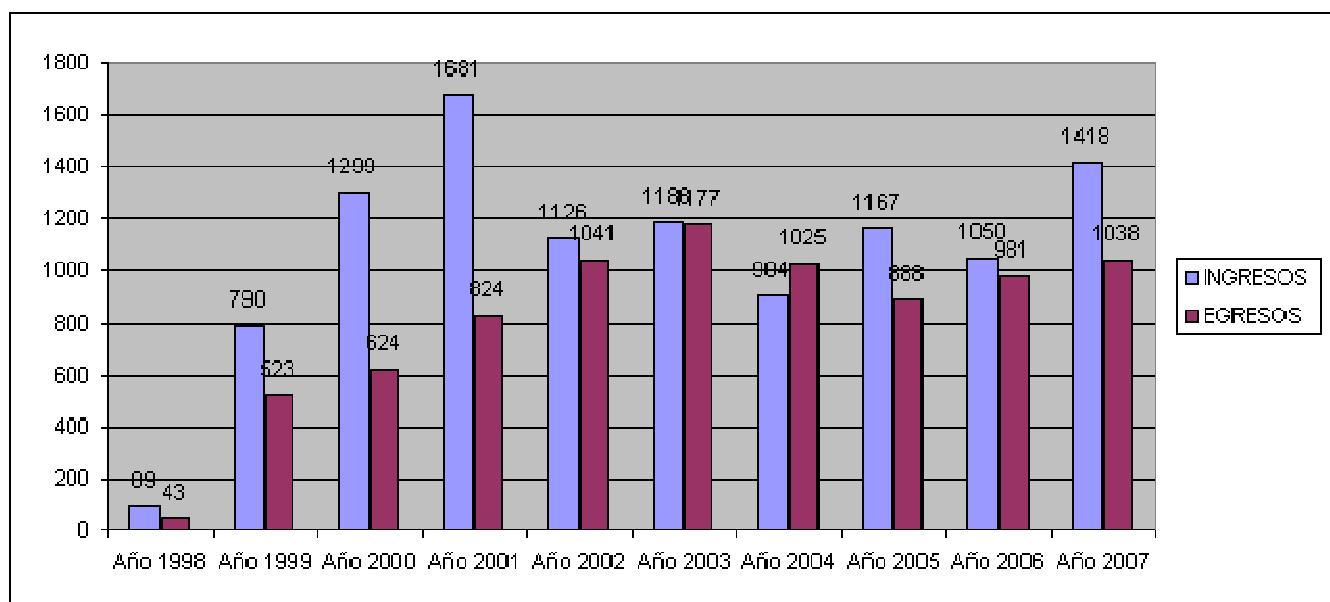
AÑO	CAUSAS INGRESADAS	SENTENCIAS DEFINITIVAS Proced. Común y Abreviado	SENTENCIAS DEFINITIVAS Sala de Feria
Año 1998	89	43	0
Año 1999	790	523	0
Año 2000	3982	1974	17
Año 2001	4008	2587	10
Año 2002	3275	2509	19
Año 2003	3044	2947	23
Año 2004	2733	2446	17
Año 2005	3297	2220	6
Año 2006	3204	2768	33
Año 2007	3880	3279	21
TOTALES	28302	21296	146

* TASA DE RESOLUCION: 9,33 CAUSAS POR DÍA HÁBIL



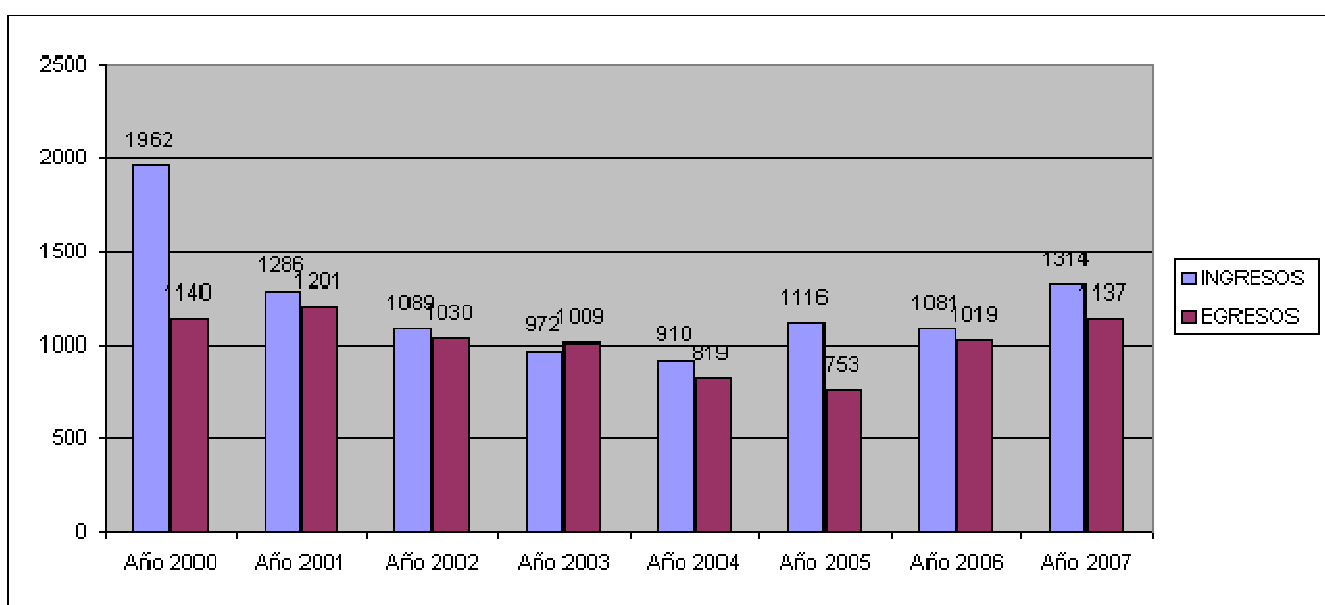
**CUADRO EVOLUCIÓN HISTÓRICA SALA I
RELACIÓN INGRESOS - EGRESOS (1998-2007)**

AÑO	INGRESOS	EGRESOS
Año 1998	89	43
Año 1999	790	523
Año 2000	1299	624
Año 2001	1681	824
Año 2002	1126	1041
Año 2003	1186	1177
Año 2004	904	1025
Año 2005	1167	888
Año 2006	1050	981
Año 2007	1418	1038
TOTALES	10710	8164



**CUADRO EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SALA II
RELACIÓN INGRESOS - EGRESOS (2000-2007)**

AÑO	INGRESOS	EGRESOS
Año 2000	1962	1140
Año 2001	1286	1201
Año 2002	1089	1030
Año 2003	972	1009
Año 2004	910	819
Año 2005	1116	753
Año 2006	1081	1019
Año 2007	1314	1137
TOTALES	9730	8108



**CUADRO EVOLUCIÓN HISTÓRICA SALA III
RELACION INGRESO-EGRESO (2000-2007)**

AÑO	INGRESOS	EGRESOS
Año 2000	721	210
Año 2001	1041	562
Año 2002	1060	438
Año 2003	886	761
Año 2004	919	602
Año 2005	1014	579
Año 2006	1073	768
Año 2007	1148	1104
TOTALES	7862	5024

