

EL RECURSO DE CASACIÓN EN LA JUSTICIA FEDERAL Y EN LA JUSTICIA BONAERENSE*

INTRODUCCIÓN

1. Objeto del informe

El objeto de este informe consiste en señalar los más graves problemas que en el derecho federal —también denominado “nacional”— y en el derecho bonaerense argentino ha generado la regulación, interpretación y aplicación del recurso de casación en materia penal interpuesto contra sentencias condenatorias que imponen una sanción penal o una medida de seguridad.

El enfoque adoptado pretende confrontar la administración del recurso de casación en los ámbitos federal y bonaerense con las exigencias establecidas en la jurisprudencia del sistema interamericano (algunos de ellos reconocidos expresamente en decisiones de nuestra propia Corte Suprema federal —v. gr., caso “Girolodi”, caso “Gorriarán Merlo”—).

La relevancia de este Informe parte del presupuesto de considerar como un derecho fundamental reconocido en los tratados de derechos humanos al derecho a impugnar la sentencia penal condenatoria que impone una pena o una medida de seguridad. Ello pues el mecanismo recursivo, bajo ciertas circunstancias, constituye una vía adecuada para controlar la validez de la sentencia en general, con especial referencia a las cuestiones vinculadas con el cumplimiento de las garantías judiciales y la correcta aplicación del derecho de fondo que resuelve el caso.

* Informe redactado por Alberto BOVINO. Este Informe fue redactado antes de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictara el fallo “Casal”.

Así, toda sentencia penal condenatoria debe ser sometida —o contar con la posibilidad efectiva de hacerlo— al examen de un tribunal distinto y superior al que la dictó, para revisar la validez de la sentencia en general, y el respeto de las garantías judiciales en particular. Sólo de esta manera estaremos ante una condena legítima. De allí, entonces, la importancia que tiene el tema analizado.

Dividiremos nuestro análisis en seis capítulos. En el **primero** de ellos describiremos el régimen legal de este recurso, con especial referencia al derecho federal. El **segundo** punto se dedicará a analizar ciertas reglas legales vigentes que impiden que el recurso satisfaga las exigencias del artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante, la Convención Americana, la Convención, o la CADH—, sin que exista justificación alguna para tales restricciones ilegítimas del derecho del imputado a impugnar la sentencia penal condenatoria.

En **tercer** lugar, analizaremos la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación al recurso de casación. A **continuación**, señalaremos la sistemática adhesión de los tribunales locales a prácticas que *distorsionan* y *vacían de contenido* el derecho garantizado en el artículo 8.2.h de la Convención. **Seguidamente**, señalaremos una nueva circunstancia que ha agravado aún más la situación respecto del ejercicio efectivo del acceso al recurso por parte de los imputados que han recibido decisión condenatoria luego de un juicio oral: la doctrina de la arbitrariedad aplicada por los tribunales competentes para resolver el recurso de casación. **Por último**, formularemos conclusiones de nuestro análisis que incluirán propuestas para que la regulación legal y administración del recurso funcionen adecuadamente.

2. El derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria

La impugnabilidad de una sentencia condenatoria supone, en un proceso penal, someter una decisión de tan grave importancia —la imposición de una pena o de una medida de seguridad— a una instancia de control similar a la regla del doble conforme, según la cual cuando una operación aritmética realizada dos veces da el mismo resultado, hay grandes posibilidades de que ésta sea correcta¹.

Cuando se trata de los recursos no es posible soslayar que ellos no son más que un resabio imperial de poder jurisdiccional que se delegaba y se reasumía, como sucedía con la organización propia del Estado absoluto². Pero actualmente el control de las decisiones judiciales sólo se justifica como medio idóneo para asegurar la justicia y la legalidad de los pronunciamientos jurisdiccionales. Así, el recurso se considera, en la actualidad, no como resabio imperial que reasume autoridad delegada, sino como una garantía del justiciable.

La CADH obliga a los Estados parte a reconocer el derecho de todo imputado en un proceso penal a recurrir la sentencia condenatoria, al prever en su artículo 8.2.h, el derecho a “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. En este sentido, la regulación del recurso de casación que impugna la sentencia del tribunal de juicio en el CPP Nación y en el CPP Buenos Aires, constituye la reglamentación de esta garantía.

El sistema de protección internacional de los derechos humanos establecido por la CADH se basa en la obligación genérica de los Estados parte de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella

¹ Cf. CARNELUTTI, *Derecho procesal civil y penal*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1971, t. I, ps. 275 y siguiente.

² Cf. Carlos M. GARRIDO, *Los recursos*, en AA.VV., *El Código procesal penal de la Nación*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 221.

y... garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna..." (CADH, art. 1.1) y de "adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (CADH, art. 2). Esta obligación estatal general ha sido entendida como un deber inmediato e incondicional resultante directamente de la propia Convención (cf. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86, párr. 25). Luego, teniendo como presupuesto necesario ese deber general, se enumeran específicamente cada uno de los considerados derechos esenciales del ser humano, derechos que se traducen en específicos deberes de los Estados que ratificaron la Convención.

Así, dentro de las llamadas "garantías judiciales" (CADH, art. 8), y junto a las garantías del principio de inocencia, de asistencia técnica irrenunciable, de libre elección del defensor, entre otras, se reconoce el derecho a recurrir el fallo penal condenatorio ante un tribunal superior.

Resulta claro, entonces, que la CADH prescribe una serie de características que, necesariamente, deben observar los regímenes procesales penales de los Estados parte. Una de ellas es que toda sentencia condenatoria debe ser impugnabile a fin de que un tribunal distinto al que la dictó revise su corrección. El objeto de esta cláusula convencional es, sin dudas, la minimización de las posibilidades de error o arbitrariedad de las decisiones que disponen una medida de grave importancia: la aplicación de una pena o de una medida de seguridad. En otras palabras, el derecho reconocido en la Convención requiere que en ningún caso quede firme una sentencia condenatoria sin que antes haya podido ser impugnada por el imputado como medio de provocar un control sobre su corrección.

Ahora bien, el derecho al recurso es un *derecho del imputado* que ha sido condenado. Ello pues, en primer lugar, los recursos, en general, ya no son concebidos en el sentido de su origen histórico, esto es, como medio del soberano —el Estado— de controlar el ejercicio del poder jurisdiccional delegado a los tribunales, sino como un derecho o facultad de las partes que intervienen en el procedimiento. El significado histórico de los recursos, nacidos con el procedimiento inquisitivo que se consolida en Europa continental a partir del siglo XIII, ha sido explicado por MAIER de la siguiente manera:

“En realidad, se trataba de una institución política para asegurar la centralización del poder y la organización jerárquica, más que de una garantía para el imputado. Incluso sus orígenes se remontan a una lucha por prevalecer frente a la justicia feudal, para lo cual el rey pudo reivindicar en algunos casos la posibilidad de recurrir a la corte real, y tal recurso era más un ataque contra los jueces, que defendían su sentencia, que un derecho al reexamen del caso.

De este sentido político de la institución emerge, según antes lo pusimos de manifiesto, el efecto devolutivo de los recursos, esto es, la consecuencia de atribuir competencia para el caso a un superior, devolviéndole la jurisdicción delegada, designación que aún hoy conservamos sin su significado político. Como se observa, la decisión no quedaba firme y era ejecutable por su solo pronunciamiento, pues existían instancias ulteriores posibles” (cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, p. 65).

3. La garantía en la jurisprudencia interamericana

Por otro lado, la cláusula de la Convención representa, clara e inequívocamente, un derecho individual y no una atribución estatal. Ello significa que el procedimiento penal de los Estados parte debe permitir a las personas que obtienen en primera instancia un pronunciamiento condenatorio que ese pronunciamiento sea revisado por un tribunal superior. La circunstancia de que se trate de un derecho del imputado representa, además, en cuanto al derecho al recurso, la imposibilidad

de que el tribunal de alzada, sin que exista recurso acusador, modifique la sentencia impugnada en perjuicio del imputado.

“... la Convención regional no se propone —ni se puede proponer— ‘defender’ al Estado, sino, por el contrario, conceder una garantía a quien sufre la coacción estatal. La Convención —como nuestra Constitución cuando define los derechos y garantías de los habitantes— se refiere, precisamente, a las garantías procesales frente a la acción y a la fuerza aplicada por el Estado. Interpretar esas garantías en perjuicio del garantizado, como naturalmente lo hacen nuestros tribunales en múltiples fallos, incluida nuestra Corte Suprema, representa una verdadera hipocresía...

Por consiguiente, la garantía ampara, en principio, a toda persona contra la cual el Estado decide aplicar una consecuencia jurídico-penal; dicho con una fórmula más sencilla: ampara, en principio, al condenado penalmente o, de manera extensiva, a quien, a pesar de ser absuelto, sufrirá, a raíz de la decisión, una medida de seguridad y corrección” (cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª ed., t. I, ps. 711 y s.).

La Comisión Interamericana ha establecido claramente, también, que el recurso es un derecho del imputado. En este sentido, ha afirmado que “el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto... permita... 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” (CIDH, Informe nº 24/92, casos 9.328, 9.329, 9.742, 9.884, 10.131, 10.193, 10.230, 10.429 y 10.469 [Costa Rica], *Derecho de revisión del fallo penal*, del 2/10/92, párrafo 30, destacado agregado). El informe hace referencia al recurso de casación porque en el procedimiento penal vigente en Costa Rica es el recurso de casación³ el único recurso que se puede interponer contra la sentencia condenatoria del tribunal de juicio, luego del debate oral:

³ En el CPP Guatemala, en vez, se denomina “recurso de apelación especial”.

“30. Que el recurso de casación es una institución jurídica que, en tanto 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 artículo 8.2.h de la Convención. La Comisión remarca en ese sentido lo indicado por la dicha Sala Constitucional en su sentencia 528-90 cuando dice que: ‘el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso’” (COMISIÓN IDH, Informe 24/92).

Por su parte, en un caso reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, la Corte Interamericana, la Corte IDH, o la Corte—, ha establecido:

“162. Con base en lo expuesto en los párrafos anteriores, la Corte pasa a resolver si el recurso de casación al que tuvo acceso el señor Mauricio Herrera Ulloa cumplió con los parámetros anteriormente establecidos y, por ende, si se trató de un recurso regulado y aplicado de conformidad con lo estipulado en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana.

163. El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen.

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 dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un 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 Pacto⁴.

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 Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico 'La Nación', respectivamente (*supra* párr. 95. w), 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.

168. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.h. de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa".

Es necesario establecer el alcance de estos pronunciamientos, pues deben ser interpretados y aplicados con prudencia para no desarticular el sistema de procedimiento penal acusatorio que se requiere para cumplir no sólo con el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, sino todas y cada una de las demás garantías judiciales previstas en el art. 8 de la Convención.

En síntesis, analizaremos los numerosos problemas que genera el recurso de casación en el ámbito federal y en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, teniendo en cuenta las exigencias de jerarquía constitucional referidas al derecho de toda persona condenada a impugnar la sentencia penal condenatoria mediante un recurso ordinario, que le permita examinar todas las cuestiones relativas a la legitimidad formal y sustantiva del fallo en cuestión.

⁴ [Nota en el texto citado] O.N.U., Comité de Derechos Humanos, *M. Sineiro Fernández c. España* (1007/2001), dictamen de 7 de agosto de 2003, párrs. 7 y 8; y O.N.U., Comité de Derechos Humanos, *C. Gómez Vásquez c. España* (701/1996), dictamen de 20 de julio de 2000, párr. 11.1.

4. Única instancia

Debe quedar claro, por otra parte, que el derecho a impugnar la sentencia penal condenatoria no es equivalente a una “doble instancia”. Tal como explica acertadamente MAIER, sólo puede haber doble instancia cuando los dos tribunales fallan sobre el mismo material probatorio, y ello es imposible luego de un juicio oral. En el mejor de los casos, si el tribunal de alzada realizara un nuevo juicio para emitir su pronunciamiento, estaríamos ante una segunda primera instancia, pues la alzada fallaría sobre lo acontecido en el segundo juicio y no, como el tribunal cuya sentencia se impugna, sobre lo ocurrido en el primer juicio.

Antes de la entrada en vigencia de la Convención Americana, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en adelante, la CSJN—, en numerosos fallos, expresó que “la doble instancia judicial no reconoce base constitucional”, y que “la multiplicidad de instancias judiciales no constituye requisito de naturaleza constitucional”⁵.

Luego de la entrada en vigencia de los tratados internacionales, pero antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema varió su jurisprudencia, aunque sin llegar a un resultado satisfactorio. En efecto, en el caso “Jáuregui, Luciano Adolfo”⁶, ratificó su vieja doctrina de que “la doble instancia judicial no constituye, por sí misma, requisito de naturaleza constitucional”, y señaló que el derecho a recurrir el fallo condenatorio del art. 8.2.h de la Convención Americana “se halla[ba] satisfecho por la existencia del recurso extraordinario ante esta Corte”.

⁵ Ver, entre otros, Fallos 101:393; Fallos 256:39, citados por MAIER, *Derecho procesal penal*, cit. t. I, ps. 794 y siguiente.

⁶ Fallos 311:274.

Si bien resulta cuestionable que haya resuelto que el recurso extraordinario federal satisfacía la exigencia convencional —dado lo limitado del remedio federal, que sólo constituye un medio de casación de cuestiones federales constitucionales—, lo acertado del fallo consistió en la diferenciación entre “doble instancia” y “derecho al recurso”.

Según señala MAIER correctamente:

“... La cuestión, a mi juicio, no se presenta, para el Derecho argentino, demasiado complicada: si se parte de la base de que la Constitución deja en libertad al legislador común para decidir el problema político general de la existencia de una sola instancia o de la necesidad de una segunda instancia, porque la Constitución nada establece al respecto, el problema real consiste en establecer, cuando aparezca el primer fallo condenatorio, una *posibilidad cierta* para que el imputado lo impugne ante un tribunal imparcial y superior, que pueda reexaminar el caso con amplitud suficiente”⁷.

Dado que el derecho del art. 8.2.h de la Convención Americana —del mismo modo que el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸ del sistema universal— no implica la doble instancia, sino la posibilidad de impugnar el fallo condenatorio, resulta claro que los tratados no han optado por un régimen de doble instancia, con lo cual tal problema continúa siendo una opción de política criminal de los Estados parte, y no una exigencia convencional. Lo que sí debe establecerse es cuál es la *amplitud* del control casatorio, pero ése es un problema que sí se haya vinculado a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos.

A nuestro juicio, un régimen de recurso de casación bien administrado resulta idóneo, como ya ha adelantado la Comisión Interamericana,

⁷ MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, p. 796.

⁸ El artículo 14.5 del Pacto dispone: “5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

para satisfacer la garantía. Sin embargo, actualmente se discuten otras posibilidades. Por ejemplo, MAIER señala que, si bien se rechaza la doble instancia tradicional —el recurso de apelación tal como se halla regulada hoy en día—, se abren paso nuevas propuestas:

“... unos pretenden cierta ampliación de la casación, que implica un ingreso limitado a los hechos; otros abogan por admitir una apelación muy limitada, prácticamente, por anticipar la revisión (caso de prueba omitida, nueva prueba que no ingresó en el debate o elemento de prueba falsamente percibido por el tribunal de debate conforme a la sentencia). Las soluciones, aunque no son idénticas, representan, políticamente, lo mismo: reconocimiento de la incompatibilidad de la apelación para el sistema de juicio oral y público o de sus desventajas para él, y dudas acerca de la garantía que representa el juicio en única instancia de mérito para una administración de justicia correcta, por el excesivo rigor formal de la casación, único recurso previsto en este caso”⁹.

Lo que debe quedar claro es que el control casatorio no es una doble instancia, y que debemos buscar alternativas para implementar el derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria sin acudir a una doble instancia que destruiría los principios del juicio oral y público —únicos principios capaces de respetar las demás garantías judiciales del art. 8 de la Convención Americana—, eliminando los rigorismos formales de un recurso de casación que no debe ser administrado de modo excesivamente ritual, sino, por el contrario, de modo favorable a la facilitación del efectivo ejercicio de la persona condenada de su derecho a obtener un control recursivo de la sentencia que lo perjudica.

Como señala PASTOR, respecto de la posibilidad de realizar un segundo juicio:

“... Podría ser realizado otro juicio sobre el mismo objeto de acusación ante un tribunal superior o distinto —segunda primera instancia— y es posible también que ese juicio alcance un resultado diverso al anterior,

⁹ MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, p. 803.

pero nunca podría ser revisado el primer juicio —ni el segundo— en las comprobaciones fácticas que dependan directamente de la inmediación (pero sólo en ellas); podrá decirse que el primero fue erróneo y el segundo fue acertado, pero también viceversa, pues, *in rei veritatis*, son independientes y «es posible pensar que ambas decisiones sean acertadas o desacertadas, juicio para el cual cada una de las sentencias comparece ante su propio debate y que, al menos sobre los hechos, sólo puede pronunciar un observador presente en cada uno de los debates». De admitirse, a su vez, la revisibilidad de cada una de estas decisiones, con el argumento de que cada juicio es un nuevo juicio cuya conclusión está sometida al derecho del imputado a provocar su revisión, se caería en un regreso al infinito¹⁰.

I. EL RÉGIMEN NORMATIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

I. 1. El carácter *limitado* del recurso

En nuestro derecho, el recurso de casación¹¹ es un recurso limitado — *no extraordinario*— que sólo permite impugnar la errónea aplicación del derecho sustantivo a los hechos del caso (casación sustantiva o material)¹² y, por otro lado, la violación a algunas reglas del procedimiento de determinada entidad (casación formal o procesal)¹³.

¹⁰ PASTOR, Daniel R., *La nueva imagen de la casación penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 32.

¹¹ El recurso de casación está regulado en el Libro IV (Recursos), Capítulo IV (Recurso de casación), artículos 456 a 473 del Código Procesal Penal de la Nación —en adelante, CPP Nación—; y en el Libro 4 (Impugnaciones), Título 4 (Recurso de casación), artículos 448 a 466 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires —en adelante, CPP Buenos Aires—.

¹² Se debe tener en cuenta que en nuestro derecho rige el principio *iura novit curia*, que sólo exige al acusador definir los hechos. El tribunal no puede resolver sobre el fondo más allá de los hechos objeto de la imputación, pero sí está autorizado a aplicar una calificación jurídica distinta e, incluso, a imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores. Sin embargo, luego de la decisión de la Corte Interamericana en el Caso Fermín Ramírez, la aplicación del principio *iura novit curia* en perjuicio del imputado debe ser regulada de otra manera (ver Corte IDH, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005, párrs. 69 a 73).

¹³ Hacemos referencia aquí a los motivos por los cuales puede interponerse el recurso. Además, la resolución atacada debe ser recurrible —impugnabilidad objetiva— y la parte debe tener legitimación para impugnarla —impugnabilidad subjetiva—.

En el primer supuesto (casación sustantiva) *no se discuten los hechos* que se han dado por probados en el juicio oral, que ya se consideran ciertos, sino que se cuestiona la regla jurídica sustantiva que el tribunal aplicó para resolver el caso. Dado que el tribunal de alzada (la Cámara Nacional de Casación Penal —en adelante, la CNCP—, en el ámbito federal) da por ciertos los hechos sometidos a juicio, en el caso de la casación por motivos sustantivos puede hacer dos cosas:

- a) confirmar la decisión del tribunal de juicio; o
- b) revocar la decisión —casarla = anularla— y resolver sobre el fondo de la cuestión de la manera que la CNCP considera correcta (art. 470, CPP Nación)¹⁴.

En el segundo supuesto (casación formal) tampoco se discuten los hechos que el tribunal de sentencia consideró probados sino, en cambio, la manera en la que el tribunal arribó a su convicción. En estos casos, si la CNCP considera que se ha violado una o más reglas relevantes del procedimiento, entonces casa —anula— la sentencia, anula el juicio, y reenvía el caso a otro tribunal para que realice el juicio nuevamente (art. 471, CPP Nación). Para ello, en nuestro derecho hay que solicitar al presidente del tribunal que haga dejar constancia en el acta del

¹⁴ Un ejemplo típico de este tipo de recursos es el de los robos cometidos con armas de fuego que carecen de capacidad para disparar. Algunos tribunales, en esos casos, no aplican la agravante del uso de arma porque se supone que su fundamento es el peligro que su uso genera para la vida humana. Otros, en cambio, sostienen que resulta irrelevante la incapacidad del arma para disparar, pues la agravante se funda en la imposibilidad de resistir la agresión por parte de la víctima. Dado que el caso del ejemplo se trata de una discusión sobre la norma jurídica aplicable a los hechos del caso —que se consideran fijados por la sentencia del tribunal de juicio y ya no se discuten—, la CNCP resuelve sobre el fondo del planteo y, en su caso, modifica la pena impuesta por el tribunal de juicio. Lo mismo puede suceder cuando en el caso se discuten si los hechos probados constituyen delito tentado o delito consumado.

debate de que se formuló la objeción correspondiente en relación al vicio formal invocado¹⁵.

El recurso de casación se califica como un recurso "limitado" (en su objeto) porque, en principio, sólo permite discutir *cuestiones de derecho*. La CNCP, sin embargo, lo califica como "extraordinario", probablemente para justificar por qué restringe tanto su tramitación. En este sentido, señala correctamente ROXIN:

"La casación es un recurso *limitado*. Permite únicamente el *control in iure*..."¹⁶.

El fundamento de la exclusión de las cuestiones fácticas se relaciona con el hecho de que el tribunal de juicio se halla *mejor informado* que el tribunal que resolverá el recurso sobre las cuestiones que ya fueron demostradas en el juicio¹⁷.

Sin embargo, la circunstancia de que los únicos dos motivos que habilitan este medio de impugnación de la sentencia penal condenatoria sean: a) la errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456, inc. 1, CPP Nación); y b) la inobservancia de ciertas reglas de la legislación procesal (art. 456, inc. 2, CPP Nación), no implica que el tribunal de alzada, esto es, la CNCP, no pueda anular la sentencia del tribunal de juicio por cuestiones de hecho y prueba.

¹⁵ Es necesario solicitar que se agregue la protesta expresamente, pues en el acta de debate sólo se deben registrar muy pocas cosas. Las formalidades del acta del debate se regulan en los artículos 394 y 395 del Código Procesal Penal de la Nación.

¹⁶ ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466.

¹⁷ El derecho puede ser restringido pero la restricción debe ser legítima. En el caso del recurso de casación, administrado correctamente, se debe restringir su ámbito de aplicación, como regla, a la cuestiones de derecho. Ello pues luego de un juicio oral y público los tribunales de alzada no pueden rechazar la formulación de los hechos de la sentencia.

I. 2. Las posibilidades de discutir cuestiones probatorias

Dos motivos permiten afirmar hoy que el principio de *intangibilidad de los hechos* fijados por el tribunal de juicio comienza a ceder. En primer lugar, respecto de algunos elementos de convicción incorporados al expediente —v. gr., la prueba documental—, el tribunal de alzada está en las *mismas condiciones* que el tribunal de juicio para valorar ese elemento probatorio. Por esta razón, la CNCP podría revocar la resolución impugnada estableciendo que la situación de hecho descripta en la decisión no corresponde con lo sucedido¹⁸.

En este caso, no necesitaría reenviar —el reenvío a otro tribunal es consecuencia de la revocación de la resolución del tribunal de juicio, en aquellos casos en que esa anulación exige la realización de un nuevo juicio— la causa a otro tribunal para que realice un nuevo juicio, pues el error fáctico lo corrige el mismo tribunal que resuelve el recurso.

Este primer camino que comienza a abrirse —al menos en las opiniones doctrinarias y en los códigos más recientes— para poder impugnar conclusiones fácticas arbitrarias o absurdas establecidas por el tribunal de juicio, sin embargo, es muy resistido por la CNCP cuando se trata del recurso interpuesto por la defensa.

Pero en segundo término la legislación procesal prevé un mecanismo de control del proceso de valoración probatorio y de determinación de los hechos por parte del tribunal de juicio que resulta ser mucho más

¹⁸ Por ejemplo, si una prueba documental —el pasaporte de la víctima— que surge del propio expediente permite afirmar que la mujer a la que se consideró víctima de estupro en el hecho que funda la condena, por la edad que tenía, no podía haber sido nunca víctima de ese delito.

adecuado¹⁹. Es posible, según la legislación vigente en el ámbito federal argentino, solicitar *la nulidad de la sentencia* y del *juicio* cuando la resolución del tribunal carece de fundamentación, o ésta resulta insuficiente o contradictoria (art. 404, inc. 2, CPP Nación).

Así, cuando las conclusiones fácticas —y también las jurídicas— a las que ha arribado el tribunal de juicio *carecen de motivación*, cede el principio de intangibilidad de los hechos demostrados en el juicio. Ello pues la falta de motivación constituye una violación a las reglas que gobiernan la fundamentación de la resolución condenatoria, esto es, una *violación a las reglas formales* (procesales) que habilitan el recurso de casación.

En este supuesto, sin embargo, sólo cabe el reenvío a un nuevo juicio²⁰, pues el tribunal que resuelve el recurso puede estar en condiciones de reconocer que la sentencia carece de motivación, pero no estará en condiciones de determinar los hechos del caso²¹.

Por supuesto, que el recurso funcione respetando estas exigencias no depende del texto legal. De hecho, no hay nada en la legislación vigente en el orden nacional que, de manera genérica, impida que el recurso de

¹⁹ Sobre este punto, ver, además, el desarrollo de ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., ps. 472 y ss. (III. Limitación de la casación a conceptos jurídicos y a situaciones integrales).

²⁰ A diferencia de lo que sucede con el recurso de apelación, en el cual se le solicita a la alzada que realice una nueva valoración del peso probatorio del elemento de convicción, en el recurso de casación sólo se impugna el razonamiento de la sentencia impugnada en cuanto al análisis de valoración de la prueba y se solicita que se declare nula la resolución por vicios en la motivación y, en consecuencia, que se remita a un nuevo juicio.

²¹ En los juicios penales, el acta de la audiencia sólo contiene información mínima. Así, por ej., sólo indicará que declaró el testigo **A**, sin indicar siquiera sobre qué hechos fue interrogado. A pesar de ello, si el tribunal de juicio, por ejemplo, describe en la sentencia dos declaraciones testimoniales contradictorias y, sin dar razón alguna, sólo le otorga credibilidad a la que perjudica al imputado y, en consecuencia, lo condena, no existe impedimento alguno para que el tribunal de alzada verifique el

casación satisfaga las exigencias del artículo 8.2.h de la Convención Americana²². Con la legislación actualmente vigente, un buen tribunal podría administrar el recurso de manera satisfactoria.

Esta vía, sin embargo, tampoco se ha abierto en nuestra jurisprudencia. Ello pues la mayoría de los miembros de los tribunales de casación no comprenden la diferencia entre *impugnar el proceso de valoración de la prueba* detallado en la sentencia —motivo de casación formal—, por falta de motivación, y *solicitar al tribunal de alzada que reexamine la prueba* para arribar a otra conclusión fáctica —motivo ajeno al control casatorio—.

Por lo general, si el escrito recursivo menciona el término “hecho” o la palabra “prueba”, la CNCP responde con un escrito formulario (estandarizado) que se limita a señalar que “las cuestiones de hecho y prueba” no son revisables en casación. Sin embargo, la doctrina más reciente señala la incorrección de la tendencia a resistirse al análisis de cuestiones de hecho. Así, se señala:

“Sin duda la reprobación de la motivación de la sentencia y el examen de su logicidad por parte del tribunal de casación ha sido una de las maneras de eliminar sentencias injustas también por motivos de hecho, pues de esta manera, como es sabido por todos, se puede controlar las conclusiones del juez de mérito acerca del material fáctico sobre el que reposa la aplicación del derecho sustantivo y, sobre todo, la razonabilidad del procedimiento de adquisición y apreciación de las pruebas sobre las que se funda el convencimiento sobre los hechos”²³.

I. 3. Algunas conclusiones

incumplimiento de la obligación legal de motivar —fundar— la sentencia, la revoque, y reenvíe el caso a otro tribunal para que realice un nuevo juicio.

²² Nos referimos aquí, exclusivamente, a la posibilidad de controlar la motivación de la sentencia, independientemente de los problemas que señalaremos a continuación.

²³ PASTOR, *La nueva imagen de la casación penal*, cit., p. 55.

De acuerdo con las circunstancias mencionadas, no existe ninguna incompatibilidad intrínseca entre las características del recurso de casación y las obligaciones internacionales de los Estados parte en relación a la exigencia de respetar el derecho garantizado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana.

Es posible afirmar esto por las siguientes razones:

- Las limitaciones del recurso de casación, en el ámbito de los países pertenecientes a la tradición jurídica del derecho continental-europeo, están dadas por la necesidad de garantizar los principios estructurales del juicio oral —en especial, la valla insalvable de la inmediación—, único modelo de juicio que permite respetar todas las exigencias del artículo 8 de la Convención Americana.
- Las consideraciones del recurso de casación como recurso “extraordinario” sólo tiene fundamentos históricos que, si bien persisten en nuestra cultura jurídica, no se reflejan en la regulación legal del recurso.
- Tampoco es cierto que el recurso de casación impida la discusión de cuestiones de hecho y prueba. Sin embargo, debe reconocerse que muchos de los abogados y de los jueces de nuestros países no comprenden la estructura del recurso, circunstancia que dificulta su aplicación práctica²⁴.

II. RESTRICCIONES ILEGÍTIMAS AL DERECHO AL RECURSO

A pesar de lo dicho en el punto anterior, en la legislación federal argentina existen obstáculos *fácticos* y *normativos* para que se respete

²⁴ Se debe admitir que más allá de la responsabilidad de los jueces, pocos abogados litigantes pueden redactar un buen recurso de casación. Hay una tendencia de nuestra

el derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria. Enunciaremos brevemente, a continuación, los obstáculos jurídicos.

1. Limitaciones objetivas por el monto de la pena: El art. 459 del CPP Nación establece la imposibilidad legal de recurrir la condena no mayor a seis meses de prisión para delitos cuya pena máxima no supere los tres años (inc. 1), o no mayor de tres años para los delitos más graves. Esta limitación, claramente violatoria al derecho al recurso, fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Girolodi"²⁵.

2. Procedimientos especiales que no prevén ningún recurso ordinario en caso de condena penal: El caso más conocido en nuestro país en el cual una ley establece un sistema de enjuiciamiento penal distinto al aplicable a los demás delitos es el de la ley 23.077. En su art. 87 se dispone expresamente que la sentencia del tribunal de juicio dictada por los delitos sometidos a ese procedimiento especial sólo es impugnabile por vía del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación previsto en la ley nacional nº 48. La aplicación de esta ley a los condenados por el caso de "La Tablada" fue declarada contraria a la Convención en cuanto al derecho al recurso por parte de la CIDH. También este supuesto legal contrario a la Convención fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁶.

cultura jurídica a plantear los problemas en los términos propios del recurso de apelación.

²⁵ CSJN, "Girolodi, H. s/recurso de casación", 7/4/95. Sin embargo, dado que en nuestro país no rige la doctrina del *stare decisis* —del precedente obligatorio—, la limitación debería ser derogada legislativamente.

²⁶ El 19 de octubre de 1999, la Corte Suprema dictó sentencia en el caso "Gorriarán Merlo, Enrique Haroldo y Sívori, Ana María s/casación e inconstitucionalidad". Sintéticamente, la Corte resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 87 de la ley

Un segundo supuesto que tampoco prevé el derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria se halla regulado en el art. 117 de la Constitución Nacional²⁷, y se refiere a todo tipo de casos —incluso casos penales— que involucren a embajadores, ministros y cónsules extranjeros. En esos casos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerce su competencia originaria²⁸. Ello sucedió en el procedimiento penal abierto por el atentado a la Embajada de Israel en Buenos Aires. Dado que jamás se condenó a persona alguna, la cuestión no fue discutida²⁹.

3. El régimen bilateral del recurso de casación: Un tercer obstáculo legal para ejercer el derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria deriva del régimen bilateral de los recursos contra la sentencia del tribunal de juicio. Según los arts. 457 y 458 del CPP Nación, el acusador puede recurrir la sentencia del tribunal de juicio que *absuelve* al acusado o que impone una pena menor a la solicitada.

En caso de resultar absuelto, y si el fiscal interpone un recurso de casación por motivos sustantivos —v. gr., sostiene que el hecho probado sí es un hecho delictivo—, el imputado absuelto podría resultar condenado, por *primera vez*, por la Cámara de Casación. Contra esta

23.077, en cuanto sólo admitía en los delitos juzgados por ese procedimiento especial, la interposición del recurso extraordinario federal.

²⁷ "Artículo 117. En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente".

²⁸ Nada impediría, sin embargo, que en estos supuestos falle la CSJN en primer término, y que su sentencia sea revisada por el mismo tribunal pero integrado por conjuces.

²⁹ Lo mismo sucede en algunos supuestos de condena a sanciones disciplinarias graves establecidas en el Código de Justicia Militar. Así, cuando se condena a las sanciones disciplinarias de la gravedad del arresto, la destitución o el confinamiento, no existe medio de impugnación alguno ante un tribunal civil, pues el art. 445 *bis* sólo admite el recurso ante la Sala IV de la CNCP cuando la condena que se impone es formalmente una pena —v. gr., prisión menor—.

primera condena, el acusado no puede interponer un recurso de casación. En conclusión, *carece del derecho* de recurrir su sentencia condenatoria ante un tribunal superior, a menos que se considere que el recurso extraordinario federal cumple con las exigencias de la CADH — circunstancia que ya ha sido descartada tanto por la Corte Suprema como por la Comisión Interamericana—.

El fundamento del derecho garantizado en el artículo 8.2.h de la Convención consiste, precisamente, en que antes de que el Estado aplique una sanción penal a una persona, *dos tribunales* verifiquen que la imposición de la pena sea material y formalmente legítima. Si ése es el fundamento del derecho, resulta claro que en estos supuestos no se obtiene la doble conformidad que requiere el derecho al recurso.

4. Imposibilidad de presentar pruebas en el trámite del recurso:

Otro problema que en ocasiones puede *cercenar* por completo el derecho a interponer el recurso consiste en la absoluta imposibilidad legal de producir pruebas en la audiencia ante la Cámara de Casación — no sucede lo mismo en códigos más modernos como, por ej., el CPP Buenos Aires—. Desde luego, no se podría pretender presentar en la audiencia de casación prueba referida a los hechos objeto del juicio cuya sentencia se impugna.

Sin embargo, uno de los motivos más usuales para interponer este recurso son los vicios del procedimiento. Y en muchas ocasiones existen discrepancias entre las afirmaciones que figuran en el acta de debate — que en nuestro sistema se caracteriza por contener la menor cantidad de información posible— y lo que sucedió en la sala de audiencias durante el juicio. Si el imputado sólo pudiera acudir al acta del debate para demostrar la existencia de un vicio procesal que podría anular el

juicio, y la circunstancia relevante no hubiera sido registrada, perdería toda posibilidad de lograr la anulación de un juicio aun si existen motivos suficientes para ello³⁰.

Por este motivo, las legislaciones procesales más modernas regulan expresamente el derecho de las partes de presentar prueba con el objeto de demostrar la ocurrencia del acto que torna inválido el juicio. Así, el art. 428 del CPP Guatemala, y el art. 449 del CPP Costa Rica contemplan razonablemente esta posibilidad del siguiente modo:

CPP Guatemala. Artículo 428. Prueba. Cuando el recurso se base en un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo el acto, en contraposición a lo señalado por el acta del debate o por la sentencia, se podrá ofrecer prueba con ese objeto.

La prueba se recibirá en la audiencia, conforme a las reglas que rigen para el juicio, en lo pertinente.

CPP Costa Rica. Artículo 449. Prueba

La prueba podrá ofrecerse cuando el recurso se fundamente en un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto, en contraposición a lo señalado en las actuaciones, en el acta o registros del debate, o en la sentencia. Si el tribunal lo estima necesario podrá ordenarla de oficio.

Del mismo modo se regula el trámite del recurso de casación en el art. 457, párr. I, del CPP Buenos Aires:

CPP Buenos Aires. Artículo 457. Ofrecimiento de prueba. Si el recurso se funda en defectos graves del procedimiento o en el quebrantamiento de formas esenciales... poniéndose en discusión lo establecido en el acta de debate o por la sentencia, se podrá ofrecer prueba pertinente y útil a las pretensiones articuladas.

³⁰ Esto es *bastante usual* en nuestros juicios penales, debido a que la mayoría de la prueba se ingresa por lectura y casi no se cita a testigos y peritos, con lo cual el juicio pierde todo sentido.

En conclusión, es posible afirmar que algunas reglas jurídicas vigentes resultan un obstáculo para cumplir con la exigencia de garantizar el derecho previsto en el artículo 8.2.h.

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

III. 1. Los criterios de interpretación

En este apartado analizaremos decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al recurso de casación. Veremos los criterios de interpretación adoptados por la Corte Suprema. A continuación nos ocuparemos de pronunciamientos relacionados con la naturaleza del recurso de casación como instrumento idóneo para satisfacer el derecho garantizado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana³¹. En tercer lugar veremos diversos precedentes referidos a la aplicación que la Corte Suprema ha hecho en materia de arbitrariedad para ordenar a la Cámara Nacional de Casación Penal que declare admisible los recursos.

Lo primero que debemos señalar es que en el conocido precedente "Girolidi", la Corte Suprema no sólo decidió el contenido del derecho al recurso, sino que estableció pautas de interpretación de las garantías y derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos que, conforme al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, gozan de jerarquía constitucional. Así, la Corte señaló:

"Que la ya recordada '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, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada

³¹ Para nuestro análisis seguiremos, en lo esencial, el trabajo de SGRO, Marcelo, *Esplendor y derrota de la garantía de recurrir el fallo condenatorio en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 2001/A, ps. 199 y siguientes.

efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y 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 a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cf. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2 ley 23.054)”³².

En este caso, la Corte constitucionalizó su jurisprudencia anterior en relación al carácter de guía de las decisiones internacionales que había reconocido ya en el fallo “Ekmekdjian”³³, e interpretó la expresión “en las condiciones de su vigencia” otorgándole un contenido adicional al que le había dado la doctrina al limitarlo al reconocimiento del efecto de las reservas al momento de la ratificación de un tratado.

Este criterio de interpretación sentado por la Corte, al remitir a las decisiones de los organismos internacionales, tiene un doble efecto: por

³² CSJN, “Girolidi, H. s/recurso de casación”, CSJN, sentencia del 7 de abril de 1995, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1995-III.

³³ La Corte decidió en 1992 el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (en “La Ley”, t. 1992-C). En este caso, en el que se discutía la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta tutelado en el art. 14 de la CADH, la Corte sentó una serie de nuevos principios reguladores de nuestra materia que modificaron sensiblemente el estado de la discusión y establecieron nuevas pautas para la aplicación del derecho intrnacional de los derechos humanos en el ámbito interno.

En primer lugar, se reconoce explícitamente que una interpretación armoniosa de los postulados constitucionales exige otorgarle a los tratados internacionales jerarquía superior a las leyes federales. Con esta afirmación se concluye entonces con bizantinas discusiones en torno a una eventual derogación implícita de un tratado a través de una ley posterior.

En segundo término, se determinó que el derecho alegado era “operativo”, esto es, automáticamente exigible ante los tribunales nacionales, modificando así la jurisprudencia del caso “E. F. E.” —en lo referido a lo dispuesto en el art. 2 de la CADH—. En este sentido, se consideró que los derechos tutelados internacionalmente, al ser suscriptos por el Estado argentino, podían ser inmediatamente reclamados por los individuos sujetos a la jurisdicción local.

En tercer término, y tal vez más importante aún que las dos cuestiones anteriores, se argumentó que, al momento de decidir una cuestión que involucraba la aplicación de un tratado internacional, debía seguirse la jurisprudencia de los órganos encargados de interpretar el instrumento internacional.

un lado, ratifica la incorporación de los criterios de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico argentino y, por el otro, ratifica, pero ahora como instrucción constitucional, el carácter de guía que debe dárseles a las decisiones de los organismos internacionales.

Con posterioridad, en el caso "Bramajo"³⁴, la CSJN extendió a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el carácter de guía de interpretación que había conferido a las decisiones de la Corte Interamericana en "Giroidi".

III. 2. El sentido del recurso

1. El caso "Giroidi"

El análisis de la jurisprudencia en materia de la garantía de recurrir la sentencia penal condenatoria contenida en el artículo 8.2.h de la Convención Americana es una buena muestra de los avances y retrocesos a los que no tiene acostumbrados nuestra Corte Suprema en lo que a garantías del proceso penal se refiere y, también, a la inseguridad jurídica que provocan los desarrollos de nuestro máximo tribunal al no respetar sus propios precedentes.

Luego de una decisión en donde se aborda positivamente el problema — el caso "Giroidi"—, la evolución posterior terminó por vaciar de contenido la garantía. En el caso, la CNCP había rechazado el recurso de casación por la limitación objetiva por el monto de la pena para recurrir

³⁴ CSJN, "Bramajo, Hernán", 12/9/96, "Jurisprudencia Argentina", nº 6012, del 20 de noviembre de 1996, p. 45 y ss. En realidad, en el caso "Bramajo" la CSJN aplicó este nuevo estándar de mala fe, en perjuicio del condenado que había recurrido. Por un análisis de este fallo, cf. ABREGÚ, Martín, *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, especialmente ps. 20 y siguiente.

en casación prevista en el art. 459, inc. 2, del CPP Nación. En esa oportunidad la CSJN afirmó, correctamente, que ya no se podía sostener la doctrina del caso "Jáuregui":

"7º) Que en el caso antedicho, el Tribunal consideró que el requisito previsto en el ya señalado artículo 8º, párrafo 2º, inciso h, de la Convención se hallaba satisfecho por la existencia del recurso extraordinario federal ante este Tribunal (Fallos: 311:274, considerando 6º del voto de la mayoría, 7º del voto del juez Caballero y 6º del voto del juez Petracchi).

Sin embargo, las reglas y excepciones que en aquella época determinaban la competencia apelada de la Corte Suprema *sufrieron modificaciones a partir de la reforma introducida en el año 1990 por la ley 23.774, que otorgó al Tribunal la facultad de rechazar, por la sola aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.*

8º) Que en tales condiciones puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, *el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como 'garantía mínima' para 'toda persona inculpada de delito' (artículo 8º, párrafo 2º, apartado h, de la Convención).*

9º) Que, asimismo, las reformas introducidas por las leyes 23.984 y 24.050 respecto de los distintos órganos judiciales que conforman los 'tribunales inferiores' de la justicia nacional (artículo 75, inciso 20, de la Ley Fundamental), incluyeron la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Esta circunstancia modificó la organización del Poder Judicial de la Nación existente para la época en que fue fallado el caso 'Jáuregui' — que no contemplaba un 'tribunal intermedio' entre la Corte Suprema y las Cámaras Nacionales o Federales de Apelación—. La Cámara Nacional de Casación Penal ha sido creada, precisamente, para conocer, por vía de los recursos de casación e inconstitucionalidad —y aún de revisión— de las sentencias que dicten, sobre los puntos que hacen a su competencia, tanto los tribunales orales en lo criminal como los juzgados en lo correccional.

10) Que lo expuesto determina que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8º, inc. 2º, ap. h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación

establecida en el artículo 459, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena” (destacado agregado).

Sin embargo, el argumento válido para desestimar la adecuación del recurso extraordinario, tal como señala SGRO, no era el nuevo art. 280 del Código Procesal Civil, sino, en todo caso, “... el objeto limitado y la excepcionalidad del recurso extraordinario, inconciliable con el derecho que la CADH prescribe como garantía mínima”³⁵. También se ha señalado que si bien la CSJN afirmó que el recurso de casación era “más adecuado”, no explicó en qué consistía su adecuación:

“... sin duda el recurso de casación era un medio ‘más adecuado’ que el extraordinario para satisfacer la garantía de la CADH, pero la CS no explicó en qué consistía la adecuación predicada, como tampoco lo había hecho antes, cuando afirmaba que lo era el recurso extraordinario. Quiero con ello decir que el tribunal no suministró en el caso ninguna interpretación del art. 8.2.h de la CADH que precisara cuál era la clase y alcance del recurso que garantizaba y el por qué del recurso de casación nacional, tal como estaba previsto en los arts. 456 —motivos— y 463 —formalidades de interposición— de la ley 23.924, era capaz de satisfacer las exigencias de la Convención”³⁶.

Es necesario destacar el contexto en el cual se dictó el fallo. La CNCP, desde su fundación, definió al recurso de casación como un recurso “extraordinario” —de manera incorrecta—, y se caracterizó, especialmente cuando se trataba de recursos interpuestos por la defensa, por una *práctica sistemática de considerar inadmisibles* los recursos concedidos por los tribunales de juicio o las quejas por casación denegada interpuestas ante el mismo tribunal.

³⁵ SGRO, *Esplendor y derrota de la garantía de recurrir el fallo condenatorio en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema*, cit., p. 201.

³⁶ SGRO, *Esplendor y derrota de la garantía de recurrir el fallo condenatorio en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema*, cit., p. 201.

Con el fallo "Giroidi", la CSJN envió un mensaje claro a la CNCP: a) que la Cámara de Casación no era un tribunal extraordinario, sino que debía resolver los recursos de casación interpuestos por las personas condenadas como recursos ordinarios; y b) le atribuyó el carácter de "tribunal intermedio" en la nueva organización de la justicia penal nacional, con la finalidad de reducir la carga de trabajo de la CSJN. En el camino, sin embargo, abandonó la distinción —correcta— establecida en "Jáuregui" entre "doble instancia" y "derecho al recurso", pues en este caso asimiló ambos conceptos.

2. Recursos del acusador

Poco tiempo después del fallo "Giroidi", un miembro del Ministerio Público Fiscal de la Nación pretendió impugnar, en el caso "Arce", como contraria al derecho previsto en el art. 8.2.h de la Convención Americana la limitación objetiva prevista en el art. 458, inc. 2, del CPP Nación³⁷.

Sin embargo, la CSJN, con buen criterio, rechazó el planteo del acusador, pues sostuvo en relación a los arts. 8.2.h de la Convención y el art. 14.5 del Pacto Internacional, que "de la conjunción de ambas normas surge que la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el MPF es un órgano del Estado y no el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango

³⁷ Artículo 458: El ministerio fiscal podrá recurrir, además de los autos a que se refiere el artículo anterior:

1º) De la sentencia absolutoria, cuando haya pedido la condena del imputado a más de tres (3) años de pena privativa de la libertad, a multa de doscientos mil australes, o a inhabilitación por cinco (5) años o más.

2º) De la sentencia condenatoria, cuando se haya impuesto una pena privativa de libertad inferior a la mitad de la requerida.

constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho³⁸.

Si bien la doctrina de "Arce" fue correcta, la CSJN evitó en diversas oportunidades pronunciarse sobre el interrogante de si el *acusador particular* gozaba del derecho al recurso garantizado en el art. 8.2.h de la Convención. Así, en el caso "Verbitsky"³⁹, en el cual el querellante reclamó el derecho a recurrir el fallo adverso que la legislación le impedía, invocando la doctrina de "Girolodi" y el derecho del art. 8.2.h de la CADH, la CSJN no se pronunció sobre el fondo. Dicho pronunciamiento fue emitido el 10/8/99.

Con anterioridad, en los casos "Glatzman" y "Losa"⁴⁰ la Corte Suprema rechazó idénticos planteos por cuestiones formales, sin entrar a considerar el mérito de las impugnaciones⁴¹. El 27/9/2001, sin embargo, en el caso "Mainhard", la mayoría rechazó el recurso por aplicación del art. 280 del CPCC de un querellante que invocaba el derecho garantizado en el art. 8.2.h de la Convención. Tres ministros, en cambio, se pronunciaron sobre el fondo sosteniendo opiniones contradictorias:

"El voto en disidencia de FAYT y BOGGIANO... se pronunció a favor de la validez constitucional de la limitación [del derecho del querellante a recurrir], con fundamento en que, como ya había dicho la Corte en "Arce", la garantía del derecho a recurrir ha sido consagrada *sólo en beneficio del inculpado*, con lo cual tampoco el querellante está amparado por ella. El voto en disidencia de VÁZQUEZ, por el contrario, entendió que el art. 8, 2, h, de la CADH no distingue entre inculpado y las otras partes del proceso, como sí lo hace al tratar otros derechos...

³⁸ Caso "Arce", Fallos 320:2145, cons. 7.

³⁹ Fallos 322:1495.

⁴⁰ El caso "Glatzman" fue resuelto el 25/9/97, y el caso "Losa" el 3/3/98.

⁴¹ Sobre este punto, cf. CÓRDOBA, Gabriela, *La influencia del recurso extraordinario federal en el recurso de casación a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, en AA.VV., *Los recursos en el procedimiento penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., especialmente ps. 233 y siguientes.

por lo que, a su entender, ampara también al querellante en delitos de acción privada...⁴².

Sin embargo, para respetar lo afirmado en "Girolodi" y el contenido literal de los arts, 8.2.h de la Convención y, especialmente, el art. 14.5 del Pacto Internacional, el derecho a impugnar la sentencia sólo puede corresponder al imputado a quien se le ha impuesto una pena o una medida de seguridad.

3. Otras decisiones

El 19 de octubre de 1999, la Corte resolvió el caso "Gorriarán Merlo"⁴³. Los imputados habían sido juzgados en instancia única conforme la ley 23.077, cuyo artículo 87 sólo permitía la impugnación de la sentencia condenatoria por la vía del recurso extraordinario. La Corte, además de reafirmar la doctrina del caso "Arce", al rechazar el recurso fiscal, declaró la inconstitucionalidad del art. 87 de la ley y reenvió el caso a la CNCP para que concediera el recurso de casación. Es importante señalar que en el caso, la Corte dejó de lado el incumplimiento de los requisitos formales de admisibilidad del remedio federal y abrió el recurso.

La decisión, indudablemente, fue correcta, pues según el principio establecido en "Girolodi", el imputado debía estar facultado a impugnar la sentencia condenatoria por la vía del recurso de casación y no por el recurso extraordinario federal.

El año anterior, en una decisión dictada el 17/3/98, en el caso "Tabarez"⁴⁴, la Corte volvió a obligar a la CNCP a abrir el recurso de casación que ésta había declarado mal concedido, sobre la base de dos

⁴² CÓRDOBA, *La influencia del recurso extraordinario federal en el recurso de casación a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, cit., ps. 234 y siguiente.

⁴³ Fallos 322:2488.

⁴⁴ Fallos 321:494.

argumentos: a) falta de fundamentación; y b) impugnación de cuestiones vinculadas a hechos y prueba.

La Corte concedió la queja y ordenó a la CNCP que abriera la casación por haber incurrido en un “exceso ritual manifiesto”. En el voto de los ministros FAYT y PETRACCHI se señala:

“... en el estado actual de la legislación procesal penal de la Nación, los recursos ante la Cámara de Casación Penal constituyen la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que consagran los arts. 8, inc. 2º, ap. h, de la CADH y 14, inc. 5º del PIDCyP”⁴⁵.

Nuevamente, y de manera paradójica, se concedió un recurso extremadamente limitado como el remedio federal frente al rechazo del *recurso ordinario de casación* previsto en la legislación procesal vigente y que debe ser aplicado sin rigorismos formales al ser un mecanismo reglamentario de un derecho de jerarquía constitucional que, además, constituye una obligación internacional. Nuevamente, entonces, la CSJN envió un fuerte mensaje a la CNCP acerca de cómo debía administrar el recurso.

4. Un franco retroceso

Sin embargo, en el año 2000 la Corte Suprema volvió a ocuparse de una sentencia relacionada con el caso de “La Tablada”, pero esta vez su decisión significó un crudo retroceso en cuanto al contenido del derecho al recurso. Se trataba del caso “Felicetti”⁴⁶. El fallo “... fue pronunciado el 21 de diciembre del 2000 y trató la queja por la denegación previa del recurso extraordinario interpuesto por el Procurador del Tesoro de la Nación, contra la sentencia de la Sala II de la Cámara de Casación que había rechazado el recurso de revisión promovido contra las condenas

⁴⁵ Voto de FAYT y PETRACCHI, cons. 4.

⁴⁶ “E.787.XXXVI. Recurso de Hecho. Felicetti, Roberto y otros s/revisión —causa 2.813—”.

dictadas contra veinte personas por los hechos sucedidos en La Tablada a fines de la década del 80, contra las cuales no se había podido deducir otro recurso que el extraordinario en virtud de lo prescripto en el art. 87 de la ley 23.077...⁴⁷.

Debemos recordar que el caso tratado por la Corte se originó en una resolución dictada por la Comisión Interamericana en el caso "Abella"⁴⁸, en la cual se estableció una clara violación de las personas juzgadas por los hechos de "La Tablada" del derecho previsto en el art. 8.2.h de la Convención:

"262. De lo expuesto surge que el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes. Dicha revisión resulta especialmente relevante *respecto a las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable por la sentencia definitiva, incluyendo la legalidad de la prueba. El recurso debería constituir igualmente un medio relativamente sencillo para que el tribunal de revisión pueda examinar la validez de la sentencia recurrida en general, e igualmente controlar el respeto a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso.*

...

269. De lo expuesto, se entiende que el recurso extraordinario no tiene por objeto remediar decisiones supuestamente erróneas, sino sólo omisiones o desaciertos de gravedad extrema. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema sostiene que el recurso extraordinario no abarca la revisión del procedimiento, y que la doctrina de la arbitrariedad impone un criterio particularmente restrictivo para analizar su procedencia, en la práctica, el recurso extraordinario no permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la idoneidad y legalidad de la prueba, ni permite examinar la validez de la sentencia recurrida con relativa sencillez. *Es un recurso de extensión, limitado y extraordinario, de restringida procedencia, por lo que no*

⁴⁷ SGRO, *Esplendor y derrota de la garantía de recurrir el fallo condenatorio en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema*, cit., p. 204.

⁴⁸ CIDH, Informe N° 55/97, Caso 11.137, "Juan Carlos Abella", Argentina, 18/11/97.

satisface la garantía del inculpado a impugnar la sentencia” (destacado agregado).

En un clima enrarecido por la desinformación respecto de los alcances del Informe de la Comisión Interamericana⁴⁹, el PEN acudió al Procurador del Tesoro para que plantee la acción de revisión de la sentencia condenatoria, razón por la cual la Corte utilizó la excusa de la falta de legitimación de dicho funcionario para rechazar la queja interpuesta.

Teniendo en cuenta que el Estado tenía la obligación internacional de reparar las violaciones de los derechos garantizados en la Convención, la Corte Suprema, tal como ya lo había hecho en el caso “Gorriarán Merlo”, podría haber obviado el cumplimiento del requisito de admisibilidad de la queja —en cuanto a la falta de legitimación del Procurador del Tesoro para interponerla—. Sin embargo, tomó en cuenta tal circunstancia —de escasa relevancia institucional frente al incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado— para rechazarla.

Ahora bien, al tomar la decisión de rechazar el remedio interpuesto, resulta manifiesto que la Corte *no podía* tratar los méritos del caso, pues carecía, en sus propios términos, de competencia para pronunciarse frente a un planteo que consideró improcedente de modo expreso. A pesar de ello, “... el voto de la mayoría efectivamente concluyó en su cond. 10º, sobre la base del alcance asignado a la garantía prevista en aquella norma convencional [el art. 8.2.h], que en

⁴⁹ El Informe de la CIDH no permitía discutir la eventual aplicación de la ley 24.390 de modo tal de que los condenados gozaran del beneficio del cómputo del dos por uno previsto en esa ley, pero esa conclusión fue tomada como cierta por numerosos operadores jurídicos, por los medios masivos y por la opinión pública.

el caso ésta no había sido violada, lo que parece próximo o *directamente equivalente* a una resolución sobre el fondo⁵⁰.

Para arribar a tal conclusión, la Corte dejó de lado tanto el significado de la cláusula convencional interpretada como la doctrina de la Comisión Interamericana en ese caso concreto, pues afirmó que el artículo 8.2.h sólo garantizaba que la sentencia condenatoria fuera dictada por el "tribunal superior en grado y no de uno inferior"⁵¹. Al respecto se ha afirmado, con razón:

"Ahora bien, esta interpretación del art. 8.2.h, CADH con la que nos sorprende el voto de la mayoría de la Corte en esta causa, al afirmar que la Convención sólo pretende asegurar que la condena provenga del tribunal superior en grado y no de uno inferior, no sólo es innecesaria sino también incorrecta, además de significar claramente un retroceso en lo decidido hasta ese momento por la misma CSN en esta materia"⁵².

A lo que se ha agregado, también con razón:

"Según el sentido asignado a la norma por la CS, directamente no consagra un derecho al recurso"⁵³.

Hasta aquí la jurisprudencia que, sin dar contenido cierto al recurso de casación, ha interpretado el art. 8.2.h de la Convención Americana. Como hemos visto, luego de un comienzo promisorio, la CSJN desandó el camino y dejó de lado tanto la aplicación de los principios de interpretación de los órganos de aplicación de los instrumentos internacionales, como la garantía de la doble conformidad judicial de toda sentencia penal.

⁵⁰ SGRO, *Esplendor y derrota de la garantía de recurrir el fallo condenatorio en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema*, cit., p. 204 (destacado agregado).

⁵¹ Caso "Felicetti", cons. 10 de la mayoría.

⁵² CÓRDOBA, *La influencia del recurso extraordinario federal en el recurso de casación a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, cit., p. 241.

⁵³ SGRO, *Esplendor y derrota de la garantía de recurrir el fallo condenatorio en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema*, cit., p. 205.

A modo de síntesis, se ha señalado en cuanto al desarrollo jurisprudencial de la Corte:

“El propósito de este ensayo no es insistir sobre temas suficientemente tratados⁹ sino *resaltar la manera en que la Corte Suprema obligó a la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP) a analizar cuestiones en las que se argumentaron quejas respecto de arbitrariedades incurridas en las sentencias recurridas*”⁵⁴.

En este sentido, uno podría afirmar que la evolución jurisprudencial de la Corte —al menos en sus primeros precedentes— fue positiva. Pero al poco tiempo la CSJN continuó con su práctica de obligar a la CNCP a abrir recursos de casación pero en perjuicio del imputado.

III. 3. La doctrina de la arbitrariedad

1. Arbitrariedad a la casación

A los problemas generados por la evolución jurisprudencial señalada se agrega, de manera más reciente, el favorecimiento de la parte acusadora en las decisiones de la Corte Suprema mediante la extensión al ámbito de la competencia de la CNCP de la doctrina de la sentencia arbitraria. Tal doctrina —de por sí problemática en el marco de la administración práctica del remedio extraordinario federal⁵⁵— resulta mucho más cuestionable al ser aplicada en el ámbito de la casación como causal extralegal de impugnación que es utilizada para favorecer

⁹ [Nota en el texto citado] Ver, por todos, Pastor, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal*, Ad Hoc, 2001; Sancinetti- Ferrante, *Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria*, Ad Hoc, 1995; Borinsky, Mariano, *El recurso de casación y recurso extraordinario federal*, en NDP 2000/A; de la Fuente, Javier Esteban, *El concepto de "sentencia definitiva" y "auto equiparable" como ámbito del recurso de casación penal*, en NDP 2000/A; Borinsky Mariano y Dias Horacio, *El control de la sentencia condenatoria en materia penal*, Ad Hoc, 2002.

⁵⁴ CASTEX, Francisco, *El favor rey de la Corte Suprema respecto del alcance del recurso de casación en materia de arbitrariedad. Otra prueba del impropio "garantismo" judicial*, en www.eldial.com, elDial.com DC2E5

⁵⁵ Hay quienes afirman que existen pocas cosas tan arbitrarias como las decisiones que califican a una sentencia de arbitraria.

a la parte acusadora y en perjuicio del imputado. En este sentido, un minucioso trabajo de CASTEX le permite afirmar al autor, respecto de la extensión de la tendencia de la Corte a obligar a la CNCP a abrir recursos de casación:

“Veremos que en todas ellas existe un común denominador: el agraviado es el acusador público o privado.

Con la aparente pretensión de cumplir con el alcance que los tratados internacionales de derechos humanos le han dado al recurso de casación, la Corte Suprema ha ampliado la jurisdicción de la Cámara de Casación a ciertas cuestiones supuestamente de hecho y prueba. Llamativamente, en todos estos casos, se resolvió de esa manera en perjuicio de los imputados o si se quiere en favor del rey.

En un búsqueda de precedentes de la CSJN encontramos sólo un supuesto donde el superior tribunal federal abrió un caso proveniente de la Casación, en el que recurrente era la defensa”⁵⁶.

En cuanto a la impugnación institucional que se ha hecho a las prácticas de la Corte y a los abusos que genera la administración discrecional de la sentencia arbitraria, se ha señalado:

“La distorsión en el funcionamiento de nuestra Corte se relaciona con una expansión de sus competencias y con una interpretación demasiado laxa de sus propias atribuciones. Un ejemplo de ello es el escrutinio que realiza en forma discrecional respecto de la existencia de ‘arbitrariedad de sentencia’. Así, la Corte se arroga facultades de conocimiento en más causas de las que el constituyente previó que debería decidir. Esta tendencia se ha profundizado en los últimos años y se manifestó con claridad en la reciente ley de emergencia económica que regula una apelación extraordinaria o *per saltum* ante la Corte, contra cualquier medida cautelar en contra del Estado”⁵⁷.

2. Definición de arbitrariedad

⁵⁶ CASTEX, *El favor rey de la Corte Suprema respecto del alcance del recurso de casación en materia de arbitrariedad. Otra prueba del impropio "garantismo" judicial.*

⁵⁷ ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), FUNDACIÓN PODER CIUDADANO, FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES (FARN), INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES (INECIP) y UNIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES, *Una Corte para la democracia.*

Muchos han sido los intentos de serios estudiosos de la jurisprudencia de la Corte en materia de sentencia arbitraria⁵⁸, pero se puede coincidir en que todos han sido vanos. Salvando las distancias con lo que sucede en los EE.UU., sólo se puede afirmar que una sentencia es arbitraria porque la Corte Suprema así lo declara, aplicando criterios inconsistentes, variables e impredecibles, o bien fórmulas vacías de contenido como la que afirma que la “sentencia no es una derivación razonada del derecho vigente”. Del mismo modo, en los EE.UU. el *holding* —principio o argumento que decide la solución del caso— de un precedente es definido y redefinido en las decisiones posteriores a aquélla en la cual se aplica el principio por primera vez.

Lo cierto es que, como veremos, la doctrina de la arbitrariedad elaborada por la Corte no sólo carece de fundamentos serios, sino que ha sido desarrollada dejando de lado el principio establecido en “Girolodi”, esto es, que el recurso debe rebajar sus exigencias formales para permitir al condenado impugnar su sentencia condenatoria y no para favorecer al ministerio público frente a una absolución.

El precedente “Morales Agüero” vaticinó lo que habría de venir:

“En el precedente **Morales Agüero**¹⁸ del 7 de mayo de 1998, la CSJN hizo lugar a un recurso de queja articulado por el Fiscal de Casación.

Se cuestionó una decisión de la Sala III de la CNCP que había declarado improcedente la queja por recurso de casación denegado deducido por el fiscal de cámara contra la decisión que declaró la nulidad de la detención del procesado y de todo lo actuado en

⁵⁸ Cf., por todos, SAGÜÉS, Nestor, *Derecho procesal constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, 2ª ed., t. 2, ps. 214 y ss., y sus vanos intentos de clasificar o compatibilizar sus clasificaciones con las de otros autores analizados. Como señala el autor en relación a las críticas que se hacen a la doctrina, tanto desde el enfoque de la imposibilidad de su tramitación práctica, como por la imposibilidad de delimitar los límites absolutamente inexistentes que separan a la sentencia arbitraria de la que no lo es, a menos que nos limitemos a considerar el humor del juzgador para resolver.

¹⁸ [Nota en el texto citado] Fallos 321:1385.

consecuencia, absolviendo a aquél del delito de transporte de estupefacientes.

Al rechazar el recurso de casación, la CNCP dijo que la pretensión del recurrente no era procedente debido a que:

'la nulidad decretada por el tribunal de juicio depende de extremos que, por ser cuestiones de hecho y prueba, encontraron su ámbito de producción y discusión en la audiencia de debate... el Tribunal de mérito es libre en la valoración y selección de las pruebas que han de fundar su convencimiento en la determinación o no, de los hechos que dan base a su conclusión y no es posible habilitar la jurisdicción casatoria a partir de una consideración crítica diferente del material convictivo invocado en la sentencia'.

Por el contrario, la CSJN estableció:

'los reclamos del apelante (recordemos el fiscal), aunque vinculados principalmente con aspectos procesales, suscitan cuestión federal suficiente para la apertura de la instancia extraordinaria, pues lo decidido por la cámara no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las particulares circunstancias de la causa, afectando de ese modo la garantía de defensa en juicio y el debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional)...

Que los principios expuestos son aplicables al supuesto a estudio del tribunal, pues si bien la naturaleza restrictiva del recurso de casación impide modificar las conclusiones de hecho efectuadas por el tribunal de juicio al valorar las pruebas, ello no impide determinar si la ponderación de referencias fácticas de la decisión ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional'.

Y concluyó la mayoría que:

'... la resolución de la cámara, al dejar firme una resolución que impidió el descubrimiento de la verdad jurídica objetiva sobre la base de fórmulas genéricas y abstractas, importa flagrante violación a las reglas del debido proceso, puesto que los jueces no pueden sustraerse a lo que es propio de su ministerio sin menoscabo evidente de la mencionada garantía constitucional...'

En esa línea el voto del Ministro Vázquez agregó:

'la conclusión del tribunal oral fue posible merced a una consideración fragmentaria y aislada de tales elementos, incurriéndose en omisiones y falencias respecto a la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, lo que impidió una visión de conjunto de la prueba recurrida, que descalifica el fallo como acto judicial válido''.

La resolución de la Corte Suprema presenta varios y graves problemas. En primer lugar, la decisión de rechazar el recurso de casación por parte de la Cámara era correcta, pues lo que se impugnaba era la convicción adquirida por el tribunal de juicio respecto de circunstancias fácticas para lo cual la inmediación había resultado determinante. Por este motivo, el tribunal de juicio estaba mejor informado que la CNCP y, por ende, el recurso resultaba inadmisibile.

La Corte, sin embargo, en primer lugar realiza una mera afirmación dogmática para sostener la existencia de cuestión federal, pues no brinda razón alguna que lo justifique. En segundo lugar, con otra afirmación dogmática, la Corte comete el gravísimo error de admitir que la garantía de defensa en juicio y del debido proceso, que extrae de la parte dogmática de la CN, ampara al órgano estatal encargado de la persecución penal pública. Así, afirma livianamente un grosero error jurídico, que los derechos fundamentales que protegen a los habitantes son “derecho fundamentales” del ministerio público.

Con semejante razonamiento falaz, al justiciable le habría convenido que no existiera la garantía de defensa en juicio pues en tal caso se hubiera hallado en mejor situación⁵⁹. Si la existencia de las garantías procesales perjudica al justiciable y favorece al Estado, es porque estamos en el mundo del revés.

Finalmente, se critica la decisión de la CNCP por que ésta “impidió el descubrimiento de la verdad jurídica objetiva”. Esta afirmación resulta gravísima. La Corte no puede afirmar leyendo —si es que los ministros

⁵⁹ El argumento es claro, de no existir la defensa en juicio, el recurso no habría podido ser abierto contra el imputado.

realmente cumplieron con su deber legal de leer el expediente⁶⁰— la escueta información que consta en el expediente referida al juicio oral, que está en mejores condiciones para valorar los elementos de convicción que no percibió directamente, contradiciendo la convicción de quienes, por imperio de la inmediación propia del juicio, se hallaban en la mejor situación para determinar el valor de verdad de los diferentes elementos de convicción producidos en el debate.

Por otro lado, el argumento de la supuesta ilegitimidad del hecho de que la decisión impugnada resolvió no valorar prueba por vicios formales y, de este modo, “impidió la determinación de la verdad”, podría ser utilizado para justificar, incluso, mecanismos tales como la tortura, pues deja de lado que el procedimiento penal, en su carácter de derecho constitucional reformulado, cumple la función de establecer vallas insalvables a diversos métodos de adquisición e incorporación de información que, si bien pueden resultar útiles, se prohíben con fundamentos en el respeto de la dignidad humana.

No citaremos aquí los fallos arbitrarios de la propia Corte que utilizan en sentido contrario la garantía del derecho al recurso de la persona condenada para admitir recursos inadmisibles legalmente interpuestos por el acusador público. Sin embargo, vale la pena citar las conclusiones del trabajo de CASTEX en el cual analiza este tema:

“El análisis de los fallos expuestos en los puntos II y III permite advertir cuestiones altamente censurables desde la óptica del debido proceso legal constitucional.

- Se otorga trascendencia institucional y carácter federal a recursos del Ministerio Público en perjuicio de los derechos de los imputados.

⁶⁰ Lo más probable es que el expediente, si es que fue leído, haya sido leído por alguno de los numerosos letrados asistentes de los jueces, sin poderes jurisdiccionales y, lo que es peor, sin haber estado presente en el debate.

Soslayando que de acuerdo con los términos del inc. 3 de la ley 48 casos como estos no deberían ser tratados por el superior tribunal³³.

- Se viola el debido proceso legal al permitir que el recurrente sea el acusador y el principio *ne bis in idem* al obligar al imputado a ser sometido a la incertidumbre de un nuevo juicio³⁴.
- Se amplía el recurso de casación a cuestiones de hecho y prueba, invocándose el derecho constitucional a la doble instancia con el objeto de perjudicar al imputado.
- Se restringen las causales de arbitrariedad cuando el recurrente es la defensa.
- El principio *favor rei* es suplido por un nuevo principio: el *favor rey*.

Vemos que la CSJN lejos de reacomodar *el recurso de casación a las necesidades funcionales constitucionales y político-criminales de los tiempos que corren*³⁵, no sólo está sepultando la garantía de todo inculpado de recurrir las resoluciones relevantes de un proceso sino que, lo que es más grave aún, bastardeando dicho principio la CSJN está obligando a los tribunales inferiores a reeditar juicios ya concluidos. Cuestión que se ve agravada al habilitar a la CNCP a revisar cuestiones netamente subjetivas como la concreta aplicación del *in dubio pro reo*, cuando lo fue, valga la redundancia, en favor del imputado.

Se debe insistir en la búsqueda de una casación más amplia o extendida, pero no se debe perder el norte del propósito³⁶. No hay que dejarse encandilar por juegos de espejos que esconden una política criminal divorciada de las garantías constitucionales.

Simplemente, al analizar cualquier fallo, previo a conjeturar sobre su doctrina no debe ignorarse su motivo y tampoco soslayarse la letra del art. 8.2.h de la CADH y del art. 14.5 del PIDCyP. De allí se extrae el común denominador que el derecho internacional de los derechos humanos le asigna al recurso contra una sentencia: un derecho

³³ [Nota en el texto citado] Carrió, op. cit., p. 24 nota 12.

³⁴ [Nota en el texto citado] Maier, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, Fundamentos, Editores del Puerto, 1996, p. 733. También Maier, Julio, *El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?*, en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Comp. Abregu-Courtis, CELS, Del Puerto, 1997, p. 407.

³⁵ [Nota en el texto citado] Rafecas, op. cit., p. 181.

³⁶ [Nota en el texto citado] Al respecto ver Pastor, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal*, Ad hoc, Bs. As. 2001. Especialmente el punto C.1. La casación sustantiva extendida. Extensión sólo a favor del imputado. pp. 130 y ss.

exclusivo del inculpado³⁷. Común denominador incompatible con los fallos que vimos en el punto II”.

IV. JURISPRUDENCIA DE CASACIÓN

IV. 1. Introducción

Con la reforma procesal de 1991, que introdujo la oralidad en el procedimiento nacional en 1992 de la mano del caduco modelo de enjuiciamiento cordobés de 1939, se creó la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por cuatro salas con idéntica competencia: la resolución de los recursos de casación y de inconstitucionalidad, y de la acción de revisión previstos en el nuevo CPP Nación (art. 23). Una de sus salas —la IV—, además, posee competencia para resolver el recurso previsto en el art. 445 *bis* del Código de Justicia Militar.

Desde su inicio, el tribunal penal de mayor jerarquía en la organización judicial nacional, se ha caracterizado por su consistencia en la repetición de prácticas de dudosa legitimidad, algunas de las cuales —que consideramos más graves— enumeramos a continuación:

- Una fuerte resistencia a ordinarizar el recurso de casación, al que ella denomina insistentemente recurso “extraordinario”, especialmente cuando el que impugna una resolución es la defensa⁶¹.
- Una sistemática línea jurisprudencial que desconoce los derechos fundamentales del imputado de fuerte carácter inquisitivo⁶².

³⁷ [Nota en el texto citado] Posición que toda la CSJN, a excepción de Vázquez, adoptó en el caso Arce. Aunque después algunos de ellos, como vimos en este trabajo, no hayan querido reparar en las consecuencias que significa afirmar “*que la garantía del derecho a recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado*”.

⁶¹ Diversos precedentes de la Corte Suprema que ya comentamos indican el esfuerzo que debió realizar el alto tribunal para obligar a la CNCP a ordinarizar el recurso —nos referimos especialmente a los primeros fallos de la CSJN en materia del derecho al recurso—.

- Una práctica de apartamiento deliberado de su propia jurisprudencia llevada a cabo con la finalidad de proteger el interés represivo⁶³.
- Una pobre calidad argumental en decisiones de capital importancia⁶⁴.

IV. 2. Inseguridad jurídica

Si bien el recurso de casación, como hemos señalado, ya no puede ser visto como un instrumento para cumplir con el fin político del instituto, esto es, un mecanismo de unificación de jurisprudencia⁶⁵, lo cierto es que las resoluciones de la CNCP y, especialmente, sus decisiones plenarias —más allá de la dudosa legitimidad de su carácter obligatorio⁶⁶— tienen una profunda influencia en las prácticas cotidianas de los tribunales penales.

⁶² Ver, a modo de ejemplo, el trabajo de LANGER, Máximo, *La requisita personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A.

⁶³ Ver, por ejemplo, GUARIGLIA, Fabricio, *Admisión del recurso de casación y cuestiones de hecho en una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal: otra batalla perdida*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A.

⁶⁴ Ver, por ejemplo, el plenario en el cual se discutió si la reforma del artículo 24 del Código Penal en cuanto al modo de computar la pena consistió en una reforma de la ley penal sustantiva. Cf. PLENARIO N° 3 - "MOLINA, Roberto Carlos s/ recurso de casación —Ley 24.390—" - CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL - EN PLENO - 16/08/1995. Ver, también, CNCP, Sala III, Causa n° 1.509, "Vázquez, Emilio s/rec. de casación", del 15/05/98; y CNCP, Acuerdo N° 1/99 en Plenario N° 5, Autoconvocatoria en causa N° 1.403, de la Sala III, "Kosuta, Teresa Ramona s/rec. de casación", del 17/8/99.

⁶⁵ Señala PASTOR en este sentido: "Pero todavía faltaba otro de los componentes del instituto complejo que es la casación penal: la creación de un órgano, centralizado y supremo, encargado de resolver dichos recursos con el único fin de asegurar la unidad del derecho, otro fin político —extraprocesal— de la casación" (*La nueva imagen de la casación penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 19).

⁶⁶ Cf., entre otros, MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, ps. 132 y ss., y ps. 746 y ss.; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1987, 5ª ed., t. 1, ps. 159 y ss.; ARCE, Enrique, y DÍAZ CANTÓN, Fernando, *Obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A, ps. 189 y ss. Tal como señala MAIER, "... han sido más las opiniones contrarias..." a la validez constitucional de las sentencias plenarias con

Por este motivo, los vaivenes jurisprudenciales de la CNCP son una constante fuente de inseguridad jurídica, pues sus salas ni siquiera respetan sus propios precedentes. La consolidación de esta práctica se ha dado desde los primeros años de funcionamiento del tribunal, y aun antes de la adopción de la doctrina de la arbitrariedad, último desarrollo jurisprudencial de la casación nacional y bonaerense que constituye la vía más adecuada para sortear la regulación legal del régimen recursivo.

Un buen ejemplo del apartamiento de sus precedentes es el caso "Batalla"⁶⁷, en el cual la Sala II de la CNCP, ignorando la consistente jurisprudencia de todas las salas de la Cámara, no sólo analizó *cuestiones de hecho y prueba* ajenas a la vía casatoria sino que, además, permitió que el fiscal *agregara un nuevo motivo de casación* de manera absolutamente extemporánea. Así, se ha señalado:

"El fiscal de casación, al mejorar fundamentos (CPP, 466) *amplió* la base de la impugnación, extendiéndola a la fundamentación de la sentencia, por entender que ella carecía del requisito de fundamentación suficiente, exigido por el CPP, 123, reglamentario, según su dictamen, de la garantía constitucional de defensa en juicio...

Aquí ya surge el primer problema: la introducción de un nuevo motivo de casación por parte del fiscal de cámara, no sólo tolerado por el tribunal, sino que hasta considerado por él como decisivo para la admisión del recurso"⁶⁸.

efectos obligatorios (t. I, p. 134). Ver, también, el minucioso estudio del tema desarrollado en el voto de Mario MAGARIÑOS, en la Causa Nº 784, Caso "Menghini, Ariel Armando", resuelta el 24/2/00 por el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 23 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A su voto se sumó el de Miguel DEL CASTILLO, con lo cual el tribunal alcanzó la mayoría necesaria para decretar la inconstitucionalidad del art. 10, inc. c, párr. II, de la ley 24.050 (publicado en "La Ley", t. 2000-B, ps. 575 y ss.).

⁶⁷ "Batalla, Jorge Alberto s/recurso de casación", del 28/9/94.

⁶⁸ GUARIGLIA, *Admisión del recurso de casación y cuestiones de hecho en una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal: otra batalla perdida*, cit., ps. 206 y s. (destacado en el original).

La interpretación del autor citado para tratar de comprender el grave desacierto de la resolución dictada en el caso ha sido explicada en los siguientes términos:

“La CNCP no tenía ninguna vía a su disposición para subsanar el error del recurrente —además de que ello no constituye, en modo alguno, parte integrante de su función específica—, ya que incluso si se sostiene que los defectos en la motivación de la sentencia constituyen un caso de los comprendidos entre las nulidades absolutas, que el tribunal puede examinar y declarar de oficio (CPP, 168), ello presupone, necesariamente, *la existencia de un recurso de casación correctamente interpuesto*, que respete los requisitos formales y materiales previstos en la ley procesal, más aún si se trata de un recurso acusatorio.

...

¿Por qué decidió la CNCP incumplir con la regla procesal que le prescribía rechazar el recurso interpuesto, como hubiera sido lo correcto? Aventuro una hipótesis: el tribunal de casación, completamente disconforme con la decisión del *a quo*, no sólo pretendía la realización de un nuevo juicio, aun cuando para ello tuviera que soslayar las normas del CPP aplicables al trámite de los recursos, y que en el juicio de reenvío se incorporara el acta policial en cuestión como medio de prueba; además de ello, como posiblemente advirtió que el problema probatorio no se reducía a la validez formal del acta, sino a la verdad de su contenido, *quiso indicarle al tribunal de reenvío cómo debía valorar dicha prueba, cuál era su peso probatorio*”⁶⁹.

El ilegítimo apartamiento de la Sala II del régimen legal que organiza el recurso no puede ser justificado en modo alguno, especialmente si tenemos en cuenta el carácter absolutamente restrictivo de los precedentes de las cuatro salas de la CNCP en materia de cuestiones de hecho y prueba.

El tribunal no sólo anuló una sentencia por un supuesto vicio formal referido a la exclusión de un elemento de prueba sino que, lo que es

⁶⁹ GUARIGLIA, *Admisión del recurso de casación y cuestiones de hecho en una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal: otra batalla perdida*, cit., ps. 208 y s. (destacado agregado).

mucho más grave, *valoró expresamente el peso probatorio del elemento de convicción*, imponiendo su criterio al tribunal de reenvío, que debería ser soberano para determinar el peso probatorio del elemento de convicción valorado por la Sala II como si se tratara de un recurso de apelación.

Este apartamiento de la doctrina más que restrictiva, además de admitir un recurso que debería haber sido considerado manifiestamente inadmisibles, dada la extemporaneidad del motivo agregado ante la alzada por el ministerio público, sólo se comprende si —como sugiere GUARIGLIA— se asume que el tribunal resolvió no sólo revocar el juicio impugnado de modo inadmisibles, sino, además y especialmente, garantizar una condena en el juicio de reenvío.

Nótese que en el caso “Méndez”⁷⁰, la casación bonaerense se planteó la discusión de si era posible ampliar los motivos de casación ante la alzada y contestó por la negativa. Así, se sostuvo, correctamente:

“C U E S T I O N E S

1ra. ¿Admite el art. 451 del C.P.P. el planteamiento de nuevos motivos de casación al realizarse la audiencia del art. 456 del ritual?.

...

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Piombo, dijo:

La razón asiste al Ministerio Público Fiscal. El texto de la ley procesal es claro y terminante: ‘vencido el plazo de interposición, el recurrente no podrá invocar otros motivos distintos’. Empero, aun cuando la ley nada hubiera dicho sobre el particular, la respuesta también debería ser concorde con la tesis sustentada por la actora, toda vez que el sistema procesal acusatorio (ver, por ejemplo: Trib. Crim. 9, Cap. Fed., 3/9/93, ‘E. D.’ 164, p. 351) requiere como presupuesto el mantenimiento de la igualdad formal de las partes. De ahí que en nombre del omnipresente principio de bilateralidad que es su corolario que señorea en todo el ámbito del Derecho procesal liberal, sea civil o

⁷⁰ Causa Nº 29, “MÉNDEZ, MARCELA NELLY S/REC. DE CASACION”, marzo de 1999, Sala I, Tribunal de Casación bonaerense.

penal (arts. 34, inc. 4, del C. P. C. y C., 354, 458, 498 y concordantes del C. P. P.), quepa evitar sorpresas y emboscadas procesales, lo cual asegurar el disfrute por todas las partes de la garantía apical del debido proceso (ver Mario I. Chichizola, 'El debido proceso como garantía constitucional', 'L. L.' t. 1983-C, p. 910; Juan F. Linares, 'La razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada de la Constitución Nacional', 2da. edic. actualizada, ps. 108 y sigts.; Alfredo Vélez Mariconde, 'Derecho Procesal Penal', ed. Lerner, 1981, t. II, ps. 15 y sigts.)-

En el sub-júdice, acoger nuevos motivos de casación implicaría que el Ministerio Público fiscal, cuyo discurso fue preparado obviamente con relación a los enunciados en la pieza que operó la apertura de esta instancia, se vea sorprendido con nuevas tesis que no tuvo ocasión de conocer antes ni, por ende, tampoco de examinar a la luz de los argumentos conformativos de antítesis. De manera que el coronamiento del proceso, esto es la sentencia que pasa a ser dialécticamente síntesis, tendría el peligro de perder el sentido de equilibrio que el juicio requiere y afirma la filosofía del Derecho. Esto, con mayor razón todavía cuando al defensor, cuya actividad tiende a tutelar un derecho individual, puede hablar dos veces ante el Tribunal, y por lo tanto tener mayor oportunidad de convencer, en tanto que el fiscal —que representa los intereses de toda la colectividad—, sólo puede hacerlo en una oportunidad (art. 458 del C. P. P.).

Voto, en consecuencia, por la negativa respecto a la pretensión de la defensa de introducir nuevos motivos, vgr.: en relación a las computadas agravantes, en el debate preliminar a la decisión casatoria.

A la misma cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Sal Llargués, dijo:

En igual sentido y por los mismos fundamentos voto por la negativa.

A la misma cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Natiello, dijo:

En igual sentido y por los mismos fundamentos voto por la negativa”.

IV. 3. Un paneo estadístico de la tendencia de la CNCP

En este apartado analizaremos una pequeña muestra realizada sobre las decisiones de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal. No se trata de un análisis estadístico que contenga una muestra realmente significativa, pero las cifras son tan elocuentes, y se ven apoyadas por

las demás cuestiones tratadas en este informe, que nos parecieron suficientes.

Se trata de las resoluciones dictadas por la Sala I desde el 10 de febrero de 2004 al 1º de abril del mismo año, esto es, un período de casi dos meses. A continuación volcamos en un primer gráfico la cantidad de resoluciones divididas por tipo de cuestiones sometidas a decisión de la Sala I, sin indicar más que las cifras.

En el segundo gráfico señalamos los recursos de la defensa, abriendo el cuadro en recursos interpuestos, desistidos, declarados inadmisibles y, de aquellos declarados procedentes, en los que se les dio la razón sobre el fondo al recurrente. El último gráfico muestra la misma información respecto del recursos de los acusadores. Si prestamos atención, veremos que el primer cuadro indica la interposición de 29 recursos extraordinarios, mientras que la suma de los dos cuadros restantes sólo arroja un total de ocho recursos. Ello debido a que la CNCP, que recurre de manera sistemática al rechazo de los recursos que debe resolver por *falta de fundamentación* o de *autosuficiencia* en la argumentación, rechazó 21 recursos extraordinarios sin señalar qué parte lo interpuso, contra qué resolución, y ninguna otra información que permitiera interpretar de qué se trataba el caso. Si eso no es falta de motivación, arbitrariedad de la sentencia, o ausencia del deber legal de justificar por qué una decisión de capital importancia —como lo es resolver que es inadmisibile la discusión de una cuestión constitucional federal—, entonces no sabemos qué es.

Cuestión planteada	Número	Porcentaje
Conflictos de competencia	9	7 %
Apartamiento de jueces	3	3 %

Cuestiones ajenas a la competencia de la CNCP	2	2 %
Recursos de casación	34	27 %
Recursos de queja	37	30 %
Recursos extraordinarios	29	23 %
Varios	6	5 %
Acciones de revisión	4	3 %
Totales	124	100 %

Recursos de la defensa	Presentados	Desistidos	Inadmisibles	Procedente	%
Condena	19	-	17	2	90
Excarcelación	4	-	4	-	100
Suspensión	3	-	3	-	100
Unificación de pena	1	-	-	1	0
Prescripción	1	-	1	-	100
Extraordinario	6	1	5	-	83
Procesamiento	1	-	1	-	100
Totales	35	-	31	3	89

Las cifras de rechazo del recurso de queja por casación denegada, o por la declaración del recurso como mal concedido son alarmantes para el caso de las impugnaciones de la defensa. El porcentaje de rechazos de recursos contra las sentencias condenatorias es sólo un punto mayor al porcentaje de rechazos del recurso respecto de las demás resoluciones: 90 %.

A la luz de la doctrina de la Comisión Interamericana estos guarismos resultan francamente inadmisibles:

“262. De lo expuesto surge que el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes. Dicha revisión resulta especialmente relevante respecto a las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable por lasentencia definitiva, incluyendo la legalidad de la prueba. El recurso debería constituir igualmente un medio relativamente sencillo para que el tribunal de revisión pueda examinar la validez de la sentencia recurrida en general, e igualmente controlar el respeto a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso” (CIDH, Informe nº 24/92).

Si tenemos en cuenta que las cifras de recursos considerados mal concedidos —34 recursos— son similares a las cifras de los recursos de queja —37 quejas—, resulta manifiesto que si rechazaron el 90 % de los recursos contra decisiones condenatorias y 73 % de recursos contra absoluciones o sobreseimientos, ello significa que en la gran mayoría de los casos en que los tribunales de juicio concede recursos contra sentencias definitivas, estos han sido considerados mal concedidos.

Si tenemos en cuenta, también, que la práctica de la CNCP no consiste en declarar admisible y luego improcedente sobre el fondo a los recursos, sino directamente inadmisibles, ello significa que los tribunales de juicio, como regla, se equivocan al realizar una tarea tan sencilla como el examen de admisibilidad de los recursos. Pero, las cifras de rechazo sobre el fondo del recurso indica que los tribunales de juicio no yerran en la aplicación de la legislación procesal durante los juicios, ni se equivocan en la aplicación del derecho sustantivo, pero parecen tener un problema especial para realizar el examen de admisibilidad del recurso de casación.

Tal conclusión es realmente insostenible, y sólo indica la falta de voluntad del tribunal de casación para hacer su trabajo. Por otra parte, en el supuesto que la CNCP declarara admisible, aun cuando rechazara la procedencia del planteo, los recurrentes tendrían oportunidad de enterarse de criterios y pautas de interpretación del superior tribunal penal⁷¹.

Recursos del acusador	Presentados	Desistidos	Inadmisibles	Procedentes	%
Absolución Sobreseimiento	11	-	8	3	73
Excarcelación	2	-	2	-	100
Extraordinario	2	-	2	-	100
Incidente de ejecución	6	-	1	5	17
Totales	21	-	13	8	62

Los porcentajes de inadmisibilidad de los recursos acusadores también confirman la falta de apego al trabajo de la CNCP. En el único caso en que la cifra de admisibilidad es alta es en el supuesto de control recursivo de incidentes de ejecución en los cuales revoca salidas transitorias y libertad asistida. Una vez más, se pone de manifiesto la consistente ideología represiva del más alto tribunal de la justicia penal nacional.

IV. 4. La baja calidad de los precedentes de la CNCP

⁷¹ Pero su evidente falta de apego al cumplimiento del deber legal sólo reitera criterios arbitrarios, impredecibles e irracionales de inadmisibilidad, estereotipados en afirmaciones dogmáticas que no echan luz siquiera sobre una doctrina consistente acerca de la admisibilidad del recurso.

Más allá de que a lo largo de este Informe se manifiesta la arbitrariedad de gran parte de las decisiones del tribunal de más alta jerarquía del sistema de justicia penal nacional, consideramos que los casos que comentamos a continuación desnudan con toda crudeza la inidoneidad técnica y la arbitrariedad que caracteriza a la consistente evolución jurisprudencial de la CNCP del ámbito federal.

1. El caso "Vázquez"

En el caso "Vázquez"⁷², referido al ámbito de aplicación del instituto de la suspensión del procedimiento penal a prueba, CASANOVAS votó en primer término y, al resolver el alcance de la restricción referida a los delitos que tienen prevista la pena de inhabilitación (art. 76 *bis*, párr. VIII, CP), optó por la tesis favorable a la aplicación del instituto a un mayor número de casos. Sostuvo, en consecuencia, que la restricción no se debía aplicar automáticamente a los delitos que, en abstracto, preveían pena de inhabilitación. Además, y *antes* de saber si un segundo voto confirmaría su tesis, CASANOVAS adelantó su opinión en el sentido de que, de triunfar la postura por él defendida, tal circunstancia *forzaría* "a la convocatoria plenaria".

El segundo voto, redactado por TRAGANT, nada dijo sobre la autoconvocatoria, pero adhirió a la tesis sustantiva de CASANOVAS. El tercer voto, en disidencia, se apartó de la solución de la mayoría pero, al mismo tiempo, llevó a RIGGI a afirmar: "... coincido con la procedencia de la convocatoria para el dictado de una sentencia plenaria (ley 24.050, art. 10, inciso b)".

Finalmente, los integrantes de la Sala III resolvieron:

⁷² CNCP, Sala III, Causa nº 1.509, "Vázquez, Emilio s/rec. de casación", del 15/05/98.

“Que en punto al tema de la convocatoria a plenario en los términos del artículo 10, inciso b) de la ley 24.050, esto es, la improcedencia o no del instituto de la *probation* de mediar pena de inhabilitación especial, en forma principal, conjunta o alternativa, a juicio de esta Sala resulta conveniente que la misma fuera abarcativa de otros puntos también controvertidos... sin que esta enumeración sea excluyente de otros que puedan proponer los restantes miembros de esta Cámara”.

- A pesar de lo que afirmó CASANOVAS, es absolutamente falso que la mera discrepancia entre la jurisprudencia de las distintas salas de la CNCP determine, de manera *obligatoria*, el deber legal de convocar a una reunión plenaria. Nada hay en la norma del art. 10, inc. b, de la ley 24.050, que autorice tal interpretación⁷³.

- Si el fundamento de la autoconvocatoria, según los propios términos de CASANOVAS, consistía en la divergencia jurisprudencial, ¿cómo se justificó que la Sala III —que el propio CASANOVAS integra— propusiera un temario *abierto* que excedía ampliamente las cuestiones discutidas en el caso concreto, y respecto de las cuales la jurisprudencia de *todas* las salas de la CNCP era *unánime* al momento de la autoconvocatoria?

En este sentido, se ha señalado:

“El interrogante de si es posible aplicar la suspensión del juicio a prueba a delitos cuya escala penal, en abstracto, supere los tres años de pena privativa de libertad pero admita, por su mínimo y las circunstancias particulares del caso, que de arribarse a una condena ésta puede ser dejada en suspenso, recibió de parte de la CNCP una respuesta unánimemente negativa”⁷⁴.

⁷³ El art. 10, inc. b, de la ley 24.050, dispone: “La Cámara Nacional de Casación Penal se reunirá en Tribunal pleno... b) Para unificar la jurisprudencia de sus Salas o evitar sentencias contradictorias”. Si así fuera, probablemente *todos* los integrantes de la CNCP habrían incurrido en responsabilidad penal —por el hecho tipificado como prevaricato, art. 269, CP—, ante cada precedente de cada una de las salas que se hubiera apartado de la doctrina de cualquiera de las restantes.

⁷⁴ ISOLA, Alicia, *¿Qué es la suspensión del juicio a prueba para la Cámara Nacional de Casación Penal?*, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1998/B, ps. 580 y siguiente.

- Se debe tener en cuenta, además y especialmente, que, al fundar la convocatoria a plenario en el inc. b del art. 10 de la ley 24.050, la Sala III sólo podía someter a discusión ante el tribunal en pleno una cuestión discutida en ese proceso concreto que, *además*, se opusiera a los criterios jurisprudenciales establecidos con anterioridad.
- Según la decisión de CASANOVAS, TRAGANT y RIGGI, en la causa “Vázquez” se discutía, *exclusivamente*, si resultaba procedente la suspensión del procedimiento cuando se atribuía al imputado algún tipo penal que comprendiera pena de inhabilitación especial —principal, conjunta o alternativa—. Sin embargo, los tres integrantes de la Sala III agregaron que “resulta[ba] conveniente que la misma [la convocatoria] fuera abarcativa de otros puntos también controvertidos... sin que esta enumeración sea excluyente”.

El mensaje fue claro: se trataba de una estrategia destinada a eliminar la jurisprudencia rebelde de los tribunales de juicio, esto es, de la decisión de dictar reglas abstractas de alcance general con vigencia para todos los casos futuros. En pocas palabras, un acto legislativo⁷⁵ tendiente a eliminar la independencia interna de los tribunales sometidos al control de la Cámara de Casación.

- Luego de los votos de los miembros de la Sala III, votaron MITCHELL, BERRAZ DE VIDAL y MADUEÑO. El primero de ellos invocó la contradicción

⁷⁵ El carácter legislativo de la sentencia plenaria fue reconocido por la misma Sala III, al rechazar un recurso extraordinario interpuesto por la defensa, afirmando: “Al respecto tiene dicho la Corte Suprema de Justicia que las *resoluciones de naturaleza normativa general* no son impugnables de modo directo por vía del recurso extraordinario, sin perjuicio de que su validez pueda ser objeto de revisión, cuando se apliquen concretamente a un caso particular...” (CNCP, Sala III, “Kosuta, Teresa Ramona s/recurso extraordinario”, resolución del 6 de octubre de 1999, destacado agregado). Para una crítica a la opinión que niega el carácter legislativo de la sentencia plenaria, cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 135; y las opiniones de

entre lo decidido en "Vázquez" y los precedentes de las demás salas. También aceptó la invitación a ampliar los temas. BERRAZ DE VIDAL adhirió al voto de MITCHELL, con la finalidad de lograr establecer criterios de interpretación obligatorios.

- MADUEÑO, por su parte, apoyó la solicitud, destacando que revestía especial gravedad el hecho de que pudieran coexistir diversas interpretaciones. Lo interesante fue que fundó su decisión, precisamente, en el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional y en los arts. 8, nº 2, y 24, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁶. Paradójicamente, MADUEÑO invocó un principio de garantía previsto para el justiciable para justificar la toma de la decisión plenaria que sólo pretendía restringir sus derechos.

- A pesar de los esfuerzos realizados, el intento de la Cámara de Casación se frustró por un hecho que el tribunal demoró tres meses en comprender: la sentencia dictada por la Sala III en el caso "Vázquez" **ya estaba firme**. Por lo tanto, no era ése el caso en el cual se podía convocar a un plenario.

RODRÍGUEZ BASAVILBASO tuvo que asumir la tarea de explicar a la mitad de los integrantes de la CNCP que lo precedieron en su voto, que en el caso "Vázquez", la misma Sala III ya había dictado sentencia, que dicha resolución estaba firme y que, por lo tanto, esa Sala —y toda la CNCP— **carecía de competencia** debido al principio de cosa juzgada. Aclaró, también, que aun si hubiera resultado procedente la convocatoria, ésta

los autores citados por MAGARIÑOS en su voto en el caso "Menghini", causa Nº 784, punto IV.

⁷⁶ Una síntesis de las agudas críticas que se dirigen a este fundamento *sólo aparente* puede leerse en el voto de Mario MAGARIÑOS (caso "Menghini", causa Nº 784, punto IV).

debería haberse limitado estrictamente a la cuestión controvertida en el caso. Finalmente, manifestó su sorpresa ante la convocatoria, "ya que en el *sub examine* no se ha[bía] evitado la contradicción sino que se la ha[bía] creado". De esta manera, el 13/10/98 terminó la historia de "Vázquez"⁷⁷.

En síntesis, es posible afirmar que RODRÍGUEZ BASAVILBASO debió explicar a la mitad de los integrantes del tribunal penal de más alta jerarquía del sistema de justicia nacional el concepto de "cosa juzgada" y los límites de su propia competencia.

2. El plenario "Molina"

En el plenario "Molina", la cuestión debatida era absurda. Se discutió si un artículo de la ley 24.390 que modificaba la manera de computar la pena del art. 24 del Código Penal era ley sustantiva. De no serlo, el art. 24 debería haber sido declarado inconstitucional mucho tiempo antes por la pretendida incompetencia legislativa del Congreso Nacional para dictar normas de carácter procesal.

"En Buenos Aires, a los 16 días del mes de agosto de 1995, reunidos los señores jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal en virtud de lo ordenado a fs. 127 y vta. de la causa MOLINA, Roberto Carlos s/ recurso de casación y a mérito de lo prescripto por los artículos 10 y 11 de la ley 24.050, para resolver sobre `si la ley 24.390 es de aplicación a las personas que se hallan privadas de libertad en virtud de sentencias condenatorias firmes`"⁷⁸.

A pesar de ello, en el "meduloso voto"⁷⁹ de CATUCCI se afirmó:

⁷⁷ El señor Emilio VÁZQUEZ, a diferencia de Teresa KOSUTA, logró evitar las paradójicas consecuencias que CASANOVAS pretendía provocar con su voto "a favor" de la tesis amplia respecto de la pena de inhabilitación: la imposibilidad de obtener la suspensión de la persecución penal en su contra.

⁷⁸ PLENARIO N° 3 - "MOLINA, Roberto Carlos s/ recurso de casación -Ley 24.390-" - CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL - EN PLENO - 16/08/1995.

⁷⁹ Estos autoelogios de votos "medulosos" o de los "distinguidos colegas preopinantes" sólo provienen de los mismos miembros de los tribunales, que se elogian unos a otros independientemente de la calidad de sus opiniones.

“La doctora Catucci dijo:

La respuesta negativa al tema de esta autoconvocatoria surge del análisis de diversas cuestiones que paso a considerar. 1. Naturaleza de la ley 24.390 La ley en el artículo 9 se definió a sí misma como reglamentaria del artículo 7, punto 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... Dada su naturaleza, cumple un rol instrumental en el sentido de que le toca tutelar la vigencia y operatividad de la Constitución, mediante este remedio procesal. Dice el autor citado que cuando determinadas materias de derecho procesal constitucional son elevadas al derecho constitucional, las instituciones —en el presente el artículo 7, inciso 5°, de la citada Convención resultan captadas por el derecho constitucional y adquieren categoría de norma suprema—, sin perjuicio de su naturaleza procesal; y su instrumentación reglamentaria —esta ley 24.390— deviene asunto de derecho procesal constitucional... La ley 24.390 en tanto reglamenta el art. 5°, inc. a) del mencionado tratado es entonces de naturaleza procesal constitucional... Esa libertad de fijación de los plazos señalados en las leyes de procedimientos locales, ya descubre la imposibilidad de que pueda desvincularse la reforma del artículo 24 del Código Penal de la modificación procesal. Corresponde destacar que esto es, por otra parte, lo que la ley ha establecido al circunscribir la modificación del artículo 24 del Código de fondo a los casos comprendidos en ella (art. 8°). Los distintos supuestos, variables en relación a los códigos procesales provinciales, permiten vislumbrar la desigualdad ante la ley que se produciría frente a una interpretación distinta. 2. Título de la ley Plazos de la prisión preventiva es la denominación con que fue promulgada la ley 24.390, de donde se deriva, como límite de su aplicación, esa etapa procesal... Y sigue estableciendo que el tiempo de detención que exceda de dos años deberá computarse en dos días de prisión o reclusión por cada día de prisión preventiva, lo que impone la modificación del artículo 24 del Código Penal. Dos conclusiones, pues, se extraen: la primera, que la ley proyectada sólo se refiere a los casos de privación de la libertad durante el proceso; y la segunda, que no tiene alcance nacional, con lo cual la modificación al artículo 24 resulta relacionada con la reforma procesal. La referencia del mensaje del Poder Ejecutivo Nacional a las resoluciones 56/92 y 406/92 como antecedentes de la ley 24.390 da el marco de aplicación de esta ley... Lógicamente se extrae de sus palabras que la reforma del artículo 24 del Código Penal fue a los efectos de posibilitar su excarcelación mediante la nueva forma de contar los plazos de la prisión preventiva de acuerdo a las pautas de la ley...”.

El voto de CATUCCI es mucho más largo y nada tiene de meduloso. Siempre dispuesta a buscar interpretaciones que desconozcan su deber de proteger los derechos fundamentales de los procesados y condenados, pretende fundar el carácter no penal del art. 24 del Código Penal en la supuesta voluntad del legislador y en otras disquisiciones. La casacionista, antes de atender a la supuesta voluntad del legislador y a la opinión de algunos doctrinarios, o al título de la ley, sólo debe tener en cuenta, para resolver el asunto, si la reforma modificó una ley penal que es más benigna que la ley vigente al momento de la condena. A menos que ignore el art. 9 de la Convención Americana, que dispone:

“Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Nada dice la casacionista en su “meduloso” voto que le recuerde que esta norma de jerarquía constitucional no tiene mención alguna a las circunstancias que desarrolla largamente con el único objeto de colocar en peor situación a las personas privadas de su libertad que el art. 9 protege. Si una norma que determina el cómputo de **la pena que efectivamente debe cumplir un condenado** no tiene carácter sustantivo, no se comprende qué otro carácter puede tener.

V. LA ARBITRARIEDAD DE LOS TRIBUNALES DE CASACIÓN

V. 1. La arbitrariedad en la casación bonaerense

Hace algún tiempo se viene aceptando en el ámbito bonaerense la doctrina de la arbitrariedad para sortear los requisitos de admisibilidad

del recurso cuando lo interpone el acusador. Veamos un ejemplo. El recurso de casación que generó una resolución que jamás debería haber sido pronunciada fue presentado por el Fiscal de Cámara de La Plata contra la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelaciones de esa ciudad, que concedió el “beneficio” de la excarcelación al imputado.

El 25 de enero de 2001, la Sala de FERIA del Tribunal de Casación Penal bonaerense, integrada por PIOMBO y DOMÍNGUEZ, hizo lugar a un recurso manifiestamente inadmisibile. Las cuestiones que se planteó el tribunal fueron las siguientes:

- a) ¿Era admisible el recurso?
- b) ¿Es constitucional la ley 24.390 y, en su caso, cuál es el alcance temporal de sus normas?
- c) Conforme las respuestas a las dos cuestiones anteriores, ¿era ajustado a derecho el fallo recurrido?
- d) ¿Qué fallo correspondía dictar?

Aquí sólo nos ocuparemos de señalar la grosera contradicción entre la decisión del tribunal y el derecho vigente en nuestro país en relación, exclusivamente, a la *admisibilidad* del recurso de casación en este caso particular. Como veremos seguidamente, el tribunal ignoró todas las exigencias normativas que delimitan su competencia material al solo efecto de perjudicar al imputado y de restringir ilegítimamente su libertad.

Como es sabido, el sistema del CPP bonaerense establece taxativamente —al igual que la mayoría de los códigos modernos, entre ellos el CPP Nación— los motivos de casación y las resoluciones recurribles —impugnabilidad objetiva—.

El primer problema que plantea el fallo se vincula con uno de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el acusador estatal. Como ya se ha señalado, el examen de los requisitos de admisibilidad debe comportar una operación *previa* respecto al examen de fundabilidad o estimabilidad, y un juicio negativo sobre la concurrencia de cualquiera de los primeros descarta, sin más, la necesidad de una decisión relativa al mérito del recurso⁸⁰.

Sin embargo, el tribunal bonaerense optó por ignorar su obligación jurídica de verificar los requisitos legales de admisibilidad de la impugnación, para dedicarse directamente al tratamiento de las cuestiones de fondo planteadas por el acusador público. En este sentido, la doctrina es manifiestamente clara respecto de la necesidad del *análisis previo* de la admisibilidad, y del objeto y alcance de dicho análisis.

Sintéticamente, y tal como lo reconoce el mismo tribunal en los votos de los miembros que lo integran, *se incumplió con la obligación legal* de declarar inadmisibile el recurso acusatorio, a pesar de que la resolución impugnada no constituía sentencia definitiva —ni resultaba equiparable a ella—. De esta manera, el recurso era inadmisibile porque la resolución atacada no estaba comprendida en el ámbito de impugnabilidad objetiva del recurso de casación interpuesto por el representante del ministerio público.

No puede quedar duda alguna de que cuando se amplía el ámbito objetivo de impugnabilidad a resoluciones judiciales que no constituyen “sentencia definitiva”, como lo dispone la regla legal vigente, se realiza aplicación analógica de la legislación procesal penal.

⁸⁰ Cf. PALACIO, Lino E., *Los recursos en el proceso penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos

Por estos motivos, los tribunales carecen de la facultad jurídica de alterar —o ignorar— las reglas legales del procedimiento penal, en la medida en que tal alteración pueda resultar perjudicial para el imputado. Esta limitación al ejercicio de la jurisdicción es mucho más fuerte aún cuando se trata de la interpretación y aplicación de reglas jurídicas que puedan amenazar, restringir o impedir el libre ejercicio de la libertad ambulatoria de personas jurídicamente inocentes.

La exigencia constitucional de regular un procedimiento de persecución penal cuyas normas legales estén precisamente definidas se halla profundamente arraigada en nuestra cultura jurídica⁸¹. Tal exigencia no sólo deriva de los textos constitucionales, sino también de diversos instrumentos de derechos humanos y de la idea misma del Estado de derecho moderno —instrumentado fundamentalmente a través del principio de legalidad—. Cabe agregar, por lo demás, que el principio de legalidad, si bien informa todo el ordenamiento jurídico, reviste una relevancia especial en el ámbito de la justicia penal.

De modo absolutamente coincidente con la legalidad penal en sentido estricto, el art. 7 de la Convención Americana brinda una protección especialísima a la libertad personal⁸². Esa disposición (art. 7.2)

Aires, 1998, p. 14.

⁸¹ Cf., entre otros, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, ps. 537 y ss.; MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., t. I, ps. 478 y siguientes.

⁸² *Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad,

establece un requisito ineludible para que la autoridad estatal pueda privar de su libertad a una persona de manera legítima: tanto las razones sustantivas que motivan la detención, como *las actuaciones procesales* necesarias para ordenarla deben estar estrictamente sujetas a mandatos constitucionales y legales, precisos y previos.

La explicación de PIOMBO para justificar por qué en la causa nº 5.944 dio trámite a un recurso que reconocía como manifiestamente inadmisibles, además de insuficiente, fue incorrecta. En primer lugar, no realizó el más mínimo esfuerzo para explicar por qué supuso que su función jurisdiccional lo habilitaba a ignorar las exigencias constitucionales, las obligaciones internacionales y las normas legales vigentes. Lo que es más grave aún, jamás explicó las razones que lo llevaron a ignorar principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, en perjuicio de una persona inocente sometida a persecución penal, y debido a una supuesta “gravedad institucional” sólo declamada —y, en todo caso, responsabilidad del propio Estado—.

Según las palabras de PIOMBO, la “nítida” situación de “gravedad institucional” tornó imprescindible que el tribunal esclareciera y determinara una cuestión que incidiría en una gran cantidad de personas sometidas a procedimiento penal. Con semejante criterio,

sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

cualquier cuestión sometida a debate referida a las reglas del procedimiento penal provocarían una situación de “gravedad institucional”.

Para justificar su decisión en el caso que analizamos, PIOMBO citó la causa nº 89, “Gil Brenta”, del 8/9/99. Sin embargo, el precedente invocado no se parecía en nada al caso que analizamos.

En el caso “Gil Brenta”, en primer lugar, no se trataba del recurso de casación del acusador sino de la impugnación de la defensa. El imputado, privado de su libertad, solicitaba la aplicación de la ley nacional 24.660 con el objeto de obtener salidas transitorias. El ministerio público, contradiciendo lo que alegaría en casos posteriores en los que se transformó en recurrente, sostuvo que el recurso de casación era inadmisibile “porque está pendiente de trámite escrito y porque no constituiría sentencia definitiva en los términos del art. 450 del C.P.P.”.

En consecuencia, los hechos del caso “Gil Brenta” no presentaban similitud alguna con los que provocaron la resolución que lo invocaba como fundamento. El caso, por el solo hecho de involucrar un derecho fundamental como la libertad ambulatoria habilitaba a dejar de lado una limitación normativa de rango legal —el art. 450 del CPP Buenos Aires— para proceder a brindar una efectiva protección a la libertad del imputado-recurrente. Además, el proceso involucraba dos cuestiones adicionales que lo tornaban mucho más complejo: a) se había iniciado bajo el sistema de enjuiciamiento penal escrito; y b) se discutía la aplicabilidad de la ley nacional 24.660 al régimen de privación de libertad provincial.

Pero PIOMBO citó dos precedentes adicionales. En primer lugar, citó la causa nº 316, del 7/9/99, en la cual el fiscal presentó un recurso de casación contra el fallo dictado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones y Garantías de Mar del Plata, mediante el cual se declaró inválida una requisita realizada por la policía sin orden judicial. En esta oportunidad PIOMBO justificó su decisión del siguiente modo:

"Asiste razón a la defensa en el sentido de que el resolutorio atacado no es definitivo ni impide la prosecución de la causa... Sin embargo, tales constataciones no determinan sin más el rechazo de la presentación efectuada, habida cuenta que, conforme se puntualizara en ocasión de proveer a la admisibilidad liminar, el tema reviste verdadera importancia institucional en la medida que se vincula derechamente a 'las atribuciones de los funcionarios policiales para disponer requisas sin orden del Juez de Garantías'"⁸³.

Inmediatamente después, PIOMBO citó otra de sus opiniones, esta vez vertidas en la causa nº 232, del 9/11/99, manifestando:

"Asiste razón a la defensa en el sentido de que el resolutorio atacado no es definitivo ni impide la prosecución de la causa... Sin embargo, tales consideraciones no determinan sin más el rechazo de la presentación efectuada, habida cuenta que, conforme se puntualizara en ocasión de proveer a la admisibilidad liminar, el tema reviste verdadera importancia institucional en la medida que 'podrían estar siendo afectadas las facultades de investigación del Ministerio Público Fiscal'.

El recurso del acusador público había sido interpuesto contra la resolución de la Cámara que, durante el trámite de la investigación preliminar, según los dichos del acusador 'dej[ó] sin sustento la posibilidad que... el agente fiscal pueda disponer reconocimientos'".

Como se puede apreciar, con semejantes argumentos, siempre existiría la posibilidad de que se cuestionen las facultades y deberes de policías y

⁸³ Hasta donde se enseña en las facultades de derecho, los jueces tiene el deber de aplicar la ley. Por otra parte, no encontramos ninguna regla legal que permita dar sustento a la afirmación del PIOMBO. La distancia entre la sujeción de los jueces a la ley y la interpretación de PIOMBO que asume que cualquier cuestión que él personalmente considere "importancia institucional" lo habilita a ignorar disposiciones legales expresas, es la misma que distingue al Estado de derecho del Estado absoluto.

fiscales en un procedimiento penal. Según los precedentes invocados y, también, según el propio fallo que analizamos, cualquier cuestión interpretativa referida a los alcances del poder estatal para perseguir penalmente —tema que se halla comprendido en casi todas las actividades de los órganos públicos que intervienen ante la justicia penal— resultaría motivo suficiente para ignorar la expresa prohibición legal para declarar admisible el recurso de casación contra resoluciones judiciales no definitivas.

Del análisis de la resolución criticada, surgen diversas —y graves— conclusiones:

- El tribunal admite expresamente que concede recursos al acusador estatal no previstos legalmente.
- Para ello, invoca un supuesto de “gravedad institucional” que no sólo resulta indefinible, sino que, además, carece de sustento normativo.
- El supuesto invocado para ignorar la competencia material legalmente establecida es definido de modo tan irracional que sólo garantiza, en realidad, una absoluta arbitrariedad para decidir sobre la admisibilidad de los recursos.
- Los fundamentos del fallo son absolutamente irracionales. Se invocan garantías constitucionales establecidas a favor del imputado para declarar admisible un recurso legalmente inadmisibile con el único objeto de cercenar el derecho a la libertad ambulatoria de personas inocentes.
- También se invocan reglas del derecho comparado absolutamente inaplicables al caso concreto.

V. 2. La arbitrariedad de la casación porteña

I. El Tribunal Oral de Menores n° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resolvió absolver a Walter Esteban OJEDA por los delitos de robo agravado cometido mediante el uso de armas, en concurso real con homicidio calificado, con el fin de lograr su impunidad en grado de coautor, por los que se lo había acusado⁸⁴.

Los argumentos desarrollados en el dictado de ese fallo —en adelante, “Ojeda”— se fundaron en el hecho de que las pruebas producidas en el proceso conducían a la absolución por duda que prevé el artículo 3 del CPP Nación.

El fiscal de juicio interpuso recurso de casación contra la sentencia absolutoria invocando el inc. 2, art. 456, del CPP Nación. Este artículo establece una de las causales taxativamente enumeradas por el Código para la admisibilidad del recurso de casación. Contempla los llamados vicios *in procedendo*, que alcanzan los casos en los que se advierte “inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad...”. A ello, según surge del texto del fallo, agregó:

“... que la sentencia recurrida en cuanto resuelve la situación del encartado Walter Esteban Ojeda resulta arbitraria, toda vez que padece de vicios o fallas en la valoración de la prueba que afectan las reglas de la sana crítica, lo cual conlleva su nulidad (arts. 398, segundo párrafo, in fine y 404, inc. 2º, del C.P.P.N). Ello es así porque del fallo se desprende que *se evaluaron caprichosamente elementos de juicio de suma relevancia*, no se respetaron las reglas de la lógica y *la conclusión a la que se arribó no coincide con lo ocurrido*, todo lo cual hace que su resultado constituya una verdad aparente que no se adecua al fin que persigue una sentencia. En definitiva, adujo que el

⁸⁴ CNCP, Sala I, Caso “Ojeda, Walter Esteban s/recurso de casación”, causa n° 3044, 1/12/00.

fallo impugnado tiene carencias y contradicciones en su fundamentación que lo tornan nulo” (destacado agregado)⁸⁵.

Si bien el representante de la acusación estatal invocó una causal legal para impugnar la sentencia —el supuesto del art. 456, inc. 2, CPP Nación—, lo cierto es que de sus propias afirmaciones surge que expresa un simple desacuerdo con la fijación de los hechos establecidos por el tribunal de juicio. Por ello, a pesar de que se afirma que “... no se respetaron las reglas de la lógica...” —sin señalar qué regla lógica no había sido respetada—, resulta obvio que la afirmación posterior, en cuanto sostiene que “... la conclusión a la que se arribó no coincide con lo ocurrido...” sólo puede derivar de una mera discrepancia entre los hechos que el tribunal consideró demostrados y los hechos que el acusador *creyó haber demostrado*.

A continuación, el recurrente ingresa en un análisis del valor probatorio de diversos elementos de convicción —v. gr., un reconocimiento en rueda de personas—. En este análisis, el recurrente se dedica especialmente, de manera indiscutible, a señalar cómo debería haber sido valorada la prueba por el tribunal cuya sentencia impugnó —esto es, redacta los fundamentos de un *recurso de apelación*, no de un recurso de casación—.

Así, resulta claro que, más allá de invocar dogmáticamente la violación de las reglas de la sana crítica, lo que expresa es su desacuerdo con la valoración probatoria del tribunal de juicio, y no un vicio *in procedendo*.

El acusador público ante la CNCP, por su parte, además de “adherir a los agravios vertidos por el fiscal de juicio”, adhirió llanamente a la *doctrina de la arbitrariedad*, al señalar que:

⁸⁵ CNCP, Sala I, “Ojeda”, cons. 2, p. 2.

"... resulta aplicable al caso la jurisprudencia según la cual... 'aún [sic] cuando las víctimas hubieren declarado que de volver a ver a los autores no los reconocerían, en razón de que aquéllas suelen responder en forma negativa en algunos casos para evitarse los trastornos consiguientes, y en los más porque, para contestar ese interrogante, pretenden reproducir mentalmente las fisonomías de quienes los asaltaron, lo que resulta en extremo difícil siendo habitual que quienes comienzan haciendo tal afirmación terminen efectuando, para su propia sorpresa, categóricos reconocimientos'; corresponde dejar sin efecto la sentencia si la absolución por duda del acusado se asienta en una valoración irrazonable de la prueba de cargo, irrazonabilidad que se evidencia en la falta de consideración lisa y llana de la prueba indicada... o en la valuación fragmentaria y aislada de las circunstancias indiciarias enumeradas; si se advierte una consideración fragmentaria de la las constancias conducentes para la decisión del litigio, lo cual impide una visión de conjunto de la prueba reunida y frustra el derecho del recurrente a obtener una sentencia que sea derivación razonada del derecho vigente, con ajuste a las circunstancias comprobadas de la causa: y '... si bien por regla el in dubio pro reo *por su naturaleza procesal escapa al control de la vía casatoria* en tanto facultad propia del los jueces de la causa, no es menos cierto que resulta revisable en la instancia cuando repose en la pura subjetividad del tribunal y no sea derivación racional y objetiva de la valoración de las constancias del proceso'; pues 'el estado de incertidumbre que se desarrolla en el fuero interno de los magistrados no fue consecuencia necesaria de la apreciación de todos y cada uno de los elementos del proceso. La duda como fundamento de la absolución no exime de una adecuada consideración de los argumentos introducidos por las partes así como de la debida valoración de todas las pruebas regularmente incorporadas a la causa, sino que, por el contrario, supone dicha actividad, la cual no se advierte en el sub examine, toda vez que se incurrió en omisión y falencia en cuanto a la verificación del hecho conducente para la correcta decisión del litigio" (destacado agregado)⁸⁶.

Resulta claro que, nuevamente, se expresa el desacuerdo respecto de la valoración de la prueba llevada a cabo por los integrantes del tribunal de juicio. Más allá de la confusa mezcla de afirmaciones dogmáticas referidas a los supuestos vicios de la sentencia impugnada, y de manifestaciones de desacuerdo con los hechos que el tribunal de juicio consideró probados, algunas proposiciones del fiscal ante la CNCP llaman la atención.

⁸⁶ CNCP, Sala I, "Ojeda", cons. 4.

En primer término, resulta absolutamente incomprensible que se afirme que el *in dubio pro reo*, “por su naturaleza procesal”, no es materia del recurso de casación. Independientemente de que se trate del principio *in dubio pro reo*, el fiscal ante la CNCP demuestra una *absoluta ignorancia* del derecho vigente al afirmar que el análisis de la aplicación de un principio de jerarquía constitucional, por el simple hecho de ser de “naturaleza procesal”, “escapa a la vía casatoria”. Con un criterio semejante, el mismo artículo 456, inc. 2, del CPP Nación, quedaría absolutamente vacío de contenido.

Finalmente, los miembros de la Sala I de la CNCP “... se plantearon y votaron por unanimidad las siguientes cuestiones: Primera: ¿Ha mediado inobservancia de disposiciones procesales sancionadas con nulidad al dictarse el fallo recurrido?”⁸⁷.

Nuevamente, como sucedió con el fallo bonaerense, el tribunal nacional dejó de lado su obligación legal de revisar los requisitos de admisibilidad. En efecto, la primera cuestión que debían plantear, según el texto legal, no consistía en determinar si había “mediado inobservancia de disposiciones procesales” sino, en todo caso, si el agravio *consistía* en una inobservancia de tal carácter.

En cuanto a esta exigencia legal, impuesta a los miembros de la CNCP, sólo se puede advertir, en el fallo comentado, la siguiente proposición:

“Contra dicha resolución [la sentencia absolutoria del tribunal de juicio] interpuso el señor Fiscal de juicio recurso de casación, el que, concedido por mayoría, fue mantenido en la instancia...”⁸⁸.

Ése es *todo* el análisis que realiza la casación respecto del juicio de admisibilidad —si es que tal descripción de una opinión ajena puede ser

⁸⁷ CNCP, Sala I, “Ojeda”, cons. 5.

⁸⁸ CNCP, Sala I, “Ojeda”, cons. 1.

considerada “análisis”—. Llama la atención cómo un tribunal con jurisprudencia tan consistente en sentido contrario a la posibilidad de revisar el proceso de valoración de la prueba —aun en aquellos casos legalmente previstos—, no dice una sola palabra de por qué en este caso no se siente obligado a fundar su omisión de cumplir con el *deber legal* de analizar la admisibilidad de la impugnación.

En lo que sigue se expondrán, en primer lugar, los motivos por los cuales el recurso de casación interpuesto contra el imputado OJEDA es, de modo inequívoco, inadmisibile. Luego se demostrará que la misma Sala I, que aceptó su admisibilidad, con argumentos en sentido contrario, ha manifestado la inadmisibilidad y la inexistencia de arbitrariedad en numerosos casos similares —en este sentido— al que aquí se analiza.

Claro está que, como veremos, existe una “casual” diferencia —que no debe ser pasada por alto— entre los planteos “exitosos”, y los planteos que fueron declarados inadmisibles: los primeros fueron formulados por el acusador público y en perjuicio del imputado.

Respecto a la admisibilidad del recurso de casación, DE LA RÚA sostiene:

“... el recurso se refiere únicamente a las cuestiones de derecho, sustantivo o procesal, lo cual implica la exclusión de las cuestiones de hecho y, por lo mismo, de todo problema atinente a la valoración de las pruebas...”⁸⁹.

En este mismo sentido, citando a NÚÑEZ, LUGONES y DUGO se indica:

“Los dos motivos admitidos de casación implican... violaciones de la ley, sea la ley aplicada por el juez para resolver el caso (error *in*

⁸⁹ DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal. El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 23 y siguientes.

iudicando), sea la que regula el procedimiento (*error in procedendo*)⁹⁰.

Sin embargo, en el caso que aquí analizamos, la CNCP —además de declarar admisible el recurso, omitiendo lisa y llanamente el análisis sobre su viabilidad definido como deber legal— revisó la fijación de los hechos y revaloró las pruebas producidas durante el debate. En definitiva, el tribunal de casación “cumplió” con lo que le había sido solicitado por el acusador, por más que este último haya intentado disfrazar sus verdaderas razones de impugnación —que no constituyen causales legales, sino una simple discrepancia con la valoración probatoria del tribunal— con la invocación del motivo previsto por el art. 456, inc. 2, del CPP Nación.

En efecto, para constatar esta afirmación basta con contrastar los agravios sostenidos en el recurso de casación interpuesto —que surgen del propio fallo— con la resolución emitida. Los pasajes en los que se transcriben los agravios sostenidos por el fiscal, desnudan que su recurso consiste en una “solicitud” de una nueva fijación de los hechos y de una nueva valoración de la prueba producida. El fiscal de juicio sostuvo puntualmente:

“... el tribunal de mérito soslayó el análisis de la psiquis de quien ha observado algo que lo impresiona, en el sentido de que cuando ello sucede la persona trata, en un primer momento, de olvidar el episodio, para luego de superada la situación recordarlo con precisión, como ha sucedido con los dichos del testigo Suárez. Sobre las declaraciones efectuadas por éste último sostuvo que no reviste importancia que no haya mencionado, ab initio, como seña de la persona autora del delito, que tuviera el labio partido pues lo relevante, en realidad, es la declaración efectuada durante el debate, en la que afirmó que los que ejecutaron el hecho pasaron a medio metro de él, que el del lado de la pared tenía una cicatriz en su rostro y unos 20 a 25 años de edad más

⁹⁰ LUGONES y DUGO, *Casación penal y recurso extraordinario*, p. 228. Se citó NÚÑEZ, *Código procesal penal de la Provincia de Córdoba*, Ed. Lerner, Córdoba, 1986, 2ª ed., p. 443.

o menos, y que era Ojeda a quien reconoció con seguridad... que el tribunal de juicio no debió echar por tierra las declaraciones vertidas por un testigo que, como Suárez, nada pretende del proceso y que ha guardado siempre correspondencia en sus dichos... que la circunstancia de que entre las personas que integraban la rueda de reconocimiento sólo Ojeda tuviera el labio cortado no resta valor al reconocimiento, pues esa cicatriz resulta ser una característica personal del imputado”⁹¹.

Más adelante, el acusador manifestó que:

“... el tribunal de mérito no tuvo en cuenta prueba fundamental para establecer la responsabilidad que le cupo a Ojeda...”⁹².

Luego indicó que no se tuvieron en cuenta:

“... las tareas de inteligencia efectuadas por la brigada de la Comisaría 34 de la Policía Federal Argentina; el informe socio ambiental en el que el hermano del consorte de la causa... hizo alusión a las compañías de su hermano, entre las cuales se encontraba el encartado Ojeda...”⁹³.

Se advierte que los agravios transcritos contienen simplemente una discrepancia con la valoración de la prueba en función de los hechos fijados por el tribunal, lo que reafirma que, tal como se expuso al inicio de este apartado, nos encontramos ante una nueva “solicitud” de valoración de la prueba producida durante el debate.

El tribunal de casación, al momento de resolver, transcribió los hechos fijados por el tribunal de juicio y luego —con la precisión propia de un procedimiento escrito— hizo lo mismo con los dichos de los testigos en el debate. Finalizada esta simple transcripción de hechos y pruebas, concluyó en que la sentencia era pasible de la *tacha de arbitrariedad*, porque el sentenciante no había respetado el modo de evaluar la prueba “presuntiva” de acuerdo con la sana crítica. En un intento por sustentar

⁹¹ CNCP, Sala I, “Ojeda”, cons. 2.

⁹² CNCP, Sala I, “Ojeda”, cons. 2.

⁹³ CNCP, Sala I, “Ojeda”, cons. 2.

esa decisión se remitió —otra vez— a las constancias probatorias, resolviendo que:

“... el sentenciante no ha respetado el modo de valorar la prueba presuntiva arreglado a la sana crítica, desde que la armónica valoración de las distintas circunstancias y antecedentes individualizados en los apartados a), b), c) y d) precedentes... permitiría, razonadamente, arribar a una conclusión distinta sobre la coautoría responsable del imputado Ojeda en el delito que se le achaca”⁹⁴.

Se advierte con claridad que el acusador invocó su personal discrepancia —o mero disgusto— con la valoración probatoria, y el tribunal de casación hizo caso omiso de ello, como si se tratara de un recurso de apelación. El fundamento para lograr un nuevo proceso de valoración de la prueba —en un nuevo juicio— consiste, obviamente, en afirmar que la valoración efectuada por el tribunal de juicio ha sido errónea. Sin embargo, en ningún pasaje del fallo se expone cuáles son los errores en que incurrió el tribunal de juicio. Lo único que se señala al respecto es lo siguiente:

“El tribunal *a quo* llegó a la decisión liberatoria a partir del examen individual, aislado o fragmentario de cada uno de los elementos de prueba introducidos en la causa”.

Ése es todo el análisis que la Sala efectuó para revocar el fallo al que habían arribado los jueces que intervinieron personalmente en el debate. La única decisión arbitraria y carente de fundamentos normativos, en este caso concreto, fue la decisión del tribunal de casación.

Como ya adelantáramos, la resolución criticada resulta manifiestamente contradictoria con diversos precedentes dictados por los mismos casacionistas que intervinieron en este caso concreto. Así, por ejemplo,

⁹⁴ CNCP, Sala I, “Ojeda”, cons. F, p. 11.

se debe señalar un caso del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el cual se había condenado a Antonio SANTA CRUZ CUÉLLAR a la pena de cinco años y seis meses de prisión. El defensor oficial interpuso recurso de casación y fue denegado. Posteriormente interpuso recurso de queja por casación denegada, fundando su agravio en la causal de arbitrariedad. Los integrantes de Sala I de la CNCP, en esa oportunidad, expusieron sin pudor alguno:

“... mediante una supuesta tacha de arbitrariedad se persigue criticar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de juicio, tarea en la que es soberano [el tribunal] y que es ajena a la vía casacional elegida...”.

Más adelante, se expresó que:

“A ello puede agregarse lo dicho por nuestro Alto Tribunal en el sentido que *no hay sentencia arbitraria si los agravios del recurrente sólo manifiestan su discrepancia con los criterios de selección y valoración de las pruebas que han utilizado los jueces de la causa. La tacha de arbitrariedad es excepcional, y no procura sustituir a los jueces del proceso en asuntos que le son privativos, ni revisar el criterio con el que merituaron tal prueba, aunque se alegue error en la solución del caso...* Por lo expuesto la crítica señalada por el recurrente en el sentido de que se ha dado valor a los dichos del imputado y a los del testigo Lase, con prescindencia de otras pruebas, no podrá atenderse favorablemente, máxime si el tribunal a quo no tiene el deber de ponderar todas las pruebas sino solamente aquéllas que estime suficientes para fundar su decisión”.

En síntesis, el tribunal manifestó la imposibilidad de utilizar la vía casatoria como medio para obtener un nuevo proceso de valoración de la prueba, y que el impugnante sólo había indicado su discrepancia con los criterios de selección y valoración de los elementos de convicción realizados por el tribunal de juicio.

Esto es, precisamente, lo mismo que solicitó el acusador público en el caso “Ojeda”. Sin embargo, en ese caso, la misma Sala resolvió, sin

fundamentos legales, y sin fundar los motivos que la habilitaban a apartarse del régimen legal vigente, en sentido contrario.

Por lo tanto, sólo existiría una única diferencia sustancial entre ambos casos que permitiría explicar —ya que no justificar— la aplicación de criterios contradictorios: en el caso “Ojeda” el recurso fue interpuesto por el acusador público y en perjuicio del imputado absuelto; en el caso “Santa Cruz Cuéllar” el recurso fue interpuesto por el defensor en beneficio del condenado⁹⁵.

La afirmación anterior encuentra amplio sustento en diversos fallos que tornan manifiesta la arbitrariedad de los casacionistas para decidir sobre la admisibilidad y procedencia de los recursos ignorando el régimen legal vigente. Todos los fallos a los que hacemos referencia han sido interpuestos por la defensa de personas condenadas por los tribunales de juicio, invocando la doctrina de la arbitrariedad. Todos ellos han sido rechazados sin razones que justifiquen el distinto tratamiento que se brinda a los recursos inadmisibles interpuestos por los acusadores estatales.

La tendencia jurisprudencial señalada expresa una política judicial que consiste en rechazar de manera sistemática los recursos interpuestos por la defensa, al mismo tiempo que se conceden como práctica regular recursos no admisibles legalmente cuando se trata de impugnaciones de acusadores públicos contra sentencias de mérito que benefician a los imputados.

⁹⁵ Sobre la absoluta desvergüenza de la CNCP para ignorar arbitrariamente sus propios precedentes, reiteramos la recomendación de leer, entre muchos otros, el sólido trabajo de GUARIGLIA, *Admisión del recurso de casación y cuestiones de hecho en una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal: otra batalla perdida*.

IV. 4. CONCLUSIONES

Del análisis de la resolución criticada, surgen diversas —y graves— conclusiones:

- El tribunal concedió un recurso no previsto legalmente al acusador estatal en perjuicio del imputado.
- El tribunal incumplió su deber legal de realizar el análisis de admisibilidad.
- Para ello, invocó un supuesto de “arbitrariedad” que sólo se fundó en la discrepancia con la determinación de los hechos fijados en la sentencia por el tribunal de juicio.
- El supuesto invocado para ignorar la competencia material legalmente establecida es definido de modo tan irracional que sólo garantiza, en realidad, una absoluta arbitrariedad para decidir sobre la admisibilidad de los recursos.
- Los fundamentos del fallo carecen de razonabilidad. Se invocan garantías constitucionales establecidas a favor del imputado para declarar admisible un recurso legalmente inadmisibile con el único objeto de cercenar el derecho a la libertad ambulatoria de personas inocentes.

Como se puede apreciar, las prácticas de la casación bonaerense y de la casación nacional resultan en todo coincidentes en sus inconsistencias internas, sólo dirigidas a eludir sus obligaciones legales para consolidar un modelo de justicia penal represiva, autoritaria y, lo que es mucho más grave, manifiestamente contrarias a las exigencias del texto constitucional y de los instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional.

En particular, los dos fallos analizados vulneran el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que permiten agravar o imponer una pena privativa de libertad sin cumplir con los requisitos establecidos en la Constitución y en las normas legales vigentes.

VI. CONCLUSIONES PROVISORIAS

De las cuestiones analizadas en este informe podemos inferir las siguientes conclusiones:

- El derecho de la persona a quien le ha sido impuesta una pena o medida de seguridad consiste en obtener la doble conformidad de su decisión condenatoria por parte de un tribunal distinto a aquél que dictó sentencia condenatoria en la primera oportunidad.
- Los requisitos de ese control recursivo han sido definidos por la Comisión Interamericana y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, y tales pautas de interpretación del derecho garantizado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana debe ser utilizado como guía por los órganos estatales de nuestro país.

* Agregamos, a continuación, el voto concurrente razonado del Juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, de la Corte Interamericana, en el Caso Herrera Ulloa, debido a que se detiene a analizar la tensión existente entre la inmediación, el control de los hechos, y el recurso de casación, concluyendo que en el caso de Costa Rica la regulación legal no era compatible con la Convención, pero admitiendo que dicho recurso, regulado de otro modo, sí podría cumplir con las exigencias del art. 8.2.h de la Convención (párr. 34). Por otra parte, en su opinión se manifiesta que ha sido en único de los integrantes de la Corte Interamericana que tomó en consideración algunas opiniones de juristas especializados en derecho procesal penal, y las compartió en cierta medida para arribar a sus conclusiones. El voto de la mayoría se halla publicado en esta misma sección en el rubro "Jurisprudencia internacional".

- El régimen legal común del recurso de casación vigente resulta idóneo, si es administrado racionalmente, para cumplir con las exigencias de la Convención Americana.
- Sin embargo, existen ciertos obstáculos jurídicos que impiden que el derecho a impugnar la sentencia penal condenatoria se satisfaga en todos los casos.
- La jurisprudencia de la Corte Suprema, en sus orígenes, estableció principios favorables al respeto efectivo del derecho al recurso, pero en desarrollos posteriores estableció criterios restrictivos e ilegítimos.
- La manera en que cotidianamente los tribunales de casación federal y bonaerense administran el recurso de casación contradicen todas las exigencias que deben ser cumplidas para respetar el derecho al recurso.
- No es estrictamente necesario reformar el régimen legal del recurso para cumplir con las obligaciones internacionales. Lo que sí es necesario es que los tribunales competentes para resolver el recurso de casación estén integrados por personas con mayor idoneidad técnica y, especialmente, un serio compromiso con el respeto a los principios estructurales del Estado de derecho.

ANEXO

VOTO CONCURRENTENTE RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO HERERERA ULLOA VS. COSTA RICA, DE 2 DE JULIO DE 2004

...

5. Recurso ante un juez o tribunal superior

28. Hay otras cuestiones recogidas en la *Sentencia* dictada en el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, que deseo examinar en este *Voto*. Una de ellas es la referente al recurso intentado para combatir la resolución judicial dictada en contra de la víctima. La Convención Americana dispone, en materia de garantías judiciales, que el inculcado de delito tendrá derecho a “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (artículo 2.h). Esta garantía concurre a integrar el debido proceso legal, extendido por la Corte a todos los supuestos de enjuiciamiento, no sólo a los de carácter penal, y que en mi concepto puede proyectarse también al sistema de protección judicial previsto en el artículo 25 del Pacto de San José, si se entiende que este recurso, con entidad propia que le distingue del procedimiento al que se refiere el artículo 8, debe ajustarse igualmente al régimen del debido proceso legal, con lo que esto implica.

29. En el orden del enjuiciamiento es bien conocido el sistema de doble instancia, con mayor o menor amplitud de conocimiento en el caso de la segunda, enderezada a reexaminar la materia que nutrió la primera y a confirmar, modificar o revocar, con apoyo en ese reexamen, la sentencia en la que ésta culminó. También existe la posibilidad de someter a control la resolución definitiva, esto es, la dictada en la segunda instancia —exista o no plazo legal para intentar el control—, a través de un medio impugnativo que permite examinar la conformidad de ese pronunciamiento con la ley que debió aplicarse, en el doble supuesto del *error in iudicando* y el *error in procedendo*. Otra cosa es el proceso extraordinario en materia penal —o, si se prefiere, recurso extraordinario— que autoriza, en contadas hipótesis, la reconsideración y eventual anulación de la sentencia condenatoria que se ejecuta actualmente: comprobación de que vive el sujeto por cuyo supuesto homicidio se condenó al actor, declaratoria de falsedad del instrumento público que constituye la única prueba en la que se fundó la sentencia adversa, condena en contra de dos sujetos en procesos separados cuando resulta imposible que ambos hubiesen cometido el delito, etcétera. Evidentemente, este remedio excepcional no forma parte de los recursos ordinarios para combatir la sentencia penal definitiva. Tampoco forma parte de ellos la impugnación de la constitucionalidad de una ley.

30. En este punto debemos preguntarnos qué es lo que pudiera exigirse del recurso mencionado en el artículo 8.2 h) de la Convención, dentro del criterio de máxima protección de los derechos del individuo y, por lo tanto, conforme al principio de inocencia que le sigue acompañando mientras no se dicta sentencia firme, y del derecho de acceder a la justicia formal y material, que reclama la emisión de una sentencia “justa” (inclusive condenatoria, aunque con un contenido punitivo diferente del que pareció adecuado en primer término). ¿Se trata de una revisión limitada, que pudiera dejar fuera aspectos verdaderamente relevantes para establecer la responsabilidad penal del sujeto? ¿Basta con una revisión limitada, que aborde algunos aspectos de la sentencia adversa, dejando otros, necesariamente, en una zona inabordable y por lo mismo oscura, no obstante la posibilidad de que en éstos se hallen los motivos y las razones para acreditar la inocencia del inculpado?

31. La formulación de la pregunta en aquellos términos trae consigo, naturalmente, la respuesta. Se trata de proteger los derechos humanos del individuo, y entre ellos el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto, y no sólo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia. Por lo tanto, ese recurso ante juez o tribunal superior —que sería superior en grado, dentro del orden competencial de los tribunales— debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (atenuantes y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial).

32. Es evidente que esas necesidades no se satisfacen con un recurso de “espectro” reducido, y mucho menos —obviamente— cuando se prescinde totalmente de cualquier recurso, como algunas legislaciones prevén en el caso de delitos considerados de poca entidad, que dan lugar a procesos abreviados. Para la plena satisfacción de estos requerimientos, con inclusión de los beneficios de la defensa material del inculpado, que traiga consecuencias de mayor justicia por encima de restricciones técnicas que no son el mejor medio para alcanzarla, sería pertinente acoger y extender el sistema de suplencia de los agravios a cargo del tribunal de alzada. Los errores y las deficiencias de una defensa incompetente serían sorteados por el tribunal, en bien de la justicia.

33. Con respecto a la sentencia dictada en el *Caso Castillo Petruzzi*, un Juez de la Corte produjo un *Voto concurrente razonado* en el que se refirió a este asunto, *inter alia*, aunque lo hiciera a propósito de la inobservancia del recurso en la hipótesis de un juicio militar: “no se respetó el derecho de las víctimas a

una segunda instancia (porque los organismos que intervinieron en la revisión de la sentencia) no se desempeñaron como tribunales que reexaminaran la totalidad de los hechos de la causa, ponderaran el valor del acervo probatorio recaudaran las pruebas adicionales que fueran menester, produjeran, de nuevo, una calificación jurídica de los hechos en cuestión a la luz de las normas penales internas y fundamentaran argumentativamente es calificación” (*Voto concurrente del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, correspondientes a la Sentencia del Caso Castillo Petruzzi y otros, del 30 de mayo de 1999*).

34. En el presente caso se hizo uso del recurso de casación, único que contiene el sistema procesal del Estado, por cuanto fue suprimido el recurso de apelación, con el que se integra la segunda instancia. De ninguna manera pretende la Corte desconocer el papel que ha cumplido, en una extensa tradición procesal, y la eficacia que ha tenido y tiene el recurso de casación — no obstante tratarse, generalmente, de un medio impugnativo excesivamente complejo y no siempre accesible a la generalidad de los justiciables—, sino ha tomado en cuenta el ámbito de las cuestiones que, conforme al Derecho positivo, se hallan abarcadas por un régimen concreto de casación y están sujetas, por lo mismo, a la competencia material del tribunal superior. En la especie, la casación no posee el alcance que he descrito *supra, sub 30*, y al que se refirió la *Sentencia* de la Corte Interamericana para establecer el alcance del artículo 8.2 h) del Pacto de San José. **Es posible que en otras construcciones nacionales el recurso de casación —que también presenta diferentes desarrollos— abarque puntos que regularmente corresponden a una apelación, además de la revisión de legalidad inherente a aquél** [destacado agregado].

35. Desde luego, estoy consciente de que esto suscita problemas importantes. Existe una fuerte y acreditada tendencia, que se acoge, por ejemplo, en el excelente Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, compuesto por un selecto grupo de juristas, que opta por prescindir de la doble instancia tradicional y dejar subsistente sólo la casación, como medio de control superior de la sentencia. Esta opción se sustenta, entre otros argumentos, en el alto costo de la doble instancia y en la necesidad de preservar el principio de inmediación procesal, que no siempre impera en la apelación, bajo sus términos acostumbrados. Para retener los bienes que se asignan a la doble instancia seguida ante un juzgador monocrático, primero, y otro colegiado, después, cuyos integrantes pueden significar, colectivamente, una garantía adicional de sentencia justa, aquella opción contempla la integración plural del órgano de única instancia.

...

FIN DEL ANEXO