

C. 1757. XL. Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-.

S u p r e m a C o r t e:

-I-

El 7 de noviembre de 2003 el Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de esta ciudad condenó a Matías Eugenio Casal a la pena de 5 años de prisión y costas por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma (artículos 29, inciso 3, 45 y 166 inciso 2 Código Penal). El tribunal dispuso además que Casal recibiera tratamiento de rehabilitación por su adicción a las drogas.

La defensa de Casal interpuso recurso de casación que fue declarado inadmisibile por el Tribunal Oral N° 5. La Cámara Nacional de Casación Penal desestimó el recurso de queja, lo que impulsó a la defensa a interponer un recurso extraordinario que, a su vez, al ser declarado inadmisibile, motivó la presentación de esta queja.

-II-

En la sentencia de condena la mayoría del tribunal describió el hecho que consideró probado del siguiente modo: "El 10 de marzo de 2003, aproximadamente a las seis, en las inmediaciones del local bailable 'Metrópolis', sito en la avenida Santa Fe y su intersección con la calle Darragueyra, Matías Eugenio Casal y Gastón Pablo Borjas ascendieron al vehículo de alquiler [...] conducido por Hugo Marcelo Rutz. Le indicaron que los llevara hasta Cabildo y Correa y una vez allí, por ésta hasta Plaza. En esos momento el conductor decidió comunicar a la central el destino del viaje, oportunidad en la que Casal que se hallaba sentado detrás suyo lo tomó del cuello con ambos brazos y Borjas arrancó el micrófono y le apoyó un arma de fuego en la cintura. Ante la resistencia para liberar su cuello fue golpeado con el arma en la zona de la boca. Al llegar a Correa al 3500, los imputados lograron la detención del vehículo sacando las llaves de contacto. Obligaron a la víctima a bajarse y Casal lo golpeó con el arma de fuego en la cabeza cuando se resistió a que se llevaran sus documentos y los del automotor. A

bordo de éste finalmente huyeron con la referida documentación y poco más de \$ 150 que también sustrajeron. Aproximadamente a las 7.20 del mismo día, sobre la avenida General Paz, a la altura de la calle Víctor Hugo, personal policial vio la detención del vehículo en cuestión. Advirtió que dos sujetos descendían. La alarma sonaba y éstos no sólo no respondieron a sus llamados sino que comenzaron a huir. Finalmente, después de una corta persecución fueron detenidos los imputados secuestrándose todo lo sustraído, excepto el dinero".

En su alegato el fiscal acusó a Casal como coautor del delito de robo simple, pues consideró que no había prueba suficiente que permitiera afirmar, con la certeza que se requería en esa etapa procesal, que en la comisión del hecho hubiera sido utilizada un arma. Al respecto, señaló las imprecisiones y contradicciones que, a su juicio, presentaba la versión brindada por la víctima durante la audiencia, así como las contradicciones existentes entre ella y las declaraciones vertidas durante la instrucción, y mencionó diversas circunstancias, relacionadas con la mecánica de la lesión comprobada (ésta no fue cortante sino un "chichón" a pesar de lo que indica la experiencia cuando se usa un arma de metal con la violencia que indica la víctima; tampoco se acreditó lesión alguna en la boca), el tiempo transcurrido y el comportamiento en general de los imputados, las cuales, a su entender, lejos de avalar la hipótesis de la existencia de un arma conformaban un cuadro de indicios que contribuía a ponerla en duda (acta de debate a la que remite la sentencia).

A su turno, el defensor de Casal cuestionó también la existencia del arma con sustento en las declaraciones de los preventores (que no habrían visto a los imputados arrojar más que un bolso y no hallaron arma alguna a pesar de haber recorrido las inmediaciones), y en las contradicciones en que habría incurrido, a su entender, el damnificado en sus cuatro declaraciones. Pero también sostuvo que el robo había quedado tentado, pues el vehículo "estaba monitoreado satelitalmente y se podía hacer cesar su marcha", de modo que "el titular del rodado nunca perdió el dominio sobre él, sabía dónde estaba

y podía cortarle la electricidad". Por ello, a su juicio, si bien los imputados manejaron el automotor, "no pudieron disponer libremente del mismo" (acta del debate a la que remite la sentencia).

Los magistrados que conformaron la mayoría tuvieron por probados la existencia y el uso del arma. Al respecto, expresaron que: "La circunstancia de que dicha arma no fuera hallada no es indicativa de que no se usó. Había transcurrido una hora desde la comisión del hecho, aproximadamente, y tampoco se halló el dinero sustraído. Pero su búsqueda sí evidencia que la víctima aludió a su existencia, en manos de los imputados, al momento de denunciar el hecho. Los dichos del damnificado son coherentes en lo sustancial y no se advierten circunstancias que permitan dudar de su versión. Sobre el tema en cuestión fue firme desde la noticia criminal. Las escasas diferencias señaladas en la audiencia al testigo, respecto de sus manifestaciones anteriores bien pueden hallar explicación en la conmoción sufrida con motivo del hecho. Refirió que a raíz de éste no pudo trabajar por cinco días. Por ello, se califica la sustracción atribuida por el uso de arma".

En cuanto a la cuestión relativa a si el robo se había consumado o había quedado tentado, sostuvieron: "El hecho se consumó", pues "los imputados tuvieron casi una hora y media para disponer de lo sustraído y el dinero que portaba la víctima no fue hallado. Esta última circunstancia exime de contestar los argumentos de las defensas, en cuanto sostienen que quedó en grado de tentativa".

Por último, la vocal que votó en minoría destacó que las versiones brindadas por el damnificado en sus varias declaraciones ante la instrucción no coincidían con la declaración vertida durante la audiencia, y agregó que incluso este último relato exhibía también en sí mismo incongruencias. Describió luego puntualmente algunas de ellas y puso énfasis en la conmoción que debió haber sufrido el damnificado, pero consideró que la confusión de su discurso que, según expresó, la víctima atribuyó a ese estado, no podía ser interpretada en contra de los imputados. Razonó también a partir de la agresividad de Casal y su práctica de artes marciales (datos que dijo comprobados en la audiencia) la hipótesis de

que el "objeto duro" que causó el "chichón" en la cabeza hubiese sido una mano, "usada con firmeza, de canto, en un golpe seco", elemento que, sin embargo, no podría ser considerado arma impropia. Por último, invocando las reglas de la experiencia, mencionó varias circunstancias que, a su juicio, contribuían de manera significativa a generar la duda, a saber (i) que a pesar de tratarse supuestamente de un importante arma de fuego no haya sido utilizada en ningún momento para intimidar, que es el uso normal en los asaltos, (ii) que el arma haya sido usada para golpear, pero lo suficientemente despacio para que no quedaran huellas, y (iii) que la única lesión nada diga de la estructura metálica de la pistola, que en general deja señas más elocuentes.

Sobre la base de estas consideraciones, concluyó que si bien no había certeza acerca de que el arma no hubiera existido, tampoco la había respecto de su existencia, de modo que ante la duda debía calificarse el hecho como robo simple.

-III-

En lo central, a lo largo de su actividad recursiva, la defensa planteó dos agravios. El primero de ellos consistió en sostener que la prueba producida durante el debate no sería suficiente para acreditar -como lo había sostenido el tribunal de juicio- que en la realización del robo Casal y su coautor se valieron de un arma, por lo que el tipo agravado del artículo 166, inciso 2, de la ley sustantiva había sido mal aplicado. El segundo agravio consiste en la discrepancia de la defensa con la calificación del hecho como robo consumado. En relación con este último, sostuvo que se había logrado probar, durante el juicio, que el titular del rodado nunca había perdido dominio sobre él, ya que gracias a un sistema de control satelital siempre se pudo saber dónde se encontraba el vehículo e incluso habría sido posible cortarle la corriente, lo que había ocurrido.

-IV-

En la decisión por la que se desestima la queja -y con la cual, por lo tanto, queda formalmente cerrada la vía de la casación- el a quo, luego de

resumir los agravios, les dio un único tratamiento. En el considerando tercero de esa decisión del 12 de marzo de 2004 se lee: "Que el recurso de hecho intentado no puede prosperar, por cuanto el modo en que los impugnantes han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal a quo valoró la prueba producida y estructuró la plataforma fáctica dando por consumado el delito con la existencia de un arma (cfr. los argumentos vertidos a fs. 367 vta./368), atribución que le es propia y que resulta ajena -salvo supuestos de arbitrariedad o absurdo notorio que no se verifican en la especie- al control casatorio". Un poco más adelante, esa idea fue complementada con la siguiente oración: "En este orden de ideas, corresponde apuntar que resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional, salvo casos de arbitrariedad o absurdo notorio que no se dan en autos".

-V-

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

A ello agregó que lo resuelto significaba asimismo una lesión al principio in dubio pro reo (mencionado ahora expresamente en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función de lo establecido por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional) pues si al tribunal de casación le era posible advertir -mediante la lectura de los argumen-

tos del recurrente, de la sentencia y de otras piezas documentales- que el tribunal de juicio había infringido esa regla, aunque no pudiera dictar otra sentencia por respeto al principio de inmediación, sí debía disponer la anulación de la condena.

Por último, expresó que este modo de proceder era el único que permitiría que el recurso de casación pudiera dar cabal satisfacción al derecho a recurrir la sentencia condenatoria (artículos 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), pues la garantía exige, para ser tal, que el tribunal de casación pueda controlar si el fallo condenatorio se basó en un cuadro probatorio idóneo como para sustentar la convicción judicial sobre la participación culpable del condenado en el hecho delictivo que se le atribuye, destruyendo así el principio de inocencia que asistía a éste por imperio de la normativa aludida supranacional, también de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional).

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

-VI-

Ante todo, debo señalar que si bien la revisión de pronunciamientos que resuelven la procedencia del recurso de casación resulta, por regla, ajena a esta instancia extraordinaria, V.E. ha hecho excepción a ese principio, en salvaguarda de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, cuando se frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea suficiente (Fallos: 321:1385, 3695; 322:1526) tal como, a mi modo de ver, sucede en el presente caso.

En tal sentido, creo oportuno recordar

que, según tiene dicho V.E., la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional) esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (Fallos: 318:514; 319:1840; 321:3555).

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al evaluar normas procesales sustancialmente análogas a las del Código Procesal Penal de la Nación, en el informe n° 24/92 ("Costa Rica", casos 9328, 9329, 9742, 9884, 10131, 10.193, 10.230, 10.429, 10.469, del 2 de octubre de 1992) expresó 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, constituye en principio un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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 (parágrafo 30).

También manifestó, en oportunidad posterior, que ese derecho implica el control de la corrección del fallo tanto material como formal, con la finalidad de remediar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación de normas que determinen la parte resolutive de la sentencia, y de revisar la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas (Informe n° 55/97, "Argentina", caso 11.137, Juan Car-

los Abella, del 18 de noviembre de 1997, en especial parágrafos 261 y 262).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por sentencia de 2 de julio de 2004, en el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", indicó que el recurso que contempla el artículo 8.2.h de la citada convención, sea cual fuere su denominación, debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida, de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior (parágrafos 165 y 167) entre ellas, de la pena impuesta (parágrafo 166).

Se sigue de lo expuesto la necesidad de asegurar una instancia de control, cuyo acceso puede ser objeto de regulación mientras las restricciones o requisitos no infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo (sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", parágrafo 161), destinada a lograr la revisión integral de una resolución jurisdiccional, que comprenda el examen de las cuestiones planteadas por la parte y que hayan sido determinantes para la decisión del caso, a fin de remediar eventuales errores en la aplicación de las normas que rigen su correcta solución, entre las que se encuentran las disposiciones que regulan la valoración de las pruebas ya producidas y demás hechos establecidos como ciertos en la sentencia.

En el caso puede advertirse, a partir de las expresiones empleadas en el recurso, que la defensa impugnó la interpretación y aplicación del derecho común que hizo el tribunal de juicio, específicamente, del artículo 166, inciso 2, del Código Penal, y sostuvo que esa errónea aplicación de la ley de fondo al caso fue producto de la apreciación arbitraria y contraria a la regla in dubio pro reo de la prueba.

En tales condiciones, pienso que la resolución del a quo por la que se negó el acceso a la instancia casatoria importa una restricción indebida de esa vía recursiva, en la medida que no cumple con las reglas establecidas en los precedentes antes citados a fin de asegurar la vigencia del derecho a obtener una revisión amplia de la condena por parte de un juez o tribunal distinto y de superior jerar-

quía orgánica. Las razones que sustentan esta conclusión serán desarrolladas en detalle en los acápi-tes siguientes.

-VII-

El repaso de los orígenes históricos del recurso de casación es importante aquí no en sí mismo, como podría serlo para un historiador, sino únicamente para entender las consecuencias que esos orígenes han dejado en la configuración actual del recurso. Dicho de otra manera: los efectos y límites del recurso, tal cual como se encuentran regulados hoy, dependen de una evolución y, en este caso, el estudio histórico -que, se enfatiza, se hará de manera condensada- demostrará que la evolución de las razones que llevaron a la forma actual del recurso no pueden seguir siendo tenidas en cuenta para mantener los alcances otorgados al mismo. Se trata, por lo tanto, de un recurso que fue configurado en su momento para cumplir una función específica, perseguida conscientemente, pero que ya no puede ser justificada. Lo extraño del caso es que si bien las razones perseguidas han sido abandonadas -y deben serlo- por un Estado de derecho, el recurso de casación sigue siendo modelado actualmente por esos antecedentes, pues pareciera que existe una inexplicable inercia.

Como se sabe, y aquí no pretende decirse nada nuevo, el recurso de casación es una invención netamente francesa. El estudio de las formas que el recurso adquirió en Francia, servirá para explicar por qué es un recurso limitado. Es, en definitiva, esta limitación la que hoy en día está siendo criticada, con base en el derecho del condenado a la revisión amplia de la sentencia, por la Corte Interamericana en la sentencia "Herrera Ulloa" y, anteriormente, ya por el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U. en los casos "Sineiro Fernández c. España", dictamen de 7 de agosto de 2003, párrafos 7 y 8, y "Gómez Vásquez c. España", dictamen de 20 de julio de 2000, párrafo 11.1).

En principio, la función de la casación francesa consistía exclusivamente en la defensa del ius constitutionis (Nieva Fenoll, Jordi, El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Co-

munidades Europeas, Bosch, Barcelona, 1998, ps. 20 y ss.). La casación nunca había sido pensada como un recurso para la defensa de los derechos de las partes (op. cit., p. 21; también Pastor, La nueva imagen de la casación penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 26); pues su misión era controlar a los jueces, impedir que estos pronunciaran sentencias contrarias al texto de la ley. Se trataba, si se quiere, en parte, y aunque esa pretensión fuera vana, de un mecanismo de control de la división de poderes, o al menos de proteger al poder legislativo del poder judicial: los jueces no deben desvirtuar lo establecido por la ley (cf. De la Rúa, La casación penal, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 13 y s.).

Si tenía forma de recurso, ello era sólo por razones de eficacia. En efecto, si bien se trataba más bien de un método de censura a funcionarios desobedientes (cf. Pastor, op. cit., p. 27), el hecho de que el mecanismo funcionara como un recurso facilitaba tener una red informal de denunciantes de los desvíos de los jueces respecto de la ley.

Es claro también que los fines del recurso de casación en el antiguo régimen y en la época posterior a la revolución eran diferentes, pues en el antiguo régimen el propósito era conservar la potestad del rey, mientras que en el nuevo la supremacía de la asamblea legislativa. Sin embargo, estas dos variantes tuvieron un mismo denominador común y un mismo efecto en lo relativo a los límites del recurso: las divergencias de los jueces en la determinación de las cuestiones de hecho no desafían la autoridad del soberano.

Estos orígenes y funciones del recurso de casación hacen fácilmente deducible el motivo de la limitación tajante del recurso a cuestiones de derecho. La función era proteger la autoridad de quienes habían dictado las leyes y la de quienes tenían la función judicial suprema de establecer la interpretación legal única. Así, en este esquema, las decisiones sobre hechos tomadas por los tribunales inferiores no podían, en ningún caso, conmovir esa autoridad. De allí que no existiera ningún interés en realizar esfuerzos por controlar lo que los tribunales de mérito decidían acerca de ellos. Quedaba cla-

ro que los tribunales siempre podrían manipular los hechos para llegar a la decisión que quisieran, pero en tanto esa fuera la vía elegida la sentencia no comunicaba una oposición a un criterio del emisor de las leyes o una contumacia directa respecto de él. Esa falta de interés, sumado al hecho de que el recurso no protegía el interés de las partes, demarcaron ese límite de la casación.

La exclusión del tratamiento de las cuestiones de hecho respondía entonces a una racionalidad clara. Cualquiera fuera la decisión sobre estos por parte del tribunal de mérito, no podía poner en crisis la autoridad de la ley, y esto abarcaba tanto la valoración de la prueba, en sí misma, como también las reglas de valoración que el juez utilizara para llegar a una conclusión determinada a ese respecto (leyes científicas, reglas del pensamiento, reglas de la experiencia). A modo de ejemplo, si el tribunal afirma que la aplicación de una determinada sustancia ha sido la causa de la muerte de la víctima y, según la ciencia, esa conclusión no es correcta, en todo caso la decisión, vista desde esta perspectiva, desafía a la comunidad científica, más no a la autoridad de quien ha decidido prohibir el homicidio. Por lo tanto, la irrevisabilidad de las cuestiones de hecho comprende, desde el punto de vista de las funciones históricas del recurso de casación, no sólo el ámbito libre de la valoración de la prueba, sino también la violación de cualquier regla que estuviera en el camino para arribar a enunciados sobre los hechos.

Posteriormente, al recurso de casación le fue atribuida, como parte de la función nomofiláctica, la misión de unificar la jurisprudencia, y así quedó definido el contenido de la función política (extraprocesal) del recurso de casación: asegurar la vigencia uniforme del derecho objetivo. Por último, junto a la protección de las reglas materiales, el legislador francés colocó en pie de igualdad las formas por él impuestas para el juicio, y la casación fue extendida también a los vicia in procedendo. Esta equiparación, sin embargo, no fue completa pues quedó limitada a la revisión solamente de algunas lesiones a la ley procesal, a saber, la violación de las reglas impuestas por el soberano bajo

pena de nulidad o los vicios cometidos siguiendo formas procesales que el monarca hubiese específicamente prohibido con una norma general (cf. Calamandrei, Piero, *La Casación Civil*, tomo I, volumen 1, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 322; De la Rúa, Fernando, *op. cit.*, p. 10).

Esta es la configuración con la que el modelo de casación francés, con matices, se expandió durante el siglo XIX por el continente europeo (España, Alemania, Italia, Bélgica, etc.), y es también la configuración que presentaba todavía en el período de entreguerras. Con esta estructura, a través de su recepción en los códigos italianos de 1913 y 1930, llegó a nuestro país a partir de 1940 con la sanción del Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Este diseño del recurso de casación pasó década tras década a distintas provincias, hasta que en 1992 se lo estableció en el código nacional actualmente vigente.

-VIII-

Ahora bien, la conciencia creciente, existente desde comienzos del siglo XX, sobre la necesidad de que los recursos estén dirigidos a salvaguardar el derecho de las partes, que coexistía con la supervivencia de textos legales que limitaban el recurso a cuestiones de derecho, culminó con la creación de estrategias para abrir la casación a cuestiones de hecho ante el reconocimiento de que para los justiciables era tan grave, si no más, una condena dictada por un error de hecho que una fundada en un error jurídico. En efecto, existe desde antiguo la conciencia de que en el recurso de casación hay una tensión, provocada por la antinomia de los fines del recurso, consistentes en promover el aseguramiento de la unidad del derecho y proveer la solución justa para el caso concreto (cf. al respecto Dahs/Dahs, *Die Revision im Strafprozeß*, Múnich, 1993, p. 3).

La necesidad de compatibilizar esos fines hoy innegables (justicia del caso particular) con los límites de derecho positivo impuestos en la época en que dominaban los fines históricos de la casación, ha provocado que la jurisprudencia extranjera haya buscado la forma de ampliar las posibilidades

de revisión a pesar de la falta de cambios legislativos. Para ello, la jurisprudencia -y la doctrina que la ha apoyado- ha ido desarrollando distintas estrategias, proceso que se ha dado también en nuestro derecho (cf. p. ej. Fallos: 324:4123 y 325:1845).

Es sabido que la estrategia más utilizada ha consistido en utilizar las reglas que imponen el deber de fundamentar la sentencia, como vehículo para introducir como material revisable las reglas lógicas empleadas en la motivación de la sentencia, incluido el juicio probatorio, que quedó así sometido a un control de logicidad (cf. Bacigalupo, *La impugnación de los hechos probados en la casación penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1994). Visto desde la preeminencia de una concepción que privilegia el fin político de la casación, ello significó considerar que no sólo se alza contra la autoridad de la ley quien pone en duda que está prohibido matar, sino también quien no respeta los requisitos legales de la acusación. El mismo déficit normativo ostenta quien viola una regla de la experiencia o de la ciencia en la valoración de una prueba. Este último, al poner en duda no los hechos en sí o, mejor dicho, al poner en duda no las proposiciones sobre los hechos, sino el método de conocimiento de los hechos impuesto por el legislador.

En Alemania, una vez consolidada la opinión de que la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho era lógicamente imposible, y que por ello esa delimitación debía practicarse según puntos de vista teleológicos, fue posible ampliar la casación a cuestiones que antes habían quedado fuera de su alcance (cf. Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, ps. 471 y ss.; Krause, Dietmar, *Die Revisión im Strafrechtsverfahren*, 4. ed., Heymanns, 1995, núm. 8, p. 7). Por esta vía fueron consideradas revisables las leyes del pensamiento o de la experiencia, en tanto su aplicación hubiera contribuido para llegar a conclusiones sobre cuestiones de hecho. También las sentencias que omiten considerar otras explicaciones posibles a la elegida, cuya fundamentación sobre la prueba no es completa, padece de huecos o no es clara (cf. Frisch, Wolfgang, *Die er-*

weiterer Revision, en *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser*, München, 2005, ps. 257 y ss., ps. 262 y ss., y la jurisprudencia uniforme del Tribunal Federal Alemán).

Como se ha dicho, entre nosotros, lo mismo que en España y en Italia, la evolución no ha discurrecido tanto por el cuestionamiento a la posibilidad de distinguir entre vicios de hecho y vicios de derecho, como por la inclusión de las cuestiones de hecho y prueba en el ámbito de lo revisable a través del control de la motivación de la sentencia (cf. Bacigalupo, op. cit.; Iacoviello, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffré, Milán, 1997, ps. 261 y ss.).

Ahora bien, la discusión acerca de la posibilidad de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho no está cerrada. Pero aun cuando la distinción fuera posible, esto es, aun cuando fuera posible ensayar diversos criterios que permitan separar con cierta nitidez ambas cuestiones, lo cierto es que no es posible negar que la experiencia y la literatura han demostrado que es muy razonable poner en duda la posibilidad de llevar a cabo tal separación, al menos de un modo quirúrgicamente preciso (cf., por todos, Neumann, Ulfrid, *La delimitación entre cuestión de hecho y cuestión de derecho y el problema de las pruebas oculares por parte de los tribunales de casación*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Casación*, N° 2, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 183 y ss.;). Y si se toma en cuenta que de tal separación depende que una sentencia de condena vaya a quedar firme, a pesar de ser errónea, sólo porque el error encontrado es calificado como irrevisable de acuerdo con una delimitación que depende de criterios discutibles, dudosos y cambiantes, parece claro que la diferencia entre hecho y derecho debe ser dejada de lado, para decidir si una condena es o no recurrible.

-IX-

Llevo dicho que la estructura jurídica y las funciones judiciales del recurso de casación permanecen vinculadas a la concepción que del recurso se tenía en el período de entreguerras del cual procede. Se trataba más de un remedio para el con-

trol orgánico y funcional de los jueces, que de permitir la revisión y eliminación de los errores de las sentencias que perjudican a las partes (justicia del caso individual). Esto era compatible con la idea vigente en la época según la cual la doble instancia no constituía una garantía constitucional (cf. Fallos: 311:274). Si ello era así, el recurso de casación podía tener cualquier misión, cualquier contenido y, sobre todo, cualquier límite.

Esta situación se vio conmovida por dos razones. Por un lado, ya se vio que la función de lograr una aplicación uniforme del derecho objetivo, fue considerada con razón, más una quimera que una realidad alcanzable. Ello es así porque (i) no toda desviación es recurrida, (ii) muchas veces no lo es correctamente, de modo que los vicios formales del recurso impiden al tribunal de casación corregir las desviaciones, (iii) una distinción quirúrgica entre cuestión de hecho y de derecho es impracticable, y (iv) es imposible evitar contradicciones en los propios tribunales superiores locales (más aun cuando el modelo de la casación se traspola a una nación que, como la nuestra, ha adoptado la forma federal de estado).

Por otro lado, en el último medio siglo ha habido una clara e innegable evolución en la valoración del significado de la impugnación de la sentencia condenatoria. A través de una interpretación más amplia del derecho de defensa en juicio se entendió que ante la amenaza del error judicial, la revisión de la condena, al menos en una segunda instancia, constituía una manifestación de ese derecho, en el sentido de derecho a defenderse una vez más, después de la defensa en primera instancia y antes de que la resolución pase en autoridad de cosa juzgada (cf. Maier, Derecho Procesal Penal, tomo I, Editores del Puerto, 2° ed., Buenos Aires, 1999, ps. 705 y ss.; asimismo, Fallos: 318:514). Esto es precisamente lo que reconocen los tratados internacionales de derechos humanos posteriores a la Segunda Guerra Mundial que expresamente establecen el derecho del condenado a recurrir la sentencia. Me refiero al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.5) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2.h) y a la interpretación de

esta última por parte de los órganos de aplicación del sistema interamericano de protección de derechos humanos, ya mencionados -acápite VI-).

-X-

La suma de estos dos factores ha puesto en crisis la interpretación tradicional de los alcances del recurso de casación del condenado contra la sentencia. El fin político de la casación no sólo debe ser visto como irrealizable, tanto por la imposibilidad de separar con rigor hecho y derecho, como por las razones ya tratadas que también evidencian que la pretensión de unificar la jurisprudencia es un mito. Además, debe ser visto como un interés que tiene que ser subordinado frente al derecho del imputado a ser condenado, únicamente si el orden jurídico le ha proporcionado todas las oportunidades razonables de evitar una condena incorrecta (justicia del caso concreto).

Por ello, los puntos de partida de principio que actualmente rigen la configuración del recurso del condenado contra la sentencia establecen: (i) que las resoluciones judiciales, como todas las decisiones humanas, y especialmente las que se toman desde el poder público, son susceptibles de todo tipo de equivocaciones; (ii) que el error judicial que conduce a una condena penal, cualquiera que sea la naturaleza de ese error, es de mínima tolerancia en razón de las graves consecuencias que conlleva; y (iii) que el imputado sólo puede ser condenado, en todo caso, después de que la decisión haya superado unos rigurosos controles de calidad, entre los que se cuenta especialmente la facultad del condenado de impugnar ampliamente la sentencia como parte de su derecho de defensa en juicio (derecho a defenderse una vez más [cf. Pastor, *La nueva imagen*, p. 131; Maier, *op. cit.*, ps. 713 y ss.]).

-XI-

Esto significa que los alcances de lo revisable en general en casación, es decir, de lo dispuesto por el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, debe ser compatible con el derecho fundamental del condenado a una revisión realista y eficaz de su sentencia. Desaparecidos los fines

políticos del recurso y debiendo asignársele ahora un espectro más amplio, no hay ninguna razón jurídica para no atribuir al recurso de casación la función de permitir al imputado que, a través de ese medio de impugnación, denuncie todos los errores que considere existentes en la sentencia condenatoria con independencia de su naturaleza. En otras palabras, que el agravio del condenado pueda ser considerado una cuestión de hecho y prueba no puede servir ya más de excusa para negar su derecho al examen de los posibles errores del fallo por él denunciados. Frente al derecho del condenado a serlo definitivamente sólo si la sentencia ha superado los controles de calidad en cuestión, no es posible sostener el principio usual de los tribunales de casación según el cual los aspectos de la sentencia que se refieran a la determinación de los hechos y a las cuestiones probatorias son decisiones discrecionales reservadas al tribunal de mérito salvo el supuesto de arbitrariedad manifiesta. En cambio, según la visión actual del recurso contra la condena, las equivocaciones de la sentencia no pueden quedar sin fiscalización por su falta de gravedad como arbitrariedad o por la supuesta existencia de poderes exclusivos del juez del primer grado. Satisfecha la segunda instancia podrá el orden jurídico establecer límites a la revisión ulterior de las resoluciones judiciales, escogiendo, p. ej., conceder esa impugnación sólo ante motivos especiales (cuestión federal, precedentes contradictorios, etc.), pero el primer recurso contra la sentencia de condena no puede contener tales limitaciones al objeto de lo impugnado.

De este modo, tal como ya sucede en otros países cuyo derecho procesal penal es igual al nuestro, se impone la llamada teoría de la potencialidad o capacidad de rendimiento ([Leistungsfähigkeit]; cf. Sarstedt/Hamm, *Die Revision in Strafsachen*, 6ª. ed., de Gruyter, Berlín, 1998, núm. 275, p. 126; Krause, loc. cit.; Pastor, op. cit., ps. 72 y ss.; Bacigalupo, op. cit., p. 33; Roxin, loc. cit.). Según esta teoría el tribunal de casación tiene competencia (poder en potencia) para revisar y eliminar de la sentencia condenatoria todos aquellos errores cuya comprobación no dependa de la intermediación propia del juicio oral. Así pues, la catalogación de un

vicio, con razón o sin ella, como fáctico o jurídico ya no deberá separar lo recurrible de lo irrecurrible, sino que, antes bien, todo error será materia de recurso, salvo lo percibido única y directamente por los jueces de mérito en el juicio oral (así, el contenido y la apreciación de lo declarado en el debate), pero sólo en tanto ese contenido o su fiabilidad no se pueda establecer también por otros medios no alcanzados por la inmediación.

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

-XII-

En punto a la nueva amplitud del recurso se debe modificar, en particular, el campo de las exigencias formales de admisibilidad. Como se ha dicho al respecto, "el recurso del condenado contra la sentencia de primera instancia debe permitirle con toda sencillez presentar las críticas concretas y razonadas en las que basa su queja acerca de la imperfección de la sentencia sin cortapisas solemnes" (Pastor, Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Casación, N° 4, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 267; cf., asimismo, Maier, op. cit., ps. 727 y ss., 737. En idéntica dirección ya Fallos: 321:494 [voto de los jueces Fayt y Petracchi] y 323:125 [disidencias de los jueces Petracchi y Bossert]).

En tanto el recurso era considerado limitado resultaba tolerable rodear su admisibilidad de un sinnúmero de rigurosos presupuestos. Pero estas exigencias también deben ser dejadas de lado ahora, para satisfacer el derecho del condenado a un recurso más amplio. Así como la distinción entre cuestión de hecho y cuestión de derecho ya no será oponible a la admisibilidad de la impugnación contra la sentencia condenatoria, tampoco lo será la distinción entre motivos materiales y motivos procesales, que se

funda en la anterior. En efecto, aceptado que era posible limitar el recurso a las cuestiones de derecho, nada impedía establecer una limitación ulterior, efectuando, como se hizo hasta ahora, una distinción dentro de las propias cuestiones de derecho, condicionando la admisibilidad y la eficacia del recurso de su correcto planteamiento. Esas diferencias significan que: 1) el recurrente es obligado a distinguir también entre ambas y a especificar la naturaleza del vicio jurídico que plantea (artículo 463 el Código Procesal Penal de la Nación); y 2) no son admitidas a revisión en casación todas las lesiones de la ley formal, es decir, tampoco todos los errores jurídicos de la sentencia condenatoria dan motivo al recurso (artículo 456, inciso 2, del Código Procesal Penal de la Nación).

En realidad, si algo quiere significar que el condenado tiene derecho a un recurso amplio contra la sentencia, ello reside en la eliminación de esas exigencias formales. Debe bastar con que el condenado indique, sin más, los motivos plausibles de su agravio, sin necesidad de catalogar su naturaleza fáctica o jurídica y, en este último caso, su carácter sustantivo o procesal. El tribunal de casación debe fiscalizar la sentencia en cuanto a dichos agravios, aunque se refieran a cuestiones de hecho y prueba, en cuyo caso además del examen tradicional de la exacta aplicación de las disposiciones legales en juego, especialmente las reglas sobre validez de las pruebas y las que rigen su valoración racional (sana crítica), debe revalorizar las pruebas de la anterior instancia que no dependan de la inmediatez, pues en este caso los jueces de ambas instancias están par conditio (cf. Pastor, Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia, cit., p. 265).

Para habilitar la instancia de casación basta entonces con la presentación plausible de todo agravio que razonablemente pueda constituir un error de la decisión que, de ser cierto, debe conducir a la eliminación total o parcial de la resolución. En la fiscalización de tales vicios el tribunal de casación, en lugar de cerrar su competencia alegando defectos formales, debe facilitar la revisión en razón de la ya señalada gravedad de las consecuen-

cias. Así, el tribunal debe aplicar el principio *iura novit curia*, hasta hoy inaplicable en gran medida en casación, y no debe exigir del recurrente ningún tipo de carga adicional a la de presentar sus agravios en tiempo, forma y modo comprensible. Especialmente no debe requerir (i) la firma obligatoria de letrado, exigencia propia del carácter técnico y restringido tradicional del recurso, (ii) que el recurso se baste a sí mismo, (iii) que tenga una exhaustiva fundamentación autónoma, (iv) ni la expresión separada de cada motivo de agravio. Estas son exigencias propias de un recurso extraordinario que no pueden ser hechas valer ante el recurso del condenado contra la sentencia, que en tanto que no se dirige contra la cosa juzgada, sino que, antes bien, trata de evitar que ella aparezca, es ordinario por definición (De la Rúa, Fernando, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, Zavallía, Buenos Aires, 1968, p. 56).

-XIII-

El recurso de casación debe ser amplificado en sus motivos para permitir al condenado un ejercicio realista de su derecho a la revisión de la sentencia, entendido como derecho al control y a la eventual eliminación de la resolución judicial que lo condena. En ello, la competencia revisora no puede sustraerse a la fiscalización de ciertos errores ni imponer, para llevarla a cabo, exigencias formales que impidan cumplir con la tarea del recurso. Queda claro que no se trata de derogar el recurso de casación e instaurar una apelación incompatible con el sistema oral y público de juicio penal que establece la Constitución Nacional, sino de adaptarlo para que pueda cumplir con las exigencias estrictas del derecho del condenado a impugnar ampliamente los errores de todo tipo de la sentencia (cf. Maier, *op. cit.*, p. 721; Pastor, *Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia*, *cit.*, p. 268). Hasta que el legislador proceda a una nueva regulación del instituto, la Corte debe proceder a sentar unos lineamientos, como los aquí esbozados, para llevar a cabo la necesaria reforma del recurso de casación, exigida por la Constitución Nacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, otorgando

un recurso más amplio al condenado sin destruir los fundamentos del juicio oral y público. La condena de una persona, en razón de la gravedad de sus consecuencias, exige tomar una serie de precauciones jurídicas para evitar sentencias injustas. Se debe establecer un esfuerzo compartido entre el tribunal de mérito y el tribunal de casación, para impedir que esos errores aparezcan o queden sin ser corregidos. De allí que así como el juicio permite al imputado un ejercicio amplísimo de sus facultades defensivas, también la instancia de casación debe generar una revisión de lo decidido tan amplia como sea posible, en cuanto a los motivos de agravio del condenado.

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

-XIV-

En esta causa el condenado ha introducido dos motivos de disconformidad con lo resuelto. Se ha quejado de la aplicación incorrecta de una circunstancia agravante (el uso de un arma) y de que el hecho fuera considerado erróneamente consumado, en tanto que en realidad -siempre según la defensa- sólo estaba tentado. Presentó ambos motivos como lesión de la ley sustantiva según la estructura tradicional del recurso de casación (cf., supra, acápite II y III).

Más allá del acierto o no de esta presentación de los agravios del recurrente dos asuntos están claros en el legajo: (i) el condenado planteó dos quejas específicas contra el fallo: no utilizó en el hecho un arma y las pruebas vertidas en el proceso no alcanzan para tener ese hecho como indubitadamente probado; y el hecho no puede considerarse consumado en tanto el vehículo sustraído contaba con un sistema eléctrico de detención de la fuerza motriz, que impidió una apropiación completa de la cosa con poder de disposición; (ii) su recurso fue declarado inadmisibile, es decir, la fiscalización del acierto de la sentencia en esos puntos le

fue directamente negada, porque "la fundamentación resulta insuficiente", "ello excede la vía extraordinaria intentada, que está limitada exclusivamente para cuestiones de derecho y no de hecho y prueba, ni su valoración, reservadas al tribunal de mérito", "el impugnante se limitó a reproducir el planteo realizado en los alegatos, que el tribunal analizó en la sentencia", "no rebatió los argumentos expuestos en dicho pronunciamiento, ni introdujo ninguna otra cuestión que no fuera ya tratada", "se trata de una reproducción de lo expuesto, respecto de los cual el tribunal ya se pronunció", "la defensa tampoco señaló el error en la aplicación del derecho" (de la resolución del tribunal de juicio que declaró inadmisibile el recurso de casación del imputado con fecha 5 de febrero de 2004). La Cámara Nacional de Casación Penal, al tratar la queja presentada por el condenado contra la denegatoria mencionada precedentemente, con fecha 12 de marzo de 2004, sostuvo que "el recurso intentado no puede prosperar, por cuanto el modo en que los impugnantes han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal a quo valoró la prueba producida y estructuró la plataforma fáctica [...] atribución que le es propia y que resulta ajena -salvo supuestos de arbitrariedad o absurdo notorio que no se verifican en la especie- al control casatorio" (cf., supra, acápite IV).

Todas estas razones, utilizadas para declarar inadmisibile la impugnación intentada, son completamente incompatibles con la idea de un recurso amplio contra una sentencia de condena, que signifique conceder al imputado la oportunidad de defenderse una vez más, que es el alcance que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos conceden al derecho del condenado a recurrir el fallo ante un tribunal superior.

En este caso concreto no interesa tanto, por ello, si el condenado al impugnar la sentencia ha centrado su crítica en aspectos fácticos o jurídicos del fallo, ni si ha calificado como sustantivos sus motivos de agravio (la errónea aplicación de una figura agravada y de las reglas sobre la consumación de los delitos contra la propiedad) ni tampoco el hecho de que esos agravios podían también

haber sido presentados, quizás más eficazmente, como vicios in procedendo, en tanto que pueden implicar de modo hipotético la inobservancia de normas procesales, especialmente las referidas a la logicidad del razonamiento utilizado en la sentencia. Lo decisivo es que el recurrente ha expresado con claridad las razones en que funda su disconformidad con lo decidido y, ante ello, el acierto o no de la sentencia condenatoria debe ser evaluado obligatoriamente por el tribunal de casación mediante el esfuerzo máximo posible (teoría de la potencialidad o capacidad de rendimiento) para fiscalizar la sentencia, en relación a los agravios introducidos, del modo más extenso y amplio que esté a su alcance.

-XV-

En conclusión, y tal como adelanté en el acápite VI de este dictamen, el a quo ha prescindido del alcance que, a partir de las cláusulas convencionales citadas según las condiciones de su vigencia actual, ha adquirido la garantía de la defensa en juicio. Por ello, ha asignado al artículo 456 del código procesal una interpretación por demás restrictiva que la torna inconstitucional (cf. Fallos: 186:353; 229:368 y 599; 305:945 y 313:209).

En consecuencia, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la resolución impugnada para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte otra con arreglo a la doctrina aquí expuesta.

Buenos Aires, 9 de agosto de 2005.

ES COPIA

ESTEBAN RIGHI

Buenos Aires, 20 de septiembre de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa

Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681–", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de la Capital Federal condenó, por mayoría, a Matías Eugenio Casal a la pena de cinco años de prisión, con costas, como coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas (arts. 29 inc. 3°, 45 y 166, inc. 2° del Código Penal), a raíz de lo cual la defensa del nombrado dedujo recurso de casación, invocando la causal prevista en el art. 456, inc. 1° del Código Procesal Penal de la Nación. El rechazo del recurso interpuesto provocó la presentación de la queja ante la Cámara Nacional de Casación Penal, la que corriera igual suerte.

Contra dicha resolución se dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja.

2°) Que de las constancias de la causa surge que el Tribunal Oral tuvo por acreditado, que el 10 de marzo de 2003, aproximadamente a las seis horas, en cercanía del local bailable "Metrópolis", sito en Av. Santa Fe y su intersección con la calle Darragueyra, ascendieron a un vehículo de alquiler, Matías Eugenio Casal y Gastón Pablo Borjas, indicándole al conductor que los trasladara hasta la Av. Cabildo y Correa y una vez allí, derecho hasta la calle Plaza. En momentos en que el conductor decide comunicar el destino de su viaje a la central, Casal que se encontraba sentado detrás lo tomó del cuello con ambos brazos y Borjas arrancó el micrófono y le apoyó un arma de fuego en la cintura. Ante su resistencia, recibió un golpe en la boca. Al llegar a la calle Correa al 3500, los imputados lograron la detención del automóvil, retirando las llaves del contacto. Obligaron al conductor a bajar y Casal lo golpeó con el arma en la cabeza porque se resistió a que se llevaran los documentos propios y del automotor. Finalmente, huyeron en el vehículo con la documentación y poco más de \$ 150 que también le sustrajeron.

3°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar la queja del impug-

nante, expresó que la presentación recursiva, más allá de la forma en que fuera planteada, tenía por objeto la modificación de la calificación atribuida al delito, lo que tornaba improcedente la viabilidad del recurso de queja, "...por cuanto del modo en que los impugnantes han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal a quo valoró la prueba producida y estructuró la plataforma fáctica...atribución que le es propia y que resulta ajena..." a la revisión casatoria.

Asimismo agregó que "...corresponde apuntar que resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional...".

4°) Que en la presentación federal el recurrente manifestó, que el representante del Ministerio Público calificó los hechos probados "como constitutivos de robo simple consumado, que les atribuyó a los imputados en calidad de coautores...", criterio compartido por la doctora Fátima Ruiz Lopez, vocal del tribunal y argumento fundante del agravio. Que tal decisión se basa en el hecho de no haberse encontrado el arma que agrava la calificación, así como en la falta de certeza del informe de la médica legista en relación con el objeto contundente que produjo la lesión en la cabeza de Ruiz.

Asimismo agrega que la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar el recurso de queja interpuesto, convalidó una sentencia que, a su juicio, resulta arbitraria, vulnerando su derecho de defensa, así como su derecho a la revisión de un fallo condenatorio ante un tribunal superior, previsto en la normativa internacional, incorporada a nuestra Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (arts. 8.2.h, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 75, inc. 22, Constitución Nacional).

5°) Que el recurso extraordinario inter-

puesto resulta formalmente procedente, ya que la sentencia impugnada reviste carácter de definitiva y pone fin al pleito. Que proviene del tribunal superior de la causa, porque se impugna el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal y suscita cuestión federal suficiente, toda vez que se debate el alcance otorgado al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrada por el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forman parte de la Constitución Nacional, a partir de su inclusión en el art. 75, inc. 22.

En virtud de lo antedicho, y hallándose cuestionado el alcance de una garantía de jerarquía de derecho internacional, el tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, puesto que la omisión en su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional. Finalmente, existe relación directa e inmediata entre las normas internacionales invocadas y el pronunciamiento impugnado, y la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

6°) Que, a los efectos de determinar el alcance otorgado por el tribunal *a quo* a la garantía en cuestión, resulta indispensable en primer lugar, precisar cómo se encuentra regulado en el ámbito nacional el recurso de casación. En este sentido, el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, establece que el recurso de casación es admisible en el supuesto de *"inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación"*.

El alcance de este dispositivo legal es materia de interpretación y, de ésta, depende la extensión de la materia revisable en casación. Debe decidirse si la casación es un recurso *limitado* conforme a la versión originaria, en la cual tenía por exclusivo o predominante objetivo la unificación de los criterios jurisprudenciales (su llamado *objetivo*

político) o bien, si es un recurso más amplio y, en este último supuesto, en qué medida lo es. Es decir que debe considerarse, hasta dónde la amplitud de su materia podría apartarse de la limitada versión originaria sin afectar la oralidad del plenario, pero dando cumplimiento al requisito constitucional de los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en función del inc. 22, del art. 75 de la Constitución Nacional.

7°) Que nuestra tradición jurisprudencial en materia procesal penal no responde a lo que se suele denominar *interpretación progresiva* en sentido estricto. En general, no fue la jurisprudencia la que avanzó sobre las leyes procesales, sino que éstas fueron progresando y la jurisprudencia acompañó ese avance. Más bien puede afirmarse que se operó un *acompañamiento jurisprudencial a una legislación lentamente progresiva*.

La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos. Justo es reconocer que esta progresión legislativa se va cumpliendo con lentitud a veces exasperante, pero respetada por los tribunales.

En este contexto de legislación progresiva con respeto judicial por los tiempos legislativos, se inserta la introducción y la interpretación del alcance del recurso de casación en materia penal.

8°) Que nuestros códigos procesales penales contemplan el recurso de casación, introducido a partir del código de Córdoba de 1940. La casación entró a nuestra legislación procesal como cuña de

extraña madera en el orden jurídico, pues su objetivo proclamado en su versión originaria —el mencionado *objeto político*— es poco compatible con la estructura y funciones que la Constitución Nacional asigna al Poder Judicial Argentino.

9°) Que la casación europea en su versión originaria —tradicional o clásica— surgió como resultado del control político que en tiempos de la Revolución los legisladores franceses quisieron ejercer sobre sus jueces, de los que —con sobrada razón— desconfiaban. Los viejos y degradados tribunales del antiguo régimen —llamados *parlamentos*— fueron reemplazados, y se consideró que era menester cuidar que los nuevos no cayesen en análogos o peores vicios. Con ese objeto se creó un tribunal extrajudicial, junto al Legislativo, encargado de romper las sentencias en que los jueces, por vía de interpretación (función que se consideraba usurpadora del poder político), se apartasen del sentido literal de las leyes. La prohibición de la interpretación (o, como máximo, la admisión del solo método de interpretación gramatical) y la casación, son paralelos y necesariamente complementarios. Con el correr de los años y el advenimiento del Imperio, se montó un poder judicial altamente burocratizado y jerarquizado, organizado en forma piramidal, del que no cabía esperar que se separase de las leyes pues había sido entrenado en su estricta y repetitiva aplicación (escuela exegética). En esas circunstancias carecía de sentido mantener un tribunal extrajudicial para controlar la pirámide entrenada en aplicar la ley a la letra, de modo no contradictorio, siempre igual, y, por ende, se consideró llegada la hora de ubicar a este tribunal dentro del propio mecanismo judicial, como su cabeza. El tribunal vigilador de jueces, que el poder político (Parlamento, Emperador) había usado al margen del judicial, pasaba a ser cabeza de éste, siempre en una estructura verticalmente organizada y jerárquica, es decir, corporativa. El tribunal de casación dejó de vigilar a los jueces para pasar a mandarlos. De ese modo se garantizaba —por lo menos teóricamente— el estricto y celoso cumplimiento de la voluntad política expresada en la ley.

10) Que concebida de este modo —y también

para no sobrecargar de trabajo al tribunal cupular—, la casación fue la instancia que no entendía de hechos, sino sólo de la interpretación de la ley, para que ésta no se distorsionase en su aplicación, con el objetivo político de garantizar la voluntad del legislador y reducir al juez a la *boca de la ley*. La cúpula jerárquica que coronaba la estructura judicial corporativa rompía las sentencias que se apartaban de esa voluntad política expresada en la letra de la ley. El modelo se extendió rápidamente por Europa y se mantuvo casi invariable hasta la finalización de la segunda guerra mundial.

11) Que este modelo de organización judicial no tiene nada en común con el nuestro. Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional. Los constituyentes norteamericanos, al proyectar el modelo que luego tomaría la Constitución Nacional, no desconfiaban de los jueces, sino del poder central —federal— que creaban. Temían generar un monstruo que lesionase o suprimiese el principio federal. Los derechos consagrados en la Constitución de los Estados Unidos, en su origen, no limitaban las leyes de los estados, sino sólo las leyes federales. Los norteamericanos se independizaban de la *Corona*, pero no querían instituir un poder central —federal— que en definitiva viniese a ejercer un poder arbitrario análogo. Por ello, dieron a todos los jueces la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes y, en última instancia, a su Corte Suprema. El Poder Judicial norteamericano no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad; el único elemento de verticalidad fue el *stare decisis*. En lugar de encargar a los legisladores el control de los jueces —como los franceses—, los norteamericanos pusieron a los jueces a controlar a los legisladores.

12) Que se trata, pues, de dos modelos diferentes: nuestro *recurso extraordinario* responde al modelo de los jueces controladores de la legislación; el *recurso de casación* proviene del modelo de legisladores controladores de las sentencias. Originariamente, la casación fue un típico recurso propio de un *Estado legal de derecho*; el recurso extraordi-

nario lo es, de un *Estado constitucional de derecho*.

13) Que el llamado *objetivo político* del recurso de casación, sólo en muy limitada medida es compatible con nuestro sistema, pues en forma plena es irrealizable en el paradigma constitucional vigente, dado que no se admite un tribunal federal que unifique la interpretación de las leyes de derecho común y, por ende, hace inevitable la disparidad interpretativa en extensa medida. La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional. Sólo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones carentes de fundamento. Pero resulta claro que no es lo que movió centralmente a los constituyentes a la hora de diagramar el sistema judicial argentino.

14) Que desde 1853 —y pese a las múltiples ocasiones en que se lo ha desvirtuado o desviado— nos rige el mandato de hacer de la República Argentina un Estado constitucional de derecho. Nunca en su sistema se puede concebir un recurso que tienda a quebrar las sentencias de los jueces para imponer una única voluntad interpretativa de la ley, con el afán de no desvirtuar la voluntad política del legislador ordinario. Por el contrario, nuestro sistema conoce desde siempre el recurso que permite a los ciudadanos impetrar de sus jueces la supremacía de la Constitución sobre la voluntad coyuntural del legislador ordinario que se hubiese apartado del encuadre de ésta. En consecuencia, la perspectiva constitucional argentina es, estructuralmente, refractaria al llamado recurso de casación en su limitada versión tradicional u originaria.

15) Que el proceso penal que en la legislación comparada y a partir del modelo napoleónico acompañó a los estados legales de derecho europeos y a sus sistemas judiciales corporativos y verticalmente organizados, es el llamado *mixto*, o sea, el que comienza con una etapa policial e inquisitoria, a cargo de un juez que se pone al frente de la policía de investigación criminal. El plenario acusa-

torio es público, pero las pruebas del sumario inquisitorio siempre pesan. El viejo modelo del proceso penal napoleónico se extendió por Europa, junto con el modelo judicial vertical y la casación, siendo inseparable de ésta en materia penal.

Por el contrario, el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público.

Posiblemente sea necesaria —aquí sí— una interpretación progresiva para precisar el sentido actual de la meta propuesta por la Constitución. Habría que determinar si el jurado que ese texto coloca como meta es actualmente el mismo que tuvieron en miras los constituyentes, conforme a los modelos de su época, o si debe ser redefinido según modelos actuales diferentes de participación popular. Pero cualquiera sea el resultado de esta interpretación, lo cierto es que, desde 1853 la Constitución reitera en su texto la exigencia de la publicidad del proceso penal al recalcar la necesidad de establecer el juicio por jurados, como una de las más idóneas para lograr la publicidad. La circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio.

16) Que la casación penal llegó a la Argentina acompañando el modelo procesal penal europeo, considerado en su momento —con toda justicia— como un notorio avance legislativo, lo que no es comprensible si se prescinde de la perspectiva histórica en que se produjo este hecho. La contradicción se explica porque nuestros legisladores del siglo XIX desecharon los proyectos de juicio por jurados y partieron del proceso penal español en el momento más inquisitorio de su historia contemporánea. El procedimiento que se estableció en el ámbito nacional fue escrito, con amplia vigencia del secreto; la instrucción, extremadamente inquisitoria,

larga y farragosa; el juez investigador, dotado de enormes poderes. Tal fue el modelo procesal con que Obarrio debió llenar urgentemente un vacío que se hacía insoportable. La república —por vía de sanciones provinciales y del propio Congreso Nacional para la Ciudad de Buenos Aires— se regía por un código penal basado en la mejor tradición liberal europea, la sanción del primer código penal nacional no alteró esa tradición inaugurada por Carlos Tejedor, inspirado en Johann Paul Anselm von Feuerbach y el código de Baviera de 1813. Obarrio era un penalista liberal profundamente inspirado en Francesco Carrara, pero su obra legislativa procesal era requerida porque la República necesitaba códigos con urgencia y no había tiempo de modificar la pesada estructura judicial del momento. Por ende, se trataba de un texto eminentemente provisorio, pero que perduró más de un siglo y, además, fue imitado por todas las provincias. La bocanada liberal de Tomás Jofré con los códigos de San Luis primero y de la Provincia de Buenos Aires más tarde, se vió rápidamente neutralizada con la delegación de la actividad instructoria directamente en la policía dependiente del Poder Ejecutivo.

17) Que nuestra legislación procesal penal, durante más de un siglo, se apartó de las líneas que le trazara la Constitución. Incluso, ni siquiera respetó el modelo europeo o francés napoleónico, pues eligió una variante mucho más inquisitoria y mucho menos pública. Lo que no fue más que el producto de la urgencia por codificar el derecho penal y procesal penal después de tres cuartos de siglo de vida independiente, mantuvo vigencia cuando el país había alcanzado el desarrollo cultural y social que superaba los estrechos márgenes de los legisladores de las últimas décadas del siglo XIX. De este modo perduró un siglo un código procesal inspirado en la restauración borbónica.

Durante buena parte del siglo pasado —y en lo federal, hasta fines de ese siglo— no tuvimos el proceso penal propio del sistema de poder judicial horizontalmente organizado con control de constitucionalidad (estado constitucional de derecho). Es más, ni siquiera tuvimos el que era corriente en los poderes judiciales corporativos sin control de cons-

titucionalidad (estados legales de derecho), sino el producto de una coyuntura histórica española mucho más inquisitoria y derogada en su propio país de origen. No necesitábamos la casación, porque en el procedimiento escrito se imponía la apelación, en que el tribunal plural revisaba todo lo resuelto por el juez unipersonal. La unificación interpretativa era ocasional y se llevaba a cabo por medio de la inaplicabilidad de ley y los plenarios.

18) Que sin duda, frente a un proceso penal tan abiertamente inconstitucional y que llevaba más de medio siglo de vigencia, el código de Córdoba de 1940 representó un avance notorio. Trajo el código italiano, pero justo es reconocer que ese modelo, que perfeccionaba el napoleónico con mejor técnica jurídica, aunque proviniese de la obra jurídica del fascismo —valga la paradoja— y fuese propio de un Estado legal de derecho —toda vez que no se podía considerar al *Estatuto Albertino* una Constitución en sentido moderno—, se acercaba mucho más a la Constitución Nacional que el modelo inquisitorio escrito entonces vigente. Dicho código incorporaba el plenario oral, es decir, cumplía el requisito de publicidad en mucha mayor medida que el procedimiento escrito; obligaba a que un tribunal integrado por tres jueces cumpliera con el requisito de inmediación; dificultaba o impedía directamente la delegación del ejercicio real de la jurisdicción y, si bien mantenía la figura inquisitoria del juez instructor, atenúa en alguna medida sus poderes. Con este texto viajó desde Europa el recurso de casación como inseparable acompañante, para evitar las disparidades interpretativas de la ley entre los tribunales orales de una misma provincia.

19) Que se entendió en ese momento que la doble instancia no era necesaria, por ser costosa y poco compatible con la inmediación del plenario oral. Como lo señala el mismo presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su voto particular en la sentencia del caso "Herrera Ulloa v. Costa Rica", Serie C N° 107 Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 2 de julio de 2004 (párrafo 35), se entendió que la doble instancia se compensaba con la integración plural del tribunal sentenciador y éste fue el criterio dominante en los textos

que siguen el *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*. De allí que se importase una casación limitada a las cuestiones de derecho y así la entendió buena parte de nuestra doctrina. Pero este razonamiento —al menos en el caso argentino— pasa por alto que si bien la introducción de un modelo procesal menos incompatible con la Constitución Nacional es, ciertamente, mucho mejor que el sostenimiento de otro absolutamente incompatible con ella, no por ello configura todavía el que desde 1853 requiere nuestra Ley Fundamental y que, además, debe hoy cumplir con el requisito constitucional del *derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior* del art. 8.2. ap. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del concordante art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

20) Que este Tribunal también admitió esta interpretación progresiva. En un primer momento —antes de la reforma constitucional y en vigencia del viejo código de procedimientos en materia penal— entendió que el recurso extraordinario era apto para garantizar el derecho al recurso del condenado (confr. Fallos: 311:274). Sin embargo, con posterioridad asumió que a partir de la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al bloque constitucional —mediante el art. 75, inc. 22—, el recurso establecido en el art. 14 de la ley 48 no satisfacía el alcance del derecho consagrado en el art. 8°, inc. 2°, ap. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dado que las reglas y excepciones que restringen la competencia apelada de la Corte impiden que este recurso cubra de manera eficaz el contenido de esta garantía (confr. Fallos: 318:514).

Por este motivo —al que debe agregarse la creación de la Cámara Nacional de Casación como tribunal intermedio—, a partir del precedente indicado, se considera que 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. 2°, ap. h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

21) Que el Código Procesal Penal de la Nación siguió el modelo que se había iniciado en Córdoba medio siglo antes, y hasta 1994 era discutible el alcance del inc. 2° de su art. 456. No existía ningún obstáculo constitucional para interpretar que ese dispositivo legal mantenía el recurso de casación en forma tradicional u originaria. La cuestión dependía del alcance que se diese al derecho internacional en el orden jurídico interno. Pero desde 1994, el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pasaron—sin duda alguna— a configurar un imperativo constitucional.

Es claro que un recurso que sólo habilite la revisión de las *cuestiones de derecho con el objetivo político* único o preponderante de *unificar la interpretación de la ley*, violaría lo dispuesto en estos instrumentos internacionales con vigencia interna, o sea, que sería violatorio de la Constitución Nacional. Pero también es claro que *en la letra del inc. 2° del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, nada impide otra interpretación*. Lo único que decide una interpretación restrictiva del alcance del recurso de casación es la tradición legislativa e histórica de esta institución en su versión originaria. El texto en sí mismo admite tanto una interpretación restrictiva como otra amplia: la resistencia semántica del texto no se altera ni se excede por esta última. Y más aún: tampoco hoy puede afirmarse que la interpretación limitada originaria siga vigente en el mundo. La legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparadas muestran en casi todos los países europeos una sana apertura del recurso de casación hasta abarcar materias que originariamente le eran por completo extrañas, incluso por rechazar la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, tan controvertida como difícil de sostener.

22) Que la "*inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad*" abarca la inobservancia de las normas que rigen respecto de las sentencias. El art. 404 establece que es nula la sentencia a la que faltare o fuere contradictoria su fundamentación. El

art. 398 establece que las pruebas deben ser valoradas conforme a las reglas de la *sana crítica*. Una sentencia que no valorase las pruebas conforme a estas reglas o que las aplicase erróneamente carecería de fundamentación. Por ende, *no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta.*

Si se entendiese de este modo el texto del inc. 2° del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, sin forzar en nada su letra y sin apelar a una supuesta jurisprudencia progresiva, aun dentro del más puro método exegético y siguiendo nuestra tradición jurisprudencial de acompasamiento a los tiempos del legislador, resultaría que la interpretación restrictiva del alcance de la materia de casación, con la consiguiente exclusión de las llamadas *cuestiones de hecho y prueba*, no sólo resultaría contraria a la ley constitucional sino a la propia ley procesal. No puede imponerse una interpretación restrictiva, basada sólo en el *nomen juris* del recurso y asignándole la limitación que lo teñía en su versión napoleónica, pasando por sobre la letra expresa de la ley argentina y negando un requisito exigido también expresamente por la Constitución Nacional y por sobre la evolución que el propio recurso ha tenido en la legislación, doctrina y jurisprudencia comparadas.

23) Que nada impide que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación sea leído en la forma en que exegéticamente se impone y que, por ende, esta lectura proporcione un resultado análogo al consagrado en la doctrina y jurisprudencia alemanas con la llamada teoría de la *Leistungsfähigkeit*, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. *Leistung es el resultado de un esfuerzo y Fähigkeit es capacidad* —la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento—, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por *revisar todo lo que pueda revisar*, o sea, por *agotar la revisión de*

lo revisable.

24) Que formulada esta teoría, se impone preguntar *qué es lo no revisable*. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y —en el nivel jurídico— porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del *rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso*.

25) Que se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testi-

gos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc.

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

26) Que con el texto del art. 456 entendido exegéticamente y en armonía con los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional, resulta aplicable en nuestro derecho la teoría que en la doctrina alemana se conoce como del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento (*Leistungsfähigkeit*), y con ello se abandona definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas *cuestiones de derecho*.

Al respecto cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una falsa

valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal —como puede ser el beneficio de la duda— puede considerarse como una cuestión de hecho. Por consiguiente, esta indefinición se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría abiertamente al bloque constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisabilidad de la sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional.

En este orden de ideas, se ha sostenido que "la estricta exigencia de rigurosa distinción entre cuestiones de hecho y de derecho a los fines del recurso de casación ignora, por un lado, la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción, en particular cuando la objeción se centra en el juicio de subsunción, esto es, en la determinación de la relación específica trazada entre la norma y el caso particular (confr., en general, Piero Calamandrei, "La Casación Civil", trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, t. II, págs. 294 y sgtes.). Por otra parte, también pasa por alto el hecho de que, en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que postula (conf. Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995, págs. 54 y sgtes.) (Fallos: 321:494, voto de los jueces Petracchi y Fayt).

27) Que resulta ilustrativo a los fines expositivos, destacar que este concepto de diferenciación entre cuestiones de hecho y derecho, vicios

in iudicando y vicios *in procedendo*, vicios de la actividad y vicios del juicio, o cualquier otra clasificación diferencial sobre las materias atendibles, ha deformado la práctica recursiva ante la Casación Nacional.

Los recurrentes en general, advertidos de la política restrictiva en la admisión de recursos, intentan centrar los agravios que desarrollan bajo la fórmula del inc. 1° del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, es decir, bajo el supuesto de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en casos en los cuales se discuten problemas de subsunción. La verdad, es que gran parte de estos planteos introducen y a su vez versan sobre problemas vinculados con los hechos, con la prueba y la valoración que se haga de éstas, sea para demostrar la existencia o inexistencia de algún elemento del tipo objetivo, del dolo o de elementos subjetivos distintos del dolo que conforman el tipo penal.

Como ya fuera señalado, es difícil, cuando no imposible, realizar esta comparación entre cuestiones de hecho y de derecho y, además, es sabido que los defensores, conociendo la renuencia jurisprudencial a discutir agravios vinculados con el hecho o con la prueba y su valoración en el ámbito casacional, tiendan a forzar el alcance del inc. 1° del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación. Sin embargo, ubicando la cuestión en sus correctos términos, estas cuestiones suponen como base interpretativa la conjunción de ambos incisos del artículo citado, con lo cual no puede realizarse una separación tajante de la materia a revisar. En virtud de ello, para cumplir con una verdadera revisión, no debe atenderse a una distinción meramente formal en el *nomen iuris* de las cuestiones expresadas en los agravios, como así tampoco de los incisos del art. 456 invocados para la procedencia del recurso. Por el contrario, se deben contemplar y analizar los motivos de manera complementaria, con independencia de su clasificación.

28) Que en función de lo enunciado y, debido a la inteligencia que corresponde asignar al art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación por imperio de su propia letra y de la Constitución Nacional (arts. 8.2.h de la Convención Americana y

14.5 del Pacto Internacional en función del art. 75 inc., 22 de la Constitución Nacional), resulta claro que no pueden aplicarse al recurso de casación los criterios que esta Corte establece en materia de arbitrariedad, pues más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios —que en definitiva no tiene mayor relevancia—, es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto *si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente*, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los casos excepcionales en que *directamente no se haya aplicado la sana crítica*. No es la Convención Americana la que exige el recurso del que conoce esta Corte, sino la propia Constitución Nacional. Desde la perspectiva internacional, el conocimiento de la arbitrariedad por parte de esta Corte es una garantía supletoria que refuerza la garantía de revisión, más allá de la exigencia del propio texto de la Convención.

29) Que para aclarar en líneas generales el contenido de la materia de casación propio de los tribunales nacionales y provinciales competentes, en la extensión exigida por la Constitución Nacional (garantía de revisión), y diferenciarlo adecuadamente de la materia de arbitrariedad reservada a esta Corte, como complementaria de la anterior exigencia pero no requerida expresamente por el derecho internacional incorporado a la Constitución, es menester reflexionar sobre la regla de la *sana crítica*.

La doctrina en general rechaza en la actualidad la pretensión de que pueda ser válida ante el derecho internacional de los Derechos Humanos una sentencia que se funde en la llamada *libre o íntima convicción*, en la medida en que por tal se entienda un juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente y respecto del cual no se pueda seguir (y consiguientemente criticar) el curso de razona-

miento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido o no o se ha desarrollado de una u otra manera. Por consiguiente, se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la *sana crítica*, que no es más que la *aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado*.

30) Que aunque a esta tarea no se la desarrolle siguiendo expresamente cada paso metodológico, el método para la reconstrucción de un hecho del pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la *historia*. Poco importa que los hechos del proceso penal no tengan carácter histórico desde el punto de vista de este saber, consideración que no deja de ser una elección un tanto libre de los cultores de este campo del conocimiento. En cualquier caso se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método —camino— para ello es análogo. Los metodólogos de la historia suelen dividir este camino en los siguientes cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: *la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis*. Tomando como ejemplar en esta materia el manual quizá más tradicional, que sería la *Introducción al Estudio de la Historia*, del profesor austriaco Wilhelm Bauer (la obra es de 1921, traducida y publicada en castellano en Barcelona en 1957), vemos que por *heurística* entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho. Por *crítica externa* comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su *credibilidad*, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la *síntesis* es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado.

Es bastante claro el paralelo con la tarea que incumbe al juez en el proceso penal: hay pruebas admisibles e inadmisibles, conducentes e inconducentes, etc., y está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aun a proveer al acusado de la posibilidad de que aporte más prue-

bas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio en su favor. La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no sólo por las reglas del método, sino incluso porque las conclusiones acerca de la inautenticidad con frecuencia configuran conductas típicas penalmente conminadas. La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc. La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda. El juez penal, por ende, en función de la regla de la sana crítica funcionando en armonía con otros dispositivos del propio código procesal y de las garantías procesales y penales establecidas en la Constitución, dispone de menor libertad para la aplicación del método histórico en la reconstrucción del hecho pasado, pero no por ello deja de aplicar ese método, sino que lo hace condicionado por la precisión de las reglas impuesta normativamente.

31) Que conforme a lo señalado, la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, *esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte*. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder.

No obstante, puede suceder que el método histórico se aplique, pero que se lo haga defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes; que la crítica exter-

na no haya sido suficiente; que la crítica interna – sobre todo– haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda o que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores. *La valoración de la sentencia en cuanto a estas circunstancias es tarea propia de la casación y, en principio, no incumbe a la arbitrariedad de que entiende esta Corte.* Sólo cuando las contradicciones en la aplicación del método histórico o en las reglas que lo limitan en el ámbito jurídico sean de tal magnitud que hagan prácticamente irreconocible la aplicación misma del método histórico, como cuando indudablemente desconozcan restricciones impuestas por la Constitución, configuran la arbitrariedad que autoriza el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria por esta Corte.

32) Que la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo de rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional y que, por otra parte, es la que impone la jurisprudencia internacional.

Es esta la interpretación que cabe asignar a la conocida opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se indica 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" (Informe 24/92 "Costa Rica", Derecho a revisión del fallo penal, casos 9328, 9329, 9884, 10.131, 10.193, 10.230, 10.429, 10.469, del 2 de octubre de 1992).

33) Que como se ha visto, no es sólo el art. 8.2.h de la Convención Americana el que impone la garantía de revisión. El art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: "*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*". Ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5) ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2.h) exigen que la sentencia contenga otras violaciones a derechos humanos, sino que en cualquier caso exigen la posibilidad de revisión amplia por medio de un recurso que se supone debe ser eficaz. Cabe recordar a nuestro respecto el caso número 11.086, informe 17/94 de la Comisión Interamericana, conocido como *caso Maqueda*. En la especie, con toda razón, la Comisión consideró insuficiente la única posibilidad de revisión a través del recurso extraordinario ante esta Corte, dada la limitación y formalidad del recurso, lo que llevó a que el Poder Ejecutivo conmutase la pena del condenado y la Comisión desistiese de la acción, por lo cual ésta no llegó a conocimiento de la Corte Interamericana. El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas se pronunció el 20 de julio de 2000 en la comunicación 701/96 declarando que el recurso de casación español, por estar limitado a las cuestiones legales y de forma, no cumplía con el requisito del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Análogo criterio sostuvo el Comité en el caso *M. Sineiro Fernández c/ España* (1007/2001), con dictamen del 7 de agosto de 2003. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos parecía sostener que el recurso de casación legislado en los códigos de la región satisfacía el requisito del art. 8.2.h de la Convención Americana o, al menos, no se había pronunciado abiertamente en otro sentido. La Corte Interamericana de Derechos Humanos despejó toda duda también en el sistema regional, con su sentencia del 2 de julio de 2004 que, en consonancia con lo sostenido en los dictámenes del Comité de Naciones Unidas contra España, consideró que el recurso de casación previsto en la ley procesal de Costa Rica —cuyo código es

análogo al nuestro en la materia—, por lo menos en la forma limitada en que operó en el caso que examinó la Corte, no satisfizo el requisito del art. 8.2.h de la Convención Americana. Con cita expresa del Comité de Naciones Unidas contra España, la Corte Interamericana declaró en el caso "Herrera Ulloa v. Costa Rica", ya citado: *"La posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho"* (párrafo 164). Y añadía: *"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"* (párrafo 165).

34) Que en síntesis, cabe entender que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas.

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

35) Que en el caso en examen, el tribunal *a quo* rechazó el recurso de casación, al considerar que, "...por cuanto el modo en que los impugnantes

han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal a quo valoró la prueba producida y estructuró la plataforma fáctica...atribución que le es propia y que resulta ajena..." a la instancia casatoria.

Asimismo agregó que "...corresponde apuntar que resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional...".

Lo transcripto precedentemente demuestra claramente que la interpretación que del recurso hace el tribunal inferior en grado, restringe el alcance del recurso de casación, ya que no se avocó a tratar las cuestiones planteadas por la parte, esto es, a determinar la validez de la construcción de la sentencia del tribunal oral y sus fundamentos. En este sentido, puede decirse que no existía obstáculo alguno para que la Cámara Nacional de Casación Penal tratara los agravios expuestos por el recurrente, ya que la inmediación no impedía examinar el razonamiento lógico expresado en la sentencia y el procedimiento de valoración probatoria, a fin de evaluar la presencia del elemento objetivo "arma" que califica más gravosamente la conducta, así como los argumentos a favor o en contra del estado consumativo de la conducta.

Consecuentemente, la interpretación del alcance de la materia revisable por vía del recurso de casación, se contrapone con la garantía internacional de revisión del fallo condenatorio y con el texto del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, que en forma alguna veda la posibilidad de revisión en el fallo casacional.

36) Que en tal sentido, el fallo recurrido no sólo no se compadece con lo aquí enunciado, sino que además resulta arbitrario por carecer de fundamentación y, en tales condiciones, ha de acogerse favorablemente el recurso sin que ello importe abrir juicio sobre el fondo del asunto.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por

el señor Procurador General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución recurrida. Hágase saber, acumúlese la queja al principal, y vuelvan los autos al tribunal de origen para que se dicte nuevo fallo con arreglo a la doctrina aquí expuesta. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Considerando:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de la Capital Federal condenó a Matías Eugenio Casal a la pena de cinco años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas (arts. 29, inc. 3°, 45 y 166, inc. 2°, del Código Penal), a raíz de lo cual la defensa del nombrado dedujo recurso de casación invocando la causal prevista en el art. 456, inc. 1°, del Código Procesal Penal de la Nación. El rechazo del recurso interpuesto provocó la presentación de la queja ante la Cámara Nacional de Casación, la que corrió igual suerte. Contra la resolución de dicho tribunal se dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja.

2°) Que de las constancias de la causa surge que el Tribunal Oral tuvo por acreditado que el 10 de marzo de 2003, aproximadamente a las 6, en cercanías del local bailable "Metrópolis", sito en Av. Santa Fe en su intersección con la calle Darraqueyra, ascendieron a un automóvil de alquiler Matías Eugenio Casal y Gastón Pablo Borjas, quienes le indicaron al conductor que los trasladara hasta la Av. Cabildo y Correa y, una vez allí, hasta la calle Plaza. En momentos en que el conductor decidió comunicar el destino de su viaje a la central, Casal, que se encontraba sentado detrás de él, lo tomó del

cuello con ambos brazos y Borjas arrancó el micrófono y le apoyó un arma de fuego en la cintura. Ante su resistencia, recibió un golpe en la boca. Al llegar al 3500 de Correa, los imputados lograron la detención del automóvil retirando las llaves del contacto. Obligaron al conductor a bajar y Casal lo golpeó con el arma en la cabeza porque se resistió a que se llevaran sus documentos. Finalmente, huyeron en el vehículo con la documentación y poco más de \$ 150 que también le sustrajeron.

3°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar la queja del impugnante, expresó que el recurso, más allá de la forma en que había sido planteado, tenía por objeto la modificación de la calificación atribuida al delito, lo que tornaba improcedente el recurso de queja por cuanto el modo como los impugnantes habían introducido sus agravios sólo revelaba su discrepancia con la manera en que el tribunal oral había valorado la prueba producida y estructurado la plataforma fáctica, atribución que consideró que le era propia y resultaba ajena a la revisión casatoria. Asimismo agregó que correspondía apuntar que resultaba improcedente en esa instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que daban base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, examen que está excluido de la inspección casacional.

4°) Que en la presentación federal el recurrente manifiesta que el representante del Ministerio Público calificó los hechos probados como constitutivos de robo simple consumado, atribuyendo a los imputados la calidad de coautores, criterio compartido por la doctora Fátima Ruiz López, vocal del tribunal, y argumento que funda el agravio. Que tal decisión se basa en el hecho de no haberse encontrado el arma que agrava la calificación, así como en la falta de certeza del informe de la médica legista en relación con el objeto contundente que produjo la lesión en la cabeza de Ruiz. Agregó que la Cámara Nacional de Casación, al rechazar el recurso de queja, convalidó una sentencia que, a su juicio, resulta arbitraria pues vulnera su derecho

de defensa así como su derecho a la revisión de un fallo condenatorio por un tribunal superior.

5°) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente admisible, ya que la sentencia impugnada reviste carácter de definitiva y pone fin al pleito, proviene del superior tribunal de la causa, y suscita cuestión federal suficiente toda vez que se debate el alcance del derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrado por el art. 8, párr. 2, h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 14, párr. 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales forman parte de la Constitución Nacional a partir de su inclusión en el art. 75, inc. 22. En consecuencia, su tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48 ya que la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

6°) Que en la causa *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Serie C N° 107 Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallada el 2 de julio de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la conformidad del recurso de casación establecido en el art. 369 del Código Procesal Penal de Costa Rica, el cual –cabe señalar– tiene un alcance mucho mayor que el de la ley procesal argentina, ya que permite revisar también la insuficiente o contradictoria fundamentación de la mayoría del tribunal y la inobservancia de las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo, considerando 150 (inc. d).

En lo sustancial, la Corte expresó: "*De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que 'no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos*

deben ser eficaces', es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos" (considerando 161). Y más adelante agregó: *"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"* (considerando 165). Recordó luego los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas del 20 de julio de 2000, en la causa *C. Gómez Vázquez c/ España*, y del 7 de agosto de 2003 en la causa *M. Sineiro Fernández c/ España*, que con referencia al art. 14, párrafo 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de igual alcance que el precepto de la convención americana, expresó *"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 negado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto"* (considerando 166). En consecuencia, juzgó que los recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria conforme a la ley procesal costarricense no satisfacían los requisitos del art. 8.2.h de la Convención en cuanto no habían permitido un examen integral sino limitado (considerando 167) y declaró que el Estado demandado había violado dicha disposición en perjuicio del actor (considerando 168).

En virtud de tales consideraciones, la Corte dispuso: *"Dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 2 de la misma"*.

7°) Que el art. 456 del Código Procesal Penal establece que el recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos: 1) *Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva*; 2) *Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad*.

dad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación. Consagra, pues, conforme a la tradición jurídica procesal europea continental y latinoamericana, un recurso extraordinario y, por ende, de carácter limitado, que únicamente permite revisar la aplicación o interpretación de la ley de fondo y la aplicación de las reglas básicas de procedimiento.

8°) Que como consecuencia de haberse otorgado rango constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos, resulta necesario establecer si el mencionado recurso cumple con los requisitos exigidos por ellos; en el caso, concretamente, el derecho del imputado de "recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" consagrado por el art. 8, párrafo 2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

9°) Que el art. 1 de la Convención Americana establece que "*los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*"; y el art. 2 añade que "*si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*". En ese sentido, la Corte Interamericana consideró que es "*deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*" (Opinión Consultiva OC 11-90, del 10 de agosto de 1990, párrafo 23).

10) Que de tales antecedentes resulta inequívocamente la obligación del Estado nacional argentino de reformar su legislación procesal penal de

modo de sustituir el recurso de casación —como ha quedado dicho, de carácter extraordinario y limitado— por un recurso ordinario que permita al tribunal superior un examen integral de la decisión recurrible a través del amplio conocimiento de la causa, y cuyo único límite estaría dado por aquello que surja de manera directa y excluyente de la inmediación, y de cuyos pormenores no existiera constancia actuada.

En tanto dicha adecuación no se produzca, corresponde a esta Corte —en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, y en su carácter de órgano esencial del gobierno federal— adoptar las medidas de carácter no legislativo tendientes a asegurar la aplicación de la Convención. A tal efecto, ha de interpretarse el recurso de casación penal con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permite, esto es, permitiendo la revisión integral de la sentencia recurrida con la sola excepción de la prueba recibida oralmente y no registrada, dada la imposibilidad fáctica de hacerlo en ese caso.

11) Que, con tal criterio, la decisión recurrida viola la garantía de revisión integral resultante de la norma internacional incorporada a la Constitución, según la interpretación de la Corte Interamericana.

Por ello, en concordancia con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, y se deja sin efecto la resolución recurrida. Notifíquese, agréguese la queja al principal, y vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte nuevo fallo con arreglo al presente. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de la Capital Federal condenó a Matías Eugenio Casal a la pena de cinco años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas (arts. 29, inc. 3°, 45 y 166, inc. 2°, del Código Penal), a raíz de lo cual la de-

fensa del nombrado dedujo recurso de casación invocando la causal prevista en el art. 456, inc. 1°, del Código Procesal Penal. El rechazo del recurso interpuesto provocó la presentación de la queja ante la Cámara Nacional de Casación, la que corrió igual suerte. Contra la resolución de dicho tribunal se dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja.

2°) Que de las constancias de la causa surge que el Tribunal Oral tuvo por acreditado que el 10 de marzo de 2003, aproximadamente a las 6, en cercanías del local bailable "Metrópolis", sito en Av. Santa Fe, en su intersección con la calle Darregueyra, ascendieron a un automóvil de alquiler Matías Eugenio Casal y Gastón Pablo Borjas, quienes le indicaron al conductor que los trasladara hasta la Av. Cabildo y Correa y, una vez allí, hasta la calle Plaza. En momentos en que el conductor decidió comunicar el destino de su viaje a la central, Casal, que se encontraba sentado detrás de él, lo tomó del cuello con ambos brazos y Borjas arrancó el micrófono y le apoyó un arma de fuego en la cintura. Ante su resistencia, recibió un golpe en la boca. Al llegar al 3500 de Correa, los imputados lograron la detención del automóvil retirando las llaves del contacto. Obligaron al conductor a bajar y Casal lo golpeó con el arma en la cabeza porque se resistió a que se llevaran sus documentos. Finalmente, huyeron en el vehículo con la documentación y poco más de \$ 150 que también le sustrajeron.

3°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar la queja del impugnante, expresó que el recurso, más allá de la forma en que había sido planteado, tenía por objeto la modificación de la calificación atribuida al delito, lo que tornaba improcedente el recurso de queja por cuanto el modo como los impugnantes habían introducido sus agravios sólo revelaba su discrepancia con la manera en que el tribunal oral había valorado la prueba producida y estructurado la plataforma fáctica, atribución que consideró que le era propia y resultaba ajena a la revisión casatoria. Asimismo agregó que correspondía apuntar que resultaba improcedente en esa instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que daban base a

la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, examen que está excluido de la inspección casacional.

4°) Que en la presentación federal el recurrente manifiesta que el representante del Ministerio Público calificó los hechos probados como constitutivos de robo simple consumado, atribuyendo a los imputados la calidad de coautores, criterio compartido por la doctora Fátima Ruiz López, vocal del tribunal, y argumento que funda el agravio. Que tal decisión se basa en el hecho de no haberse encontrado el arma que agrava la calificación, así como en la falta de certeza del informe de la médica legista en relación con el objeto contundente que produjo la lesión en la cabeza de Ruiz. Agregó que la Cámara Nacional de Casación, al rechazar el recurso de queja, convalidó una sentencia que, a su juicio, resulta arbitraria pues vulnera su derecho de defensa así como su derecho a la revisión de un fallo condenatorio por un tribunal superior.

5°) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta admisible, toda vez que la sentencia impugnada reviste carácter de definitiva, proviene del superior tribunal de la causa y suscita cuestión federal suficiente, en tanto se ha puesto en tela de juicio el alcance que cabe otorgarle al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria (art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en función del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). En consecuencia, su tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, toda vez que la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

6°) Que este Tribunal, en un primer momento —antes de la reforma constitucional y en vigencia del viejo código de procedimientos en materia penal—, entendió que el recurso extraordinario era apto para garantizar el derecho al recurso del condenado previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Fallos: 311:274). Sin embargo, con posterioridad, dicho recurso dejó de ser un remedio

eficaz para la salvaguarda del derecho previsto en el art. 8.2.h de la citada Convención –que al momento de la decisión ya ostentaba jerarquía constitucional–, al sancionarse la ley 23.774 que otorgó a esta Corte la facultad de rechazar, por la sola aplicación del art. 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 (conf. Fallos: 318:514, considerando 7°).

Descartada, entonces, la aptitud del recurso extraordinario a los fines mencionados –a lo que debe agregarse la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal como tribunal intermedio– se consideró, a partir del precedente indicado, que en el estado actual de la legislación procesal penal de la Nación los recursos ante la Cámara Nacional de Casación Penal constituyen la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que establecen los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

7°) Que el Código Procesal Penal de la Nación siguió el modelo que se había iniciado en Córdoba medio siglo antes. Hasta 1994 era discutible el alcance de su art. 456, en tanto no se advertía la clara existencia de obstáculos constitucionales para interpretar que ese dispositivo legal mantenía el recurso de casación en forma tradicional u originaria. Pero desde 1994 el art. 8.2.h de la Convención Americana y el art. 14.5 del Pacto Internacional pasaron a configurar un imperativo constitucional (siempre que su contenido no resulte violatorio de los principios de derecho público local establecidos en el art. 27 de la Constitución Nacional como manifestación inequívoca de la soberanía estatal [conf. A.533.XXXVIII. *in re* "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa n° 259–" del 24 de agosto de 2004 y S.1767.XXXVIII. *in re* "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. –causa N° 17.768–" del 14 de junio de 2005]).

Así circunscripto, es claro que a partir de la previsión expresa de la garantía en el texto

constitucional, un recurso que sólo habilitase la revisión de las cuestiones de derecho con el objetivo político único o preponderante de unificar la interpretación de la ley sería violatorio de aquélla. Pero también es claro que en la letra del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación nada impide otra interpretación. Lo único que decide una interpretación restrictiva del alcance del recurso de casación es la tradición legislativa e histórica de esta institución en su versión originaria. El texto en sí mismo admite tanto una interpretación restrictiva como otra amplia: la resistencia semántica del texto no se altera ni se excede por esta última. Y más aun: tampoco hoy puede afirmarse que la interpretación limitada originaria siga vigente en el derecho comparado, toda vez que casi todos los países europeos muestran una sana apertura del recurso de casación hasta abarcar materias que originariamente le eran por completo extrañas, incluso por rechazar la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, tan controvertida como difícil de sostener.

8°) Que con el texto del art. 456, entendido exegéticamente y en armonía con los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional, resulta aplicable en nuestro derecho la doctrina que en el derecho alemán se conoce como la del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento (*Leistungsfähigkeit*), y con ello se abandona definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho.

Al respecto cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos concretos -tal como se observa en el *sub lite*- es como criterio de cognición difícilmente defendible; así puede verse claramente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho penal sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una inexacta valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o que se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se

imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y viceversa. En este orden de ideas, ya esta Corte ha sostenido que "la estricta exigencia de una rigurosa distinción entre cuestiones de hecho y de derecho a los fines del recurso de casación ignora, por un lado, la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción, en particular cuando la objeción se centra en el juicio de subsunción, esto es, en la determinación de la relación específica trazada entre la norma y el caso particular (confr., en general, Piero Calamandrei, "La Casación Civil", trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, t. II, págs. 294 y sgtes.). Por otra parte, también pasa por alto el hecho de que, en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que se postula (conf. Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995, págs. 54 y sgtes.)" (Fallos: 321:494, *in re* "Tabarez", voto de los jueces Fayt y Petracchi).

Ese celoso rigor en la custodia de los presupuestos de admisibilidad del recurso de casación importa en el *sub examine* una desnaturalización del principio republicano de gobierno y de la garantía de doble defensa o revisión de la sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

9°) Que en función de lo enunciado y, debido a la inteligencia que corresponde asignar al art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación por imperio de su propia letra y de la Constitución Nacional (arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional en función del art. 75 inc., 22, de la Constitución Nacional), resulta claro que no pueden aplicarse al recurso de casación los criterios que esta Corte establece en materia de arbitrariedad, pues más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios —que en definitiva no tiene mayor relevancia—, es claro que, satisfecho el requisito de la

revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto *si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente*, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica. **No es la Convención Americana la que exige el recurso del que conoce esta Corte, sino la propia Constitución Nacional.**

10) Que para aclarar en líneas generales el contenido de la materia de casación propio de los tribunales nacionales y provinciales competentes en la extensión exigida por la Constitución Nacional (garantía de revisión) y diferenciarlo adecuadamente de las cuestiones de arbitrariedad, es menester reflexionar sobre la regla de la sana crítica. Esta se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, *esta es una grosera violación de la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte*. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder.

No obstante, puede suceder que el método histórico se aplique, pero que se lo haga defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes; que la crítica externa no haya sido suficiente; que la crítica interna — sobre todo— haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda o que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores. *La valoración de la sentencia en cuanto a estas circunstancias es tarea propia de la casación y, en principio, no incumbe a la doctrina de la arbitrariedad creada*

por la Corte. Sólo cuando las contradicciones en la aplicación del método histórico o en las reglas que lo limitan en el ámbito jurídico sean de tal magnitud que hagan prácticamente irreconocible la aplicación misma del método histórico, como cuando indudablemente desconozcan restricciones impuestas por la Constitución, configuran la arbitrariedad que autoriza el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria por esta Corte.

11) Que la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que sea posible revisar, atendiendo a la extrema dificultad que como regla, ofrece la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional.

Es esta la interpretación que cabe asignar a la conocida opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se indica que "el recurso de casación satisface los requerimientos de la Comisión 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" (Informe 24/92 "Costa Rica", Derecho a revisión del fallo penal, casos 9328, 9329, 9884, 10131, 10193, 10230, 10429, 10469, del 2 de octubre de 1992).

12) Que en síntesis, cabe concluir que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la na-

turalidad de los casos.

Dicho entendimiento se impone como resultado de (a) un análisis exegético del mencionado dispositivo, que en modo alguno limita ni impone la reducción del recurso casatorio a cuestiones de derecho, (b) la imposibilidad práctica de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, que no pasa de configurar un ámbito de arbitrariedad selectiva; (c) que la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse en favor de la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (inc. 22, art. 75, arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

13) Que en el caso en examen, el tribunal *a quo* rechazó el recurso de casación al considerar que "por cuanto del modo en que los impugnantes han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal *a quo* valoró la prueba producida y estructuró la plataforma práctica...atribución que le es propia y que resulta ajena..." a la instancia casatoria. Asimismo agregó que "corresponde apuntar que resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional...".

Lo transcripto precedentemente demuestra con claridad que la interpretación del *a quo* sobre el recurso de casación, restringe indebidamente su alcance, toda vez que excluye el tratamiento de agravios relativos a la validez de la construcción de la sentencia del tribunal oral. En este sentido, puede decirse que no existía obstáculo alguno para que la Cámara de Casación tratara los agravios expuestos por el recurrente, pues el respeto por el principio de inmediación no impedía examinar el razonamiento lógico y la valoración de la prueba expresados en la sentencia, a fin de evaluar la presencia del elemento del tipo objetivo "arma" como agravante, así como los argumentos relativos a su

consumación.

Consecuentemente, la interpretación del alcance de la materia revisable por vía del recurso de casación, se contrapone con la garantía constitucional de revisión del fallo condenatorio, y la consiguiente interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, que en forma alguna obsta a aquella revisión.

Por ello, y concordantemente con lo dictaminado por el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, y se deja sin efecto la resolución recurrida. Notifíquese, agréguese la queja al principal, y vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. CARLOS S. FAYT.

ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Autos y Vistos:

1) El 7 de noviembre de 2003, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de esta ciudad condenó a Matías Eugenio Casal a la pena de 5 años de prisión y costas por considerarlo coautor del delito de robo calificado por el uso de armas. También le impuso un tratamiento de rehabilitación por su adicción a las drogas.

2) A partir de la prueba producida en el debate, la mayoría del Tribunal fijó los hechos del siguiente modo: el 10 de marzo de 2003, cerca de las 6.00, en las inmediaciones del local bailable "Metrópolis", sito en la avenida Santa Fe y su intersección con la calle Darragueyra, Matías Eugenio Casal y Gastón Pablo Borjas ascendieron al taxi conducido por Hugo Marcelo Rutz. Le indicaron que los llevara hasta Cabildo y Correa y una vez allí, por ésta hasta Plaza.

Cuando el conductor decidió comunicar a la central el destino del viaje, Casal, que se encontraba detrás suyo, lo tomó por el cuello con ambos brazos mientras Borjas le arrancó el micrófono y le

apoyó un arma de fuego en la cintura. El damnificado intentó liberarse pero fue golpeado con el arma en la boca. Después, al llegar a Correa al 3500, los imputados detuvieron el auto sacando las llaves de contacto y obligaron a la víctima a bajarse. Entonces, Casal golpeó a Rutz con el arma en la cabeza ante la resistencia que opuso para que se llevaran sus documentos y los del automotor, para luego huir a bordo del vehículo con la documentación y poco más de \$ 150 que también le sustrajeron.

Finalmente, ese día, a las 7.20, sobre la avenida General Paz, a la altura de la calle Víctor Hugo, personal policial observó a los dos hombres descender y alejarse raudamente del vehículo de alquiler, al tiempo que sonaba la alarma. Ello despertó la sospecha de los preventores, que detuvieron a Casal y a su compañero tras una breve persecución, secuestrándoles los efectos antes sustraídos, a excepción del dinero.

3) Sobre esta base fáctica, los magistrados tuvieron por probada la existencia del hecho, incluyendo el extremo referido al uso del arma, elemento que fue valorado como objeto contundente que aumentó el poder ofensivo de los imputados. En tal sentido, el tribunal quitó relevancia al hecho de que aquella no hubiese sido secuestrada y se apoyó en los dichos de la víctima, a los que otorgó plena credibilidad. También afirmó que el tiempo transcurrido hasta la detención de Casal y su compañero hacía plausible sostener que habían dispuesto tanto del arma como del dinero sustraído. Estas consideraciones sirvieron, a su vez, para que el tribunal fundara la consumación del robo y sostuviera que ello los eximía de refutar el argumento de la defensa en cuanto a que el vehículo no había salido de la esfera de custodia del damnificado pues contaba con seguimiento satelital.

4) Esta condena motivó a la defensa de Casal a deducir recurso de casación, en el que esgrimió dos argumentos: el primero estuvo referido al modo en que el tribunal valoró la prueba para poder dar por cierta la utilización de un arma en el asalto. Al respecto, el impugnante estimó insuficiente y contradictoria la declaración de la víctima durante el debate y sostuvo que, al no haberse hallado el

arma, resultaba indebida la aplicación de la agravante. En segundo término, sostuvo que el hecho no se había consumado en tanto el automóvil sustraído contaba con seguimiento satelital y por lo tanto su asistido nunca pudo disponer libremente de él.

5) El tribunal oral rechazó la vía casatoria intentada, indicando, con relación al primer argumento de la defensa, que si bien éste estaba vinculado a una cuestión jurídica que en principio podía habilitar la revisión del fallo, la fundamentación no era la adecuada, pues se limitaba a una discrepancia con la valoración probatoria efectuada en la sentencia. La misma suerte corrió el segundo planteo, pues los jueces entendieron que, si bien se refería a una cuestión de derecho, el impugnante no había rebatido los argumentos esgrimidos en el fallo recurrido.

6) La defensa dedujo, entonces, queja ante la Cámara Nacional de Casación Penal, que, a través de su Sala II, decidió rechazarla, en tanto estimó que la argumentación de la impugnante sólo revelaba su discrepancia con la manera en que el tribunal había valorado la prueba producida y estructurado la plataforma fáctica sobre la que se había sustentado la imputación por robo con armas. Añadió el *a quo* que tales cuestiones eran propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia casatoria, salvo caso de arbitrariedad o absurdo, que no se verificaba en la especie. Asimismo, aclararon que resultaba *"improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional..."* (fs. 412 vta.).

7) Al deducir recurso extraordinario federal, la defensa sostuvo que la Cámara de Casación, al afirmar aisladamente y sin fundamento alguno que no advertía arbitrariedad en la sentencia cuestionada, había denegado el recurso mediante fórmulas dogmáticas y genéricas, lo que conculcaba el debido proceso legal.

Expresó, además, que para que el recurso

podiera dar cabal satisfacción al derecho a recurrir la sentencia condenatoria consagrado por los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el tribunal de casación debía controlar si el fallo condenatorio se había basado en un cuadro probatorio idóneo para sustentar el hecho atribuido.

El rechazo de su recurso, motivó la queja que aquí se trata.

8) El recurso interpuesto es formalmente admisible, pues el imputado reclama la revisión de la sentencia en instancia de casación invocando su derecho a recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior, reglado por los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (normas con rango constitucional conforme lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el recurrente fundó en las reglas federales de mención (artículo 14.3 de la ley 48).

9) La extensión que esta Corte Suprema ha dado al derecho a la doble instancia ha variado con el tiempo, verificándose una ampliación progresiva del ámbito de dicha garantía a través de un proceso que se sustentó en la incorporación al derecho interno de reglas internacionales que prevén la garantía de toda persona condenada por delito a revisar el fallo ante un tribunal superior y en el carácter constitucional que dichas normas adquirieron a partir del año 1994.

En relación con lo señalado anteriormente, baste recordar que hace no tantos años era doctrina inveterada de esta Corte que la instancia múltiple no revestía el carácter de exigencia constitucional (Fallos: 246:363; 250:753; 289: 95; 290:120), criterio que se mantuvo aun cuando nuestro país ya había ratificado los tratados que garantizaban el derecho a la revisión del fallo condenatorio. En efecto, en el caso "Jáuregui" (Fallos: 311:274) la Corte sostuvo que la doble instancia judicial en materia penal no constituía un requisito de naturaleza constitucional, no obstante quedaba satisfecha con la posi-

bilidad de interponer el recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48.

En la evolución que aquí se describe sucintamente, hubo dos circunstancias que llevaron a esta Corte a revisar alguno de los criterios que había fijado respecto del derecho a la doble instancia. La primera de ellas fue la ya referida reforma constitucional del año 1994 que incorporó a nuestra Carta Fundamental el artículo 75, inciso 22, que otorgó máxima jerarquía normativa a una serie de instrumentos internacionales. Entre ellos, se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14.5 prevé el derecho de quien ha sido declarado culpable de delito *"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"*, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su artículo 8.2.h., dedicado a las garantías judiciales, contiene, respecto de las personas inculpadas criminalmente, el *"derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"*.

La segunda de esas circunstancias la constituyó la reforma introducida por la ley 23.774, de abril de 1990, que otorgó a esta Corte la facultad de rechazar, por la 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.

Ambas variables confluyeron para que en el precedente "Girolodi" (Fallos: 318:514), se declarara 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, habiéndose considerado en tal oportunidad que la impugnación constitucional era la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al tiempo que se consideró que el recurso extraordinario ya no resultaba un remedio eficaz para hacer efectivo el cumplimiento de aquella garantía.

10) Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos ha ido también delineando los alcances de la garantía al fallar en diversos casos, destacándose recientemente el fallo "*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*", Serie C, N° 107 Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 2 de julio de 2004. En este precedente, no obstante tratarse de un caso en el que la cuestión central giraba en torno a la afectación de la libertad de expresión (art. 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos), el citado tribunal se expidió además respecto del derecho a la doble instancia, estableciendo que, independientemente de la denominación que se dé al recurso contra la sentencia condenatoria, éste debe garantizar un examen integral de la decisión que pretende impugnarse (cfr. párrafo 165 del fallo citado).

11) En el caso que aquí se nos plantea, la defensa se agravia porque entiende que la decisión de la Cámara de Casación de no ingresar al tratamiento del recurso, en tanto se sustentó en que las cuestiones planteadas por el impugnante resultan ajenas al ámbito de la instancia de revisión, ha afectado la garantía de su asistido de recurrir la sentencia de condena. Tal situación demandará, entonces determinar si ello ha sido así y, en su caso, en qué medida.

12) En principio, puede afirmarse que si un individuo que ha sido condenado penalmente tiene un derecho constitucional a que la sentencia sea revisada o controlada por un tribunal superior, dicha revisión tendría que comprender todos aquellos argumentos en los que se ha sustentado la condena, es decir, aquellas premisas cuya modificación tiene aptitud para alterar la condena o la pena a favor del recurrente. En consecuencia, ese carácter total que debe tener el derecho de revisión de la condena vedará, en principio, que puedan realizarse distinciones que predeterminen la materia a revisar, excluyendo de antemano ciertos aspectos, como ocurre, por ejemplo, con la clasificación entre cuestiones de hecho y de derecho.

Este parece ser, por otra parte, el sentido con el que han sido dictadas las normas que contienen la garantía de revisión, en tanto éstas no

contienen una regla según la cual la revisión de la sentencia condenatoria pueda o deba limitarse a ciertos aspectos de la misma. En tal orden de ideas, debe destacarse también la exigencia establecida por la Corte Interamericana en el citado precedente "*Herrera Ulloa*" en cuanto a que debe garantizarse una revisión integral de la condena.

Ahora bien, afirmar que debe garantizarse la posibilidad de revisar todos los extremos que dan sustento a la sentencia de condena exige, sin embargo, ciertas puntualizaciones que permitirán, a su vez, fijar el marco y los alcances de la garantía en el caso.

En el sentido antes apuntado corresponde aclarar, en primer término, que pese a la posibilidad de revisión integral que debe brindar el recurso, existen ciertas cuestiones que, por razones fácticas, la Cámara de Casación se verá impedida de conocer. Ello remite específicamente a aquellos extremos que el tribunal sentenciante haya aprehendido en virtud de la inmediación, cuyo análisis, lógicamente, no puede ser reeditado en la instancia revisora (vgr. la impresión que los jueces del tribunal oral pudieren haber tenido sobre tal o cual testigo).

La segunda especificación se refiere a que el carácter total de la revisión no implica *per se* que el examen que el tribunal del recurso realice respecto de la sentencia de condena deba ir más allá de las cuestiones planteadas por la defensa. Ello es así porque, al tratarse de un derecho que su titular ejerce en la medida que la sentencia le causa agravio, resulta incorrecto intentar derivar de la garantía en cuestión una exigencia normativa que obligue a controlar aquellos extremos del fallo que el recurrente no ha sometido a revisión del tribunal examinador.

Las precisiones establecidas precedentemente permiten, entonces, circunscribir con mayor nitidez los alcances normativos de la garantía de doble instancia; en tal sentido, corresponde afirmar que el derecho de revisión del fallo condenatorio implica que todo examen solicitado por la defensa al tribunal de alzada, si resulta posible, debe ser

llevado a cabo.

13) Tal como ya ha sido reseñado, tenemos que, en el caso, la Cámara de Casación se ha negado a tratar el recurso deducido por el imputado por entender que éste plantea cuestiones ajenas a la revisión casatoria. Esta decisión se contrapone al esquema normativo - constitucional que aquí se viene tratando, toda vez que lo que el *a quo*, en definitiva, ha manifestado, es que le está vedado realizar un control integral de la sentencia del tribunal oral.

Este panorama exige determinar, consecuentemente, si esa imposibilidad de revisión que ha esgrimido la Cámara de Casación encuentra sustento en el texto del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación -regla sobre la que se asienta la inadmisibilidad decretada-, o si ella se ha derivado de la interpretación y aplicación que el *a quo* hiciera de la norma en cuestión.

14) La regla procesal citada establece: "*El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos: 1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad...*".

Como puede apreciarse a partir de su sola lectura, el artículo en estudio no establece una prohibición de que las sentencias dictadas por los tribunales orales puedan ser revisadas integralmente por la Cámara de Casación si son, a su vez, integralmente cuestionadas por el condenado (este sería el criterio de máxima de la vigencia de la garantía: control total a partir de la impugnación total). Por lo tanto, debe afirmarse que el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación no contiene una infracción literal a la regla constitucional según la cual el condenado puede recurrir el fallo o, en otros términos, someterlo a la revisión de un tribunal superior (artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente) y, en consecuencia, no corresponde, en el presente caso, declarar su inconstitucionalidad.

De tal modo, he de apartarme del método seguido por la Corte Interamericana de Derechos

Humanos en el caso contencioso "*Herrera Ulloa*" (ver números 167 y 168), que condenó a Costa Rica sólo sobre la base del texto legal que regula el recurso de casación de ese país, sin atender al modo en que efectivamente había sido tratado el recurso del condenado por la Sala III de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (res. 2001 - 00084 del 24 de enero de 2001).

15) Descartada la incompatibilidad manifiesta entre el texto legal y las normas constitucionales relativas a la garantía de doble instancia, resulta, entonces, que los motivos que ha dado la Sala II de la Cámara Nacional de Casación para rechazar el recurso de queja se han sustentado en una particular interpretación y aplicación del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación. Así, el referido tribunal ha derivado de dicha norma una regla que no está contenida expresamente en ella y que, además, no puede admitirse constitucionalmente. En efecto, mientras la garantía de doble instancia exige, como hemos visto, que se traten todos los agravios propuestos por la defensa, cualquiera sea su contenido (hecho o derecho), la Cámara de Casación ha entendido que el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación contiene una prohibición de examinar los aspectos fácticos de la sentencia.

16) Además, debe tenerse en cuenta, en tanto ello resulta esencial para considerar inconstitucional la aplicación que del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación se ha hecho en el caso, que los agravios planteados por la defensa en su recurso de casación no remitían a cuestiones que resultaran de imposible revisión, pues no se trataba de extremos que sólo hubiesen podido ser debidamente conocidos y valorados con la inmediación propia del debate oral. Así, verificados los requisitos de admisibilidad previstos por la ley, nada impedía a la Cámara de Casación ingresar al recurso deducido por la asistencia letrada del encartado Casal para determinar, en la medida de la disconformidad expresada por el recurrente y a partir de los hechos conforme habían sido establecidos por el tribunal oral, si la plataforma fáctica que se tuvo por acreditada se ajustaba razonablemente a las pruebas incorporadas al debate y al modo en que éstas habían sido va-

loradas. Y, por otra parte, si la figura conforme la cual se impuso pena al inculpado se adecuaba a los comportamientos que los jueces tuvieron por demostrados.

El argumento del rechazo del planteo no radicó, entonces, en una imposibilidad cognoscitiva de la Cámara de Casación de tratar las cuestiones por las que era requerida su intervención, sino en un pretendido obstáculo normativo que ni la Constitución Nacional ni la ley procesal, rectamente interpretada, imponen. Dicho de otro modo, nunca puede el tribunal de alzada, sin violar el derecho a la doble instancia, dejar de considerar un argumento de la defensa cuyo tratamiento es posible, objetando que no está permitido su examen en instancia de revisión.

Corresponde aclarar, que no escapa a la suscripta que la interpretación del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación que ha venido sosteniendo la Cámara Nacional de Casación Penal responde a los fines que, históricamente, se asignaron al recurso de casación. Al respecto, resulta suficiente la ilustrativa reseña realizada por los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti en su voto. No obstante, tal como lo he dejado de manifiesto en las consideraciones precedentes, esa interpretación debe ceder ante la que exige la Constitución Nacional.

17) En resumen, la Sala II de la Cámara de Casación ha aplicado el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación de un modo que viola el derecho a la doble instancia establecido por los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En consecuencia, la decisión del *a quo* de desestimar el recurso de queja por casación denegada debe ser invalidada constitucionalmente, por lo que corresponde que el tribunal apelado dicte una nueva resolución de acuerdo a los parámetros aquí fijados.

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución recurrida con el alcance que resulta de la presente. Vuelvan los autos al tribunal de origen para

que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo.
Hágase saber, acumúlese la queja al principal y
remítase. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por **Matías Eugenio Casal**, representado
por **los Dres. Manuel E. Barros y Carlos A. Gronda**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo
Criminal N° 5**