

Estado de situación a partir del fallo Casal

A partir de la doctrina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación consagra en el fallo CASAL (1) se abre el debate acerca de los mejores mecanismos procesales a implementar para asegurar el propósito tenido en mira por dicho pronunciamiento, es decir, el de posibilitar una verdadera revisión integral de la sentencia condenatoria. Una revisión que permita fundamentalmente al acusado, abrigar la certeza que su condena descansa en un auténtico doble conforme respecto del derecho en que se funda pero, especialmente, en relación a los hechos que le dieron sustento.

Por lo pronto, y volviendo al fallo Casal, resulta de especial interés el voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco, en cuanto expresamente postula la ordinarización del recurso revisor. Así se expresó esta ministro de la Corte: "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, asegurando 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."-

Ahora bien, es evidente que al exigir nuestro máximo tribunal nacional el máximo esfuerzo revisorio al tribunal de casación, se produce un paso adelante en orden al constitucional alineamiento con la manda que emerge de los pactos internacionales; en el caso la C.A.D.H, art. 8.2h y el P. D.C.y.P, art. 14.5. Y específicamente, la importancia que conlleva el voto de la Dra. Highton, radica en establecer la necesidad de ordinarizar el recurso destinado a cumplir con el requisito del doble conforme de la sentencia condenatoria. Sin embargo, la Corte no acertó en este importante pronunciamiento, aún cuando subyace en sus alcances, con la fórmula que permita en la práctica la concreción de un recurso de la amplitud que aquella garantía exige. Queda claro que la vieja fórmula de restringir el recurso a las cuestiones de derecho ha fenecido, y esta convicción venía ya encontrando acogida en la propia Cámara Nacional de Casación Penal a partir del caso "López, Fernando Daniel s/recurso de queja" (2), como directa consecuencia del precedente HERRERA ULLOA c/ REPUBLICA DE COSTA RICA, emanado de la C.I.D.H. Pero la valla que queda en pie pese a tal esfuerzo, y de la que todo tribunal de casación penal del país podrá asirse para mantener el restrictivo recurso, es el límite impuesto por el principio de inmediación. Carece el pronunciamiento de una definición clara del alcance que otorga al mismo.

El principio de inmediación y su interpretación

Se advierte que, como ha ocurrido en tantas otras ocasiones en que el peso de la costumbre impide avisorar la relatividad de muchos principios, con el de inmediación pasa lo propio. Se tiene por cierto que merced al mismo solamente pueden dar debido fundamento a una sentencia condenatoria, aquellos elementos probatorios producidos ante la presencia

física de los jueces del tribunal de juicio oral. Y en base a esta definición, se descalifica toda posibilidad de revisión integral de los hechos y de la valoración de la prueba por parte del tribunal revisor, en este caso el de casación penal. En primer lugar, cabe advertir que los mismos códigos de procedimientos penal se encargan de desmentir aquella definición, toda vez que admiten la introducción de pruebas que no se producen ante la presencia física del tribunal, y que ellas resulten validantes de una sentencia condenatoria. Pareciera que esta realidad, por si misma, basta para dar por tierra con el alcance que por definición se otorga al mentado principio. O al menos, al alcance que se le pretende dar cuando se trata de revisar la sentencia condenatoria.

Ha dicho la Dra. Highton que la reforma legislativa que se requiere, para dar efectivo cumplimiento a la manda del doble conforme, reclama la ordinarización del recurso. Y, la verdad que, aún cuando esta misma magistrada incurre también en la discutible limitante que resultaría del principio de inmediación, en esa pretensión de ordinarización, radica su mayor acierto. Y ello porque, por definición, un recurso ordinario es el que permite revisar todas las cuestiones de hecho y de derecho que la parte, en este caso el condenado en el juicio oral, pone en tela de juicio. Y pareciera ser también la única forma cierta de cumplir con las mandas que parten de los pactos ya mencionados. Pero qué pasaría si el anhelo de la distinguida ministra se cumple y la legislación evoluciona hacia un recurso ordinario para revisar la sentencia de juicio oral y cumplir así con la obligación del doble conforme para legitimar una sentencia condenatoria. ¿Es acaso por ello que el principio de inmediación desaparecería como tal? Evidentemente no. Solamente se mantendría con las limitaciones que tiene en la actualidad que, obviamente, no son pocas. ¿Pero no es entonces cierto que la revisión ordinaria por el tribunal de alzada de la sentencia

condenatoria supondría la incorporación de nuevas excepciones a su vigencia?. Pues no necesariamente.

El funcionamiento del recurso ordinario

Es que este recurso no importa un nuevo juicio, sino como se ha dado en decir, es *un juicio del juicio*. Ferrajoli lo describe diciendo que *"es el reexamen, a pedido de parte, del primer juicio, lo que constituye una garantía esencial del ciudadano y en particular, en el juicio penal, del imputado. Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta del doble examen los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio"*. (3) A través suyo el condenado podrá disconformarse con el derecho aplicado pero, sobre todo con aquello que más le interesa y mortifica, los hechos y la interpretación que el tribunal ha hecho de los mismos. Es decir, la valoración de la prueba. Ya no se limitará el ad quem a dirimir la justeza formal de un silogismo lógico, sino que se adentrará en la valoración directa de la prueba que ha llevado a cabo el tribunal. Examinará lisa y llanamente el mérito que ha adjudicado el a quo a la totalidad de los medios probatorios que sean objeto de los motivos del recurso. Y más aún, en el fondo, hasta es posible afirmar que estará en condiciones de establecer si fue o no adecuado el uso que se hizo de la inmediación por parte del tribunal de juicio. Es decir si todo aquello que éste afirma en su sentencia que es producto de su directa percepción, contrastado con las constancias del juicio, es efectivamente así. O sea que se ha de confrontar la percepción

que los jueces manifiestan haber recibido, con las conclusiones que extraen de la misma e, incluso, forjar un análisis de razonabilidad de las resultas de la alegada percepción.

En definitiva en este recurso lo que se revisa es, en esencia, la propia actuación del tribunal en relación a la aplicación que hizo del derecho y a la apreciación de los hechos que volcó en su sentencia. He allí la razón por la que el principio de inmediación carece de la envergadura que se le pretende otorgar en esta etapa, cediendo ante la necesidad de brindar al acusado una revisión integral del fallo condenatorio.

La preservación probatoria

Es obvio así que el mecanismo de ordinarización que se propone, sólo puede prosperar en la medida en que tribunal ad quem cuente con la posibilidad de examinar las constancias del juicio oral mismo en su totalidad, evitando así toda necesidad de reenvío o de verse en la obligación de reeditar total o parcialmente el juicio, produciendo nueva prueba. Y más allá de quienes anclados en discusiones propias de un pasado ya lejano, cuestionen la preservación probatoria so pretexto de que se incurriría en una oralidad actuada, lo real es que no existe mayor garantía para quien es sometido a proceso penal que la preservación de la totalidad de las constancias de lo actuado para arribar a su condena. Es que no otra cosa se revisa que lo actuado y para ello deben existir las debidas constancias. Y hoy en día, el avance de la tecnología permite que fácilmente el tribunal revisor pueda observar con una fidelidad que nada tiene que ver con las viejas y tergiversadoras fojas escritas de antaño y tampoco con las pocas y muchas veces inexactas constancias del acta que prevén los códigos modernos. Métodos de computación o una simple video grabación, han de abrir tal posibilidad. En rigor de verdad lo único que queda reservado a la tan exaltada mediación, no son sino los testimonios

producidos en el debate oral. Y se afirma que a través de ese principio "rector", le es permitido al tribunal acceder a percepciones que provienen de la inflexión de la voz, de los gestos, ademanes de los testigos y peritos; de la seguridad o duda con la que estos se pronuncien. Y eso es cierto. Pero no lo es que tal prerrogativa la tengan sólo quienes físicamente están allí presentes. Es que hasta las emociones más tenues pueden percibirse a través de una imagen adecuadamente tomada. Cuántas veces los sentimientos y emociones traslucidos por un buen actor mientras vemos una película, son capaces de arrancarnos una lágrima. Pues el escenario del juicio oral y todas sus manifestaciones aún sin la sagacidad de un cineasta, bien pueden ser atrapados por una cámara. Con ellas debe contar el tribunal ad quem para estar en verdaderas condiciones de revisar integralmente la sentencia condenatoria.

Por otra parte, existen antecedentes de diversa índole en nuestro país y en el extranjero, que utilizan el sistema de video en las audiencias orales. Así, por ejemplo, el juzgamiento que en el año 2000 se realizó a los responsables del motín de sierra chica en donde los veinticuatro acusados considerados de máxima peligrosidad, permanecieron en su lugar de detención comunicados mediante teleconferencia con la sala de audiencias (4). Así describe la crónica periodística de la época: *"Los 24 acusados, encerrados en una jaula dentro de una cárcel, se comunican con micrófonos y auriculares. Y ven todo por monitores. La mayoría de los testigos fueron guardias y presos con miedo a hablar"*.

En Colombia, lo propio se hizo con el juzgamiento al líder guerrillero Ricardo Palmera (conocido por su nombre de guerra Simón Trinidad) a partir del 5 de febrero de 2004.

La presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo, Hebe de Bonafini, prestó declaración testimonial mediante el sistema de teleconferencia en el

juicio llevado a cabo en Madrid contra Adolfo Silingo (5)

Al mismo tiempo, se registran proyectos tendientes a implementar la video grabación de las audiencias de debate oral. Así, tras la aparición del mentado precedente López, Fernando Daniel en la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, el consejero de la magistratura nacional Dr. Beinusz Szmukler presentó un proyecto ante el mismo para que se reglamente la video grabación de los debates con vistas a facilitar la fiel reedición de cuanto en ellos ocurriera en la Cámara de Casación, en caso de así requerirlo el tratamiento del recurso respectivo (6). En cuanto más nos interesa, el Dr. Szmukler dice en su proyecto: "*...Así el fallo auspicia un "análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior, dando lugar a la articulación de lo que en doctrina se denomina un recurso "amplio" de revisión. Conforme a ello, no quedan dudas acerca de la necesidad de permitir que el Tribunal y los recurrentes cuenten con una versión completa de lo actuado durante el debate oral, circunstancia que no garantizan las actas del mismo, en tanto sólo se vuelca en las mismas lo que ha pedido alguna de las partes o el tribunal considera relevante, careciendo de la riqueza que las imágenes y sonido pueden proporcionar al tribunal revisor*".

Con lo dicho hasta aquí queda en claro que existe una tendencia mundial a extender el concepto de inmediación a las posibilidades que brindan los actuales medios tecnológicos. No cabe duda que no varía sustancialmente la situación en relación a la vigencia del principio de inmediación en aquellos casos en que acusados y testigos declaran en directo a través de un sistema de videoconferencia, que en aquellos en que la registración filmica o por otros medios tecnológicos más avanzados aún se utiliza para el "juzgamiento del juicio". Es decir para la revisión de lo

actuado por un tribunal oral. En ambos casos median imágenes en lugar del contacto personal.

¿Para un recurso ordinario qué tribunal se requiere?

La respuesta parece obvia. Basta con un tribunal ordinario. Y no sólo que basta con él, sino que es absolutamente imprescindible desde el punto de vista de la implementación práctica, que así sea. Sin entrar en consideraciones de orden histórico que hablan a las claras de la innecesariedad para el actual estado de evolución jurídica del tribunal de casación penal (7), es importante recordar que una debida alineación al bloque constitucional surgido a partir de la reforma de 1994, requiere considerar también la plena vigencia de otros principios y garantías. Entre ellos, fundamentalmente, el derecho de todo procesado a que se lo juzgue en un plazo razonable. Y si efectivamente se acuerda en que el recurso adecuado para revisar las sentencias condenatorias y cumplir con el doble conforme, es uno ordinario, los tribunales adecuados para su tratamiento, son las Cámaras ordinarias de apelación. Podrán ser las mismas previstas para resolver las cuestiones que surgen de la investigación penal preparatoria o, mejor aún, las que se conformen especialmente al efecto en cada departamento judicial, con lo cual se podrán obviar las dificultades provenientes de los previsibles incidentes de recusación o continuas excusaciones. Con solo mencionar que, por ejemplo, en casos como el de la provincia de Buenos Aires, en donde las distancias son enormes, la cercanía de las Cámaras con los Tribunales de juicio permitirán ahorrar el dispendio de tiempo en que sólo para derivar las causas al Tribunal de Casación se incurre, habla de la ventaja de la propuesta. Alguien pensará en que la cuestión se resuelve con la implementación de más Salas de la Casación, prorrateadas territorialmente. Pero esa alternativa no representaría una ventaja en cuanto a costos y, por otro lado, ¿para qué

seguir rotulando a un tribunal llamado a pronunciarse en un recurso ordinario, con el nombre propio de uno destinado históricamente a entender en un recurso de carácter extraordinario?

Tampoco alcanza para justificar el mantenimiento de la casación, su supuesta misión de uniformar la jurisprudencia. Basta para ello con el plenario de las cámaras respectivas y, en casos locales en donde hay varios departamentos judiciales, con el pronunciamiento para esos casos siempre ligados a cuestiones de derecho, de la Suprema Corte provincial.

Aunque debemos reconocer que somos poco propensos a ello, también los abogados y juristas alguna vez tenderemos a elegir el camino más simple y directo para alcanzar las soluciones que reclaman los directos beneficiarios de la administración de justicia, reemplazando con tales soluciones a las grandes pero muchas veces intangibles construcciones de alta complejidad dogmática.

Propuesta

1. La doctrina del máximo esfuerzo revisor resultante del precedente Casal, cuya meta es alcanzar un mecanismo que consagre en la práctica el derecho a la revisión integral del fallo condenatorio, importa una manda dentro del sistema vigente y un llamado a una reforma legislativa que lo consagre sin bemoles (voto de la Dra. Highton)

2. La imprescindible reforma legislativa debe, sencillamente, consistir en la eliminación del recurso y los tribunales de casación, dejando a las Cámaras de Apelaciones y Garantías la consideración de los motivos contenidos en los recursos contra las sentencias condenatorias.

3. Se debe implementar, con carácter obligatorio, el registro filmico o por los medios técnicos más avanzados que resguarden la imagen y el audio de las audiencias de debate oral, los que quedarán en poder del

tribunal de juicio, debidamente precintados y bajo la guarda del actuario hasta ser elevados, en su caso, al tribunal de alzada. El Tribunal entregará una copia a cada una de las partes.

4. Dicho recurso sólo será disponible por el condenado, único destinataria de la garantía del doble conforme en la materia. Para el fiscal y querellante quedarán en pie, por supuesto, los de carácter extraordinario.

5.- La responsabilidad de la calidad y fidelidad de la videograbaación se ha de poner siempre en cabeza del tribunal de juicio. Si por carencias de aquél orden, el tribunal revisor no pudiere analizar adecuadamente la percepción que se tuvo de una prueba esencial para decidir el recurso, deberá ineludiblemente formular una interpretación favorable al recurrente.

Notas

1) C. 1757. XL. Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681- CSJN - 20/09/2005.

2) CNCP, Sala IV, Rta. 15/10/2004

3)FERRAJOLI, Luigi; “Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia”, Nueva Doctrina Penal, 1996/B, pág. 446/7

4)"**Brandan Juárez** Marcelo y otros-Homicidio calificado y otros-Sierra Chica" , Cám. de Ap. y Gar. de Azul, 13/4/2000; Causa anexa n°18.569"

5) España, Audiencia Nacional, Sala en lo penal, Sección Tercera; Adolfo Francisco Scilingo. Sentencia del 19 de abril de 2005

6) Consejo Nacional de la Magistratura, proyecto presentado el 19 de noviembre de 2004.-

7) ver *Gabriela Alejandra Maceda y Tamara Laura Ortenzi; Casal*": **precisa respuesta al derecho al doble conforme** (EL DIAL, 28/11/2005)