

La doble instancia judicial y el recurso de casación en materia penal. Una mirada desde la normativa constitucional.

Dr. Diego Tatarsky.

Introducción.

Como primera medida, debo manifestar que la temática abordada en este breve trabajo, tiene en nuestros días una vital importancia, pues versa sobre una nueva lectura que se impone materializar, sobre los alcances del remedio casatorio en materia penal.

Así, tratándose de un recurso calificado en primer término de extraordinario –dicho esto en oposición a la clásica apelación ordinaria- y tendiente a abordar cuestiones que únicamente pueden rotularse como de “derecho”, en los tiempos que corren debe renovarse tal criterio, e interpretarse esta vía a la luz de las nuevas mandas constitucionales, que ya no admiten una revisión acotada por parte de los Tribunales intermedios, sino que exigen un análisis integral, que resulte abarcativo de las cuestiones de hecho, a fin de garantizar a todo imputado, su derecho de revisión por un estamento superior.

A fin de desarrollar lo antedicho, habré de comenzar por una referencia al marco constitucional de la cuestión, para luego trasladarme hacia la normativa infraconstitucional, y precedentes jurisprudenciales que en nuestros días –a mi juicio- se deben seguir.

Normas constitucionales vinculadas al tema en tratamiento.

Al comenzar este punto, es obvia la referencia al Art. 75 Inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, en tanto como bien se sabe, ha reconocido la jerarquía constitucional –entre otros Tratados- a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En su Art. 8 inciso h) el Pacto de San José de Costa Rica reconoce a todo imputado el derecho de recurrir ante el juez o tribunal superior.-

A su vez, el Art. 14 punto 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a toda persona declarada culpable de un delito, el derecho de someter ese fallo adverso a sus intereses, ante un tribunal superior.

Son claras las reglas constitucionales citadas, y deben ser receptadas por la normativa infraconstitucional –léase Códigos

Procesales en su caso- pues así lo impone la regla de Supremacía Constitucional que emerge del Art. 31 de nuestra Carta Magna.

Es indudable también, que esta revisión que nuestra ley fundamental impone, es parte del debido proceso adjetivo que garantiza el Art. 18 de la misma, y que las provincias deben conformarse a ello en el marco de las regulaciones, en aplicación del Art. 5 de la Constitución Nacional, pues de lo contrario, las mismas no tendrían una administración de justicia constitucional.

A la luz de estas reglas, y teniéndose en cuenta –como se dijera- que la casación ha sido vista inicialmente como una instancia revisora de “derecho”, de juzgados o tribunales de primera instancia, es que se analizará someramente la normativa que rige este remedio en los ámbitos de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires.

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

El Código Procesal Penal de la Nación (T.O. Ley 23984 y modif.), legisla sobre el recurso que nos ocupa en sus Arts. 456 y siguientes, indicando en lo sustancial, que procederá en caso de inobservancia o

errónea aplicación de la ley sustantiva (Inc. 1º), así como ante inobservancia de normas que el Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que haya reclamado la subsanación del vicio –o hecho la protesta-, a menos que se trate de nulidades absolutas (Inc. 2º).

Si bien no pasará revista a la restante regulación del recurso –por no ser materia específica en tratamiento-, lo que sí interesa a los efectos de esta labor, es la limitación que el texto contiene en su Art. 459 para el imputado, en tanto sólo le permite recurrir sentencias condenatorias de más de 6 (seis) meses de prisión, más de 1 (un) año de inhabilitación o de determinada multa en caso de Juicios Correccionales (Inc. 1º), o de más de 3 (tres) años de prisión, más de 5 (cinco) de inhabilitación, o más de de determinada cantidad de multa, en caso de Juicios Criminales (Inc. 2º).

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

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

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

No se pretende desconocer que la instancia recursiva puede ser exitosa en otros supuestos, como lo es eventualmente la gravedad institucional o el absurdo mismo, mas lo que interesa a los fines aquí propuestos, es destacar que desde la óptica normativa, se sostuvo esta vía como una instancia de revisión netamente jurídica, y ajena a los hechos.

Es decir, que en los ámbitos a los que aludo, los jueces o tribunales de primera instancia eran en principio, el único órgano que tenía potestad sobre las cuestiones fácticas, quedando la casación únicamente para

revisar el significado jurídico de los hechos ya fijados, salvo –como se dijera- que se alegara y probara la existencia de lo que se ha dado en llamar absurdo valorativo.

No es esta una afirmación caprichosa, sino que basta con seguir la opinión de de la Rúa, en una de las obras clásicas del tema que nos ocupa, en tanto indica que: **“... si se aplica con rigor, será más fácil comprender la dinámica de la casación como recurso limitado a las cuestiones de derecho...”** (El Recurso de Casación, Fernando de la Rúa, Ed. Víctor Zavalía, Bs. As. 1968, páginas 99 y 100).

En un principio, y sin perjuicio de las reglas que emanan de nuestra norma fundamental, la casación bonaerense limitó su conocimiento a las cuestiones de derecho, dejando muy en claro que la vía casatoria no constituye una segunda instancia revisora de los hechos, sino que lo es de las posibles infracciones de derecho (Cf. Trib. Cas. Penal Pcia. de Buenos Aires, Sala II, Registros 893-2000; 480-01; 35-2001, entre otros; Sala I, Registro 48-2004, entre otros).

Por su parte, la Casación Nacional también se había pronunciado de la misma manera, al excluir de la posibilidad de control casatorio a las cuestiones atinentes a los hechos, con la salvedad del absurdo valorativo (Cf. Cám. Nac. Cas. Penal, Sala II, Fallos de fechas 7-9-1998 y 16-6-

1998, entre otros, publicados en L.L. 1999-F-564, y L.L. 1999-F-573, respectivamente; Sala I, Causa Nº 2133, 17-3-1999, Reg. 2657.1).

Obviamente, se han citado algunos precedentes, debiendo quedar en claro que fueron extraídos entre una gran cantidad de resoluciones similares, por lo que cabe afirmar que hasta no hace mucho –es más, hoy en día los criterios todavía no son unánimes en lo que hace a la revisión integral- los estamentos judiciales intermedios aplicaban un criterio de intervención ceñido estrictamente al análisis jurídico, quedando los hechos a merced de una primera instancia, que terminaba funcionando como “única”.

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

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

Nuevos criterios de revisión que emergen del texto constitucional.

La nueva visión del asunto que motiva esta tarea, comienza a salir a la luz con el caso “**Gioldi**” (CSJN, Fallos 318:514, L.L. 1995-D-469, en el que se revisa la doctrina del caso “**Jáuregui**” (CSJN, fallos 311:274), en el marco del cual se consideró que el requisito de la doble instancia en materia penal quedaba satisfecho con el remedio previsto por el Art. 14 de la Ley 48.

En “**Gioldi**”, el máximo Tribunal de la Nación, revisó lo resuelto por la Casación Nacional, en tanto declaró inadmisibile la vía casatoria, en un caso que no superaba el límite para recurrir que establecía el Art. 459 del C.P.N. Así la Corte Nacional, declaró la invalidez del artículo en examen, por considerar que esta era la manera más adecuada de garantizar la doble instancia en materia penal prevista por el Art. 8 Inc. H de la Convención Americana de Derechos Humanos (Consid. 10 del Fallo).

Además, dejó en claro que como órgano supremo de uno de los Poderes del Estado, correspondía a la Corte aplicar los tratados internacionales a los que el país se vinculó, removiendo los obstáculos

para evitar la generación de responsabilidad internacional posterior (Cf. Fallo “**Gioldi**”, consid. 12).

Sin duda, ha sido este un gran avance, pues se estableció por parte del máximo intérprete constitucional del país, que los topes para recurrir en casación que la ley de forma contenía, eran inconstitucionales.

Este precedente fue acatado, y se lo aplicó no ya a recursos presentados ante los Tribunales Orales, sino también a remedios articulados ante el fuero correccional (Cf. Código Procesal Penal de la Nación, comentado por los Dres. Navarro y Daray, Pág, 1222, Ed. Hammurabi, año 2004).

Ahora bien, superado el escollo de la limitación por monto de pena que tenía la ley nacional, extremo éste que no se verificaba en el ámbito bonaerense, restaba todavía definir la medida del alcance del control que se debía hacer en casación, pues como se vio, si bien en el año 1995 “**Gioldi**” fue un avance, recién al dictar el fallo “**Casal**” de fecha 20-9-2005, la C.S.J.N. dejó establecido que debía darse prioridad a la manda que emerge del Art. 8º Inc. h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y por tanto, no interpretar el Recurso de Casación de modo restrictivo, ni excluyendo de su órbita los supuestos del análisis de la prueba cuando se contraríe la regla de sana crítica.

Puntualmente, indicó el máximo tribunal que “...**No existe razón legal ni obstáculo legal alguno en el texto 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...**” (Fallo “**Casal**”, consid. 24 y 25), quedando fuera de ello la impresión personal que los testigos hubieran generado a los juzgadores, hecho éste del que se debe dar cuenta, si es que se lo pretende sostener como válido.

Es interesante advertir aquí –al menos a mi juicio- como la Corte adapta la legislación ya existente a una nueva lectura constitucional, en tanto indica que al aludir el Código Procesal a las reglas de procedimiento, también en definitiva, se refiere a lo atinente a las reglas de valoración probatoria (consid. 22).

Queda claro entonces, tal como surge de los alcances del decisorio al que se alude, que nuestro estado constitucional de derecho ya no admite los criterios “clásicos” en materia casatoria, y exige sin hesitación alguna, un abordaje integral, en cumplimiento con los Arts. 8 Inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica, y 14 Inc. 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Pasado algo más de un mes, la C.S.J.N. ratificó los extremos vertidos en el caso “**Casal**”, al resolver de idéntica manera –y

en pos de un recurso de casación amplio- el caso “**Martinez Areco**”, en fecha 25 de Octubre de 2005.

En el ámbito de la casación penal, la amplitud de la vía recursiva había sido reconocida por una de la Sala VI, el día 15-10-2004, en el caso “**López**”, publicado en L.L.-2004-F-1949, en el marco del cual se estableció que el derecho a recurrir no debía tener mayores complejidades, abogándose por un examen integral de la resolución recurrida.

En el ámbito bonaerense, ya con posterioridad a “**Casal**” – me permitiría decir casi en aplicación de la doctrina que emerge del citado fallo- la casación ya en algunos fallos ha comenzado a abordar los hechos, reconociendo entonces la amplitud en el análisis recursivo, modificándose así el criterio primigenio.

Así se ha resuelto que ***“Fuera de la limitación en materia de hechos y su prueba que se reduce a las que corresponden a la inmediación propia de los jueces de grado, la interpretación integradora de los artículos 8 Inc. H de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 Inc. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 448 y 451 del Cpr., lleva a estimar aplicable la teoría del agotamiento de la capacidad revisora dejando a un lado la limitación del recurso de casación a las denominadas cuestiones de***

derecho...” (Trib. Cas. Pen. Pcia. Bs. As. Sala III, Causa 10370, RSD-330-6, de fecha 20-6-06, y Causa 18914, RSD-375-6, de fecha 6-7-06).

Queda claro entonces, que hoy en día debe reconocerse ante sentencias condenatorias en sede penal, y a favor del imputado –en principio no del Ministerio Público, Cf. CSJN, caso “**Arce**”, L.L. 1998-A-325- el derecho de recurrir ante los tribunales intermedios a fin de que revisen íntegramente, hechos y derecho.

De lo contrario, amén de incumplirse con la manda constitucional, se corre el riesgo de tener que afrontar la responsabilidad internacional como se verá seguidamente.

El caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

Es interesante acudir a este precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 2 de Julio de 2004, pues tiene aspectos que son válidos, y que marcan cuál es la consecuencia para el estado nacional, en caso de que no se garantice el acceso a todo imputado, a la doble instancia judicial y amplia revisión por magistrados imparciales.-

Así, si bien este caso es extenso, y tiene diversas aristas –como que una misma corte del aludido país falló dos veces en el asunto, la

primera anulando una absolución y la segunda, condenando- en lo que interesa a este trabajo, la C.I.D.H. postuló que: ***“... De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, lo cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el Art. 8.2.h de dicho Tratado, debe ser un recurso 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 el fallo...”***-

Es prístino el alcance que la C.I.D.H. –órgano de justicia supranacional que nuestro país debe respetar- le asigna a recursos como el de casación –con independencia de cómo se lo rotule- así como también está a la vista la consecuencia del incumplimiento, pues en ese fallo, la nación demandada fue obligada a dejar sin efecto el fallo, a adecuar la legislación, y a indemnizar al agraviado.-

Si bien la CSJN trata esta posibilidad en el aludido **“Casal”** es interesante que los estamentos intermedios –y todos los jueces, en virtud de que nuestro sistema de control de constitucionalidad es difuso- recuerden cuando corresponda **“Herrera Ulloa”** a fin de cumplir con la

Constitución –en primer término- y evitar que el estado deba indemnizar, en el segundo.

Conclusión: La necesidad de adoptar un criterio amplio de revisión. De lo contrario se violentarán garantías constitucionales que habilitarán el planteo de cuestiones federales.

A lo largo de esta exposición, entiendo ha quedado claro que el derecho a recurrir una sentencia condenatoria por parte del agraviado ante el Tribunal Superior, debe ser tutelado por medio de un recurso que tenga carácter amplio, y habilite una revisión, tanto fáctica como jurídica.

No importa en realidad como se lo rotule –casación, apelación, revisión, etc. sino que un tribunal superior pueda conocer integralmente en el asunto, siendo el único límite el que imponen las probanzas que exigen inmediación –las que para ser consideradas válidas deberán ser bien relatadas por los jueces de grado-, para así habilitar la existencia de un verdadero sistema recursivo, que se compadezca con el estado constitucional de derecho.

La normativa constitucional que exige seguir este camino, como se dijera, está dada principalmente por los Arts. 5,18,31,75 Inc. 22 y Ccuds.

de la C.N., 8 Inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica, y 14 apartado 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Obviamente, si este derecho es desconocido, se lesionará al agraviado su derecho constitucional de acceder a una revisión integral, y por ende quedará configurada la cuestión federal, en los términos del Art. 14 Inc. 3º de la Ley 48, pues la normativa infraconstitucional recursiva será tachada de ser contraria a la validez de la propia C.N. y de dos Tratados que con su jerarquía, fueron incorporados.

Esta cuestión federal, que fue admitida como tal por la CSJN en “**Girolodi**” (Consid. 3) y en “**Casal**” (Consid. 5), habilitará eventualmente la anulación de los fallos que desconozcan este derecho por parte del máximo tribunal, o de no ser así, la sanción al estado nacional por parte de la C.I.D.H., tal como ocurrió con el estado de Costa Rica en el precedente “**Herrera Ulloa**”.

No hay a mi juicio otra alternativa, que la de postular que los estamentos judiciales intermedios hagan una revisión amplia e integral de las sentencias que por condenas penales les lleguen en grado de apelación, para así evitar tanto el planteo de cuestiones federales posteriores, como también la dilación en el trámite de los asuntos, pues mientras siga la actual integración, es de suponer que la C.S.J.N. aplicará los precedentes “**Casal**” y “**Martinez Areco**”, y eventualmente anulará

decisorios que desconozcan su doctrina, lo que generará demoras incompatibles con la pronta resolución de los asuntos, hecho éste que puede ser, en este aspecto evitado.

Y por último, una íntegra revisión, dará lugar -nada menos- a que se cumpla un mandato constitucional, en una temática tan delicada como lo es la materia procesal penal, en la que está en juego nada más – y nada menos- que la libertad personal.