

## RECURSO DE CASACIÓN Y ARBITRARIEDAD JUDICIAL

Alberto Bovino y Santiago Vegezzi

"A partir del siglo XVI, y como consecuencia de las presiones de humanistas como Fray Bartolomé de Las Casas o Francisco de Vitoria, los Reyes Españoles dictaron normas (como las Leyes Nuevas de 1542), instando a los conquistadores a suspender la guerra contra las poblaciones aborígenes, y a la prohibición de la transmisión hereditaria de la encomienda, puesto que los encomenderos pretendían mantenerla a perpetuidad. Por supuesto, y como todos sabemos, estas disposiciones nunca fueron cumplidas. Desde ese momento, una frase convertida en una institución, se tornó célebre en tierras americanas: "Se acata pero no se cumple".

Pablo CERIANI CERNADAS, *El derecho a un tribunal imparcial: ¿una cuestión de honor?*

### I. Objeto del trabajo

I. Este comentario analiza los motivos por los cuales un recurso de casación interpuesto por un acusador estatal puede ser declarado admisible, de acuerdo con los motivos legales taxativamente dispuestos en las normas procesales.

Una vez concluido el breve análisis del sistema de impugnabilidad previsto por la legislación procesal penal vigente (cap. II), examinaremos dos decisiones judiciales que declararon admisibles recursos del acusador público en el ámbito de la casación bonacrense y de la casación nacional. Como veremos, ambas decisiones constituyen una clara violación de las disposiciones legales y, además y especialmente, una grave afectación a garantías consagradas por el derecho internacional de los derechos humanos.

No pretendemos justificar criterios restrictivos para declarar la admisibilidad del recurso de casación en materia penal. Por el contrario, en tér-

ruinos generales adherimos a la doctrina que propugna la amplitud del recurso de casación como garantía del condenado<sup>1</sup>.

Más allá de la dudosa adecuación de nuestro régimen recursivo en material penal respecto de las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos en materia del derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria –debido al carácter bilateral regulado en la legislación vigente<sup>2</sup>–, en este comentario examinaremos una violación independiente.

II. Como trataremos de demostrar, en casos como los que aquí analizamos, no sólo se vulneran las garantías judiciales específicas contenidas en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en adelante, la Convención Americana, la Convención, o la CADH– y en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante, el Pacto Internacional, el Pacto, o el PIDCP–, sino también el derecho a la libertad personal consagrado en el art. 7.2 de la Convención Americana y en el art. 9.1 del Pacto Internacional.

En este sentido, es importante recordar que, de acuerdo con el art. 7.2 de la Convención Americana:

“Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

En sentido similar, el art. 9.1 del Pacto Internacional dispone:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

Si consideramos ambas disposiciones a la luz de los criterios interpretativos del derecho internacional de los derechos humanos –principios incorporados a nuestro bloque de constitucionalidad por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional–, y de la jurisprudencia de los órganos inter-

<sup>1</sup> Para un desarrollo acabado del tema ver MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1, ps. 705 y ss.; DÍAZ CASTÓN, *El cuestionamiento a la legitimidad del recurso del acusador contra la sentencia con miras a agravar la situación del imputado. Otro aporte a la discusión*; PASTOR, Daniel R., *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la doctrina de la impugnación en el derecho procesal penal*.

<sup>2</sup> Ver, en este sentido, el desarrollo de MAIER al confrontar el derecho a impugnar la sentencia penal condenatoria contemplado en el art. 8.2.h de la Convención Americana, y en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con las cláusulas que establecen el juicio por jurados en nuestro texto constitucional (*Derecho procesal penal*, t. 1, ps. 705 y ss.).

nacionales, veremos cómo los principios establecidos en los fallos analizados resultan francamente opuestos a las obligaciones internacionales del Estado Argentino<sup>3</sup>.

Para demostrar nuestra hipótesis, es necesario acudir, en primer lugar, a la regulación legal del régimen recursivo vigente en materia de derecho procesal penal en el ámbito interno. A ello dedicaremos el siguiente punto.

## II. Admisibilidad del recurso de casación

1. El primer problema que se debe atender para analizar cómo se administra el recurso de casación en materia penal –en verdad, cualquier recurso– es su régimen de admisibilidad. Se trata de determinar, entre otros requisitos, qué resoluciones pueden ser impugnadas –impugnabilidad objetiva–, y cuál de las partes tiene legitimación para interponer el medio de impugnación de que se trate –impugnabilidad subjetiva–. PALACIO ha destacado, sobre este punto:

“Los requisitos de admisibilidad de los recursos atienden –como ocurre con todo acto procesal– a los sujetos que intervienen en su interposición, sustanciación y resolución, al *objeto sobre el que versan* y a la actividad que involucran, debiendo esta última analizarse en sus dimensiones de lugar, tiempo y forma”<sup>4</sup>.

Una de las principales distinciones entre los requisitos de *admisibilidad* y el análisis de la *procedencia* de la impugnación –agrega el autor citado– consiste en que:

“el examen de los requisitos de admisibilidad... debe comportar una operación necesariamente previa respecto al examen de fundabilidad o estimabilidad, y que un juicio negativo sobre la concurrencia de cualquiera de los primeros descarta, sin más, la necesidad de una decisión relativa al mérito del recurso”<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Sobre los principios de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos que integran nuestro derecho a partir de la reforma constitucional de 1994, cf. ABRIGÓ, *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción*, especialmente ps. 18 y ss.; PASTOR, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*.

<sup>4</sup> PALACIO, *Los recursos en el proceso penal*, p. 15 (destacado agregado). Si bien la admisibilidad comprende cuestiones adicionales, en este trabajo nos concentraremos únicamente en la impugnabilidad objetiva y subjetiva.

<sup>5</sup> PALACIO, *Los recursos en el proceso penal*, p. 14 (destacado agregado).

La doctrina es manifiestamente clara respecto a la necesidad del análisis *previo* de la admisibilidad, y del objeto y alcance de dicho análisis:

"Ese examen se limita a verificar la presencia de los requisitos formales de admisibilidad, es decir, que la resolución atacada sea recurrible, que quien la ataque esté legitimado para recurrir y tenga un interés directo en la impugnación, y que concurren los requisitos de tiempo, lugar y modo de la interposición. Luego de ese examen, deberá pronunciarse mediante auto fundado, limitándose a considerar si los requisitos de admisibilidad concurren en el caso, *sin entrar a examinar el fondo del recurso*, el menor o mayor acierto de sus fundamentos, la viabilidad de sus motivos o la corrección o exactitud de la resolución"<sup>6</sup>.

Como se puede advertir, dentro de los requisitos formales de admisibilidad, se encuentra, como primer punto de análisis, que la resolución atacada sea recurrible. En este sentido, PALACIO define como "requisito objetivo" el hecho de que el medio de impugnación debe contemplar, en su regulación legal, que la resolución sea susceptible de ser atacada por el recurso que se hubiera interpuesto<sup>7</sup>. Según se explica, el "correlato de la potestad subjetiva de recurrir es la delimitación de actos o resoluciones que admiten el ejercicio concreto de aquella facultad, es decir, la *impugnabilidad objetiva*"<sup>8</sup>.

II. Los requisitos de admisibilidad, algunos regulados en la parte general de la sección de los códigos dedicada a los medios de impugnación —así, por ej., las "Disposiciones generales" (arts. 432 a 445) del Libro IV, "Recursos", del CPP Nación—, son el instrumento que utiliza el legislador para plasmar el *principio de taxatividad* propio de los mecanismos recursivos.

De esta manera, los códigos definen taxativamente quiénes son los legitimados para interponer los medios de impugnación —impugnabilidad subjetiva—, y, del mismo modo, *qué resoluciones* pueden ser impugnadas —impugnabilidad objetiva—<sup>9</sup>. En el caso del recurso de casación, el principio de taxatividad, en el ámbito de la impugnabilidad objetiva, se instrumenta estableciendo específicamente las resoluciones impugnables por esta vía.

<sup>6</sup> GARRIDO, *Los recursos*, p. 232 (destacado agregado).

<sup>7</sup> Cf. PALACIO, *Los recursos en el proceso penal*, p. 20.

<sup>8</sup> GUARIGLIA, *Régimen general de los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación*, p. 6 (destacado en el original).

<sup>9</sup> Tal como señala GUARIGLIA, junto a esos requisitos de admisibilidad taxativos opera "el interés en que se revise la resolución que se pretende impugnar" (*Régimen general de los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación*, p. 2, destacado en el original).

El CPP Nación recoge, como todos los códigos modernos<sup>10</sup>, este principio de taxatividad. Así, en el artículo 457, ubicado en el capítulo IV —titulado "Recurso de casación"— del libro IV —"Recursos"— establece:

"Resoluciones recurribles:

457. Además de los casos especialmente previstos por la ley y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes, podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción, extinción, commutación o suspensión de la pena".

Por su parte, el CPP Buenos Aires también establece este principio. Por este motivo, la primera regla del Título I ("Disposiciones generales") del Libro IV ("Impugnaciones") indica el conjunto de requisitos de admisibilidad indispensables para la interposición de un recurso:

"Recurribilidad

Art. 421. Las resoluciones judiciales serán impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en este Código.

Los recursos deberán ser interpuestos, bajo sanción de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma determinadas, con específica indicación de los motivos en que se sustentan.

El derecho de recurrir corresponderá sólo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere interés directo. Cuando este Código no distinga entre las diversas partes, todas podrán recurrir" (destacado agregado).

Como se puede apreciar, no queda duda de que esta regla general, aplicable a todo el régimen de impugnaciones organizado en el CPP Buenos Aires, impone firmemente el principio de taxatividad. En lo que aquí interesa, el primer párrafo del art. 450 delimita el ámbito de impugnabilidad objetiva de manera específica para el recurso de casación:

"Resoluciones recurribles

Art. 450. Además de los casos especialmente previstos, podrá deducirse el recurso de casación contra las sentencias definitivas, con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes".

III. Así lo entendió, correctamente, SAL LLARGUÉS, como miembro de Sala I del Tribunal de Casación bonaerense, en la Causa N° 232, del

<sup>10</sup> En el caso del CPP Nación, cuando hacemos referencia a "códigos modernos" nos referimos a que reflejan el modelo de código napoleónico (1808) propio de la Modernidad. Cf. GUARIGLIA, *¿De qué reforma me hablan?*; PASTOR, *Código Levene: ¿nacerá viejo y caduco?*

9/11/99, en su voto en disidencia en un caso en el cual el tribunal de apelación había dejado "sin sustento la posibilidad de que... el agente fiscal pueda disponer reconocimientos":

"... advierto que la traída *no es resolución que pueda ser revisada por el recurso de casación*. En efecto, más allá de que no encuentro que la misma sea de las que detalla el art. 450 del ceremonial, la parte acusadora tiene limitada su facultad recursiva en la norma del art. 452 de ese texto formal y ninguno de los supuestos allí contemplados concurre en autos" (destacado agregado).

Ello significa que la legislación vigente –al menos en la provincia de Buenos Aires y en el ámbito nacional– delimita taxativamente quién puede impugnar una resolución judicial y, también, qué resoluciones impugna. En consecuencia, los tribunales de alzada no pueden, bajo circunstancias normales, declarar admisibles recursos interpuestos contra resoluciones no recurribles –sea por motivos objetivos o subjetivos–. Es tan arraigado el principio de taxatividad en el régimen general de los recursos que hay autores que llegan a sostener, por ejemplo:

"El derecho al recurso, acota Ramos Méndez, hay que entenderlo, ante todo, como *derecho de utilizar los recursos señalados por la ley*; no supone por lo tanto, creación de recursos inexistentes, pero sí, a la luz del art. 14º.5 del PIDCP [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos], interpretar el sistema de recursos del ordenamiento jurídico interno de la forma más favorable para la efectividad de tal garantía"<sup>11</sup>.

La opinión del autor español citado por el jurista peruano SAN MARTÍN CASTRO, sin embargo, es errónea<sup>12</sup>. Ello pues si bien el Estado puede cum-

<sup>11</sup> SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, vol. II, ps. 674 y s. (destacado en el original). El autor cita la opinión de RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, 3ª ed., p. 407. Tal afirmación es errónea, dado que la falta de regulación legal de una obligación internacional, como el derecho a impugnar toda sentencia penal condenatoria (art. 8.2.h. CADH), no excusa al Estado. La Corte Suprema, en dos casos diferentes, ignoró por completo el texto legal y ordenó a la Cámara Nacional de Casación Penal que diera trámite al recurso no previsto legalmente para cumplir el compromiso internacional (casos "Giroldi", Fallos 318:514, del 7/5/95, y "Gorriarán Merto", Fallos 319:2720, del 19/10/99). Sobre la lamentable "evolución" de la jurisprudencia de la CSJN en relación a este derecho, cf. SGRÓ, *Esplendor y derrota de la garantía de recurrir el fallo condenatorio en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema*, en donde el autor formula una síntesis esclarecedora y acertadamente crítica.

<sup>12</sup> Una de las principales obligaciones que surge para el Estado Parte en un tratado de derechos humanos es la obligación establecida en el art. 2 de la Convención Americana:

"Artículo 2. *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*  
Si en 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".

plir sus compromisos internacionales por distintos medios, cuando ello no sucede *son los jueces* quienes deben resolver la situación otorgando prioridad al derecho internacional de los derechos humanos, por encima de las normas del derecho interno. Como señala Juan MÉNDEZ, el Estado puede cumplir una obligación internacional de diversas maneras, y agrega:

"Lo que importa es que el Estado cumpla, que lo haga de buena fe y en forma completa dentro de la medida de sus posibilidades..."

Sin embargo, ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en derecho interno el Poder Judicial es el garante final de los derechos de las personas, como porque es al estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno"<sup>13</sup>.

### III. El fallo bonaerense

#### III. 1. Antecedentes

El recurso de casación que generó una resolución que jamás debería haber sido pronunciada fue presentado por el Fiscal de Cámara de La Plata contra la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelaciones de esa ciudad, que concedió el "beneficio" de la excarcelación al imputado.

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

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

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

<sup>13</sup> MÉNDEZ, *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, p. 532.

### III. 2. La admisibilidad del recurso interpuesto

Como hemos señalado en el apartado anterior, el sistema del CPP bonaerense establece taxativamente –al igual que la mayoría de los códigos modernos, entre ellos el CPP Nación– los motivos de casación y las resoluciones recurribles –impugnabilidad objetiva–.

El primer problema que plantea el fallo que comentamos se vincula con uno de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el acusador estatal. Como ya se ha señalado, el examen de los requisitos de admisibilidad debe comportar una operación *previa* respecto al examen de fundabilidad o estimabilidad, y un juicio negativo sobre la concurrencia de cualquiera de los primeros descarta, sin más, la necesidad de una decisión relativa al mérito del recurso<sup>14</sup>.

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

“Ese examen se limita a verificar la presencia de los requisitos formales de admisibilidad, es decir, que la resolución atacada sea recurrible, que quien la ataque esté legitimado para recurrir y tenga un interés directo en la impugnación, y que concurren los requisitos de tiempo, lugar y modo de la interposición. Luego de ese examen, deberá pronunciarse mediante auto fundado, limitándose a considerar si los requisitos de admisibilidad concurren en el caso, sin entrar a examinar el fondo del recurso, el menor o mayor acierto de sus fundamentos, la viabilidad de sus motivos o la corrección o exactitud de la resolución”<sup>15</sup>.

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

<sup>14</sup> Cf. PALACIO, *Los recursos en el proceso penal*, p. 14.

<sup>15</sup> GARRIDO, *Los recursos*, p. 232.

### III. 3. La aplicación analógica *in malam partem*

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

El primer problema se vincula con la imposibilidad de aplicar analógicamente la legislación penal –sustantiva o procesal– en perjuicio de quien se halla sometido a persecución penal. Si bien la prohibición de analogía tiene un alcance más limitado en el derecho formal, rige plenamente en ciertos supuestos. En este sentido, MAIER sostiene:

“La analogía, recurso lícito en muchas ocasiones (CC. 16), está vedada en otras, por ej., en el Derecho penal y en contra del imputado (CN, 18: principio de legalidad). En el Derecho procesal penal se prohíbe recurrir a la analogía, como consecuencia del mandato de interpretar restrictivamente la ley, en los mismos casos designados inmediatamente antes: reglas que restringen la libertad del imputado...”<sup>16</sup>.

Independientemente del reconocimiento legal del principio, éste también se halla plasmado de manera inequívoca en nuestro texto constitucional. Es por ello que se afirma, de modo concluyente, haciendo referencia al requisito de “juicio previo” del art. 18 de la Constitución Nacional:

“El procedimiento previo exigido por la Constitución no es cualquier proceso que puedan establecer, a su arbitrio, las autoridades públicas competentes para llevarlo a cabo, ni ellas en combinación con el imputado y su defensor, aun cuando se propongan observar –y de hecho lo hagan– las garantías de seguridad individual previstas en la ley suprema. Al contrario, se debe tratar de un procedimiento jurídico, esto es, reglado por ley, que defina los actos que lo componen y el orden en el que se los debe llevar a cabo”<sup>17</sup>.

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

<sup>16</sup> MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1, p. 236 (destacado en el original).

<sup>17</sup> MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1, p. 489.

II. La exigencia constitucional de regular un procedimiento de persecución penal cuyas normas legales estén precisamente definidas se halla profundamente arraigada en nuestra cultura jurídica<sup>18</sup>. Tal exigencia no sólo deriva de los textos constitucionales, sino también de diversos instrumentos de derechos humanos y de la idea misma del Estado de derecho moderno —instrumentado fundamentalmente a través del principio de legalidad—. Cabe agregar, por lo demás, que el principio de legalidad, si bien informa todo el ordenamiento jurídico, reviste una relevancia especial en el ámbito de la justicia penal.

Como señala BERGALLI, “el principio de legalidad arraiga entonces en la propia historia del Estado moderno y constituye, junto con otros principios, un fundamento ineludible de la organización política indivisible de la modernidad jurídica”<sup>19</sup>. Ahora bien, el autor también señala que a partir de la consolidación del Estado constitucional de derecho, el principio de legalidad alcanzó una configuración específica en el ámbito del derecho penal:

“En efecto, únicamente la ley penal, en cuanto pueden afectar la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma no sólo *las formas*, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las decisiones judiciales, la substancia o los contenidos de los actos que la aplican... [El principio] obliga a la ley a fijar las *prescripciones taxativas* que determinan la materia de lo punible y obligan al juez a someterse a ellas. De esta forma, asimismo, se afirma que el principio de estricta legalidad es de naturaleza empírico-formalista pues es el juez quien debe verificar los presupuestos que del delito predetermina la ley...”<sup>20</sup>.

III. De modo absolutamente coincidente con la legalidad penal en sentido estricto, el art. 7 de la Convención Americana brinda una protección especialísima a la libertad personal<sup>21</sup>. Esa disposición (art. 7.2) esta-

<sup>18</sup> Cf., entre otros, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 537 y ss.; MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 478 y siguientes.

<sup>19</sup> BERGALLI, *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*, p. 58.

<sup>20</sup> BERGALLI, *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*, p. 59 (destacado agregado).

<sup>21</sup> Artículo 7. *Derecho a la Libertad Personal*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.  
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

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

Según la pacífica doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, la Corte Interamericana, o la Corte IDH—, el art. 7.2, de la Convención Americana, sólo permite considerar legal la detención cuando se respetan “las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Interpretando las reglas invocadas, la Corte citó un precedente anterior según el cual nadie puede ser:

“... privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal) (Caso “Gangaram Panday”, Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C n° 16, párr. 47)”<sup>22</sup>.

Sin embargo, la protección a la libertad ambulatoria regulada en la Convención Americana va más allá aún, para evitar detenciones que sólo resulten formalmente legítimas. De allí la protección contra la detención arbitraria prevista en el art. 7.3. En este punto, se debe tener en cuenta que, según la misma jurisprudencia citada, la Corte Interamericana aclaró que el concepto de arbitrariedad contenido en el art. 7.3, prohíbe de-

[ ] 4. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

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

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

[ ] Corte IDH, Caso “Suárez Rosero”, párr. 43. También se debe hacer notar que la Corte no distingue entre los diferentes “procedimientos” a los que debe observarse “estricta sujeción”. Por lo tanto, los aspectos formales no se verían cumplidos si, por ej., la detención, aun judicial, estuviera fundada en la valoración de pruebas ilícitas.

tenciones "por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad"<sup>23</sup>. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas –órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–, entre esas "otras cosas" ha considerado arbitrarias detenciones injustas, inadecuadas o realizadas violando el debido proceso<sup>24</sup>.

Respecto al término "leyes", éste ha sido interpretado por la Corte Interamericana en el siguiente sentido:

"... sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana" [Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994, párr. 36].

En consecuencia, todo procedimiento judicial o extrajudicial en el cual se halle en juego la libertad ambulatoria de una persona debe estar estrictamente regulado en la legislación interna por leyes en sentido formal. A ello se agrega:

"No sólo la restricción debe estar prescripta por la ley sino que, además, debe ser 'necesaria en una sociedad democrática'. En este sentido se ha señalado que la función de esta cláusula es la de introducir un criterio de legitimación política en el proceso de limitación del alcance de un derecho que podría referirse a los fines de la limitación, a la relación entre los fines y la limitación, o a la limitación en sí misma"<sup>25</sup>.

El primer caso en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación inaplicó una norma de rango legal que limitaba de manera objetiva el derecho del *condenado* a recurrir la sentencia (art. 8.2.h, CADH) fue el caso "Girolidi"<sup>26</sup>, en 1995. También debe citarse, entre otros, el precedente "Gorriarán Merlo"<sup>27</sup>, del 19 de octubre de 1999, en el que la Corte Supre-

<sup>23</sup> Corte IDH, Caso "Gangaram Panday", párr. 47.

<sup>24</sup> Cf. CASSEL, *El derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva*, p. 42.

<sup>25</sup> PIRTO, *Temas de derechos humanos*, p. 95.

<sup>26</sup> CSJN, Caso "Girolidi, H. s/recurso de casación", sentencia del 7/4/95.

<sup>27</sup> CSJN, Caso "Gorriarán Merlo, Enrique, y otros", sentencia del 19/10/99.

mo, como en tantos otros casos, atendió a la gravedad y particularidades del caso para declarar admisible un recurso que no cumplía con los requisitos tradicionalmente exigidos. Así, el tribunal señaló:

"3) Que el breve escrito del recurso extraordinario de las defensas de los encausados no satisface la fundamentación autónoma que exige el art 15 de la ley 48. Sin embargo, teniendo en cuenta lo expresado por esta Corte en el *sub lite* al resolver en el recurso de hecho 'Gorriarán Merlo, Enrique y otros' registrado en Fallos: 319:2720, en el sentido de que el objeto procesal de la presente causa ha comprometido intereses públicos de magnitud y afectado instituciones fundamentales y básicas de la Nación, cabe prescindir de los requisitos de admisibilidad formal señalados desde antiguo por la jurisprudencia del Tribunal, en especial el de la autonomía del recurso, cuando, como acontece en el caso, los agravios traídos a la instancia plantean de modo claro la ofensa constitucional que la decisión provoca, esto es, la inconstitucionalidad del art. 87 de la ley 23.077 por violar la garantía de la doble instancia consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello es así, pues el Tribunal debe superar los ápices procesales frustratorios del control de constitucionalidad que le ha sido confiado, ya que de otro modo el apego a las formas procedimentales habría de producir la impotencia del propio órgano judicial a cuya mejor y más justa labor aquéllas deben servir (doctrina de Fallos: 197:426; 243:467; 244:203 y 313:630)".

#### III. 4. La "gravedad institucional"

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

Según las palabras de Piombo, la "nítida" situación de "gravedad institucional" tornó imprescindible que el tribunal esclareciera y determinara una cuestión que incidiría en una gran cantidad de personas sometidas a procedimiento penal. Con semejante criterio, cualquier cuestión sometida a debate referida a las reglas del procedimiento penal provocarían una situación de "gravedad institucional".

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

En el caso "Gil Brenta", en primer lugar, no se trataba del recurso de casación del acusador sino de la impugnación de la defensa. El imputado,

privado de su libertad, solicitaba la aplicación de la ley nacional 24.660 con el objeto de obtener salidas transitorias. El ministerio público, contradiciendo lo que alegaría en casos posteriores en los que se transformó en recurrente, sostuvo que el recurso de casación era inadmisibile "porque está pendiente de trámite escrito y porque no constituiría sentencia definitiva en los términos del art. 450 del CPP".

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

Pero Piombo citó dos precedentes adicionales. En primer lugar, citó la causa n° 316, del 7/9/99, en la cual el fiscal presentó un recurso de casación contra el fallo dictado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones y Garantías de Mar del Plata, mediante el cual se declaró inválida una requisita realizada por la policía sin orden judicial. En esta oportunidad Piombo justificó su decisión del siguiente modo:

"Asiste razón a la defensa en el sentido de que el resolutorio atacado no es definitivo ni impide la prosecución de la causa... Sin embargo, tales constataciones no determinan sin más el rechazo de la presentación efectuada, habida cuenta que, conforme se puntualizara en ocasión de proveer a la admisibilidad liminar, el tema reviste verdadera importancia institucional en la medida que se vincula derechamente a las atribuciones de los funcionarios policiales para disponer requisitas sin orden del Juez de Garantías"<sup>28</sup>.

Inmediatamente después, Piombo citó otra de sus opiniones, esta vez vertidas en la causa n° 232, del 9/11/99, manifestando:

"Asiste razón a la defensa en el sentido de que el resolutorio atacado no es definitivo ni impide la prosecución de la causa... Sin embargo, tales conside-

<sup>28</sup> Hasta donde se enseña en las facultades de derecho, los jueces tiene el deber de aplicar la ley. Por otra parte, no encontramos ninguna regla legal que permita dar sustento a la afirmación del Piombo. La distancia entre la sujeción de los jueces a la ley y la interpretación de Piombo que asume que cualquier cuestión que él personalmente considere "importancia institucional" lo habilita a ignorar disposiciones legales expresas, es la misma que distingue al Estado de derecho del Estado absoluto.

raciones no determinan sin más el rechazo de la presentación efectuada, habida cuenta que, conforme se puntualizara en ocasión de proveer a la admisibilidad liminar, el tema reviste verdadera importancia institucional en la medida que "podrían estar siendo afectadas las facultades de investigación del Ministerio Público Fiscal".

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

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

Volviendo a la causa que analizamos, debemos tener en cuenta que estas personas —los presos sin condena de "psicología hedonista"<sup>29</sup>—, según nos esclareció el juez mencionado, son la "causa participativa de la demo[n]a" de la Corte provincial en la tramitación de casos.

La situación de la justicia penal bonaerense no representa un estado de "gravidad institucional", sino, en todo caso, una situación de masivas restricciones ilegítimas a derechos fundamentales de personas inocentes. Quienes sufren la gravedad de la situación son las *personas detenidas* sin condena. El perjuicio para las instituciones de la justicia penal se limita a un exceso en la carga de trabajo, y no a la pérdida *arbitraria* de la libertad ambulatoria. Es el Estado el único responsable de la falta de efectividad de la justicia penal.

De manera absolutamente predecible —desde el origen histórico de la persecución penal pública—, el Estado pretende justificar su propia inefi-

<sup>29</sup> Independientemente del hecho de que la ideología de la persona, según disposición expresa de nuestra Constitución Nacional, debe quedar exenta "de la autoridad de los magistrados" (art. 19, CN), y no hemos encontrado en el texto de 1853 ninguna excepción que permita al magistrado Piombo dar su opinión personal al respecto —mucho menos fundar una resolución que resuelve sobre la libertad de una persona inocente— resulta, al menos, una coherencia, identificar como "hedonista" a una persona sometida a las condiciones de detención reveladas de la Provincia de Buenos Aires, y a la legislación procesal manifiestamente violatoria del principio de inocencia, sólo porque intenta legítimamente recuperar su libertad hasta tanto el Estado no logre demostrar su culpabilidad.



ciencia persecutoria responsabilizando a los imputados, que se limitan a utilizar los mecanismos recursivos que, en estos procesos, sí están previstos legalmente a su favor. Y la regulación legal vigente es responsabilidad exclusiva del Estado. La reforma que se hizo a las reglas del encarcelamiento preventivo, en primer lugar, al Proyecto original de CPP Buenos Aires y, posteriormente, la contrarreforma inquisitiva, terminaron de agravar, de modo unilateral, el problema de los presos sin condena.

Nuevamente, el tribunal ignoró todos los estándares internacionales aplicables, que, en este punto, se referían a la razonabilidad de los plazos del proceso y de la detención cautelar. Los criterios enunciados por la Corte Interamericana en el caso "Suárez Rosero"<sup>30</sup>, se limitaron a la determinación de la razonabilidad del *plazo del proceso* (art. 8.1, Convención Americana) y no de la detención preventiva<sup>31</sup>. Esta circunstancia es importante porque los órganos del sistema internacional suelen ser muchos más permisivos en el primero de estos dos supuestos. En ese caso en particular, la Corte Interamericana tuvo en cuenta los mismos parámetros del Tribunal Europeo para determinar la razonabilidad del plazo del proceso: a) la complejidad del caso; b) la diligencia de las autoridades; y c) la actividad procesal de las partes<sup>32</sup>.

Sin embargo, es importante señalar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo, especialmente en casos penales, al evaluar la "actividad procesal del interesado", es muy restrictiva respecto de la posibilidad de atribuirle responsabilidad por las demoras del proceso. En este sentido, aun en un caso en el cual la demora en la producción de un peritaje se debía exclusivamente a la parte, sostuvo que el tribunal local tenía el *deber* de limitar la actividad de las partes, y que la principal responsabilidad por la demora invocada recaía sobre el Estado<sup>33</sup>.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en sentido coincidente, sostuvo que si el derecho interno prevé otras instancias de

<sup>30</sup> Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12/11/97.

<sup>31</sup> Ello surge claramente del texto de los párrafos citados —ver párrs. 69 a 73 de la sentencia—. Pero el dato más concluyente en este sentido consiste en el hecho de que la Corte hizo referencia a la fecha de terminación y a la duración del *proceso*, y no del encarcelamiento preventivo de SUÁREZ ROSERO. La fecha del 9/9/96 corresponde a la clausura del proceso (párr. 71), y el término de más de cincuenta meses al que se hace referencia en el párrafo 73 también se refiere al proceso ("... la Corte advierte que dicho *procedimiento* duró más de 50 meses...". destacado agregado). El encarcelamiento preventivo, en cambio, terminó el 28/4/96, y su duración total fue algo mayor a 46 meses (párr. 78).

<sup>32</sup> Cf. BOVINO, *El fallo "Suárez Rosero"*, especialmente ps. 645 y siguientes.

<sup>33</sup> Cf. ALBANESE, *El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales*, ps. 273 y ss., casos citados en notas 82, 87 y 88.

impugnación, la persona con sentencia condenatoria debe tener acceso efectivo a cada una de ellas, y "... reafirma que el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 debe leerse juntamente, a fin de que [el peticionario] pueda ejercer el derecho a la revisión de la condena y la sentencia sin demora indebida en todas las instancias"<sup>34</sup>.

En nuestro ámbito, PASTOR ha señalado claramente la irrazonabilidad del art. 3 de la ley 24.390 —hoy modificada— en su versión original, que permite la oposición fiscal a que se disponga la libertad del imputado si el funcionario entiende que éste llevó a cabo "articulaciones manifiestamente dilatorias". Independientemente de su línea argumental referida a la eventual restricción al derecho de defensa, el autor demuestra cómo el Estado tiene todos los medios legítimos a su alcance para neutralizar de otro modo el supuesto peligro que esa disposición menciona<sup>35</sup>.

### III 4. Derecho comparado y derecho constitucional

Sobre la misma cuestión, DOMÍNGUEZ, luego de adherir a los fundamentos de su colega, destaca que la gravedad institucional justifica el "abandamiento de los recaudos formales" —eufemismo que utiliza en lugar de "exigencias legales del derecho vigente"— para declarar admisible un recurso que él mismo define como "extraordinario".

Paradójicamente, apoya su decisión de no aplicar a *sabiendas* las normas vigentes —comportamiento que se adecuaría perfectamente al tipo objetivo del prevaricato definido en el Código Penal— en dos hechos absolutamente inidóneos para esa función. El primero de ellos es el ejemplo del derecho estadounidense, en el cual, al contrario de lo que sucede en nuestro derecho, la excepción al requisito de "sentencia definitiva" se halla regulada en diversas normas legales. En ese sentido, se afirma:

"Hay ocasiones, sin embargo, en las cuales la impugnación de un auto interlocutorio puede ahorrar tiempo o prevenir un daño irreparable. Por lo tanto, el Congreso ha establecido numerosas excepciones a la regla de la sentencia definitiva..."<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación n° 355/1989 ("G. W. R. c. Jamaica"); ver AJ49/40, vol. II, citado por ALBANESE, *El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales*, p. 278.

<sup>35</sup> PASTOR, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, ps. 297 y siguientes.

<sup>36</sup> CURRIE, *Federal Jurisdiction*, p. 84 (destacado agregado, traducción propia). El autor citando menciona varias excepciones adicionales, todas reguladas legalmente y, además, destaca el carácter extremadamente excepcional de este tipo de impugnaciones (ps. 84 a 90).

Por otra parte, la justificación del mecanismo regulado en la legislación estadounidense para casos de gran importancia pública, que permite una excepción a la exigencia de la sentencia definitiva, no resulta aplicable a nuestro sistema jurídico. Ello pues, a diferencia de la tradición jurídica del *common law*, en nuestro país las resoluciones judiciales sólo son vinculantes para el caso concreto.

Tampoco es correcto afirmar —como lo hace DOMÍNGUEZ— que los antecedentes estadounidenses “explican de la manera más óptima cuándo una causal de gravedad institucional requiere del concurso de una máxima autoridad judicial”. Lo que explican esos antecedentes es exactamente lo contrario, esto es, que ha sido el Congreso de ese país la rama del poder político que, frente a necesidades concretas, reguló mecanismos legales legítimos que permitieron a la Corte Suprema federal eludir la exigencia de la sentencia definitiva.

Por otra parte, el supuesto definido como “gravedad institucional” en aquel sistema, manejado razonablemente, podría resultar idóneo para que el supremo tribunal federal hiciera frente a una grave crisis institucional. Ello se debe, simplemente, a que el principio del *stare decisis*, al otorgar valor vinculante a los precedentes judiciales, deposita una cuota de poder en la Corte Suprema federal que, en ocasiones, se asemeja a la del poder legislativo<sup>37</sup>.

Según la interpretación que criticamos, del hecho de que en Estados Unidos se regularon legalmente diversas excepciones a la exigencia de sentencia definitiva, y del hecho opuesto de que nuestro Congreso Nacional jamás reguló excepción alguna a la misma exigencia contenida en la ley 48, se infieren idénticas consecuencias.

No alcanzamos a comprender cómo se puede arribar a semejante conclusión. Ser juez obliga a aplicar el derecho vigente. En este caso concreto, no sólo se reconoce de manera explícita que no se aplica el derecho vigente, sino que, además, las razones invocadas carecen de todo sustento.

En un intento de salvar lo que parecería una conclusión irracional, DOMÍNGUEZ invoca un argumento adicional. En efecto, la inexistencia legal de la excepción pretoriana deriva, según sus afirmaciones, de la necesidad de intervenir “en favor del cumplimiento de los principios constitucionales fundamentales... a fin de resguardar las garantías establecidas por la Constitución Nacional y las que se desprenden de los pactos internacionales...”.

Este argumento sólo tendría sentido si se omitiera alguna exigencia legal para declarar admisible un recurso interpuesto por el imputado pri-

mo de su libertad —como sí sucedió en el caso “Gil Brenta”—. En esta causa el recurso legalmente inadmisibile fue interpuesto por el acusador público. Resulta absolutamente insostenible afirmar que se declara admisible una impugnación, que no puede ser considerada de ese modo según el derecho vigente, si tal impugnación ha sido interpuesta por el acusador del Estado para impedir que se deje en libertad a una persona inocente. Las garantías y derechos de la parte dogmática de la Constitución Nacional no protegen a los órganos del Estado. Tampoco es posible sostener que se debe conceder un recurso legalmente inadmisibile al fiscal que pretende continuar con la privación de libertad de una persona inocente para respetar los tratados de derechos humanos:

... las garantías del imputado no pueden ser utilizadas en su contra invalidando una resolución que, a pesar de la inobservancia de preceptos constitucionales específicos, le ha sido favorable. Por idénticos motivos, resulta inadmisibile el recurso acusatorio contra la sentencia absolutoria motivada en este tipo de vicios: el ministerio público no puede hacer valer la infracción de normas jurídicas establecidas únicamente en favor del acusado, para conseguir la anulación de la sentencia en perjuicio de éste<sup>38</sup>.

... como no puede ser de otro modo, si trasladamos aunque sea parte de esos derechos y garantías al acusador, el precario equilibrio alcanzado se cae definitivamente. En un ejemplo burdo, imaginemos qué sucedería si súbitamente le concediéramos al MP la facultad de realizar manifestaciones falsas durante el procedimiento bajo un supuesto derecho a no declarar contra sí mismo<sup>39</sup>.

Admitir que el auto que deniega la excarcelación del imputado causa un gravamen irreparable resulta incuestionable. Sin embargo, el simple hecho de que el imputado goce de su derecho constitucional a permanecer en libertad durante el proceso no puede ser considerado en términos de reparación. No hay forma posible de reparar una privación de libertad injustificada.

Por otra parte, asumir que la libertad de un inocente representa para el Estado, en sí misma, un gravamen irreparable, no sólo vulnera el principio de inocencia sino que, además, justifica que el Estado recurra a la privación de libertad para cubrir su inoperancia, tanto como para investigar y elevar el caso a juicio, como para neutralizar el peligro procesal por otros medios más adecuados a un Estado de derecho. Una vez más, se comprue-

<sup>38</sup> GUARAGLIA, Régimen general de los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación, p. 13, citando a HERRERA, CROCI, Derecho procesal penal, Ed. Universidad de Córdoba, Córdoba, 1943, p. 176.

<sup>39</sup> GUARAGLIA, Régimen general de los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación, p. 17.

<sup>37</sup> Cf., entre otros, AA.VV., *The Supreme Court and Human Rights: HAS, Una Introducción al Derecho de los Estados Unidos*.

ba que el Estado "detiene para investigar" –y para investigar mal–, "en lugar de investigar para detener"<sup>40</sup>.

En un intento adicional de justificar estas decisiones, se recurre a una errónea interpretación que el tribunal de casación hace del artículo 4 de la ley provincial 11.982. Dicha norma establece:

"La Presidencia y una de las Salas aludidas, comenzarán a funcionar el día 1º de noviembre de 1997 con la finalidad de llevar a cabo la organización funcional, administrativa e informática del Tribunal y coadyuvar en la eficaz implementación del nuevo sistema procesal penal, instalando los medios que propendan a la unificación jurisprudencial. La segunda Sala comenzará a funcionar el día 1º de marzo de 1998 y la restante, el día 16 de agosto de 1998".

La norma transcripta se refiere, claramente, a tareas de carácter administrativo y no jurisdiccional. Si no fuera así, ¿cómo se explica que la finalidad de propender "a la unificación jurisprudencial" no sólo está a cargo de los tres miembros de la Sala I sino, también, del presidente del tribunal? Es por ello que la norma no autoriza, en modo alguno, la interpretación propuesta por Piombo en la causa n° 232, ya citada:

"La manda legal transcripta [art. 4, ley 11.982]... claramente importa que fijar la interpretación del CPP y de sus leyes complementarias, como también determinar el sentido de cada una de sus disposiciones, es tarea confiada al Tribunal de Casación Penal (ley 11.922). De ahí que siempre que esté en juego la eficacia de un mecanismo de la ley adjetiva, se proyecta como telón de fondo una competencia residual de este órgano judicial fundamentada en la importancia institucional de la cuestión".

En segundo término, la norma invocada –el art. 4 de la ley 11.982– no establece ningún mecanismo procesal que pueda ser asimilado a un fallo plenario. Si bien es cierto que es competencia del tribunal interpretar el derecho procesal vigente, ello no implica, sin más, que sus decisiones sean obligatorias y, mucho menos, que tome decisiones respecto de las cuales la ley no le atribuye competencia. Aun si resultara posible –aunque claramente ello no sucede– entender que el art. 4 de la ley 11.982 otorga carácter vinculante a las decisiones del tribunal de casación cuando existieran divergencias en la interpretación de las normas procesales, jamás se podría afirmar que, además, el tribunal está autorizado para exceder el ámbito de su competencia material legalmente establecida.

<sup>40</sup> Frase acuñada por Gastón CHILLIER, abogado del CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS).

No es cierto entonces, como sostiene Piombo en esta causa, que a pesar de que la resolución impugnada no está comprendida en el ámbito de su competencia, la "gravedad institucional" permite dar trámite al recurso cuando se trate de la necesidad de esclarecer "una cuestión que incide en una gran masa de procesados...". Si así fuera, cualquier resolución judicial debería ser impugnada a través del recurso de casación.

En síntesis, aun si la ley 11.982 otorgara al tribunal de casación la tarea de unificar la jurisprudencia –cosa que no hace–, de ningún modo amplía la competencia del tribunal para resolver cuestiones que exceden el ámbito material de su competencia. El concepto de "gravedad institucional" además de vacío de sentido, no figura en ninguna norma vigente como presupuesto de ampliación del tipo de resoluciones impugnables por la vía casatoria.

### III. 6. Conclusiones

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

– El tribunal admite expresamente que concede recursos al acusador estatal no previstos legalmente.

– Para ello, invoca un supuesto de "gravedad institucional" que no sólo resulta indefinible, sino que, además, carece de sustento normativo.

– El supuesto invocado para ignorar la competencia material legalmente establecida es definido de modo tan irracional que sólo garantiza, en realidad, una absoluta arbitrariedad para decidir sobre la admisibilidad de los recursos.

– Los fundamentos del fallo son absolutamente irracionales. Se invoca garantías constitucionales establecidas a favor del imputado para declarar admisible un recurso legalmente inadmisibile con el único objeto de cercenar el derecho a la libertad ambulatoria de personas inocentes.

– También se invoca reglas del derecho comparado absolutamente inaplicables al caso concreto.

### IV. El fallo de la casación nacional

#### IV. 1. Antecedentes

1. El Tribunal Oral de Menores n° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resolvió absolver a Walter Esteban OJEDA por los delitos de robo agravado cometido mediante el uso de armas, en concurso real con homicidio calificado, con el fin de lograr su impunidad en grado de coautor, por los que se lo había acusado<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> CNCP, Sala I. Caso "Ojeda, Walter Esteban s/recurso de casación", causa n° 3044, 1/12/00.

Los argumentos desarrollados en el dictado de ese fallo –en adelante, “Ojeda”– se fundaron en el hecho de que las pruebas producidas en el proceso conducían a la absolución por duda que prevé el artículo 3 del CPP Nación. Según se extrae del fallo de casación que comentamos, el tribunal de juicio consideró:

“... luego de analizar en detalle los testimonios reseñados, cabe concluir que no resultan convincentes para atribuir a Walter Esteban Ojeda intervención en este accionar disvalioso, con hechos de tan extrema gravedad. En igual sentido, las versiones desincriminatorias vertidas por Maldonado y Ojeda no han sido desvirtuadas con las probanzas arrojadas al proceso, y la existencia de indicios o presunciones en contra de Ojeda no conforman un plexo probatorio idóneo para responsabilizarlo por los ilícitos que dieran origen a este pronunciamiento”<sup>42</sup>.

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

“... que la sentencia recurrida en cuanto resuelve la situación del encariado Walter Esteban Ojeda resulta arbitraria, toda vez que padece de vicios o fallas en la valoración de la prueba que afectan las reglas de la sana crítica, lo cual conlleva su nulidad (arts. 398, segundo párrafo, *in fine* y 404, inc. 2º, del C.P.P.N). Ello es así porque del fallo se desprende que *se evaluaron caprichosamente elementos de juicio de suma relevancia, no se respetaron las reglas de la lógica y la conclusión a la que se arribó no coincide con lo ocurrido*, todo lo cual hace que su resultado constituya una verdad aparente que no se adecua al fin que persigue una sentencia. En definitiva, adujo que el fallo impugnado tiene carencias y contradicciones en su fundamentación que lo tornan nulo” (destacado agregado)<sup>43</sup>.

Si bien el representante de la acusación estatal invocó una causal legal para impugnar la sentencia –el supuesto del art. 456, inc. 2, CPP Nación–, lo cierto es que de sus propias afirmaciones surge que expresa un simple desacuerdo con la fijación de los hechos establecidos por el tribunal de juicio. Por ello, a pesar de que se afirma que “... no se respetaron las re-

<sup>42</sup> CNCP, Sala I, “Ojeda”, cons. E, p. 11.

<sup>43</sup> CNCP, Sala I, “Ojeda”, cons. 2, p. 2.

glas de la lógica...” –sin señalar qué regla lógica no había sido respetada–, resulta obvio que la afirmación posterior, en cuanto sostiene que “la conclusión a la que se arribó no coincide con lo ocurrido...” sólo puede derivar de una mera discrepancia entre los hechos que el tribunal consideró demostrados y los hechos que el acusador *creyó haber demostrado*.

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

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

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

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

verificación del hecho conducente para la correcta decisión del litigio” (destacado agregado)<sup>44</sup>.

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

En primer término, resulta absolutamente incomprensible que se afirme que el *in dubio pro reo*, “por su naturaleza procesal”, no es materia del recurso de casación. Independientemente de que se trate del principio *in dubio pro reo*, el fiscal ante la CNCP demostraría una *absoluta ignorancia* del derecho vigente al afirmar que el análisis de la aplicación de un principio de jerarquía constitucional, por el simple hecho de ser de “naturaleza procesal”, “escapa a la vía casatoria”. Con un criterio semejante, el mismo artículo 456, inc. 2, del CPP Nación, quedaría absolutamente vacío de contenido. Es justo señalar que tal circunstancia deriva, probablemente, de las consistentes “enseñanzas” en este sentido de la propia jurisprudencia de la CNCP<sup>45</sup>.

Más allá de demostrar la circunstancia señalada, lo único que indican las afirmaciones del fiscal ante la CNCP son el carácter autocontradictorio de sus propios “argumentos”. En efecto, él señala, por un lado, que las cuestiones de “naturaleza procesal” son irrevisables por la vía casatoria y, simultáneamente, que impugna ésa y otras cuestiones procesales. Tampoco explica el representante de la venganza pública cómo ha constatado “el estado de incertidumbre que se desarrolla en el fuero interno de los magistrados”, a menos que posea facultades extrasensoriales.

III. Finalmente, los miembros de la Sala I de la CNCP “... se plantearon y votaron por unanimidad las siguientes cuestiones: Primera: ¿Ha mediado inobservancia de disposiciones procesales sancionadas con nulidad al dictarse el fallo recurrido?”<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> CNCP, Sala I, “Ojeda”, cons. 4.

<sup>45</sup> Cf. LANGER, *El principio in dubio pro reo y su control en casación*, p. 235, donde se reproducen sumarios de alrededor de diez fallos de las Salas I, II y III de la CNCP que establecen que: “El precepto *in dubio pro reo*, por ser de carácter procesal, funciona en el área de valoración de la prueba, la cual es de exclusiva incumbencia del tribunal de juicio. La aplicación del precepto *in dubio pro reo* por parte del tribunal de juicio no puede ser controlada por el tribunal de casación”.

<sup>46</sup> CNCP, Sala I, “Ojeda”, cons. 5.

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

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

“Contra dicha resolución [la sentencia absolutoria del tribunal de juicio] interpuso el señor Fiscal de juicio recurso de casación, el que, concedido por mayoría, fue mantenido en la instancia...”<sup>47</sup>.

Ése es *todo* el análisis que realiza la casación respecto del juicio de admisibilidad —si es que tal descripción de una opinión ajena puede ser considerada “análisis”—. Llama la atención cómo un tribunal con jurisprudencia tan consistente en sentido contrario a la posibilidad de revisar el proceso de valoración de la prueba —aun en aquellos casos legalmente previstos—, no dice una sola palabra de por qué en este caso no se siente obligado a fundar su omisión de cumplir con el *deber legal* de analizar la admisibilidad de la impugnación.

#### IV. 2. El análisis de la CNCP

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

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

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

“... el recurso se refiere únicamente a las cuestiones de derecho, sustantivo o procesal, lo cual implica la exclusión de las cuestiones de hecho y, por lo mismo, de todo problema atinente a la valoración de las pruebas...”<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> CNCP, Sala I, “Ojeda”, cons. 1.

<sup>48</sup> DE LA RÚA, *La casación penal*, ps. 23 y siguientes.

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

"Los dos motivos admitidos de casación implican... violaciones de la ley, sea la ley aplicada por el juez para resolver el caso (*error in iudicando*), sea la que regula el procedimiento (*error in procedendo*)"<sup>49</sup>.

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

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

"... el tribunal de mérito soslayó el análisis de la psiquis de quien ha observado algo que lo impresiona, en el sentido de que cuando ello sucede la persona trata, en un primer momento, de olvidar el episodio, para luego de superada la situación recordarlo con precisión, como ha sucedido con los dichos del testigo Suárez. Sobre las declaraciones efectuadas por éste último sostuvo que no reviste importancia que no haya mencionado, *ab initio*, como señala de la persona autora del delito, que tuviera el labio partido pues lo relevante, en realidad, es la declaración efectuada durante el debate, en la que afirmó que los que ejecutaron el hecho pasaron a medio metro de él, que el del lado de la pared tenía una cicatriz en su rostro y unos 20 a 25 años de edad más o menos, y que era Ojeda a quien reconoció con seguridad... que el tribunal de juicio no debió echar por tierra las declaraciones veridas por un testigo que, como Suárez, nada pretende del proceso y que ha guardado siempre correspondencia en sus dichos... que la circunstancia de que entre las personas que integraban la rueda de reconocimiento sólo Ojeda tuviera el labio cortado no resta valor al reconocimiento, pues esa cicatriz resulta ser una característica personal del imputado"<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> LUGONES y DUGO, *Casación penal y recurso extraordinario*, p. 228. Se citó NÚÑEZ, *Código procesal penal de la Provincia de Córdoba*, Ed. Lerner, Córdoba, 1986, 2ª ed., p. 443.

<sup>50</sup> CNCP, Sala I, "Ojeda", cons. 2.

Más adelante, el acusador manifestó que:

"... el tribunal de mérito no tuvo en cuenta prueba fundamental para establecer la responsabilidad que le cupo a Ojeda..."<sup>51</sup>.

Luego indicó que no se tuvieron en cuenta:

"... las tareas de inteligencia efectuadas por la brigada de la Comisaría 34 de la Policía Federal Argentina; el informe socio ambiental en el que el hermano del consorte de la causa... hizo alusión a las compañías de su hermano, entre las cuales se encontraba el encartado Ojeda..."<sup>52</sup>.

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

III. El tribunal de casación, al momento de resolver, transcribió los hechos fijados por el tribunal de juicio y luego –con la precisión propia de un procedimiento escrito– hizo lo mismo con los dichos de los testigos en el debate.

Finalizada esta simple transcripción de hechos y pruebas, concluyó en que la sentencia era pasible de la *tacha de arbitrariedad*, porque el sentenciante no había respetado el modo de evaluar la prueba "presuntiva"<sup>53</sup> de acuerdo con la sana crítica. En un intento por sustentar esa decisión se remitió –otra vez– a las constancias probatorias, resolviendo que:

"el sentenciante no ha respetado el modo de valorar la prueba presuntiva arreglado a la sana crítica, desde que la armónica valoración de las distintas circunstancias y antecedentes individualizados en los apartados a), b), c) y d) precedentes... permitiría, razonadamente, arribar a una conclusión distinta sobre la coautoría responsable del imputado Ojeda en el delito que se le achaca"<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> CNCP, Sala I, "Ojeda", cons. 2.

<sup>52</sup> CNCP, Sala I, "Ojeda", cons. 2.

<sup>53</sup> Hasta donde sabemos, la prueba "presuntiva" no tiene cabida en el régimen de la sana crítica, sino que es propia del régimen de prueba legal o tasada. En este sentido, podría afirmarse que resultó adecuado, en este caso concreto, hacer mención a este tipo de prueba, pues la Sala I resolvió la impugnación como si se tratara de un recurso de apelación contra una sentencia dictada luego de un "juicio" escrito.

<sup>54</sup> CNCP, Sala I, "Ojeda", cons. F, p. 11.

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

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

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

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

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

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

Más adelante, se expresó que:

“A ello puede agregarse lo dicho por nuestro Alto Tribunal en el sentido que *na hay sentencia arbitraria si los agravios del recurrente sólo manifiestan su discrepancia con los criterios de selección y valoración de las pruebas que han utilizado los jueces de la causa. La tacha de arbitrariedad es excepcional, y no procura sustituir a los jueces del proceso en asuntos que le son privativas, ni revisar el criterio con el que intervinieron tal prueba, aunque se alegue error en la solución del caso...* Por lo expuesto la crítica señalada por el recurrente en el sentido de que se ha dado valor a los dichos del imputado y a los del testigo Lase, con prescindencia de otras

pruebas, no podrá atenderse favorablemente, máxime si el tribunal a quo no tiene el deber de ponderar todas las pruebas sino solamente aquéllas que estime suficientes para fundar su decisión”<sup>55</sup> (destacado agregado).

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

Esto es, precisamente, lo mismo que solicitó el acusador público en el caso “Ojeda”. Sin embargo, en ese caso, la misma Sala resolvió, sin fundamentos legales, y sin fundar los motivos que la habilitaban a apartarse del régimen legal vigente, en sentido contrario.

Por lo tanto, sólo existiría una única diferencia sustancial entre ambos casos que permitiría explicar —ya que no justificar— la aplicación de criterios contradictorios: en el caso “Ojeda” el recurso fue interpuesto por el acusador público y en perjuicio del imputado absuelto; en el caso “Santa Cruz Cuéllar” el recurso fue interpuesto por el defensor en beneficio del condenado<sup>56</sup>.

La afirmación anterior encuentra amplio sustento en diversos fallos que tornan manifiesta la arbitrariedad de los casacionistas para decidir sobre la admisibilidad y procedencia de los recursos ignorando el régimen legal vigente<sup>57</sup>. Todos los fallos a los que hacemos referencia han sido interpuestos por la defensa de personas condenadas por los tribunales de

<sup>55</sup> CNCP, Sala I, caso *Santa Cruz Cuellar Antonio*. LL, T 1997- E, p. 392. En el fallo se citaron *Rocha, León* *el recurso de queja*, causa 1107, Reg. N° 1380 del 17/2/97 y CSJN, Fallos 302:1030; 297:29; 297:117; 297:291 —LL, T 1997-D, p. 684—; 300:1039; 306:143— LL, T 1984-C, p. 445; 306:282; 307:234.

<sup>56</sup> Sobre la absoluta desverguenza de la Casación Nacional para ignorar arbitrariamente sus propios precedentes, cf., entre muchos otros, GUARIGLIA, *Admisión del recurso de casación y cuestiones de hecho en una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal: otra batalla perdida*.

<sup>57</sup> La Sala I de la CNCP, en el caso *Moché, Ana M.*, LL, T 2000 E, p. 990 indicó: “La omisión del tribunal de juicio de considerar algún argumento no importa arbitrariedad, toda vez que los jueces no están obligados a tratar todos los planteos de las partes —en el caso, el a quo sólo hizo una somera referencia a la causa extraordinaria de ajenación planteada por la defensa— sino sólo aquellos que estiman conducentes para la correcta solución del caso.” La misma Sala expuso en el caso “A.R.N.”, LL, T 2001-A, p. 566 lo siguiente: “... en lo referente a la facultad de la elección del material probatorio la sala tiene dicho ‘que en principio es soberano el tribunal a quo y que resulta improponible en esta instancia, salvo supuestos de arbitrariedad o absurdo, violación de la defensa en juicio o debido proceso legal que no se observan en el caso en examen’, incluso en lo referente a la inexistente contradicción alegada”. En el mismo sentido, ver caso CNCP, Sala I, “Pico, José M. Y otro”, LL, T 2001-D, p. 252.

juicio, invocando la doctrina de la arbitrariedad. Todos ellos han sido rechazados sin razones que justifiquen el distinto tratamiento que se brinda a los recursos inadmisibles interpuestos por los acusadores estatales.

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

#### IV. 3. Las garantías constitucionales contra el imputado

I. Con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la CNCP reconoció haber realizado una excepción a la imposibilidad de que la alzada casatoria interfiera con la *facultad privativa* de los jueces que integran el tribunal de juicio respecto de la valoración de la actividad probatoria, al indicar:

“... no es óbice para que el Tribunal pueda conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ese principio [el tribunal es soberano en la apreciación de la prueba], con base en la *doctrina de la arbitrariedad*, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de *defensa en juicio* y el *debido proceso*, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa” (destacado agregado)<sup>58</sup>.

En primer lugar, vale aclarar que la doctrina de la Corte citada —a pesar de los admirables esfuerzos de Genaro CARRIÓ<sup>59</sup>, actualizados posteriormente por su hijo Alejandro—, esto es, la doctrina de la arbitrariedad, es una de las causales más arbitrarias para determinar la decisión de los tribunales que deben resolver sobre la admisibilidad y la procedencia del recurso.

En segundo término, resulta evidente que la doctrina de la arbitrariedad es una *causal extralegal* que la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, posteriormente, la CNCP —quizá por sus veleidades de tribunal supremo—, han desarrollado *pretorianamente*. Ello significa que cuando la CNCP concede un recurso al acusador —público o privado— en perjuicio del imputado, e invocando la causal de arbitrariedad, declara admisible un recurso *no previsto legalmente* en nuestro derecho positivo.

<sup>58</sup> CNCP, Sala I, “Ojeda”, cons. E, p. 13. Se citaron Fallos 261:209; 274:135; 284:119; y 297:100; S-49, XVII, *Sarasola de Markendorf, Marta E. Cf. Markendorf Alfreda J.*, resuelta el 4 de noviembre de 1980; y C. 518, XX, “Gampetti S.R.L. cf. demanda contencioso administrativa”, del 8 de mayo de 1986.

<sup>59</sup> CARRIÓ, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*.

Pero lo más perverso del discurso analizado es que éste pretende acudir a principios tales como el derecho de defensa y el debido proceso para dar trámite a un recurso no previsto legalmente con el exclusivo objeto de perjudicar la situación del imputado.

Independientemente de que en el contexto citado, los términos de la CSJN “garantía de defensa en juicio” y “debido proceso” no designan nada, tampoco justificarían la decisión analizada en caso de que sí lo hicieran. En este sentido, se afirma:

“La cláusula que otorga a los individuos el derecho inviolable de defenderse, en nuestra Constitución, cumple la misma función que, en otras, los giros idiomáticos cargados de contenido sin expresión literal en la fórmula”<sup>60</sup>.

II. El abogado defensor de Walter Esteban Ojeda se debe haber visto en problemas para explicarle a su asistido que, luego de ser absuelto en juicio oral, sus derechos constitucionales de defensa en juicio y debido proceso requerían un nuevo sometimiento a juicio, en el cual podía ser condenado. Además, debió tener que explicarle que si en esta segunda oportunidad sus derechos eran respetados pero la sentencia era condenatoria, entonces debería sufrir la imposición de una pena.

La garantía de defensa en juicio (art. 18, CN), y el concepto de debido proceso (equiparable a las “Garantías judiciales” del art. 8 de la Convención Americana) son garantías individuales. Por este motivo, sólo amparan al imputado, pero jamás al acusador público. Como se ha señalado, tanto el constitucionalismo liberal como el derecho internacional generan un concepto de derechos humanos que “conlleva íncita la relación Estado-individuo. Si el último es el titular de los derechos protegidos, el primero es su garante”<sup>61</sup>. Se agrega que la obligación de respetar los derechos humanos asumida por el Estado “traduce la existencia de ciertos atributos de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público, esto es, que en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de restricción al ejercicio del poder estatal”<sup>62</sup>.

El fundamento cuestionado, proveniente del máximo tribunal federal e invocado por la CNCP, resultaba absolutamente inaplicable al caso

<sup>60</sup> MAHER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 540. El autor cita a Genaro CARRIÓ, quien señala que la cláusula del debido proceso legal “desempeña un papel semejante al que entre nosotros cumple el de la inviolabilidad de la defensa en juicio” (ver nota al pie n° 150).

<sup>61</sup> PINTO, *Temas de derechos humanos*, p. 10.

<sup>62</sup> PINTO, *Temas de derechos humanos*, p. 47.



del Sr. Walter E. Ojeda. De no ser así, se debería reconocer, de modo necesario, que el acusador estatal goza del derecho de defensa en juicio, y que tal derecho le está garantizado en la parte dogmática de la Constitución Nacional.

Tal interpretación, además de ser irracional, resulta contraria a los fines que tales derechos y garantías persiguen: limitar el poder estatal y proteger a los individuos. En este caso concreto, por ejemplo, al Sr. Walter OJEDA le hubiera convenido que tales garantías no existieran pues, de ser así, su absolución no podría haber sido recurrida por el acusador público<sup>63</sup>.

Al respecto, MAIER afirma:

"... esta garantía es, como las demás, garantía frente al poder del Estado y, como ellas, representa, propiamente, una limitación del poder estatal. De allí que se equivoca quien extiende el funcionamiento de la garantía al órgano estatal en cuyas manos se coloca el poder de persecución penal. La ley procesal puede otorgar facultades al ministerio público, colocándolo en un pie de igualdad con el imputado, o, incluso, como sucede en realidad, por encima de él, pues ejerce el poder de persecución penal del Estado y goza de todas las facultades que ello implica... pero ello no significa regular su defensa y otorgarle oportunidades para ejercer ese derecho, sino, simplemente, darle armas para cumplir su función"<sup>64</sup>.

Y continúa:

"Cuando, por error judicial, se le niega [al acusador estatal] alguna de las atribuciones que posee... la sentencia se podrá anular, si él la recurre... pero nunca bajo el fundamento de que se 'violó la defensa' del ministerio público..."<sup>65</sup>.

III. La Sala I de la CNCP, no conforme con haber invocado el derecho de defensa para colocar al imputado en peor situación, además, ignoró por completo el principio *in dubio pro reo*. Así, el tribunal sostuvo:

"... la sentencia recurrida es pasible de la tacha de arbitrariedad que se le dirige, pues el sentenciante no ha respetado el modo de evaluar la prueba presuntiva arreglado a la sana crítica, desde que la armónica y conjunta valoración

<sup>63</sup> Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 544 y siguientes.

<sup>64</sup> MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 543 y siguiente.

<sup>65</sup> MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 544.

ción de las distintas circunstancias y antecedentes individualizados en los apartados a), b), c) y d) precedentes –y de otras circunstancias presuntivas señaladas por el recurrente, a las que también se envía en razón de la brevedad–, permitiría, razonadamente, arribar a una conclusión distinta sobre la coautoría responsable del imputado Ojeda en el delito que se le achaca".

Del párrafo transcrito se pueden extraer dos conclusiones. En primer lugar, la afirmación acerca de que "razonadamente se podría haber arribado a una conclusión distinta sobre la coautoría del imputado Ojeda", no es más que un *reconocimiento expreso* de la existencia de la duda que obligó al tribunal de juicio a absolver<sup>66</sup>. Ello pues la alzada sólo afirmó que "se podría haber arribado a otra conclusión", pero no que la conclusión del tribunal de juicio fuera insostenible, ni tampoco que se "debería haber arribado necesariamente" a otra conclusión.

Por otro lado, la decisión sobre todo conflicto humano llevado al plano de lo jurídico, y discutido en el marco de un procedimiento formalizado, puede arribar a distintas conclusiones. Es el tribunal de juicio quien decide a qué conclusión arriba. Y su decisión se funda en las circunstancias y en la actividad probatoria ocurrida en el debate. Para casar una sentencia por vicios formales en la motivación, la alzada debe demostrar de modo fehaciente que según la motivación desarrollada en la sentencia, no se podía arribar a la conclusión sostenida en la decisión. No basta, entonces, señalar, como lo hizo la Sala I, que "se podría haber arribado a otra conclusión".

Una sentencia que valora los elementos probatorios de cierto modo, para afirmar una conclusión determinada, no resulta necesariamente ilógica ni inmotivada, por más que con esos mismos elementos, valorados en otro sentido, podrían haber fundado una conclusión diferente. Pero la sentencia es inválida si arriba a una conclusión a la que nunca pudo haber llegado con los razonamientos que le dan sustento. Sólo esta última hipótesis es la que constituye la causal legal de casación basada en ausencia o defecto de motivación<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Como afirma correctamente D'ÁLBORA: "... en el momento de la sentencia, la mera incertidumbre obstaculizará todo pronunciamiento condenatorio; para resolverlo así, el tribunal debe tener certeza apodictica –irrefutable corolario de que el suceso no pudo acontecer de otro manera– en cuanto a la existencia del hecho y su atribución a los partícipes" (*Código Procesal Penal de la Nación*, p. 33).

<sup>67</sup> Como falta de motivación se designa, en realidad, a la ausencia de una exposición de los motivos que justifiquen la convicción del tribunal en cuanto a los hechos y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma a esos hechos, juicio que comprende todas las cuestiones sometidas a decisión. También se considera que existe falta de motivación cuando la exposición de motivos existe, aunque está constituida por pruebas inadmisibles o nulas; y cuando la motivación es contradictoria con la parte dispositiva de la sentencia. La motivación debe ser, además, lógica; es decir que debe guardar coherencia con los argumentos que fundamentan la decisión (cf. DE LA RÚA, *La casación penal*, ps. 112 y ss.).

## IV. 4. Conclusiones

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

– El tribunal concedió un recurso no previsto legalmente al acusador estatal en perjuicio del imputado.

– El tribunal incumplió su deber legal de realizar el análisis de admisibilidad.

– Para ello, invocó un supuesto de “arbitrariedad” que sólo se fundó en la discrepancia con la determinación de los hechos fijados en la sentencia por el tribunal de juicio.

– El supuesto invocado para ignorar la competencia material legalmente establecida es definido de modo tan irracional que sólo garantiza, en realidad, una absoluta arbitrariedad para decidir sobre la admisibilidad de los recursos.

– Los fundamentos del fallo son absolutamente irracionales. Se invoca garantías constitucionales establecidas a favor del imputado para declarar admisible un recurso legalmente inadmisibile con el único objeto de cercenar el derecho a la libertad ambulatoria de personas inocentes.

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

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

## Bibliografía

- AA.VV., *The Supreme Court and Human Rights*, Ed. Forum, Washington, D.C., 1982.
- ABREGÚ, Macián, *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- ALBANESE, Susana, *El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- BERGALLI, Roberto, *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*, en “Jueces para la Democracia”, Ed. Jueces para la Democracia, Madrid, 1998, n° 32.

- BOVINO, Alberto, *El fallo “Suárez Rosero”*, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1998/B.
- CARRIÓ, Genaro R., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, 2ª edición.
- CASSEL, Douglas, *El derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva*, en “Revista IIDH”, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995, n° 21.
- CERIANI CERNADAS, Pablo, *El derecho a un tribunal imparcial: ¿Una cuestión de honor?*, en “Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?”, Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2000, n° 1.
- CURRIE, David P., *Federal Jurisdiction*, Ed. West Publishing Company, St. Paul (Minnesota), 1990.
- D’ALBORA, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación*, 4ª edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 1999.
- DÍAZ CANTÓN, Fernando, *El cuestionamiento a la legitimidad del recurso del acusador contra la sentencia con miras a agravar la situación del imputado. Otro aparte a la discusión*, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, t. 2001/A.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- GARRIDO, Carlos M., *Los recursos*, en AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- GUARIGLIA, Fabricio O., *¿De qué reforma me hablan?*, en “No Hay Derecho”, s. ed., Buenos Aires, 1992, N° 6.
- GUARIGLIA, Fabricio O., *Admisión del recurso de casación y cuestiones de hecho en una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal: otra batalla perdida*, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, t. 1996/A.
- GUARIGLIA, Fabricio, *Régimen general de los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación*, en AA.VV., *Los recursos en el procedimiento penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- HAY, Peter, *Una introducción al derecho de los Estados Unidos*, Ed. Butterworth Legal Publishers, Salem (New Hampshire), 1992, 2ª edición.
- LANGER, Máximo, *El principio in dubio pro reo y su control en casación*, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1998/A.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª edición.
- MÉNDEZ, Juan E., *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- PALACIO, Lino E., *Los recursos en el proceso penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- PASTOR, Daniel R., *Código Levene: ¿nacera viejo y caduco?*, en “No Hay Derecho”, s. ed., Buenos Aires, 1992, n° 6.

### Jurisprudencia

- PASTOR, Daniel R., *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A.
- PASTOR, Daniel R., *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.
- PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Ed. Grijley, Lima, 1999.
- SGRO, Marcelo, *Esplendor y derrota de la garantía de recurrir el fallo condenatorio en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 2001/A.