

- "Necesidad de uniformidad en la interpretación judicial. Una oportunidad desaprovechada", en LL, 2001-E.

VITALE, GUSTAVO L., "Estado constitucional de derecho y derecho penal", en AA.VV., *Teorías actuales en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

VIVES ANTÓN, T. S. - GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Estafas", en AA.VV., *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición revisada y actualizada, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

ZAFFARONI, EUGENIO R., *Manual de derecho penal. Parte general*, 6ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1998.

ZAFFARONI, EUGENIO R. - ALAGIA, ALEJANDRO - SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, EUGENIO R. - ARNEDEO, MIGUEL A., *Digesto de codificación penal argentina*, A-Z, Buenos Aires, 1996.

ZYSMAN B. DE QUIRÓS, DIEGO, "Delito de contrabando: su consumación y el desistimiento voluntario", en *Nueva Doctrina Penal*, 1999/B, Del Puerto, Buenos Aires.

ALGUNAS INFLUENCIAS DE LOS PACTOS
INTERNACIONALES CONSTITUCIONALIZADOS
EN EL PROCESO PENAL**

Sumario: I. Introducción. II. Propósito. III. Las limitaciones a la prisión preventiva. IV. El que investiga no juzga: una derivación racional de la garantía de imparcialidad. V. Regulación constitucional de la prueba testimonial. VI. La flexibilización del recurso de casación. VII. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma Constitucional de 1994 ha influido en el ámbito de los procedimientos penales, sobre todo¹, a través de los tratados internacionales sobre derechos humanos a los que se asigna, por imperio del artículo 75, inciso 22, 2ª cláusula de la Ley Fundamental, jerarquía constitucional².

Esto significa que, a partir de aquella reforma, y aun cuando no pueda considerarse que tales instrumentos interna-

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor contratado de Derecho Penal I - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - Universidad Católica de Salta (Delegación Regional Neuquén) - Codirector de la revista "Ley, Razón y Justicia".

** Versión anotada de la exposición realizada en el marco de la carrera postgrado de especialización en Derecho Penal (Universidad Nacional de Córdoba - Universidad Nacional del Litoral).

¹ En efecto, fuera de las repercusiones derivadas de los pactos internacionales constitucionalizados, el único artículo de la Constitución formal que guarda relación con nuestra materia es el 43, párrafo 4º, que alude al *habeas corpus*.

² Confr. JORGE DE LA RÚA, "La reforma de 1994 y su influencia en las ciencias penales", "Anales", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año académico 1997, p. 187.

cionales integren materialmente el cuerpo de nuestra Constitución, no pueden quedar dudas respecto que conforman lo que se ha denominado el bloque de constitucionalidad federal, compartiendo con la Constitución su misma supremacía³. Dicho en otras palabras: "El tratado constitucional (...) en ningún caso puede ser contradicho por una ley, ni por otro tratado (...). Aquí el principio de prevalencia es absoluto, y su relación con la Constitución no es de subordinación sino de complementariedad"⁴.

La afirmación precedente tiene su importancia por cuanto, sobre la base de aquella norma (art. 75, inciso 22, 2ª cláusula) hoy puede hablarse "de un nuevo sistema constitucional integrado (sincronizado) por disposiciones de igual jerarquía que abrevia en dos fuentes: la nacional y la internacional (...)"⁵; conformando un plexo axiológico y jurídico de máxima jerarquía, al que no sólo tendrá que "subordinarse toda la legislación sustancial o procesal secundaria que deberá ser dictada 'en su consecuencia' (art. 31 CN)", sino que, además, tendrán que ser escrupulosamente respetados por los jueces; quienes, al sentenciar, no podrán omitir las disposiciones contenidas en aquellos documentos⁵.

II. PROPÓSITO

La incidencia que los documentos internacionales constitucionalizados (en especial: la Convención Americana

sobre Derechos Humanos [en adelante: CADH] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en adelante: PIDCP]) tuvieron en materia de garantías procesales, exige realizar una distinción:

§ Existe un nutrido grupo de ellas (garantías) que, en rigor, la rica evolución de nuestra ciencia del derecho procesal penal ya las había plasmado en los propios códigos procesales, en una forma casi idéntica de las que surgen de los acuerdos internacionales⁶. Piénsese, por ejemplo, en el *nom bis in idem*, que si bien, en la Constitución histórica no era un principio expreso⁷, los autores y la doctrina judicial lo deducían "del contexto de las declaraciones, derechos y garantías"; siendo reconocido, desde antiguo, no sólo a nivel de la legislación procesal sino, también, en el concierto del derecho público provincial, por las constituciones de la mayoría de las provincias argentinas⁸. Es evidente que, en relación a este grupo de principios, "(...) la novedad que resulta de la reforma de 1994 es que ahora tienen jerarquía constitucional expresa, aunque [como acabamos de señalarlo con el ejemplo anterior] en la interpretación que el derecho procesal penal hacía la tenían como derivación de los principios del debido proceso, del juez natural y de inocencia"⁹.

§ Sin embargo, existen en los pactos internacionales algunas garantías que, por su particular formulación, están provocando un movimiento hermenéutico que señala, cada vez con más insistencia, ora la necesidad de adecuar, en ciertos aspectos, la legislación procesal vigente, con la finalidad de que, en un futuro próximo, las normas realizativas se conformen a es-

³ Confr. GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, nueva edición ampliada y actualizada a 1999 - 2000, t. 1-A, Ediar, Bs. As., p. 410. El mismo criterio, CESANO, JOSÉ DANIEL, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1997, ps. 98 a 101.

⁴ Confr. BARRA, RODOLFO CARLOS, *La protección constitucional del derecho a la vida*, Abeledo - Perrot, Bs. As., 1996, p. 28.

⁵ Confr. CAFFERATA NORES, JOSÉ IGNACIO, *Proceso penal y derechos humanos*, Ediciones del Puerto, Bs. As., 2000, ps. 4 y 5.

⁶ Cfme. DE LA RÚA, *La reforma de 1994 (...)*, op. cit., p. 187.

⁷ Confr. CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba, 1984, t. 1, p. 66.

⁸ Confr. CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal (...)*, op. cit., t. 1, p. 66.

⁹ Confr. DE LA RÚA, *La reforma de 1994 (...)*, op. cit., p. 187. La aclaración (entre corchetes) nos corresponde. Igual criterio, BALCARCE, FABIÁN I., "La duración razonable del proceso", Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, N° 1 - Nueva Serie, 1996, ps. 91 y 92.

tas nuevas exigencias o, ya sin llegar a esos extremos, imponen a los operadores judiciales la necesidad de ajustar su conducta a estos mandatos en aras a la realización de un debido proceso. Esto se advierte, sobre todo, en relación a determinadas áreas temáticas; como son: a) las limitaciones a la prisión preventiva; b) la necesidad de que el Tribunal juzgador sea un órgano distinto del que llevó a cabo la investigación, como derivado de la garantía de imparcialidad; c) la necesidad de que los tribunales respeten, como una manifestación del derecho de defensa en juicio, la posibilidad de que, el imputado y su asistente técnico, en el juicio oral y público, puedan examinar a los testigos de cargo y, por fin, d) las nuevas exigencias que debe respetar la casación frente a la garantía del recurso que tiene toda persona condenada y que se materializa en el principio constitucionalizado del doble conforme.

El propósito de nuestra exposición quedará circunscrito, entonces, al análisis de este segundo grupo de garantías. Con ese objeto, luego de examinar el alcance de cada una de ellas (para lo cual apelaremos no sólo al análisis doctrinario sino a la interpretación que, de las mismas, surgen de las instancias judiciales supranacionales, en particular de la región y, en la medida en que exista similitud normativa, con la instancia europea¹⁰), las confrontaremos con distintas manifestaciones legislativas procesales vigentes (en especial: aquellas que exigen, en forma clara, una pronta adecuación al nuevo modelo¹¹) y con soluciones jurisprudenciales vinculadas con los planteos que de ella se derivan.

¹⁰ Más allá de la fuente que se cita, en particular, respecto de cada caso correspondiente a la instancia europea, para los fallos más recientes del TEDH (años 1999, 2000 y 2001). Confr. el sitio web Cour Européenne des Droits de l'Homme (<http://www.echr.coe.int/Fr/judgments.htm>). También, con una permanente mención de lo resuelto por el TEDH, confr. el muy valioso trabajo de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Instituciones de derecho procesal penal*, Akal/Lure, Madrid, 1999.

¹¹ La referencia se impone por cuanto, debido a la diversidad procesal producto de nuestra estructura federal (arts. 1º y 121 de la CN) coexisten en nuestro país modelos procesales mixtos (que requieren una adecuación urgente a estos prin-

III. LAS LIMITACIONES A LA PRISIÓN PREVENTIVA

Cualquier análisis vinculado con la prisión preventiva debe, necesariamente, partir del principio de inocencia. Tal principio, que la doctrina procesal clásica, durante la vigencia de la Constitución histórica, deducía de la primera cláusula del artículo 18 CN, al aludir al juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso¹², hoy tiene un indiscutible reconocimiento normativo expreso en los pactos internacionales constitucionalizados. Así, el art. 14, n° 2, del PIDCP dispone, en lo que aquí interesa, que: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

Expresa ALBERTO BOVINO¹³, en muy valioso trabajo sobre esta materia, que cuatro son las consecuencias que se derivan de este principio, a saber:

§ En primer lugar, el principio exige la realización de un juicio penal de determinadas características, como presupuesto indispensable para obtener la sentencia condenatoria capaz de destruir el estado jurídico de inocencia del que goza el imputado;

§ Una segunda exigencia, derivada de este principio, se vincula con la garantía del *in dubio pro reo* que, como se sabe, requiere que la sentencia de condena y la aplicación de una sanción penal esté fundada en la certeza del tribunal que resuelve el caso acerca de la responsabilidad penal del imputado. De

cipios) junto con otros sistemas -cuya formulación legislativa (en algunos casos) es posterior a la reforma de 1994- y, por ende, desde su génesis, aparecen respetando las nuevas particularidades constitucionales desde la perspectiva de la "arquitectura" de las garantías.

¹² Confr., por todos, MAIER, JULIO B. J., *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Lerner, Bs. As., 1981, ps. 23 y ss..

¹³ Confr. "El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos", trabajo incluido en su libro *Problemas de derecho procesal penal contemporáneo*, Ediciones del Puerto, Bs. As., 1998, ps. 133 y ss..

esta manera, si en oportunidad de elaborarse la sentencia definitiva, posterior al debate oral y público, el ánimo de los juzgadores refleja un estado de improbabilidad o aun de probabilidad positiva, se determinará la absolución del imputado. Ello por cuanto, esta garantía, atrapa la totalidad de las hipótesis posibles de duda como estados intelectuales excluyentes de la certeza¹⁴;

§ En tercer lugar, y como otro derivado del mismo principio, se menciona la necesidad de hacer residir la carga de la prueba (*onus probandi*) en la persona del órgano acusador¹⁵;

§ Por fin, y este es uno de los aspectos más importantes para nuestro tema, en virtud de este principio se exige que el imputado sea tratado como inocente durante toda la sustanciación del proceso. La consecuencia de mayor trascendencia de esta exigencia consiste en el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso, y en las limitaciones que, necesariamente, deben ser impuestas al uso de la coerción del Estado en el marco del procedimiento penal. En tal sentido, existe claro consenso entre nuestros autores, respecto a que la aplicación concreta de las medidas de coerción procesal debe, ineludiblemente, cumplir con una serie de requisitos y condiciones que determinarán su legitimidad.

Siuviésemos que sintetizar estos presupuestos, tal como surgen de los pactos internacionales constitucionalizados, podríamos sintetizarlos en los siguientes¹⁶:

a) La prisión preventiva debe responder *únicamente* al resguardo de una finalidad procesal;

b) La prisión preventiva debe ser excepcional;

¹⁴ Confr. CAFFERATA NORES, *Proceso penal y derechos humanos*, op. cit., p. 75.

¹⁵ Sobre este aspecto, confr. CAFFERATA NORES, JOSÉ I., "La responsabilidad del Ministerio Público Fiscal en la prueba de la acusación", Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Cuaderno N° 1, Nueva Serie, Advocatus, Córdoba, 1996, ps. 55 y ss..

¹⁶ Confr. BOVINO, *El encarcelamiento (...)*, op. cit., ps. 136 y ss.; CAFFERATA NORES, *Proceso penal y derechos humanos*, op. cit., ps. 185 y ss..

c) La posible imposición de esta medida cautelar debe estar limitada por el principio de proporcionalidad;

d) La medida cautelar debe tener un plazo razonable de duración.

1°) En relación al primer requisito, debe enfatizarse que, si no se quiere vulnerar seriamente el principio de inocencia, menester será tener muy en claro que *no se puede otorgar fines materiales -sustantivos- a la privación de libertad procesal o cautelar. En consecuencia, no se puede recurrir a la detención preventiva para obtener alguna de las finalidades propias de la pena como, por ejemplo, ocurriría si a través de la imposición de esta medida de coerción pretendemos que el imputado no cometa un nuevo delito. En suma: la detención preventiva, como medida cautelar, sólo puede tener fines procesales.*

Pareciera que la afirmación recién efectuada, debiera darse por sentada. Sin embargo, hemos preferido formularla, poniendo particular acento en ella, por cuanto existen algunas opiniones de organismos supranacionales que están abriendo la puerta a posibles interpretaciones ampliatorias de esta exclusiva finalidad procesal. Nos explicamos:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe N° 2/1997 sobre Argentina, entre las justificaciones para una prisión preventiva ha analizado el "riesgo de comisión de nuevos delitos" por parte del imputado. Más concretamente, en la parte pertinente, el documento expresa: "32. Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha

sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.¹⁷

De hecho el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los precedentes "Matznetter" y "Herczegfalvy c/ Austria", sostuvo una tesis similar¹⁸.

Tan alarmante criterio, obviamente, debe ser reputado incorrecto. Es que, como muy bien lo puntualiza en un estudio reciente JAVIER AUGUSTO DE LUCA, viene a significar, aunque solapadamente, una suerte de reedición de la doctrina de la "peligrosidad social"; doctrina que, abiertamente, repugna al art. 19 de la CN¹⁹. De otro costado, el criterio traiciona, abiertamente, al insertar fines sustantivos propios de la pena (en el caso: la prevención especial), a una institución que, por su naturaleza, es de carácter procesal.

Ahora bien ¿cuáles son las finalidades procesales que justifican esta medida de coerción?

Tradicionalmente, nuestra dogmática procesal, sobre la base del análisis de los textos legales en relación a los cuales se construyeron esas elaboraciones –por ejemplo: art. 281 CPP de Córdoba; arts. 312 y 319 del CPP de la Nación–, las han reducido a dos: a) todo comportamiento del imputado que afecte indebida y negativamente el proceso de averiguación de la verdad, es decir: que represente una obstaculización ilegítima de la investigación, y b) toda circunstancia que ponga en peligro

¹⁷ Para el texto íntegro del informe, confróntese el sitio web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ubicación del sitio: <http://www.cidh.org/annualrep/97span/argentina11.205.htm>). También, podrá consultarse, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (con la colaboración del Centro de Estudios Legales y Sociales), "Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno y el debido proceso y el razonamiento judicial en la Protección de los Derechos Humanos", Bs. As., 1998, ps. 101 a 114.

¹⁸ Confr., sobre esta orientación, GALDINO, ROLANDO, "La prisión preventiva en el derecho internacional de derechos humanos", Revista Investigaciones, Secretaría de Investigaciones de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, n° 3 (1999), ps. 699 a 702.

¹⁹ Confr. DE LUCA, "La ley 24.390 y sus modificaciones por la ley 25.430 (cese de prisión preventiva y derogación del 'dos por uno')", en ¿Más derecho?, diciembre de 2001 – N° 2, Fabián J. Di Plácido Editor, p. 251.

la eventual aplicación efectiva de la sanción punitiva prevista en el derecho procesal sustantivo; por ejemplo, la posibilidad de fuga.

No obstante la afirmación precedente, *existe una tendencia –a nuestro criterio una muy buena y saludable orientación– que parece limitar la justificación de la medida cautelar a un solo caso: el de evitar que, a través de la fuga, el imputado eluda la actuación de la ley penal sustantiva merced a la imposición de la pena.*

En rigor, esta tesis es muy coherente, por lo menos a partir de una interpretación lingüística de los pactos. En efecto, la CADH, en su artículo 7°, n° 5, expresa que la libertad del imputado "(...) podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". Por su parte, el PIDCP prevé, en su art 9°, n° 3, que: "su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".

De esta manera, un sector de la doctrina procesal reciente²⁰ ha cuestionado la legitimidad del supuesto de peligro de entorpecimiento de la investigación para fundar la prisión preventiva; afirmando que, en realidad, el encarcelamiento cautelar –a partir de la letra de aquellas convenciones internacionales– sólo podría aceptarse para asegurar la comparecencia del imputado al proceso (esto es: el supuesto de peligro de fuga). Y por nuestra parte, sostenemos que tal postura es coherente por cuanto, el argumento utilizado, en atención al tenor de las normas que se interpretan, resulta adecuado. Bien ha dicho, en tal sentido ROBERT ALEXV que aun cuando la interpretación semántica, tomada en sí misma, no es del todo suficiente cuando se trata de interpretar una ley fundamental, no es menos cierto que: "El hecho de que el texto [de una disposición iusfundamental] exija o excluya una determinada inter-

²⁰ Así, BOVINO, *El encarcelamiento preventivo (...)*, op. cit., p. 142 y la bibliografía citada en su nota n° 50.

pretación, es un argumento muy fuerte a favor o en contra de esta interpretación²¹.

Por fin, se deduce también como una exigencia emanada de los pactos internacionales, *la necesaria fundamentación, en el auto que dispone la medida, de la verificación de este peligro procesal*²². O dicho en otros términos: *la exigencia no se satisface si, el órgano competente, al disponerla, no funda, adecuadamente, ese extremo. Las circunstancias objetivas y ciertas que, en cada caso, permitan afirmar la probable situación de riesgo procesal que genera la necesidad de la medida de coerción no debe quedar en la íntima convicción del que la dispone sino que, el juicio lógico de donde se deduce ese peligro, debe materializarse en la resolución que la ordena.*

Quizá pueda sostenerse que la lectura de los pactos constitucionalizados, al menos en forma directa, no contienen una previsión en tal sentido. Empero, un análisis más atento demostrará que, tales normas, sí existen. Así: el art. 7º, n° 3 de la CADH, prohíbe las detenciones arbitrarias, es decir: las que carezcan de razones que las justifiquen; el n° 4 del mismo artículo (7) requiere que se informe a toda persona detenida de las razones de su detención.

Por otra parte, el PIDCP, en su artículo 9º, n°s 1 y 2, contiene disposiciones similares.

2º) Una segunda característica que debe respetarse en orden a esta medida de coerción es su carácter excepcional. Tal exigencia está expresamente contemplada en el artículo 9º, n° 3, del PIDCP cuando dispone: "La prisión preventiva no debe ser regla general"; carácter este que también ha sido en-

fáticamente sostenido por la propia Convención Interamericana de Derechos Humanos a través del informe N° 12/1996, referido a nuestro país.

En efecto, allí el organismo internacional dijo que: "(...) la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa"²³.

Vinculado con este mismo recaudo, no menos explícito ha sido el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba cuando falló el precedente "Aguirre Domínguez". Dijo allí la casación cordobesa: "El encarcelamiento -específicamente la prisión preventiva- no puede ser la regla general en relación a las personas que hayan de ser juzgadas (...). Puesto que no es la regla, la ley (Constitución y leyes infraconstitucionales), debe prever anticipadamente los casos y las formas en que la privación de la libertad antes de la sentencia será procedente"²⁴.

Como una de las principales derivaciones del principio de excepcionalidad, se menciona, en especial, *la necesidad de agotar toda posibilidad de asegurar los fines del proceso a través*

²¹ Confr. "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 534.

²² Junto con esta fundamentación (del peligro procesal), obviamente, también deberá hacerse mención (en el auto que dispone la medida), en forma simultánea, de la existencia de las pruebas de cargo en contra del imputado respecto del hecho cuya comisión se le atribuye. En este sentido, confr. CAFFERATA NORES, *Proceso penal y derechos humanos*, op. cit., p. 192.

²³ Para el texto íntegro del informe, confróntese sitio web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ubicación concreta: <http://www.cidh.org/annualrep/95span/cap.III.argentina1.245.htm>). Un comentario de dicho informe puede consultarse en BOVINO, "La limitación temporal del encarcelamiento preventivo en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *Problemas del derecho procesal penal* (...), op. cit., ps. 169 y ss..

²⁴ Para el texto del fallo, confr. ADRIANA T. MANDELLI, "Doctrina Judicial. Jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba 1994-1999", Mediterránea, Córdoba, 2000, ps. 415 y ss..

de medidas de coerción distintas a la privación de la libertad, que resulten menos lesivas a los derechos del imputado. Una muestra interesante de un esfuerzo orientado en este sentido lo constituye la previsión contenida en el artículo 159 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, según el cual: "Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar no se excedan los límites impuestos a la libertad locomotiva, el juez de garantías impondrá tales alternativas en lugar de la prisión, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime necesarias. El imputado, según los casos, deberá respetar los límites impuestos, ya sean referidos a una vivienda, o a una zona o región, como así las condiciones que se hubieren estimado necesarias, las que se les deberán notificar debidamente, como así también que su incumplimiento hará cesar la alternativa".

Más allá de ciertos matices en orden a la interpretación de este precepto²⁵, lo cierto y concreto es que la utilización, por parte del legislador, del operador deóntico que emplea ("impondrá", dice la norma), torna obligatorio, en tanto se den los presupuestos del precepto, el uso de estas medidas alternativas.

3º) Vinculado con la exigencia anterior, y como un auténtico derivado de ella, se encuentra el denominado principio de proporcionalidad²⁶. En virtud de este principio –que también fue expresamente reconocido por la casación cordobesa

²⁵ Así, BERTOLINO, PEDRO J., "Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y concordado", Depalma, Bs. As., 1998, p. 199, refiere que, la norma, "si bien no hace obligatoria la alternativa, por lo menos marca un fuerte 'deber de actuar' al juez de garantías, ponderando cada situación en particular".

²⁶ Para uno de los estudios más profundos sobre este principio, confr. NICOLÁS GONZÁLEZ – CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

en "Aguirre Domínguez" – se trata de impedir que la situación del individuo, aun inocente, sea peor que la de la persona ya condenada; en otras palabras: de prohibir que la coerción meramente procesal resulte más gravosa que la propia pena. En consecuencia, no será justificado el encarcelamiento procesal cuando, en el caso concreto, no se espere la imposición de una pena privativa de libertad (porque el delito investigado, en su conminación abstracta, no la prevé); o, si está conminado con una pena privativa de libertad, ésta no sería de cumplimiento efectivo (casos de condena de ejecución condicional). También, como corolario de este principio, el encarcelamiento cautelar no puede ser mayor (es decir: más prolongado en el tiempo) que la pena eventualmente aplicable.

Este último caso, abre al intérprete nuevas posibilidades frente a ciertos institutos previstos por la ley 24.660. Nos explicamos:

§ En general casi todos los sistemas procesales, sea bajo la forma de la excarcelación (así: CPP de la Nación, art. 317, inciso 5º) sea bajo el instituto del cese de prisión preventiva (art. 283, inciso 3º del CPP de Córdoba), prevén como una de las causales que ponen fin al encierro cautelar a la siguiente circunstancia: la estimación de que al imputado no se lo privará de su libertad en caso de condena por un tiempo mayor al de la prisión preventiva sufrida, *aun por aplicación del artículo 13 del Código Penal*.

§ Un aspecto interesante, y quizá poco desarrollado por la doctrina²⁷ –y aun menos utilizado por la jurisprudencia– se refiere a la posible incidencia del derecho que tendría el interno a la libertad asistida. En efecto, por imperio del artículo 54 de la ley 24.660, "La libertad asistida permitirá al condenado sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, el egreso antici-

²⁷ Entre los pocos trabajos desarrollados en relación a este tema, confr. CAFFERATA NORES, JOSÉ I. "¿La ley n° 24.660 da cabida a una 'semiprisión preventiva' o nuevas hipótesis excarcelatorias?", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III – N° 7, Ad-Hoc, Bs. As., 1997, ps. 991 y ss..

pado y su reintegro al medio libre seis meses antes del agotamiento de la pena temporal”.

¿Cómo vincularíamos este instituto con el cese de la prisión preventiva?

Un ejemplo nos permitirá analizar su funcionamiento. Supongamos una persona reincidente (respecto de la cual, según la interpretación prevaleciente, no correspondería la libertad condicional). Esta persona está siendo sometida a proceso por un delito cuyo máximo en abstracto es de tres años, llevando en prisión preventiva dos años y seis meses. Es evidente que, en este caso, el inciso 3° del artículo 283 del CPP de Córdoba no funciona, por cuanto existe un obstáculo impeditivo de la libertad condicional (el artículo 14 del Código Penal). Sin embargo, sería posible que el imputado invocando la eventual aplicación a su favor de lo dispuesto por el artículo 54 de la ley 24.660, peticionara un cese de prisión preventiva (repárese en que, al momento de solicitarla, lleva dos años y seis meses de detención cautelar).

Quizá pueda decirse que el mentado inciso 3° del artículo 283 (y sus similares en las distintas legislaciones procesales) sólo habla de la eventual aplicación de la libertad condicional; más no de la libertad asistida. Por cierto que tal afirmación es muy real. Sin embargo, en nuestro criterio, no vemos obstáculo alguno para la interpretación propiciada; sobre todo a partir de la realización de una argumentación que se valga de la analogía *in bonam partem*.

Este criterio, lo anticipamos, no ha tenido mucho desarrollo jurisprudencial. Sin embargo existe un fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, resuelto el 9 de mayo del año 2000, que recepta tal forma argumental. Se trata del precedente “Bello”²⁸ en el cual, la casación neuquina sostuvo que: “el artículo 291, inciso 3° del CPP y C, dispone que la excarcelación ‘podrá concederse (...) 3°’ Si de

²⁸ Para el texto del fallo, con nota favorable de MARÍA SUSANA FRASCAROLI (“Excarcelación y libertad asistida”), vid., LL t. 2000 – D, ps. 775 y ss..

acuerdo al tiempo de detención o prisión preventiva cumplida, [el imputado] pudiere obtener la libertad condicional prevista para los condenados’. El precepto, sin embargo, debe ser entendido no sólo limitado al derecho que consagra el artículo 13 del Cód. Penal sino, también, al caso puntual que establece la nueva ley de ejecución 24.660, al regular, en su artículo 54, el instituto de la libertad asistida. (...) [L]o dicho es así, por cuanto (...) (...) la solución vendría de la mano del principio de *proporcionalidad* del encarcelamiento procesal, según el cual éste, como medida cautelar, no puede ser más gravoso que la propia pena cuya imposición cautela, ni su rigor innecesario a estos fines, lo que deberá reflejarse tanto en la modalidad de la ejecución de la prisión preventiva como en la posibilidad de excarcelación’ (...)” y, enseguida, continuaba con el razonamiento afirmando, con cita de doctrina, que: “ (...) (...) en algunos códigos procesales provinciales (...) se consagra el instituto denominado ‘cesación de la prisión preventiva’, según el cual el imputado que ha sufrido por anticipación un lapso de privación de libertad jurídicamente equivalente al que debería soportar, si estuviere condenado, recupera la libertad sin caución. Parte de la idea de que el procesado ‘no puede continuar encarcelado porque no preste la fianza exigida o porque se pretenda por ejemplo, que en virtud de su presunta peligrosidad tratará de eludir la acción de la justicia. El caso típico de ‘cesación de prisión preventiva’ (...) es cuando se ha agotado en detención el máximo de la pena con que se conmina en abstracto el delito imputado. Pero dicho criterio también resulta extensible a otros supuestos, pues ‘la ley sujeta la cesación del encarcelamiento a una sola condición: que el juzgador estime *prima facie* que al imputado, si fuera condenado, no se lo privará de su libertad por un tiempo mayor al de la prisión preventiva’ (...)”. Y concluía expresando: “Esta interpretación se ve reforzada además, por dos argumentos: a) en primer lugar, el propio artículo 3° de la ley adjetiva, al imponer una interpretación restrictiva a toda (...) disposición que coarte la libertad personal (...) ; b) en segundo término, y si bien por imperio del mismo artículo

citado anteriormente (3° del CPP y C), está vedado al intérprete, aplicar analógicamente la ley; es del todo evidente que, la prohibición cede, cuando lo es en beneficio del imputado (...).
4°) La cuarta exigencia general que enunciemos se refiere a que, para que la prisión preventiva pueda ser considerada legítima, es menester que tenga una duración razonable.

En tal sentido, la CADH, en su art. 7°, n° 5, es categórica al afirmar que: " 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 ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso". Una norma similar encontramos en el artículo 9°, inciso 3° del PIDCP.

Esta garantía aun cuando según el criterio de cierta doctrina –como es el caso de MARCELO SOLIMINE²⁹– podría ser considerada operativa, terminó siendo reglamentada por ley; tarea que abordó el Congreso Nacional, mediante el dictado de la ley 24.390 y, con posterioridad, su reciente modificación a través de la 25.430. Esta circunstancia (reglamentación legislativa) exige, de nuestra parte, que hagamos una referencia a los alcances de ambas normas.

A) La ley 24.390 fue calificada por nuestra doctrina y jurisprudencia como una ley mixta³⁰.

¿Qué significa esto?

²⁹ Confr. su exhaustivo trabajo *Limitación temporal del encarcelamiento preventivo y su cómputo a los fines del art. 24 del Código Penal*, Depalma, Bs. As., 1996, ps. 7 y 8.

³⁰ Así, SOLIMINE, *Limitación temporal (...)*, op. cit., p. 14. En la jurisprudencia ha sido la postura de las Dras. BERRAZ DE VIDAL y CAPOLUPO DE DURANONA y VEDIA, al votar en el plenario N° 3 de la Cámara Nacional de Casación Penal, *in re* "Molina". Para el texto del plenario, confr. SOLIMINE, ps. 251 y ss.. También, en forma explícita, así ha sido caracterizada (esto es: como una ley mixta) por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, *in re* "Rosa, Alejandro Bautista y otros - Homicidio simple y daño en concurso real". Para el texto del fallo, confr. AROCENA, GUSTAVO A., "Un fallo interesante sobre la ley 24.390", Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, Nueva Serie, N° 3, 1998, p. 205.

Que se trató de una ley que contenía disposiciones de carácter procesal –aún cuando reglamentarias de un pacto internacional constitucionalizado– y normas de carácter sustantivo.

En tal sentido, la anatomía de la ley 24.390 permitía su disección en dos grandes núcleos: a) por una parte, entre los artículos 1 a 6, se trataba la concreta reglamentación de la garantía de la duración razonable del proceso y b) por otra, en sus artículos 7° y 8° "estructuraba un nuevo método de cómputo de la prisión preventiva –materia de indudable raigambre sustantivo-penal– para el remanente del tiempo que quedaba luego de restar los primeros dos años de prisión preventiva, modificando de este modo la regla general del art. 24 del CP para estos casos (...). Por un día de prisión preventiva, dos de prisión efectiva o uno de reclusión, según la determinación judicial de la pena a que se hubiera llegado en el caso concreto"³¹.

De particular relevancia para nuestro tema resulta dilucidar si, el artículo 4° de aquella ley, para los casos de vencimiento de los plazos establecidos por los artículos 1° y 2° (esto es: dos años, prorrogables por un año más, en caso de complejidad de la causa y seis meses más cuando dichos plazos se cumplieren mediante sentencia condenatoria y ésta no se encontrare firme), establecía una forma de cese de prisión preventiva automático o sí, por el contrario, y más allá del vencimiento de los plazos era factible denegar la soltura frente a la presunción de elusión de la acción de la justicia. Este aspecto, por cierto, no fue en absoluto pacífico durante los primeros tiempos de la vigencia de la ley, registrándose posturas francamente antagónicas³². Por nuestra parte, nos inclinamos

³¹ Confr. BALCARCE, FABIÁN I., "Las repercusiones políticas producidas por las modificaciones a la ley 24.390", Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, Nueva Serie, N° 6, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Mediterránea, Córdoba, 2001, ps. 69 y 70.

³² Confr. para esta discusión, SOLIMINE, *Limitación temporal (...)*, op. cit., ps. 60 y ss..

a favor de aquella corriente interpretativa que sostenía la automaticidad del cese de prisión por el sólo vencimiento de los plazos³³. No obstante ello lo cierto y concreto es que, nuestro máximo Tribunal nacional inclinó el fiel de la balanza a favor del otro criterio, sosteniendo en el precedente "Bramajo" lo siguiente: "La validez del art. 1° ley 24.390 está supeditada a que los plazos fijados no resulten de aplicación automática por su mero transcurso, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en los arts. 380 y 319 del CPC y el CPP respectivamente, a los efectos de restablecer si la detención ha dejado de ser razonable"³⁴.

B) Sin embargo, y como ya se dijera, la ley 24.390 fue modificada por la 25.430. Respecto de este nuevo texto se hace necesario destacar los siguientes aspectos:

a) En primer término deroga los artículos 7° y 8° de la ley 24.390, con lo cual el cómputo privilegiado de la prisión preventiva, con incidencia sobre el artículo 24 del Código Penal, ha desaparecido.

b) En segundo lugar, en cuanto a los plazos, es evidente que el nuevo texto legal resulta, en comparación con el anterior, más permisivo; *en el sentido de ser más favorable a una mayor duración de la prisión preventiva*. En efecto:

§ Por de pronto, los términos general y excepcional (de dos y tres años), como límite máximo en que una persona pueda estar detenida precautoriamente, ahora llegan hasta el dictado de la sentencia condenatoria aun cuando no haya adquirido firmeza;

³³ En tal sentido, nos parecen decisivos los argumentos vertidos por FRASCAROLI, MARÍA SUSANA, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ¿es garantía final de la libertad? (A propósito del dictado del fallo 'Bramajo')", Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, N° 2, Córdoba, 1997, ps. 64 a 69.

³⁴ Para el texto del fallo, confr. Fallos 319 (2), p. 1847 (la cita corresponde al considerando N° 13).

§ Una vez pronunciada sentencia de condena, y a diferencia de lo que sucedía en el artículo 2° de la ley modificada, el imputado puede seguir detenido *sine die* durante todo el tiempo que dure la tramitación de las vías impugnativas; ello por cuanto, el término *ad quem* de seis meses que se preveía para cuando la causa tuviera sentencia no firme, fue derogado;

§ Por fin, y como lo ha observado agudamente FABIÁN BALCARCE, los plazos máximos previstos por el artículo 1° se relativizan en tanto el Ministerio Público puede oponerse por la especial gravedad del delito que fue atribuido o cuando entendiera que concurre alguna de las circunstancias previstas en el art. 319 del CPPN³⁵. Esta última referencia normativa (al art. 319 del Código Procesal Penal de la Nación) no hace otra cosa que no sea positivizar la mala doctrina de la Corte sentada en el precedente "Bramajo".

C) Evidentemente esta nueva legislación puede llegar a generar problemas de derecho transitorio que convendría, al menos, plantear. Veamos:

a) Al derogarse los artículos 7° y 8°, la nueva ley dejó de ser mixta. Ello por cuanto, perdió su componente de derecho penal sustantivo al derogarse los cómputos privilegiados con incidencia sobre el artículo 24 del Código Penal. Este aspecto, empero, es el menos problemático. Ello por cuanto, tratándose de una norma de derecho penal común no existe ninguna duda que, en virtud del principio de ultra-actividad de la ley penal más benigna (que surge del artículo 2° del Código Penal), ahora -y, también por obra de los pactos- con jerarquía de garantía constitucional³⁶, se seguirá aplicando a todos los procesos iniciados durante la vigencia de los artículos 7° y 8° de la ley 24.390, no obstante su derogación.

³⁵ Confr. *Las repercusiones políticas (...)*, op. cit., p. 72.

³⁶ Confr., al respecto, CESANO, JOSÉ DANIEL, "Proyecciones de la reforma constitucional (1994) sobre la retroactividad de la ley penal más benigna", *Zeus*, Año XXVII, N° 6563, t. 84, boletín del 27 de noviembre de 2000, ps. 2/6.

b) Un problema distinto se presenta en relación a la mayor benignidad de las disposiciones originarias de la ley 24.390 en cuanto al cese de la prisión preventiva. Aquí el tema central radica en si resulta aplicable a los casos iniciados durante la vigencia de la ley 24.390, la nueva ley (es decir: la n° 25.430), no obstante ser más gravosa.

Jurisprudencialmente, el debate ya se ha instalado, habiéndose pronunciado la Cámara Nacional de Casación Penal, a través de su Sala IV, en el precedente "Duarte", fallado el 11 de septiembre de 2001³⁷. La casación, al abordar el tema, concluyó que: "Corresponde rechazar la excarcelación solicitada por el imputado que ya fue condenado, resolución que no se encuentra firme y que superó los dos años de prisión preventiva previstos en el art. 1° de la ley 24.390, si la misma no resulta procedente de acuerdo a la modificación introducida por la ley 25.430 pese a que ella sea posterior al hecho por el cual se lo procesara pues el principio de la ley más favorable al imputado no comprende a las leyes procesales, ya que ellas se rigen por otros principios que imponen su aplicación inmediata".

En nuestra opinión, no nos parece acertada la solución del fallo de la casación. Es que, como se advierte, en última instancia, este decisorio está declarando la posible aplicación retroactiva de una ley procesal más gravosa; solución que no nos satisface por cuanto comulgamos con la corriente interpretativa que sostiene, como incluido dentro de la garantía constitucional de irretroactividad de la ley, al concepto de ley procesal penal; ello, fundamentalmente, por cuanto la tesis opuesta –que sostuvo la casación– parte de una tendencia didáctica-unificadora de todo el derecho procesal que parece

³⁷ El texto del fallo fue publicado en LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 8 de abril de 2002, p. 1 y ss.; con un meduloso comentario de PASTOR, DANIEL, "Prohibición de la aplicación retroactiva de normas penales sustantivas, adjetivas y ambivalentes".

olvidar la unidad esencial entre derecho procesal penal y derecho penal³⁸.

D) Para finalizar este aspecto del tema pareciera conveniente abordar el siguiente aspecto: ¿qué ocurre si, en el ámbito provincial, existe una norma específica con la finalidad de reglamentar el tiempo máximo de duración de la prisión preventiva y ésta (la norma provincial) fuese más favorable al imputado?

Hemos dicho ya que, la nueva ley, ha dejado de ser mixta al derogarse su componente con incidencia en el derecho sustantivo. Frente a esto, entonces, debemos concluir que el remanente de la ley está orientado a regular un caso de cese de prisión preventiva por duración excesiva del proceso. Al ser esto así, en función de nuestra estructura federal (art. 1° de la CN) y del diseño de competencias entre Nación y provincias que surge del art. 121 de nuestra ley fundamental, sería totalmente ortodoxo que, las provincias en uso de facultades no delegadas, reglamentaran este aspecto. En tal sentido, la propia CADH en su artículo 2° preceptúa que "los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales (...) las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"³⁹. Esta norma a su vez aparece complementada por el artículo 28, n° 2, de la misma Convención, denominada "Cláusula Federal". De manera tal que, si existe una regulación provincial más beneficiosa⁴⁰, no existe ninguna dificultad en aplicar esa disposición, resignando la utilización de la ley 25.430.

³⁸ Confr., por todos, FABIÁN I. BALCARCE, *La irretroactividad de la ley penal procesal*, Lerner, Córdoba, 1999, ps. 77 y ss..

³⁹ Conforme con este argumento, TSJ de Córdoba, Sala Penal, *in re* "Muñoz", 11/4/1995, citado por MANDELLI, "Doctrina Judicial (...)", op. cit., p. 428.

⁴⁰ Como sería el artículo 283, inciso 4° del CPP de Córdoba que, a diferencia de lo que ocurre con la ley 25.430, no contiene un párrafo en donde se considera la posible oposición fiscal fundada en las pautas del artículo 319 del CPP de la Nación.

Por el contrario, si la legislación procesal no reglamenta este aspecto o, por el contrario, lo hace de manera más gravosa que la ley nacional, estimamos que esta última podrá aplicarse. Esta última afirmación podría parecer contradictoria; sin embargo no lo es. Y decimos que no lo es por cuanto, en este caso, reclama aplicación un principio hermenéutico que debe regir toda interpretación de normas propias del sistema de derechos humanos; cual es: el principio *pro homine*⁴¹, con reconocimiento positivo en el art. 29 (letra "a") de la CADH⁴².

IV. EL QUE INVESTIGA NO JUZGA: UNA DERIVACIÓN RACIONAL DE LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD

El PIDCP ha establecido el "derecho [de toda persona imputada] a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley" (art. 14, n° 1). Con similar criterio, la CADH, preceptúa en su art. 8°.1, el "derecho a ser oída, con las debidas garantías (...) por un juez o tribunal independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley".

Por cierto que, estas expresiones contenidas en los artículos mencionados, no aportan mucho para determinar cuándo un juez o tribunal satisfacen los estándares mínimos de imparcialidad fijados como garantía judicial. Por esto, se ha dicho, a nuestro criterio con mucha razón que: "Son los órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales, en el marco de sus competencias, los llamados a dotar de contornos definidos a estos estándares mínimos"⁴³.

⁴¹ Sobre este principio, confr. 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 internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, PNUD - CELS, Ediciones del Puerto, 2ª edición, 1998, ps. 163 y ss..

⁴² Cfme. con la opinión, DE LUCA, *La ley 24.390* (...), op. cit., p. 255.

⁴³ Confr. GARCÍA, LUIS M., "La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El caso 'Zenzerovich': una oportunidad perdida", en LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 26 de noviembre de 1999, p. 11.

En este sentido, y teniendo en cuenta la similitud normativa entre el texto regional y el art. 6°.1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la doctrina y la jurisprudencia suelen recurrir, en primer término, a los precedentes desenvueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

MARCELO SANCINETTI ha señalado que, dentro de los precedentes de aquel Tribunal supranacional, fue el caso "Piersack vs. Bélgica" el que sentó un concepto general de imparcialidad "y una importante distinción entre imparcialidad objetiva y subjetiva, que fue mantenida invariada en la jurisprudencia posterior, y que fue receptada más tarde por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como aplicable a nuestro propio ámbito"⁴⁴.

La distinción que se acaba de realizar (esto es: test subjetivo y test objetivo) será de mucha utilidad para poder fundar, adecuadamente, los alcances de este principio y su derivación racional de que: quien investiga no debe juzgar.

¿Qué entendemos por test subjetivo?

En el test subjetivo, se intenta conocer la existencia de una convicción personal de un juez dado en un caso dado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir del precedente "Le Compte - Val Leuven - De Meyere vs. Bélgica" ha sostenido que existe una presunción de que el juez es imparcial "hasta que se demuestre lo contrario". Dada esa presunción y la necesidad de probar una parcialidad de hecho y no simplemente una duda legítima, como sería el caso del test objetivo, no debe sorprendernos que no haya habido casos ante el TEDH en el que se haya comprobado una infracción al test subjetivo. La parcialidad subjetiva es difícil de acreditar.

En el ámbito de nuestra región, empero, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en un caso reconociendo violación de este principio por déficit en el test subjetivo. Se trata del caso "William Andrews c/ Estados Unidos", abordado a través del informe n° 57/1996. La hipótesis

⁴⁴ Confr. SANCINETTI, "La violación a la garantía de la imparcialidad del Tribunal", Ad-Hoc, Bs. As., 2001, p. 18.

de hecho de este informe (en lo que aquí nos interesa) es la siguiente: El Sr. Andrews, de raza negra, había sido sometido a un jurado que lo encontró culpable. Por los delitos atribuidos (tres homicidios y un robo) le correspondía la pena de muerte; la que, finalmente, le fue impuesta y ejecutada. En orden al tema que nos convoca, se alegó que durante un receso del juicio se halló una nota entre los jurados, en la que se decía «cuelguen al negro» y que el abogado del señor Andrews solicitó que el juicio fuera declarado nulo, alegando el derecho de cuestionar a los miembros del jurado acerca de la nota. Tal solicitud, sin embargo, fue denegada por el juez de primera instancia, quien no dispuso ninguna audiencia con la finalidad de investigar este incidente.

La Comisión, al declarar que en el caso había existido la violación al derecho a un tribunal imparcial expresó que: (171). En opinión de la Comisión, el señor Andrews no fue oído en forma imparcial porque hay evidencia de que hubo «predisposición racial» durante el juicio y porque el Tribunal de primera instancia omitió realizar una audiencia probatoria de los miembros del jurado para determinar si la servilleta fue encontrada por miembros del jurado, según lo indicado por uno de sus miembros, o si los propios miembros la escribieron y trazaron las palabras de contenido racista en la servilleta. Si la nota no se originó en los miembros del jurado y fue 'encontrada' por el miembro del jurado en cuestión, el juez de primera instancia podría haber preguntado a los miembros del jurado, en una audiencia probatoria, si la nota con las palabras y el dibujo de contenido racial ejercería alguna influencia sobre ellos o menoscabaría su discernimiento, impidiéndoles juzgar el caso en forma imparcial. Si el Tribunal hubiera realizado la audiencia, hubiera tenido la posibilidad de remediar, en caso de que se hubiera demostrado la necesidad de hacerlo, una situación que contraponía las obligaciones consagradas en la Declaración Americana.⁴⁵

⁴⁵ Para el texto del infor. <http://www.cidh.org/annualrep/97span/EstadosUnidos11.139.htm>

Sin embargo, lo realmente importante para nuestro tema se vincula con el denominado test objetivo. A diferencia del test subjetivo que trata de determinar lo que "tal juez pensaba en su fuero interno en 'tal ocasión' (...)", la perspectiva objetiva está dirigida a comprobar si el juez "ofrecía garantías suficientes para excluir a este respecto toda duda"⁴⁶. En palabras de SANCINETTI: Lo decisivo de esta doctrina (la objetiva) "es la determinación de un derecho del acusado a quejarse por falta de imparcialidad del tribunal, ya cuando las circunstancias externas, objetivas, en que se desempeña un funcionario, sugieren sospechas legítimas sobre su falta de prejuicios en la solución del caso que debe juzgar, sin que pese sobre el acusado la carga de demostrar que el juez, efectivamente, abrigaba ya en su fuero interno su deseo de una sentencia condenatoria"⁴⁷.

¿Y cuáles serían esas circunstancias "externas" u "objetivas" que permitirían inducir la falta de prejuicios en la solución del caso?

Sin duda, la más clara es cuando se ha verificado una actuación previa, en el mismo caso, en el ejercicio de funciones distintas.

LUIS M. GARCÍA, siguiendo ciertos estándares de los organismos supranacionales, ha destacado dentro de esta situación (entre otros) dos casos paradigmáticos⁴⁸:

§ En primer lugar, el ejercicio anterior de funciones persecutorias y;

§ En segundo término, y de gran interés para nuestra inquietud, el ejercicio anterior, sea como juez de investigación o como miembro de un tribunal colegiado que interviene como órgano de apelación del juez de investigación.

Precisamente, ha sido en derredor de esta última cuestión en que se vienen planteando los problemas más interesantes.

⁴⁶ Confr. SANCINETTI, op. cit., p. 19.

⁴⁷ Confr. SANCINETTI, op. cit., p. 19.

⁴⁸ Confr. GARCÍA, op. cit., ps. 24 y ss..

Antes de fijar postura al respecto, no debe dejarse de lado que, en el concierto de nuestro federalismo procesal, existen legislaciones (y no pocas) que conservan un sistema procesal mixto (por ejemplo: CPP de la Nación; CPP de la Provincia de Neuquén; CPP de la Provincia de Río Negro; etcétera). En tales sistemas encontramos una etapa de instrucción (a cargo de un juez unipersonal) y la de juicio (cuya competencia se distribuye, entre jueces correccionales y cámaras del crimen). En estos modelos procesales, por tanto, es muy posible que el juez que instruyó, luego (por ejemplo: al ser ascendido) tenga que juzgar (como Juez Correccional o como integrante de la Cámara) la misma causa (y, por ende, al mismo imputado) que investigó.

También puede suceder (y eso se advierte no sólo en la estructura de la jurisdicción federal sino, también, en la organización judicial de distintas provincias [v.gr. Neuquén, en la 4ª y 5ª circunscripción judicial] que el mismo juez que instruyó tenga competencia como juez correccional.

Estos casos, nos preguntamos, ¿pueden superar el test objetivo para determinar una posible violación al principio de imparcialidad?

A nuestro modo de ver, la respuesta debe ser negativa. Sin embargo, previo a manifestar nuestros argumentos en ese sentido, nos permitimos realizar una breve reseña en orden a los criterios jurisprudenciales en esta materia.

Existen dos casos, relativamente recientes, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en donde, el tema fue objeto de cierta discusión.

El primero es el precedente "Massaccesi"⁴⁹. En este caso, la intervención de la Corte se origina a raíz de un recurso de queja interpuesto contra una resolución del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. La cuestión es causada por dos motivos:

⁴⁹ El fallo ha sido publicado en LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 1º de noviembre de 1999, ps. 44 y ss.. El pronunciamiento fue anotado por SUPERTI, HÉCTOR, "Quien investiga no debe juzgar".

a) Por un lado, el Superior Tribunal, por acordada suspendió una ley que impedía que los jueces que habían intervenido en la etapa instructoria como Cámara de Apelación lo hagan, luego, como Tribunal de Juicio.

b) Por otra parte, la defensa planteó la cuestión en el caso concreto donde ese supuesto había acontecido, pretendiendo mediante la deducción de una nulidad, que los integrantes de la Cámara en lo penal –que habían intervenido como alzada en la instrucción– se apartasen del conocimiento de la causa principal.

En realidad, el criterio mayoritario de la Corte, se encarriló, haciendo lugar al planteo pero en orden del primer motivo; esto es: no es factible que una acordada suspenda una ley.

Sin embargo hubo un ministro que ingresó de lleno al segundo agravio realizando interesantes consideraciones en relación a la violación –que se verificaría en estos casos– del principio de imparcialidad. Nos referimos al voto del Dr. Vázquez. Por ser demostrativo de su opinión, transcribimos el siguiente pasaje: "La ley de Río Negro 2865 –que excluye a los jueces que conocen en la etapa revisora de la instrucción del conocimiento de la causa de la juzgadora– tiende a evitar la posible parcialidad en que puedan incurrir en su relación con el objeto del proceso al verse influenciado a favor o en contra del imputado, como consecuencia del conocimiento directo que tuvo de lo actuado en el período de investigación, lo cual vulneraría la garantía del juez imparcial por alteración de la competencia funcional y las normas de los arts. 8º, apartado 1º, de la CADH y 14, apartado 1º, del PIDCP".

El segundo caso que llegó a la Corte fue "Zenzerovich". Se trataba de una recusación a una jueza que, habiendo instruido, luego continuó interviniendo como magistrado correccional. El voto mayoritario de la Corte, rechazó el recurso extraordinario por cuanto, se dijo, no se trataba de una sentencia definitiva o resolución que pudiera equipararse a tal. Sin embargo, dos jueces, entendiendo superado el obstáculo, entraron al fondo de la cuestión, rechazando los argumentos del re-

corrente. Se trata de los Dres. Fayt y Boggiano. En lo esencial, ambos magistrados, en un voto concurrente dijeron: "La mera circunstancia de que un juez cumpla la función de instruir y de juzgar no significa *per se* una violación a la garantía del juez imparcial, pues en definitiva, la cuestión depende de las particularidades de cada caso concreto"; enfatizando, enseguida, "Las medidas cautelares dictadas durante el curso del procedimiento no importan prejuzgamiento".

En este mismo caso, debe destacarse el dictamen del Procurador de la Corte, quien sostuvo la necesidad de apartar a la magistrada por considerar conculcada la garantía de la imparcialidad.

A nuestro criterio, y como ya lo anticipáramos, en casos como éste no parece ser posible de discutir la violación a la garantía. Es que en tales hipótesis (actuar como magistrado instructor y luego como sentenciante o intervenir como órgano de apelación, controlando, por ejemplo, el mérito de la instrucción y luego integrar la Cámara de juicio) ha existido la formación de una opinión anticipada. Esta circunstancia, es suficiente para poner en duda la imparcialidad del juez para juzgar el caso, según el parámetro del test objetivo. O dicho en otras palabras: la actividad instructoria que conduce a la formación de una opinión anticipada muy similar a la operación intelectual propia de un juicio de culpabilidad fundamenta las dudas legítimas sobre la imparcialidad del Tribunal.

V. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Tanto la CADH como el PIDCP consagran, como una garantía procesal expresa, el derecho de todo acusado a interrogar a los testigos. En efecto, el artículo 8º, n° 2, de la Convención regional, establece al respecto: "Durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparen-

cia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos". Por su parte el pacto internacional, reguló la garantía, en su artículo 14, n° 1, de la siguiente manera: "durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

Estas previsiones, a partir de su nueva y máxima jerarquía normativa, pueden entrar en colisión con ciertas normas procesales vigentes que, desde hace años, vienen estableciendo excepciones a la oralidad, propia de la etapa de juicio, en lo que respecta a la prueba testimonial. En tal sentido, el art. 391 del Código Procesal Penal de la Nación, en su inciso 3º, posibilita la introducción por lectura de las declaraciones testimoniales recibidas durante la instrucción "cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignorare su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar". Igual disposición encontramos en el artículo 397 del Código de Córdoba.

De hecho, en estos últimos años, han existido distintos planteos en donde se trató (y, como veremos, en algunos casos, con éxito) de obtener la nulificación de decisorios que se sustentaban sólo en la prueba incorporada por lectura. El análisis de la jurisprudencia, en este sentido, es muy ilustrativo. Veamos:

§ La Cámara Nacional de Casación Penal, a través de su Sala I, en varios casos ha hecho lugar a los recursos planteados, con expresa mención de la garantía contenida en los pactos y haciendo especial mérito de los estándares fijados por los tribunales supranacionales. Uno de las primeras afirmaciones, en esa orientación, la realizó en la causa "Abasto". La hipótesis de hecho era la siguiente: Héctor Abasto resultó condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 19 a la pena de siete años de prisión, por resultar autor penalmente responsable de

los delitos de amenazas coactivas en concurso real con el delito de violación reiterada en dos ocasiones. Contra la sentencia dictada por el Tribunal, la defensa del imputado interpuso recurso de casación. La parte recurrente alegó que no tuvo la oportunidad de interrogar a los testigos de cargo –víctimas– habida cuenta de que éstas no concurrieron al debate por encontrarse fuera del país, y que tampoco tuvo la posibilidad de presenciar ninguna de las declaraciones de las denunciadas en la etapa instructoria. La Cámara de Casación resolvió declarar la nulidad de la incorporación por lectura de los testimonios brindados por los testigos y de la sentencia dictada. Con posterioridad y, en fecha más reciente, la misma Sala se pronunció, en idéntico sentido, en decisorio de fecha 26 de noviembre de 2001, en la causa “Pérez”. Allí, el Tribunal, luego de recordar la “necesidad de examinar la validez (...) [del procedimiento de la incorporación por lectura] a la luz del art. 8º, inc. 2º, letra ‘f’ de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14, inc. 3, letra ‘c’ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...)”, concluyó afirmando que: “Resulta improcedente sustentar un fallo condenatorio en las declaraciones prestadas por la víctima en sede instructoria, sin control de la defensa y las cuales fueron incorporadas por lectura al debate, si del plexo probatorio tenido en cuenta por el sentenciante se advierte que sin la declaración cuestionada no se puede alcanzar la certeza necesaria en un juicio de condena, máxime si la defensa se opuso a su incorporación, reservó la vía casatoria y la testimonial cuestionada muestra grandes imprecisiones al momento de su deposición”⁵⁰.

§ Sin embargo, y dentro del mismo seno de la Cámara Nacional de Casación Penal, existe un criterio opuesto. Éste fue defendido, en particular, por su Sala III, en la causa “Novoa”.

⁵⁰ Para el texto del fallo, confr. LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 10 de junio de 2002, ps. 1 y ss.. El pronunciamiento fue comentado, favorablemente, por ALMEIRA, MIGUEL A., “Regulación constitucional de la prueba de testigos. La cláusula de la confrontación”.

Por nuestra parte creemos que no puede haber dudas, sobre todo a partir de la constitucionalización de los pactos, en el sentido que la postura correcta es la del precedente “Abasto”; acotando además que, previsiones normativas, como la contenida en el citado artículo 391, inciso 3º, del Código Procesal Nacional (y sus similares provinciales) resultan, a la luz de aquellos documentos internacionales, de muy dudosa constitucionalidad. Para fundar nuestra postura, comenzaremos por analizar, críticamente, los argumentos utilizados por la casación en la causa “Novoa”. Tres fueron, básicamente, los argumentos de la Cámara para rechazar el recurso, a saber:

a) En primer lugar se sostuvo que el derecho a interrogar a los testigos que introducen los pactos no es directamente operativo, sino que tiene limitaciones objetivas impuestas por la ley que regula el ejercicio de dicha facultad, con miras a cumplir fines superiores de una sociedad democrática.

b) En segundo lugar se adujo que la posibilidad de la incorporación por lectura está supeditada a que las declaraciones prestadas durante la instrucción se hayan observado las formalidades que le son propias.

c) Por fin, la Cámara utilizó este último argumento: la excepción prevista en el inciso 3º del artículo 391, es una consecuencia directa del principio fundamental de la búsqueda de la verdad real o histórica que domina el procedimiento penal y que impone a los tribunales de justicia el deber de incorporar al debate todo elemento de prueba o dato objetivo que haya sido introducido legalmente al proceso y que sea susceptible de producir en el ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto o por lo menos probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva.

¿Qué opinión nos merecen estos argumentos?

En general, desfavorable. De hecho, existen muy buenos comentarios que ya han hecho la crítica de este fallo como los

valiosos aportes de MARCELO ALVERO conjuntamente con CINTHIA OBERLANDER⁵¹ y el de SABRINA NAMER⁵².

Compartiendo estas críticas, formularemos, en consecuencia, las siguientes observaciones:

a) El argumento de la no operatividad de esta garantía consagrada en los pactos, no parece muy difícil de rebatir. En efecto, que los documentos internacionales constitucionalizados poseen operatividad o presunción de operatividad es algo que se viene sosteniendo, tanto a través de los órganos supranacionales como, en nuestro país –y aun antes de su nueva jerarquía– por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el orden regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva N° 7, refiriéndose a la operatividad de otro derecho (concretamente: el de rectificación o respuesta, establecido por el artículo 14, párrafo 1° de la CADH) dijo que: “el sistema de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”.

Por otra parte, nuestra Corte Suprema de Justicia, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, ya había tenido la ocasión de afirmar idéntico criterio (sobre todo a través del voto del juez Petracchi) al fallar la causa “Ekmekdjian c/ Sofovich”⁵³.

Quizá por la existencia de estos claros antecedentes, la Comisión de Redacción (de la Convención Constituyente de 1994), luego de amplios debates, decidiera suprimir la presunción de operatividad del texto constitucional, que había sido proyectada en la Comisión de origen (esto es: la de Integración

⁵¹ Confr. “El derecho a interrogar a los testigos. Una garantía constitucional”, en Revista de Derecho Penal, “Garantías constitucionales y nulidades procesales - II”, Año 2001 - 2, Rubinzal - Culzoni, ps. 167 y ss.

⁵² Confr. “Abasto vs. Novoa: dos posturas encontradas sobre las posibilidades de incorporar al debate, por lectura y sin el consentimiento de las partes, declaraciones testimoniales prestadas durante la instrucción”, LL, 2000- F, p. 910. Allí mismo puede consultarse el texto íntegro del fallo “Novoa”.

⁵³ Para el texto del fallo, confr. LL, 1992 - C - 551.

y Tratados Internacionales) por considerar que era sobreabundante⁵⁴.

Sobre la base de estos antecedentes nos permitimos sostener que el núcleo central de los pactos constitucionalizados, se presume operativo; presunción que sólo puede ser desvirtuada cuando la estructura lingüística de la cláusula que consagra la garantía (o el derecho) nos indique, sin lugar a dudas, su carácter programático. Por lo general, cuando la estructura gramatical de la norma se instrumenta a través de un tiempo verbal como es el presente indicativo, podemos decir que nos encontramos frente a una norma autoejecutoria (tal como ocurre con la garantía que analizamos que, encabeza la enunciación de garantías judiciales mínimas, con la expresión verbal [en presente indicativo] siguiente: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho...”⁵⁵).

b) El segundo argumento, en rigor aporta muy poco. Es que sostener que la incorporación por lectura se realiza en la medida en que aquella deposición se haya practicado de acuerdo a las reglas de la instrucción, no hace más que repetir una exigencia del propio texto procesal (art. 391, inciso 3° del CPPN); con lo cual, el razonamiento de la Cámara, resulta estéril⁵⁶ por cuanto no hace más que sobreabundar sobre una condición ya prevista en la norma adjetiva.

c) El tercer argumento, en cambio, merece una mayor reflexión. No porque pueda tener algún aspecto correcto sino, por el contrario, porque se trata de un peligroso razonamiento amparado en un principio que –a la luz de la evolución de la ciencia procesal moderna– no se puede seguir sosteniendo. Nos explicamos mejor. Como se recordará, la Cámara apeló al interés del cuerpo social para que, a través del proceso, pueda arribarse

⁵⁴ Confr. JUAN CARLOS VEGA – MARISA ADRIANA GRAHAM (directores), “Jerarquía constitucional de los tratados internacionales”, Astrea, Bs. As., 1996, p. 42.

⁵⁵ Confr. VEGA – GRAHAM, *Jerarquía constitucional* (...), op. cit., p. 45.

⁵⁶ En rigor, la argumentación elude tratar, precisamente, la médula del problema; cual sería: la colisión (de las normas adjetivas) con la garantía consagrada en los pactos.

al descubrimiento de la verdad real. Esta afirmación echa al olvido décadas de buen pensamiento jurídico. Es que, y para no mencionar sino a un autor, no puede dejarse de recordar aquellos brillantes pasajes de WINFRIED HASSEMER en el sentido de que: "(...) el averiguamiento de la verdad no es la meta (...) [d]el proceso penal. La meta es más bien la obtención formalizada de la verdad. El derecho procesal penal plantea al juez una tarea que no puede realizar: averiguar la verdad, pero no a cualquier precio. El precio son los derechos de la persona que sirve de medio de prueba y tales derechos 'cuestan' la completa averiguación de la verdad (...)"; enfatizando, enseguida: "Lo que el juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vía formalizada, es decir, la verdad forense, y es a ésta a la que se dirige la comprensión escénica del proceso penal"⁵⁷.

Y, en forma más reciente, un gran jurista del mismo círculo cultural que el anterior, CLAUS ROXIN, recordando una memorable jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, expresó que: "El esclarecimiento de hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado"⁵⁸.

Ciertamente que, el reconocimiento de la garantía que aquí tratamos, es algo que ya tiene antecedentes muy importantes en orden a los tribunales supranacionales. En tal sentido, y mucho antes que ocurriera en el país, el Tribunal Euro-

⁵⁷ Confr. WINFRIED HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 190. Respecto de cómo evolucionó el concepto de "verdad" en el proceso penal, confr. JOSÉ DANIEL CESANO - ANA MALVIDO, "Consideraciones sobre la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales. A propósito de ciertas interpretaciones jurisprudenciales", *Ley, Razón y Justicia*, Año 2, N° 2, Alveroni ediciones, Córdoba, 2000, ps. 166/170.

⁵⁸ Confr. ROXIN, *Derecho procesal penal*, Ediciones del Puerto, Bs. As., 2000, p. 191.

peo de Derechos Humanos (a partir de un texto similar al de nuestros pactos constitucionalizados, contenido en el convenio europeo [cfr. art. 6°.1, n° 3, letra 'd']) tuvo ocasión de pronunciarse en, por lo menos, siete precedentes. El primero de ellos, utilizado como uno de los estándares para justificar la decisión, por la casación argentina, fue el caso "Bönish vs. Austria" (del año 1985). Empero, por sus particularidades -como bien lo ha demostrado MARCELO SANCINETTI- quizá éste no sea el caso más paradigmático a los fines de la interpretación de la garantía, tal cual la venimos planteando⁵⁹. Por el contrario, sí resulta ilustrativo a nuestros fines lo resuelto, por el mismo tribunal, en dos precedentes muy interesantes: "Unterpertinger vs. Austria" (1986) y "Kostovski vs. Países Bajos". En el primero de ellos se trató de la condena por dos hechos de violencia familiar. En efecto, se le atribuía al imputado lesiones en perjuicio de su hijastra y de su esposa. Al ser llevado a juicio ante un juez unipersonal, ambas víctimas hicieron uso de su derecho a no declarar contra su pariente como consecuencia de lo cual el fiscal solicitó que se diera lectura a los documentos que acompañaban a las primeras actuaciones (entre las que se encontraban los relatos de las víctimas en sede policial). El juez condenó al imputado y, al hacerlo, basó sus conclusiones en las declaraciones originarias de ambas mujeres. El tribunal declaró violada la garantía en examen enfatizando lo siguiente: las disposiciones que permiten a los testigos a negarse a declarar en caso de que se procesa a un pariente son legítimas como tales y la incorporación por lectura de las declaraciones que hubiesen hecho en instancias anteriores, tampoco es violatoria, en sí misma, de una garantía del Convenio. Pero, enseguida se argumentó que la utilización de esas declaraciones como prueba debe respetar el derecho de defensa del acusado; particularizando que: el hecho de que el acusado no hubiera podido interrogar a esas testigos en ningún momento violaba la garantía

⁵⁹ Confr. SANCINETTI, MARCELO, "Análisis crítico del caso 'Cabezas'", t. II, *El juicio*, Ad - Hoc, Bs. As., 2002, p. 839.

procesal del derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos propuestos por la acusación⁶⁰.

En "Kostovski", en cambio se trató de la incorporación de una prueba testimonial realizada por un testigo de identidad reservada, que fue tomada por el Juez Instructor, quien notificó a las partes la realización de la medida. La defensa de Kostovski formuló un pliego con catorce preguntas que fueran trasladadas al testigo por el propio juez, grabándose las respuestas para luego ser reproducidas en la audiencia de debate. En la audiencia de debate, no sólo se reprodujo esta grabación sino que fueron citados el Juez Instructor y su Secretario ante los cuales se había producido el acto. Sobre esta prueba se apoyó la sentencia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que la garantía en examen, había sido violada. En tal sentido, no obstante reconocer la validez de la prueba colectada durante el procedimiento de investigación preparatoria, enfatizó que tal actitud es lícita bajo la condición de que haya sido respetado el derecho de defensa. Como regla, estos derechos requieren que al acusado deba dársele una oportunidad apropiada para desafiar y cuestionar al testigo de cargo, en el momento en que el testigo estaba haciendo la declaración o en alguna fase posterior⁶¹.

Estos precedentes del Tribunal Europeo, fueron admitidos, en el ámbito regional, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el precedente "Castillo Petrucci c/ la República del Perú" (1993)⁶².

VI. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Sin duda una de las cuestiones más importantes en orden a la incidencia de los Pactos Constitucionalizados sobre el

⁶⁰ Para este caso, confr. SANCINETTI, *Análisis crítico* (...), op. cit., ps. 840 a 844.

⁶¹ Para este caso, confr. SANCINETTI, *Análisis crítico* (...), op. cit., p. 853.

⁶² Para el mismo, confr. SANCINETTI, *Análisis crítico* (...), op. cit., ps. 872 y ss..

sistema penal, está dada por la exigencia de doble instancia (también conocido como principio del "doble conforme")⁶³. Los acuerdos internacionales establecen la doble instancia como garantía del acusado; y lo hacen en sendos artículos contenidos tanto en la Convención Americana como en el Pacto Internacional. La CADH establece, como garantía judicial mínima, la del "derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior" (art. 8º, n° 2, letra "h"). Por su parte, el PIDCP en su artículo 14, n° 5, prevé que "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se la haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley".

Por de pronto, la estructura lingüística de esta garantía nos está poniendo en resguardo sobre algo muy importante, cual es: que se trata de una garantía que opera a favor del imputado. Dicho en otros términos: se trata del derecho de la persona declarada culpable a través de la sentencia, en un proceso penal, a recurrir el fallo condenatorio y la pena impuesta ante un tribunal superior. A esta hipótesis, sin duda la más frecuente, JULIO B. J. MAIER agrega la de quien habiendo sido absuelto por incapacidad de culpabilidad es sometido a una medida de seguridad y corrección⁶⁴. Esta interpretación, que parte -según lo reconoce el propio autor- de un razonamiento analógico, nos

⁶³ La bibliografía sobre esta garantía es abundante. De lectura imprescindible es el trabajo de MAIER, JULIO B. J., "El recurso contra la sentencia de condena ¿una garantía procesal?"; Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Nueva Serie, N° 1, Lerner, 1995, ps. 141 y ss.. También, pueden encontrarse muy buenos análisis en: HAIKABEDIÁN, MAXIMILIANO, "El derecho al recurso en los pactos internacionales", Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal, Nueva Serie, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 3, 1998, ps. 151 y ss.; LIBERATORE, GLORIA LUCRECIA, "Derecho al recurso", Revista de Derecho Penal, "Garantías constitucionales y nulidades procesales I", Rubinzal-Culzoni, 2001, ps. 339 y ss. y MARIANO BORINSKY - HORACIO L. DÍAS, "La garantía del recurso ante un tribunal superior (Un análisis histórico - comparado)", Revista de Derecho Penal, "Garantías constitucionales (...) I", op. cit., ps. 449 y ss..

⁶⁴ Confr. MAIER, *El recurso* (...), op. cit., p. 150.

parece plenamente correcta, sobre todo por cuanto, y según ya lo dijéramos, en materia de estas convenciones de derechos humanos, rige el principio hermenéutico *pro homine*.

Como primera consecuencia de estas normas, se desprende de la inconstitucionalidad de aquellas previsiones contenidas en los códigos adjetivos que, por razones de política procesal, limitaban el recurso de casación respecto del imputado, en caso de condenas menores o leves (por ejemplo: en el ámbito de la legislación nacional, el viejo art. 459 del CPP)⁶⁵. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una reacción bastante rápida, declaró la invalidez constitucional de aquellos límites a partir del precedente "Giroldi"⁶⁶.

Es claro, sin embargo, y como una segunda consecuencia de nuestro razonamiento inicial (esto es: que se trata de una garantía a favor del imputado) que, estos pactos internacionales, en modo alguno están invalidando los límites para recurrir que, las legislaciones procesales han impuesto respecto del Ministerio Público Fiscal (por ejemplo: art. 458 CPP de la Nación). Y esto es tan así que, la misma Corte Suprema, en un muy buen fallo, se ha encargado de rechazar un recurso extraordinario deducido al amparo de estas normas. Esto ocurrió en el precedente "Arce". La Corte dijo allí: "Que el recurrente tacha de inconstitucional el artículo 458 del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto no le concede al Ministerio Público el derecho de recurrir por vía de casación. Al analizar esta argumentación, es preciso señalar que el derecho a la doble instancia no reviste jerarquía constitucional. En este sentido, existe reiterada jurisprudencia de esta Corte que afirma que el adecuado respeto a la garantía del debido proceso sólo

⁶⁵ Dicha norma (declarada inconstitucional por la Corte a partir de "Giroldi") disponía, por ejemplo: "El imputado o su defensor podrán recurrir: 1º) De la sentencia del juez en lo correccional que condene aquél a más de seis (6) meses de prisión, un (1) año de inhabilitación o cien mil (100.000) australes de multa (...)" con lo que, *a contrario sensu*, las condenas que no alcanzaran esas magnitudes quedaban fuera del control casatorio.

⁶⁶ Confr. Fallos 318 (1), p. 514.

exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del número de instancias que las leyes procesales reglamentando esta garantía constitucional establezcan según la naturaleza de las causas (...). Esta regla ha quedado limitada por la reforma constitucional de 1994, que consagra expresamente el derecho del inculcado de 'recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior' (...). Por consiguiente, es voluntad del constituyente rodear a este sujeto de mayores garantías sin que sea posible concluir que esta diferencia vulnere la Carta Magna, pues es una norma con jerarquía constitucional la que dispone tal tratamiento"⁶⁷.

Ahora bien, si lo dicho hasta aquí puede parecer claro, los problemas mayores surgirán cuando analicemos el siguiente aspecto: la doble instancia a favor del acusado, es una garantía que puede tensionar, en forma muy abierta y marcada, el sistema del juicio oral que se ha difundido en todo el país, porque la naturaleza de la prueba oralizada la hace irreproducible e imposible la revisión por la vía de un recurso ordinario⁶⁸. Sólo cabe un recurso extraordinario; normalmente, el de casación y con carácter un tanto más excepcional, por la esencia de sus motivos, el de revisión e inconstitucionalidad.

En suma: la consagración de la doble instancia en los pactos nos pone en una muy compleja y difícil situación frente al carácter de la casación, como recurso extraordinario que es.

¿Y por qué sostenemos esto?

Simplemente porque uno de los axiomas que se sostienen en el ámbito de este recurso es el que niega la competencia del tribunal casatorio cuando lo que se plantea, a través de este medio de impugnación son cuestiones de hecho o de prueba⁶⁹.

No es, por cierto este un tema cuya preocupación resulte exclusiva de nuestro país. De hecho ya existen pronunciamien-

⁶⁷ Confr. Fallos 320 (3), p. 2154 (la cita corresponde al considerando N° 8).

⁶⁸ Confr. DE LA RÚA, *La reforma de 1994* (...), op. cit., p. 188.

⁶⁹ Confr. DE LA RÚA, FERNANDO, *La casación penal*, Depalma, Bs. As., 1994, ps. 148 y ss..

tos de organismos supranacionales que, en forma expresa han abordado esta problemática.

Comenzaremos por el tratamiento del tema en la región. En el año 1992, la Comisión Americana de Derechos Humanos, abordó este tema e hizo suya, *in totum*, la interpretación que, de la garantía, realizara la Corte Suprema de Costa Rica. Dijo, a través del informe n° 24: "El recurso de casación es una institución jurídica que, en tanto permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba, constituye en principio un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el art. 8.2."h" de la Convención. La Comisión remarca en este sentido lo indicado por la dicha Sala Constitucional [de la Corte Suprema de Costa Rica] (...) cuando dice que: "el recurso de casación satisface los requerimientos de la convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y del debido proceso".

A su turno, y en un caso relativo a nuestro país y llevado a la Corte Interamericana, nos referimos al precedente "Maqueda", la Comisión Interamericana hizo, también, algunas referencias de interés para nuestro tema. Este caso, sin embargo, merece la siguiente aclaración: aquí no estaba en juego la compatibilidad de la garantía con el recurso de casación. Lo que se cotejaba, en cambio, era el recurso extraordinario federal como medio de impugnación idóneo (o no) para garantizar esta doble instancia. La respuesta, por cierto que fue negativa. Y merece destacarse, en particular un pasaje de ese informe en cuanto dice: "Un recurso de extensión, limitada y extraordinaria, y de restringida procedencia no satisface la garantía del inculpaado a impugnar la sentencia". Si bien, como ya lo advertimos, esta afirmación fue vertida en relación al recurso extraordinario federal, solamente "los ciegos" —como

irónicamente lo expresa DANIEL PASTOR— "no podrían ver en ella, consecuentemente, una condena también para el estilo tradicional del recurso de casación penal, tanto en materia de procedencia como de admisibilidad"⁷⁰.

En rigor, analizado a fondo los antecedentes supranacionales de la región, podríamos formular la siguiente conclusión: la Comisión se ha cuidado siempre de salvar a la casación penal de una condena explícita (en el sentido de declarar que viola la garantía en examen). Pero, al mismo tiempo, algunas de las afirmaciones de la Comisión referidas tanto a la caracterización teórica de este recurso como en relación a la impugnación extraordinaria federal, importan, al menos, una censura para el estilo tradicional de la casación tal como se la viene regulando y aplicando.

Mejor suerte, para la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, corrió la interpretación oficial y auténtica del derecho a la revisión de la sentencia penal condenatoria en el PIDCP. En efecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU tuvo oportunidad de analizar si el recurso de casación penal cumplía con las exigencias del derecho del imputado a lograr la revisión de la sentencia que lo declara culpable de un delito y de la pena impuesta. De ello trata el dictamen del comité emitido el 20/9/2000 en el trámite de la Comunicación N° 701/96 y conocido como el caso "Cesario Gómez Vázquez contra el Reino de España".

Previo a sintetizar la doctrina sentada en el caso, nos parece conveniente realizar dos procesiones; la primera, referida a la descripción de los hechos y, la segunda, vinculada con la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Supremo Español, como último órgano llamado a intervenir en esa causa.

En orden a los hechos, digamos que el imputado había resultado condenado en primera instancia, por el delito de tentativa de homicidio, a cumplir doce años y un día de privación

⁷⁰ Confr. PASTOR, DANIEL R., *La nueva imagen de la casación penal*, Ad-Hoc, Bs. As., 2001, ps. 107 y 108.

de libertad. El juicio había sido llevado adelante, en forma oral y pública, por ante la audiencia provincial de Toledo. Por el tipo de delito, la ley procesal española sólo prevé el recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Interpuesto el recurso, el Tribunal Supremo lo rechazó, pues consideró que el recurrente sólo pretendía un reexamen de la valoración probatoria, cuestión de hecho ajena al objeto del recurso de casación.

Los argumentos del Tribunal Supremo –que nos hace recordar a cualquiera de las fórmulas utilizadas por la casación vernácula– fueron los siguientes: “(...) tales pruebas corresponden ser valoradas de modo exclusivo y excluyente por el Tribunal a quo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (...) El recurrente, por tanto, reconoce la existencia de múltiples pruebas de cargo y sus razonamientos únicamente se concretan en interpretarlas a su modo y manera, dialéctica impermisible cuando se alega este principio de presunción de inocencia, pues si tal se aceptase sería tanto como desnaturalizar el recurso de casación convirtiéndole en una segunda instancia”. Y, finalmente –y de nuevo las palabras del Tribunal Supremo nos hacen recordar a las respuestas de nuestros tribunales de casación– señaló que en relación a una supuesta violación al principio del *in dubio pro reo*, “la solución desestimatoria es la misma, pues olvida la parte recurrente que este principio no puede tener acceso a la casación por la razón obvia de que ello supondría valorar nuevamente la prueba, valoración que (...) nos es impermisible”⁷¹.

El dictamen del Comité fue lapidario: “la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada (...), limitándose dicha re-

⁷¹ Más allá de lo resuelto por el Tribunal Supremo, debe destacarse que, en la doctrina procesal española, desde hace bastante tiempo, vienen alzándose distintas voces contrarias a tal tesis. Así, BACIGALUPO, ENRIQUE, *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Ad-Hoc, Bs. As., 1994, ps. 26 y ss.; y LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA, *La presunción de inocencia ante la casación*, Colex, Madrid, 1991, ps. 89 y ss..

sión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”⁷².

Y bien, ¿existe alguna posibilidad de afrontar esta grave dificultad?

Por de pronto, debemos reconocerlo, las soluciones no son simples. Quizá, podríamos intentar su búsqueda partiendo de los casos menos problemáticos para luego ir complicando las hipótesis de trabajo.

¿Casos simples?

Sí, efectivamente. Es obvio que existen hipótesis en donde de esta negativa a revalorizar prueba en la instancia casatoria se debe, más bien, a cierta inercia de los operadores encargados de la resolución de este recurso.

Nos explicamos mejor. El argumento que se viene utilizando siempre respecto a la imposibilidad de revalorizar prueba en casación es el de que, el Tribunal encargado de resolverla, no ha estado presente durante el juicio oral en donde se produjo la prueba. De allí que, la falta de esta inmediatez impide que se revise la valoración probatoria. El argumento es irreprochable en la medida que, el recurrente, no nos esté proponiendo reexaminar, prueba que no dependa del principio de inmediatez (piénsese, por ejemplo, cuando se prueba un extremo del caso mediante la incorporación por su lectura de un documento o un informe). Es por eso, que en algunos documentos legislativos procesales se ha comenzado a abrir paso a esta tendencia. Como un ejemplo de texto legal vigente mencionamos la ley de enjuiciamiento penal del niño y del adolescente de la Provincia de Neuquén (N° 2302), en cuyo artículo 88, párrafo 2°, ex-

⁷² Para el texto del dictamen del Comité así como del fallo del Tribunal Supremo, confr. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, “Casación”, N° 1, Ad-Hoc., Bs. As., 2001, ps. 759 y ss.; con una nota introductoria de DANIEL R. PASTOR.

presamente se dispone: "El recurso de casación podrá tener por objeto cuestiones de hecho, siempre que no se trate de aspectos de juicio de valoración de la prueba que dependan en forma directa y exclusiva de la inmediación".

Ahora bien, más allá de estos casos, es evidente que otros de los estándares normales que maneja la casación convencional se refiere a negar la revisión del principio *in dubio pro reo*. Obviamente, en estas situaciones, también se tensiona, abiertamente, la garantía en estudio.

¿Cómo remediar esta situación?

Por de pronto, cualquier respuesta a esta cuestión tiene que partir del reconocimiento de que el principio *in dubio pro reo*, ahora también por imperio de los pactos constitucionalizados, tiene la máxima jerarquía normativa. Ya no se trata, simplemente de una regla procedimental dirigida al tribunal de mérito sino que –como lo ha demostrado entre nosotros JOSÉ IGNACIO CAFFERATA NORES– tiene expresa estirpe constitucional, por ser la contracara del principio de inocencia⁷³.

Ahora bien, es cierto que los tribunales de casación en general (siempre existen algunas excepciones) razonan frente a la invocación de este principio con la consabida expresión de que: lo relativo a establecer la fuerza de convicción que tienen los elementos probatorios no entra bajo el control de casación⁷⁴. No obstante, y siempre a partir de esta reforma constitucional, se advierten algunos cambios que pueden ser –y ojalá lo sean– augurios de nuevos tiempos. Así el máximo Tribunal de la Nación, al fallar el precedente "Tabarez" (se trataba de una sentencia condenatoria cuya casación había sido declarada mal concedida por la Sala III, entre otros argumentos, por

⁷³ Confr. CAFFERATA NORES, "In dubio pro reo y recurso de casación contra la sentencia condenatoria. ¿Cambió algo con los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional", LL 1999 - F, p. 544.

⁷⁴ Por todos, DE LA RÚA, FERNANDO, *La casación (...)*, op. cit., ps. 148 y ss..

cuanto: "mediante la descalificación del fallo se pretendía re-examinar pruebas o modificar cuestiones fácticas"), remarcó la necesidad de que en este campo –en del recurso de casación– se diera "un margen más amplio para el examen de las posibles arbitrariedades"⁷⁵.

Y de hecho, y aun cuando en rigor, se tratan de formas "indirectas" de control de este principio, la doctrina procesal, particularmente a través de elaboraciones monográficas⁷⁶, y ciertos avances de la jurisprudencia, se están valiendo de distintos instrumentos para llevar a cabo este cometido. Entre ellos destacamos⁷⁷:

§ El control del respeto de la logicidad en la motivación, en especial en función del denominado principio de razón suficiente, que exige que las pruebas en las que se basen las conclusiones fácticas sobre la culpabilidad a que se arriba en la sentencia de condena, sólo puedan dar fundamento a esas conclusiones y no a otras;

§ O, por ejemplo, cuando una sentencia construye decisivamente la culpabilidad sobre un solo elemento de prueba (por ejemplo, un testimonio) la posibilidad de controlar la motivación de la interpretación de la percepción. Respecto de este último mecanismo, es posible mencionar un caso muy reciente de la casación neuquina que puede resultar ilustrativo. Nos referimos al precedente "García"⁷⁸. Allí, el Tribunal provincial se encontró ante la siguiente hipótesis de hecho: la Cámara de Juicio había condenado como coautor del delito de homicidio con ocasión de robo (art. 165 del Código Penal) al recurrente. Se había basado –según la declaración de la misma Cámara–

⁷⁵ Confr. Fallos 321 (1), p. 500. Ver, en especial, el considerando n° 5 del voto concurrente de los Dres. Fayt y Petracchi.

⁷⁶ Confr. LANGER, MÁXIMO, "El principio *in dubio pro reo* y su control en casación", Nueva Doctrina Penal, 1998/A, ps. 215 y ss..

⁷⁷ Seguimos aquí a Cafferata Nores, "In dubio pro reo y recurso de casación (...)", op. cit., ps. 550/551.

⁷⁸ Confr. Protocolo de Acuerdos de Casación Penal de la Secretaría de Recursos Extraordinarios y Penal, Acuerdo N° 24/2002, del 16/9/2002.

en la sola declaración de un testigo presencial que se habría encontrado en el lugar del hecho bebiendo junto con los otros coimputados y la víctima. Surgen de las constancias de la causa las siguientes particularidades de interés: a) El testigo en cuestión, en los inicios de la investigación, aparece como sospechado por la preventora. Tanto es así que se le recibe una "declaración espontánea"; b) el mismo magistrado ponente, reconoce las dificultades que ofrece este testigo, afirmando, en su voto que "no es el testigo sin fisuras que pintó la Fiscalía"; c) en el debate, el Tribunal se vio obligado a suspender y postergar para otra audiencia la declaración de ese testigo por cuanto –según surge de las actas– se encontraba en estado de ebriedad; d) el propio Tribunal *a quo*, se vio en la necesidad de incorporar la declaración brindada por ese testigo en instrucción, para hacerle notar las discrepancias y omisiones en que había incurrido al deponer en el debate, y e) por fin, la víctima, antes de morir (y mientras se encontraba internada) al narrar a uno de sus familiares, sólo nombró como responsable del hecho al otro coimputado. Sobre esta base la casación neuquina concluyó anulando la sentencia argumentado que: "Tratándose –como ocurre en este caso– de la valoración de una prueba testimonial, (...) [la apreciación crítica del elemento de convicción] debe tener por objeto, para cumplir –a su vez– con la exigencia de motivación adecuada, una exposición razonada de los motivos que han llevado al juzgador a sostener la sinceridad intrínseca de esa probanza. Esta exigencia, es más compleja cuando –como también aquí sucede– tal testimonio constituye el único elemento de juicio utilizado para construir la participación del imputado. Es que, cuando se trata de varias declaraciones independientes, la sinceridad de una en particular, puede lograrse, sin mayores esfuerzos, por ejemplo, a partir de un examen comparativo entre ellas y la búsqueda de elementos confirmatorios de la versión que se analiza. Ello, empero, en este caso –dada la particularidad de prueba directa *única*– no resultaba posible. En hipótesis como ésta, entonces, la explicitación de las razones que conducen al juez a sos-

tener la sinceridad de una testimonial, deben ser plasmadas – como exigencia de la sana crítica y del deber de fundamentación– de modo inexcusable en la motivación del fallo"; enfatizándose, enseguida, a través de una cita doctrinaria que: "(...) los jueces deberán motivar las conclusiones sobre la sinceridad y credibilidad de los testimonios, explicando las razones por las que se arriban a ellas, para que tales conclusiones no sean puros actos de su voluntad o frutos de su meras impresiones, sino un resultado de la consideración racional de los dichos del testigo, exteriorizada como una explicación razonable sobre por qué se concluyó de esa manera (que el testigo dijo la verdad) y no de otra (que el testigo mintió), explicación que deberá ser comprensible (comprensión que es imprescindible para poder luego adherir a ella o resistirla) y contrastable (confrontable en su exactitud, por el uso de argumentos opuestos) por cualquier otra persona. También median- te el uso de su razón (v.gr. partes, público, etc.)'(...)"

Junto a estas tendencias que demuestran una orientación favorable, en un trabajo reciente, el Profesor CAFFERATA NORES ha insistido en llevar más lejos este control de la casación en casos en donde, a través del recurso, se pretende demostrar una violación al *in dubio pro reo*⁷⁹. Allí, este autor, luego de recordar casos en donde la inmediatez no es obstáculo para la revaloración de la prueba por parte del tribunal de casación, concluye afirmando que: "(...) no siempre será necesaria la intermediación (...) para que el tribunal que entiende en el recurso de casación advierta (aprehenda), mediante una simple lectura de los argumentos del recurrente y de los fundamentos de la sentencia de condena (y otras piezas documentales v.gr. el acta de debate), una evidente insuficiencia conviccional (falta de contundencia) de la prueba de cargo, que a todas luces debió haber llevado a dudar al juez sentenciante; o sea que aquel tribunal perciba una violación manifiesta, patente, a simple

⁷⁹ Confr. CAFFERATA NORES, "In dubio pro reo y recurso de casación (...)", op. cit., p. 553.

vista, diríase que 'flagrante' (que provoca un shock de conciencia) del principio *in dubio pro reo* en el fallo condenatorio bajo control casatorio".

Dejamos para el final una referencia a otro de los temas en donde la casación tradicional no da buena respuesta a la garantía bajo examen: el control, a través de este recurso, del *quantum* de la sanción impuesta. En estas hipótesis, la respuesta convencional y estereotipada de ciertos tribunales apunta a que, ciertos poderes discrecionales del juez –entre los que se ubica el relativo a la utilización de las pautas de individualización judicial de la pena que fijan los artículos 40, 41 del Código Penal–, quedan fuera del control casatorio⁸⁰.

Para dejar bien en claro que esta afirmación es contraria a las nuevas garantías, permítasenos recordar, sobre todo, el texto de un pacto constitucionalizado. Nos referimos al PIDCP, cuyo artículo 14, 5, no deja ninguna duda en relación a cuál debe ser el alcance a darle a la garantía: el derecho supone no sólo la revisión por un tribunal superior "del fallo condenatorio" sino que, además, conjugación copulativa mediante, añade la expresión: "... y la pena...".

El texto transcrito da un buen argumento para dejar de lado la tendencia que niega, automáticamente, la revisión en casación de estos aspectos.

Es claro, sin embargo, que el tema sigue exigiendo todavía algunas precisiones:

a) No puede haber duda que, la imposición de una pena privativa de libertad, debe ir acompañada, en la sentencia, de una adecuada ponderación de las pautas que prevé, sobre todo, el artículo 41 del Código Penal. Y cuando hablamos de una ponderación de estas pautas no nos referimos, obviamente, a que el juzgador se limite a mencionarlas, tal como aparecen en nuestro Código Penal sino que vincule cada una de las que menciona (por ejemplo: edad, educación, costumbres, etc.) con un sentido agravatorio o atenuante de la sanción. Sólo así se

⁸⁰ Confr. DE LA RÚA, *La casación* (...), op. cit., ps. 64 y ss..

satisface el adecuado deber de fundamentación que tanto la legislación procesal como la manda constitucional, exigen respecto de toda resolución jurisdiccional.

b) Debemos destacar, sin embargo, que en este aspecto, la jurisprudencia ha comenzado a evidenciar buenos adelantos. Así, limitándonos a la casación de la provincia de Córdoba, se viene distinguiendo –aun antes de la reforma constitucional de 1994 (más concretamente desde 1988)⁸¹– que:

§ El tribunal de casación puede controlar si el poder de aplicar la pena ha sido ejercido dentro de los límites fijados por la ley. En tal sentido, mientras la especie y la escala penal hayan sido respetados, *en principio*, el monto será incensurable.

§ Sin embargo, utilizamos la palabra "*en principio*" por cuanto, la misma casación ha sostenido que, aun en estos casos (determinación del *quantum* dentro de los límites legales) el control es posible si el tribunal de mérito, luego de enunciar genéricamente los criterios de los artículos 40 y 41, no demostró "si los atribuyó al carácter de atenuantes o agravantes, esto es, si los hizo jugar a favor o en contra del acusado (...)", con lo que "incurrió en el ejercicio arbitrario de la facultad de graduar la pena, por haber omitido motivar el monto de la sanción impuesta"⁸². La nueva casación bonaerense, en una sentencia de fecha 22/4/1999, *in re* "Nosvaski", ha tenido oportunidad de continuar con este mismo criterio al decir que: "El proceso de cuantificación de la sanción penal es de la misma trascendencia que el juicio de responsabilidad del injusto, por lo que no es correcto sostener que la valoración de la sanción depende 'de una serie de elementos y apreciaciones de hecho que sólo pueden ser evaluados por el juez del debate'.

⁸¹ Así lo pone en evidencia BARBERÁ DE RISO, MARÍA CRISTINA, "La casación penal y los usos del lenguaje o justicia material", *Pensamiento Penal y Criminológico*, Año III, N° 4, p. 85, nota n° 16.

⁸² Confr. Sent. N° 22 del 2/8/91, publicada en BARBERÁ DE RISO, MARÍA CRISTINA, "Proceso oral. Selección de doctrina judicial en materia penal del TSJ de Córdoba", t. II, Lerner, Córdoba, 1994, p. 319.

desde que esto significaría tornar irrevisible en casación las consecuencias de la imputación delictiva"; enfatizando enseña que: "si bien tal proceso [el de cuantificación] no es de índole matemática, tampoco descansa en el libre albedrío del juzgador, dado que requiere un acto jurisdiccional razonado que en nuestro sistema republicano de gobierno debe ser mensurado según las pautas establecidas al efecto por los arts. 40 y 41, Cód. Penal, operantes como condición de validez de la sanción penal"⁸³.

Un último punto, como corolario de este aspecto que desarrollamos es el siguiente: en aquellos casos en que la casación no haga uso del reenvío –por ejemplo: cuando la Fiscalía ha invocado un vicio *in iudicando*– y, por tanto, el tribunal ejerza su competencia positiva dando al hecho fijado por la Cámara una nueva calificación legal (en nuestro ejemplo, más desfavorable, atento a que el recurso lo articuló la Fiscalía) no será factible que el tribunal de casación fije, directamente, la pena. El tema, que parece ser una cuestión menor, no lo es desde que, tales actitudes tensionan, al menos, dos aspectos importantes:

§ En primer lugar, y en rigor este aspecto no se vincula con la garantía que tratamos, el propio artículo 41 del Código Penal, en su parte final, y bajo pena de nulidad, exige el conocimiento judicial directo del imputado por parte del órgano que fija la pena. Repárese en que, la norma, no distingue a las hipótesis de tribunales de alzada –como lo sería la casación– con lo que, la exclusión, a su respecto, de la exigencia se tornaría irracional. Jorge de la Rúa, al comentar el artículo 41 del Código Penal, expresamente considera que "la necesidad existe cuando, modificada la calificación, el superior debe graduar, en la nueva escala aplicable el monto de la pena"⁸⁴. De esta

⁸³ Para estos pasajes del texto del fallo, confr. PIOMBO, HORACIO DANIEL, *Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Depalma, Bs. As., 2000, p. 68.

⁸⁴ Confr. DE LA RÚA, *Código Penal Argentino. Parte General*, 2ª edición, Depalma, Bs. As., 1997, p. 720.

manera, entonces, el respeto de la norma de fondo exigiría que, previa a la fijación de pena, se practicase una audiencia de visu en donde el tribunal de casación tomara contacto directo con el imputado.

§ Pero, aun cuando se respetase esta norma –y aquí, retomamos la garantía que venimos desarrollando– no parecería correcto que, cuando el tribunal de casación cambia la calificación pueda –más allá de este eventual conocimiento directo– imponer directamente la sanción, adecuada a la nueva subsunción. Es que, de hacerlo, le estaría privando, en forma definitiva, al imputado, la posibilidad de que un tribunal superior revise la pena finalmente establecida. Y esto sí, resulta encontrado con la garantía que fijan los pactos. En tal sentido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, viene sosteniendo estos criterios en numerosos precedentes. Así, el 9/5/2001, *in re* "Fernández, Marcelo Daniel y otros s/ robo" (Acuerdo N° 2078), con voto del Dr. Lázzari, dijo que: "El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional establece la jerarquía constitucional, entre otros tratados, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) disponiendo este último en particular, a diferencia del art. 8.2, inciso h, de la Convención –que establece como garantía del proceso penal 'el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior'– en su artículo 14. 5 que: 'Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley', por lo que debe ser la instancia de origen la que gradúe la pena a imponer, toda vez que de aplicarse derechamente la pena por esta Suprema Corte se incurriría en la violación del aludido tratado al no ser la instancia revisora extraordinaria federal suficiente"⁸⁵.

⁸⁵ Para el texto del fallo, confr. Revista de Derecho Penal, "Garantías constitucionales y nulidades procesales – II", 2001 – 2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 466.

VII. REFLEXIÓN FINAL

Hemos tenido oportunidad de afirmar, parafraseando las bellas palabras de Lord DENNING, que la evolución de los derechos humanos en lo que va de este siglo se asemeja a una marea creciente: penetra en los estuarios y sube por los ríos, sin poder ser detenida⁸⁶. En este auténtico proceso de "globalización" de los derechos fundamentales, el sistema de garantías mínimas que tutelan al proceso penal, se ha visto notablemente enriquecido. Nuestro modelo constitucional, a partir de la reforma de 1994, se ha incorporado, decisivamente, en esa orientación. La tarea, empero, para construir un proceso en el marco de un auténtico Estado de derecho, todavía está inconclusa: hay normas secundarias que el legislador debe corregir y hay actitudes de *algunos* operadores judiciales que, también, es necesario que se modifiquen. En fin, un desafío más frente al nuevo siglo que se inicia.

⁸⁶ Confr. CESANO, *Los objetivos (...)*, op. cit., p. 47.

A diferencia de lo que ocurría en el Proyecto de Tejedor, el Código Penal y los Proyectos de 1891 y de 1906, no se ocuparon de suministrar un concepto legal de arma¹. No obstante la referencia a las armas, es expresa en la estructura de un determinado delito como por ejemplo, en el abuso de armas, en la agresión con toda arma, en el duelo, en los atentados contra la seguridad común, o en los delitos políticos donde se reprime el alzamiento armado. Otras veces, las armas forman parte de la agravante de las amenazas o en el robo. También las armas son tenidas en cuenta para agravar genéricamente la pena, según se desprende del art. 41 bis.

En materia de delitos contra la seguridad común, el art. 189 bis comenzó por castigar a la tenencia de armas de guerra, y con el correr del tiempo, ahora esa misma disposición ha previsto como delito la *portación de arma de fuego de uso civil*, hecho que entre nosotros perteneció invariablemente a la esfera contravencional, para ser regulada, entonces, por las facultades penales que al respecto se reservaron las provincias. La portación de armas de uso civil, es ahora un *delito* en razón de la seguridad común, o seguridad pública².

¹ Cuando TEJEDOR legisó sobre los robos y los hurtos, consideró que por arma se debía entender «*todo instrumento con el cual se puede inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la vida*».

² La portación de armas puede, como contravención, ofender la seguridad de las personas, o la seguridad pública. En este último sentido, el Código de Faltas de Córdoba, en el art. 77 establece: «Serán sancionados... los que sin contar con