

Título: El recurso de casación, el principio acusatorio y la garantía de la doble instancia

Autores: Jofré, Jorge L. - Muchnik, Javier Darío

Publicado en: LA LEY 14/11/2005, 14/11/2005, 9 - LA LEY2005-F, 384

Cita: TR LALEY AR/DOC/2943/2005

Sumario: SUMARIO: I. Preliminar. - II. El modelo de proceso penal. - III. Los márgenes actuales del recurso de casación. - IV. Algunos efectos del fallo hacia el interior del proceso. - V. A modo de conclusiones preliminares.

I. Preliminar

La interpretación de las normas jurídicas nunca es estática. No puede serlo, no sólo por la multiplicidad de variantes y perspectivas de análisis y soluciones que normalmente suele ofrecer una misma cuestión, sino también porque siempre es posible hallar una visión superadora de una anterior postura, enraizada en nuevos argumentos, sólidos y racionales, que logren dar mejor respuesta al tema que se ha debido abordar.

Esto que podría ser entendido como una muestra de inseguridad jurídica, por cuanto importa aceptar las posibilidades de cambios en la interpretación jurisdiccional, no es más que el reconocimiento de una función esencial a dicha actividad.

Desde que el concepto de vigencia no es reconducible ya al de validez, respecto de una ley o norma sustancial o procedimental, se sigue que la labor interpretativa, al buscar la conformidad de esa ley al marco constitucional (hermenéutica controlada), precisa inexorablemente de un método que, con miras a ese fin conciliador, admita la posibilidad de conclusiones superadoras que, partiendo del texto de esa ley, la ubiquen en el concierto asequible de un Estado Constitucional de derecho. En virtud del principio de razonabilidad, los preceptos legales deben guardar coherencia con las reglas constitucionales.

El reciente pronunciamiento de la Corte Suprema en autos "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa", se inscribe, a nuestro entender, en esa dirección, es decir, en la re-definición del ámbito de validez y aplicación de una norma, en clave de análisis constitucional.

Cuando un pronunciamiento jurisdiccional del máximo Tribunal de la República trata tan completamente los puntos de partida del análisis que lo llevan a concluir como lo hizo, prácticamente se comenta por sí solo. Sin embargo, resulta oportuno reflexionar sobre algunos de los efectos posibles del fallo, no tanto sobre lo que expresamente allí se dijo, sino sobre sus derivaciones e implicancias. Para ello, partiremos en primer lugar del modelo de proceso penal al que refiere el fallo de la Corte, para luego abordar el tema de los márgenes actuales del recurso de casación y las posibles proyecciones del caso resuelto por el Alto Tribunal.

II. El modelo de proceso penal

Si bien no todos los Ministros hacen referencia a la cuestión, el fallo en comentario subraya que el horizonte de proyección de nuestro proceso penal está configurado por el sistema acusatorio. Esta conclusión la extrae del programa constitucional, que estableció los términos "juicio" y "jurado" como conceptos clave del proceso penal que debía implementarse en la Nación.

El sistema acusatorio comienza a realizarse luego de la caída del imperio, dejando atrás a las primeras formas del proceso inquisitivo de la Roma imperial que, con una marcada ausencia de libertad individual y merced a la inexistencia de una acusación pública dejaba paso a la denuncia de la parte afectada como modo de iniciación del proceso. Surgen en esta época los delatores que buscaban los favores del príncipe sacrificando a esos fines a las personas denunciadas, para obtener mejor fortuna u honores. Las ordalías fueron una buena muestra de ésta vuelta al sistema acusatorio (1).

En el siglo XIII, con la Constitución de Federico II, se produce la forma más brutal del sistema inquisitivo, fundamentalmente para los procesos eclesiásticos por los delitos de brujería y herejía. No se admitía la contradicción en tanto el ofendido por dichos delitos era Dios. La tortura era el método utilizado para obtener la "verdad" que se buscaba.

El proceso "mixto" surge en las etapas previas a la Revolución francesa, en cuyo contexto fuera cuestionada la tortura como metodología que afectaba a la dignidad del ser humano y aparecen leyes que garantizaban la publicidad del juicio, el derecho de defensa y la elección del jurado popular, con la presencia de representantes del ministerio público fiscal.

El Código de Instrucción Criminal francés de 1808, fue el medio transmisor de este sistema mixto hacia toda Europa (2). Este modelo se dividía en dos etapas, una previa de investigación, donde la defensa veía resentida severamente su intervención, con actuaciones secretas llevadas adelante por el Juez instructor, quien contaba con poderes absolutos; y una segunda, donde se ofrecía una instancia oral, pública y contradictoria, pero con

una marcada preponderancia de la prueba reunida en la primera etapa.

Este esquema fue el que insufló el derogado Código Procesal en Materia Penal de la Nación (ley 2372 -Adla, 1881-1888, 441-), que tomó como modelo el procedimiento español de la época, dejado sin efecto al momento en que se implementaba en nuestro país. Contaba con una instancia plenaria escrita, sin oralidad previa al dictado de la sentencia definitiva.

El sistema acusatorio al que aludió la Corte, sin embargo, no resulta reconducible a los antiguos modelos acusatorios que rigieron en Grecia o Roma. Allí imperaba la discrecionalidad en el inicio del proceso, propia del acusador privado. La presencia en cambio del acusador público, coherente con la naturaleza del derecho penal (3) permite diferenciar aquel sistema de corte dispositivo con el actual acusatorio formal, donde el Estado cuenta con un representante procesal para el ejercicio de la acción.

En consecuencia cuando se hace referencia al sistema acusatorio, se está diciendo que las funciones requirentes y acusadoras deben estar diferenciadas de las juzgadoras, que el imputado y su defensa deben plantear sus postulados confrontando con esa parte, frente a un órgano jurisdiccional independiente e imparcial y que éste sólo puede arribar a un pronunciamiento condenatorio luego de un juicio oral, público, contradictorio y continuo (4).

Es destacable cómo algunos Jueces de la Corte pusieron énfasis en remarcar la existencia de una progresiva evolución de nuestro proceso penal, hacia la meta de ese modelo acusatorio (5). Así señalaron que nuestra legislación tuvo un lento devenir, acompañado por una jurisprudencia respetuosa del ámbito propio de competencia del legislativo, enmarcando en ese proceso su actual interpretación sobre el recurso de casación.

En ese proceso merecen destacarse los criterios jurisprudenciales que, bajo el nuevo ordenamiento procesal penal de la Nación -que constituye un claro ejemplo de proceso mixto- fueron paulatinamente recortando "viejas" facultades jurisdiccionales a favor del ministerio público fiscal (vgr. la imposibilidad de condenar, frente al retiro de la acusación por el fiscal de juicio; la inconstitucionalidad del art. 348, que evidentemente tendrá efectos en la aplicación del precedente "Avila" de la CNCP, al inicio del proceso), como así también los que fueron reconociendo que la garantía de imparcialidad no puede ceder ante las formas previstas para los casos correccionales (6).

Sistema acusatorio en nuestro modelo constitucional, significa entonces el reconocimiento de un órgano público encargado de excitar la jurisdicción, que debe analizar si esa pretensión punitiva puede hacerse efectiva, para lo cual se impone respetar las garantías que regulan el proceso o camino hacia dicha meta (7).

Ahora bien ¿resultó determinante en la exégesis de la Corte, para arribar a la interpretación "amplia" del recurso de casación, el reconocimiento previo de la necesidad de adoptar el sistema acusatorio? O, planteado el interrogante de otro modo: ¿sólo en el marco del principio acusatorio resulta concebible el recurso de casación bajo la imagen de la teoría del máximo rendimiento? Evidentemente no, pues nuestro actual proceso penal adscribe al sistema mixto y la necesidad de "ordinarizar" el recurso de casación para que responda a los postulados de la doble instancia en materia penal no viene impuesta por el modelo acusatorio pleno, sino por las exigencias de un orden normativo internacional (CADH; PIDCP) que no exige la adopción de aquél modelo, a punto tal que incluso si nuestro país tuviera un procedimiento totalmente escrito, la ulterior revisión del fallo condenatorio seguiría constituyendo una garantía que las leyes procesales internas deberían respetar.

Resulta de todos modos sintomático que algunos jueces del alto Tribunal hayan efectuado una especial referencia al principio acusatorio, pues la alusión a ese esquema de procedimiento penal como meta u objetivo constitucional a alcanzar, importa ya de por sí un fuerte mensaje al legislador, al tiempo que constituye un claro índice del modo en que cabe interpretar otras cuestiones donde la materia procesal se entrecruza con la vigencia de garantías constitucionales.

Es que, el modelo de proceso penal al cual adscribe nuestra Constitución, en la interpretación de los jueces de la Corte Suprema, está caracterizado por una etapa de instrucción breve, de investigación preliminar, con una segunda etapa de conocimiento oral, pública, contradictoria y continua, efectuada frente a un tribunal independiente e imparcial, con una instancia de revisión amplia -la casación- en la que pueden reexaminarse todas aquellas cuestiones que hubieran influido en la fundamentación del fallo condenatorio, con excepción de las que caractericen esencialmente a la inmediatez y la oralidad. En este esquema, probablemente resurgirán, con renovados impulsos, ciertos cuestionamientos a los modelos procesales que incorporan alternativas de finalización del proceso con sentencias condenatorias sin que medie una etapa oral de enjuiciamiento.

III. Los márgenes actuales del recurso de casación

Dentro del conjunto de garantías que el proceso penal debe respetar, la que tiende a asegurar el control de la sentencia condenatoria por un tribunal distinto a aquel que la dictó, es la denominada garantía de la doble

instancia o doble conforme (8).

En nuestro ordenamiento procesal dicha garantía tuvo un significativo impulso consagratorio, a partir de la reforma constitucional de 1994, donde quedó definitivamente incorporada con la máxima jerarquía de valor.

Hasta el dictado del fallo en comentario, su ejercicio material, cuando se trataba de controlar un fallo condenatorio dictado por un tribunal de juicio, descansó en el ceñido molde del recurso de casación, es decir, dentro de los límites de funcionamiento aceptados jurisprudencialmente para dicho recurso.

Así, resultaba común y consustancial al recurso de casación, que cuestiones de hecho y prueba no fueran analizadas por la Cámara de Casación Penal (9) -Tribunal intermedio (10) en la estructura del Poder Judicial de la Nación, encargado de actuar mediando la interposición del mentado recurso-, limitando prácticamente su funcionamiento a la revisión de la logicidad del fallo (11).

Los antecedentes históricos del recurso de casación, tal como éste fuera concebido en sus orígenes, ilustran sobre la razón de sus propios límites, y permiten comprender el porqué y para qué de su existencia.

Resultaba sólo una cuestión de tiempo que se advierta que el histórico recurso de casación no podía ser compatible, como instrumento hábil para cuestionar la totalidad de los fundamentos de un fallo condenatorio, en el marco de la garantía de la doble instancia exigible en sede criminal.

Y en este sentido puede señalarse lo poco que queda de dicho recurso, en términos de su fidelidad originaria. En rigor sólo una inercia legislativa permite que se lo siga denominando de la misma manera, siendo más acorde con su necesidad de funcionamiento garantizador del doble conforme, que se lo llame recurso extraordinario de apelación, al único efecto de diferenciarlo de aquel recurso que opera en la etapa de instrucción (12).

Lo interesante del fallo en comentario, no obstante, es que no necesitó apartarse del tenor literal del artículo 456 del C.P.P. de la Nación para definir su alcance constitucional y le alcanzó con desvalorar aquella interpretación que lo concebía con parámetros similares al recurso extraordinario por arbitrariedad.

El reconocimiento de que resulta un sofisma seguir distinguiendo entre "cuestiones de hecho" y "cuestiones de derecho", frente a la interrelación de ambas situaciones y su dificultad para distinguirlas desde una perspectiva axiológica, si se quiere, contribuyó a la interpretación que la Corte efectuó del art. 456 del C.P.P. En este sentido, se recibe con buen augurio el reconocimiento efectuado por el alto Tribunal, respecto de una diferenciación que dejaba mucho espacio para la arbitrariedad y la inseguridad jurídica.

Por citar sólo un ejemplo, cabe rememorar el precedente "Recurso de hecho en causa 'Morales Agüero, Luis Alberto s/art. 5, inc. c. de la ley 23.737'", fallado por la Corte Suprema en fecha 7 de mayo de 1998 (que motivó el pronunciamiento casatorio indicado en la nota al pie), donde la Corte hizo lugar a la queja por casación denegada, argumentando sobre la necesidad de que "la casación" pondere cuestiones atinentes a la aplicación de las reglas de la sana crítica. Luego de hacer excepción a la máxima que no permite que en el recurso extraordinario se susciten planteos nulidicentes de actos procesales que no resultan definitivos, cuando éstos no pueden ser reparados con posterioridad, se argumentó que se daba un caso de cuestión federal suficiente, porque la motivación del auto de la Cámara no constituía derivación razonada del derecho vigente. Y así indicó: "Que los principios expuestos son aplicables al supuesto a estudio del Tribunal, pues si bien la naturaleza restrictiva del recurso de casación impide modificar las conclusiones de hecho efectuadas por el tribunal de juicio al valorar las pruebas, ello no impide determinar si la ponderación de las referencias fácticas de la decisión ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional.".(vid. consid. 5º). Como puede advertirse, aquí se "filtró" una cuestión de hecho que "la casación" -según dijo la Corte- debía analizar (13).

Es que la vinculación entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho, resulta tan estrecha e intercambiable que convierte en arbitraria la selección de un caso bajo el prisma individual de alguna de ellas, como correctamente lo reconoció la CSJN en el fallo en comentario.

Concretamente, entonces, la sentencia de la Corte Suprema en la causa "Casal" define así una instancia de conocimiento jurisdiccional, posterior al dictado de una sentencia condenatoria, que puede denominársela "casación amplia", que engloba a los hechos y a la prueba, en cuya virtud es posible proponer un reexamen abarcativo del fallo, en la medida que los puntos de agravio así lo insten. Esta restricción, atinada por cierto, quedó expresamente prevista en el voto concurrente de la jueza Argibay, en cuyos fundamentos se reconoció esta limitación, generalmente propia de todo recurso, junto a la que se deriva naturalmente de la inmediación que caracteriza al juicio oral.

IV. Algunos efectos del fallo hacia el interior del proceso

Esta redefinición de la materia revisable, tendrá efectos que incidirán en la labor de los Tribunales de Juicio,

los que por regla general, deberán conceder los recursos de casación interpuestos contra los pronunciamientos condenatorios dictados por ellos, en tanto que para las Cámaras de Casación o Tribunales Superiores de Provincia que conserven función casatoria constituirá un axioma la apertura de dichos remedios y el estudio revisor de lo juzgado en sede oral. La amplitud de esa tarea sólo podrá encontrar su límite en la medida de los agravios concretamente articulados y en la esencia no revisable de algunas mínimas cuestiones -estrictamente vinculadas con la oralidad y la inmediación (14)-, pero, en general, ni la determinación de los hechos ni la valoración del material probatorio corresponderán ya, exclusivamente, al tribunal que llevó a cabo el juicio oral.

Se clarifica asimismo la labor de las defensas técnicas, en la elaboración del recurso contra la sentencia de condena, en tanto no habrá ya necesidad de "esconder" los cuestionamientos a situaciones fácticas concretas -incorporación irregular de prueba de cargo; valoración arbitraria de la prueba; objeciones en torno a la calificación legal a partir de la inexistencia de prueba o de su incorrecta apreciación, etc.- bajo la apariencia forzada de situaciones de derecho. No obstante, creemos que la puntual introducción del agravio y la mínima explicación de su incidencia para la modificación del fallo atacado, deberán ser expresamente alegados, a fin de que la amplitud de conocimiento que el recurso ahora permite, no se transforme en una reiteración innecesaria de asuntos ya resueltos que deban tratarse sin agravio suficiente.

La virtud de este cambio estructural en el sentido y alcance del recurso, que un sector cada vez más amplio de la doctrina venía reclamando desde hace ya algún tiempo, impone lógicos desafíos de actualización de usos y prácticas forenses, al tiempo que exige rápidas soluciones desde el ámbito legislativo. Lo primero, claro está, porque los tribunales orales deberán documentar acabadamente, con rigurosidad y detalle, todo lo ocurrido durante el juicio, y motivar adecuadamente la sentencia de condena, como modo de posibilitar realmente, con suficiente amplitud, el control casatorio en la instancia ulterior. Lo segundo, porque la garantía de enjuiciamiento en un plazo razonable exige repensar el proceso penal como un todo, desde su inicio hasta su conclusión, erigiendo como estadio medular a esa etapa de debate oral y revisión casatoria, limitando la instancia previa -la preparatoria- a la realización de las medidas de investigación o instrucción indispensables, y la posterior -la recursiva extraordinaria- a los remedios procesales de fiscalización de las cuestiones de índole federal y de constitucionalidad.

En este esquema, resultará necesario también repensar el lugar que ocupa el recurso -ordinario- de apelación, que podría verse reducido al control de situaciones estrictamente vinculadas a la privación de libertad provisoria, o a la revisión de resoluciones que decidan sobre planteos de nulidad que afecten garantías constitucionales (15). Si la efectividad de una garantía constitucional no puede redundar en la afectación de otra de igual jerarquía, reducir sensatamente pasos procesales innecesarios podría contribuir entonces a la vigencia del plazo razonable, como contexto en el que se debe resolverse la persecución penal, procurando alcanzar la meta de definir, en el menor tiempo posible, la situación jurídica de la persona sometida al proceso.

V. A modo de conclusiones preliminares

1) El derecho de recurrir el fallo condenatorio, no se satisface con la existencia de un recurso de casación concebido en los términos hasta hoy imperantes. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia de condena, en las condiciones que exige la C.A.D.H. y el P.I.D.C.P., es preciso que la vía de reconsideración del caso atienda también, del modo más amplio posible, a las cuestiones de hecho y prueba, tradicionalmente excluidas del ámbito casatorio.

2) La interpretación hasta hoy restrictiva de la materia revisable por vía de casación no se condice, según lo afirma el Máximo Tribunal de la República, con la garantía que prevén los arts. 8.2.h) de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C.P.. Pero, aun más, tampoco resulta compatible con el propio texto del art. 456 del C.P.P., que autoriza a formular una exégesis más amplia con relación a los supuestos de procedencia. La nueva concepción del recurso habilita una revisión prácticamente integral de las sentencias de los tribunales de juicio, en la medida compatible con el máximo esfuerzo revisor posible.

3) La sentencia de la C.S.J.N. define así una instancia de casación amplia, que engloba a los hechos y a la prueba, en cuya virtud es posible proponer ante el órgano jurisdiccional superior un reexamen abarcativo del fallo condenatorio dictado en la sede anterior. El incumplimiento del deber de motivar la sentencia en la adecuada valoración de los hechos y la prueba producida e incorporada al debate (16), es censurable y revisable por vía de casación. Esta redefinición de la materia revisable, impone un nuevo diseño del proceso y del recurso.

4) Como lo apuntó el Señor Procurador General, doctor Righi, en su certero dictamen: Se deberá repensar, legislativamente, la reformulación de los cuerpos judiciales competentes para conocer del "nuevo" recurso, en razón del impacto que la ampliación de los casos de impugnación traerá para unos Tribunales organizados en torno a un recurso hasta aquí limitado.

5) La concepción del proceso penal que el voto conjunto mayoritario (jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti) extrae del programa constitucional, netamente público y acusatorio, conduce ineludiblemente a la eliminación de la etapa inquisitoria, o en todo caso a su máxima reducción posible; pero también, a la instauración del juicio por jurados, conforme a alguno de los modelos actuales de participación popular (17); y a la restricción de los supuestos de procedencia del recurso extraordinario por vía de arbitrariedad al -muy poco probable- caso de absoluta falta de aplicación de las reglas de la sana crítica racional en la fundamentación de la sentencia, o con desconocimiento de garantías constitucionales.

6) El voto de la doctora Highton de Nolasco apela, en cambio, a argumentos que no se vinculan al diseño constitucional-penal de 1853/60, sino a la exigencia de doble instancia recursiva introducida recién en 1994 por vía del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, que incorporó la garantía que expresan los arts. 8.2.h) y 14.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Por lo tanto, no pueden aventurarse mayores proyecciones -aunque ello no significa que no puedan darse- como no sean las que cabe extraer de la adecuación del recurso de casación a los nuevos caracteres que sienta el propio fallo, y la ya señalada limitación en relación al recurso extraordinario por arbitrariedad, cuya vigencia viene dada por la Constitución Nacional y no por la Convención Americana.

7) Por cualquiera de las vías de fundamentación, la Corte Suprema asegura el cumplimiento de la garantía de la doble instancia o doble conforme (18), en materia penal, al tiempo que reasume su condición de Tribunal de excepción, perdida hace ya mucho tiempo por la necesidad de abrir la vía extraordinaria ante los casos de arbitrariedad de sentencias.

8) La opinión del doctor Fayt transita por los mismos carriles que el voto conjunto, pero los abandona allí donde éste define el programa penal de la Constitución; y, en este sentido, remarca hasta qué punto la decisión podía alcanzarse igualmente sin vincularla a la vigencia del principio acusatorio, tal como se ha argumentado en líneas anteriores.

9) La ponencia de la doctora Argibay tiene la virtud de delinear con mayor precisión los límites del "nuevo" recurso, circunscribiendo sus alcances con base en la medida del agravio y en la imposibilidad real de controlar aquello que el Tribunal de mérito aprehendió por la oralidad y la inmediatez (19).

10) La instancia casatoria no queda habilitada por la simple expresión de impugnar, interpuesta por el condenado al notificarse de la sentencia. En este supuesto, el Tribunal recurrido, previo a conceder el recurso, debe dar intervención al defensor oficial o particular para que desarrolle la argumentación jurídica. En su defecto, esa actividad de la defensa debe ser oportunamente requerida por el Tribunal de casación antes de poner los autos en condiciones de resolver. Adviértase la preferencia en la voluntad del acusado por sobre la de su defensor y la necesidad de que el remedio llegue con fundamentación técnica al tribunal que debe conocer de él y resolver.

11) La inadmisibilidad de la impugnación de la sentencia de condena no puede asentarse ya en los rigurosos presupuestos que condicionaban hasta aquí la procedencia del recurso, en particular la clásica calificación de "cuestiones de hecho y prueba", quedando circunscripta en adelante a los especialísimos casos en los que no es posible pensar medios racionales de control y revisión de lo resuelto por la inmediatez y la oralidad.

12) Las deficiencias de índole formal, en la deducción del recurso, como podría ser incluso la presentación asistemática de los motivos de agravio o la falta de auto-suficiencia, no autorizan ahora el cierre de la vía sin ejercicio de control casatorio.

13) La instancia de casación queda habilitada al modo del actual recurso de apelación, es decir, por la motivación del agravio según el Código Procesal Penal de La Nación o por la fundamentación mínimamente exigible en ciertos procedimientos penales provinciales. De hecho, según lo ha declarado el Comité de Derechos Humanos, la garantía no queda afectada por la circunstancia de que el defensor del condenado opte por plantear cierto motivo de agravio que, según su criterio profesional, resulte relevante, en lugar de formular varios de igual posible relevancia (20).

14) La posibilidad de producir prueba en la instancia casatoria -bien que limitada a la demostración de los motivos del recurso- (21) sólo sería admisible de lege ferenda, pues las normas que regulan el recurso, actualmente vigentes, no la contemplan, ni los citados arts. 8.2.h) C.A.D.H. y 14.5 P.I.D.C.P. la consagran como exigencia ineludible. Puede afirmarse incluso que, en la interpretación de la Corte, resulta en gran medida incompatible con el enjuiciamiento oral que prevé la Constitución (22). El Comité de Derechos Humanos ha dicho que el derecho al recurso contra la sentencia de condena no conlleva la exigencia de que la instancia de revisión proceda a efectuar una nueva "vista" de los hechos (23).

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Sobre la base de la conferencia dictada por el doctor FALCONE, Roberto Atilio: "El Principio Acusatorio en el Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires", en la ciudad de Mar del Plata en junio de 1996, en el marco de un Seminario de Derecho Penal para graduados.

(2) Cfr. CLARIA OLMEDO, J. A., "Derecho Procesal Penal", Córdoba, Marcos Lerner, 1984, t. II, p. 14; MAIER, J. B. J., "Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos", 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 361.

(3) Que aparece con la Constitución Criminal Teresina de 1768 con la denominación de Ministerio Público Fiscal. (cfr. FALCONE, cit. en nota 1.).

(4) VAZQUEZ ROSSI, J. E., "Derecho Procesal Penal", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 197-202.

(5) Según CAFFERATA NORES, J. I., "El paradigma &mixto; o &inquisitivo mitigado; de enjuiciamiento penal, preponderante en Argentina, no es respetuoso del modelo que impone la Constitución Nacional, sobre todo después de la incorporación a ella, y a su mismo nivel, de los más importantes tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22, CN), que han dejado fuera del campo de la interpretación jurídica muchos aspectos del proceso penal (v.gr. la oralidad y publicidad del juicio) para transformarlos en texto expreso e "indiscutible". "El proceso penal según el sistema constitucional. Reflexiones a partir del art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional Argentina", en su libro Cuestiones actuales sobre el proceso penal, 3ª ed. act., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 11. Lo destacado con comillas simples se encuentra en cursiva en el original.

(6) CSJN, 17/2/04, c. M. 528.XXXV. "Mostaccio, Julio Gabriel s/homicidio culposo"; 23/12/04, c. Q.162.XXXVIII. Recurso de hecho. "Quiroga, Edgardo Oscar s/causa N° 4302"; 17/5/05, c. L.486.XXXVI. Recurso de hecho. "Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones -arts. 104 y 89 del Código Penal - causa N° 3221-".

(7) Parece ya no haber discusión en relación a que esa función requirente o acusadora, cuando la pretensión no es persecutoria, queda sujeta al debido control jurisdiccional de legalidad: en este aspecto, la debida motivación del acto -independiente de que se concuerde o no con sus fundamentos- será el baremo de control externo de las conclusiones del fiscal. Cfr. RIGHI, E. "El control de las decisiones no acusatorias del Ministerio Público", JA, 2003-III-719; CAFFERATA NORES, J. I., "El control preliminar de la acusación por el Tribunal de Juicio", LA LEY, 1999-E, 825.

(8) FERRANTE, M., "La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria", en SANCINETTI, M. A. y FERRANTE, M., "Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria", Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, p. 17.

(9) Y en las ocasiones en que, por mandato de la C.S.J.N., este Tribunal debía intervenir, se hacia especial hincapié en la excepcionalidad de la circunstancia. (cfr. causa N° 961 "Morales Agüero, Luis s/rec. de casación, sala III, C.N.C.P., de fecha 30/06/99). En el segundo considerando de este fallo puede leerse: "Por mandato recibido de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ... esta Sala se ve constreñida a revisar el pronunciamiento del Tribunal Oral Federal ... Sin que obste que la materia de tratamiento se vincule con cuestiones de hecho y prueba, en principio ajenas a esta instancia extraordinaria (vid. Considerando 6° del voto del Dr. Vázquez)".

(10) Donde se afirmó ello fue el en caso "Giroldi" (LA LEY, 1995-D, 462), ocasión en que la C.S.J.N. varió el criterio sustentado en "Jáuregui", a fin de receptar mejor el doble conforme previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.h y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adla, XLVI-B, 1107), art. 14.5. (cfr. CORDOBA, Gabriela E., "Las Nuevas Relaciones entre los Recursos de Casación Penal y Extraordinario Federal en la Jurisprudencia de la Corte Suprema", Nueva Doctrina Penal, 1997/B, p. 703 y sigtes.).

(11) Esta afirmación, por supuesto, contiene un alto grado de generalidad que, por lo mismo, no da adecuada cuenta de la evolución de la jurisprudencia de las distintas Salas de la Casación nacional, tratándose de cuestiones de hecho y prueba. Sin perjuicio de la ya extensa literatura existente, sobre el tema puede verse el interesante estudio de GARCIA TORRES, María José, "El ámbito del recurso de casación: cuestiones de hecho incensurables. Análisis de algunos supuestos", LA LEY, 2000-D, 1195.

(12) Comentando un fallo de la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal -"López, F. D.", del 15/10/2004-, el maestro Augusto M. Morello respondía negativamente, a comienzos de este año, a la pregunta de si se "justifica que se altere la esencia o ser del recurso de casación, liberándola de sus rasgos históricos, su cabal identidad institucional, plafón operativo y jerarquía en el registro de los medios de impugnación". No obstante compartir la necesidad de habilitar el reexamen del pronunciamiento condenatorio por vía de un recurso amplio, el autor postulaba hacerlo "sin desfigurar al recurso de casación", sino modificando el Código

Procesal de la Nación "para hacer congruente los postulados actuales de la garantía por el carril técnico que corresponda sin tramsutar el perfil que tiene acuñada la casación". Véase su artículo "Recurso de casación o recurso de apelación", LA LEY, 2005-B, 122.

(13) El T.O.C. Federal N° 1 había anulado la detención policial de dos sujetos juzgados por el delito de transporte de estupefacientes y los había absuelto. El fiscal interpuso recurso de casación que, denegado, motivó la queja ante la Cámara, cuyo rechazo motivó la presentación directa ante la C.S.J.N.

(14) Es posible avizorar la aparición de un corpus de jurisprudencia sobre esta materia, elaborado sobre la base de respuestas dadas por los tribunales de casación a casos concretos. De adverso, no es pensable una solución legislativa, porque no es posible determinar a priori qué es lo no revisable, más allá de una definición general -precisamente su vinculación a la oralidad e inmediación-.

(15) En rigor, la propia justificación de la existencia de las Cámaras de Apelaciones podría verse resentida, si el avance hacia un modelo acusatorio pleno se ve acompañado de las necesarias reformas en la estructura del Poder Judicial. En todo caso, lo que es evidente es que el pronunciamiento de la Corte impone, por sí solo, la necesidad de crear no sólo más tribunales orales, sino también más tribunales de casación. En los órdenes provinciales en los que la función casatoria está incorporada a la Suprema Corte o Tribunal Superior, deberán crearse órganos jurisdiccionales colegiados que asuman esa actividad revisora, pues de lo contrario el volumen de causas en esas máximas instancias provinciales aumentará considerablemente.

(16) Cfr. FERRAJOLI, L., "Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia", en Nueva Doctrina Penal, 1996/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 451.

(17) Véase, por todos, Secretaría de Investigación en Derecho Comparado. "Juicio por jurados: un examen desde el derecho comparado", en Investigaciones 1-2 (2003), Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2004, p. 149-263.

(18) Que conforme a MAIER debe ser entendida como la imposición al Estado de la exigencia, para la validez de una condena penal, de una doble conformidad judicial de ese resultado, si el condenado lo requiere. "Derecho Procesal Penal", t. I, 2ª ed., p. 713, Fundamentos, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996. Citado por CORDOBA, Gabriela en ob. cit. "Los Recursos ...". Cfr. MUCHNIK, Javier Darío, "El recurso de casación frente a la garantía de la doble instancia", LA LEY Actualidad, 2003/10/23.

(19) Cfr. MAIER, J., "El Recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?", M. Abregú y C. Courtis. Comp. La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 411.

(20) Cfr. "Tomlin c. Jamaica", Comunicación N° 589/1994, párr. 8.2.

(21) Ver al respecto, PASTOR, D. "La casación española y la sentencia integradora compleja. Un caso de superación de los límites tradicionales del recurso", LA LEY, 2004-C, 50.

(22) Cfr. SIENRA MARTINEZ, Agustina, "El Recurso como garantía". Su repercusión en el control de la motivación de la sentencia. El ingreso de las cuestiones de hecho y prueba en el ámbito del recurso de casación. Cuadernos de Jurisprudencia Penal, Año V, N° 9. C, Buenos Aires, Ad-hoc, 1999, p. 243.

(23) Cfr. "Perera c. Australia", Comunicación N° 536/1993, 28-3-95, párr. 6.4.