

Archivo enviado desde LexisNexis OnLine

07/ 08/ 2004

Citar Lexis N° 0003/002003

Género:

Jurisprudencia anotada

Título:

Límites del recurso de casación penal por el monto de la pena: Convalidación judicial y objeción constitucional.

Autor:

Garay, Alberto F.

Fuente:

JA 1994-II-538

PROCESO PENAL (RECURSOS) - 05) Recurso de casación - d) Resoluciones recurribles - 05.- Por el imputado

Con nota de ALBERTO F. GARAY

2a. INSTANCIA. - Buenos Aires, setiembre 22 de 1993. - Considerando: 1. Que contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n. 6 de la Capital Federal, en cuanto condenó a Horacio D. Girolodi y Raúl Bernardo Hatchondo a la pena de un mes de prisión, en suspenso y costas para cada uno de ellos, en calidad de coautores penalmente responsables del delito

de tentativa de robo simple, interpuso recurso de casación la defensora oficial de los nombrados, el que fue concedido y mantenido en la instancia.

2. Que en dicho recurso excepcional se afirmó que, después del debate, el ministerio fiscal pidió la absolución de los acusados en virtud del principio in dubio pro reo y la defensora, de acuerdo con su estrategia, adhirió al pedido liberatorio de la acusadora oficial pero sin desarrollar oposición de fondo alguna. En tal sentido, invocó los arts. 18 CN. y 8 del Pacto de San José de Costa Rica , por entender que si no había existido acusación, no podía existir defensa ni condena.

En el mismo escrito de impugnación se sostuvo que el acta que instrumenta lo ocurrido en la audiencia de vista de causa no refleja la realidad en el punto que se vincula con la manifestación de la defensa en el momento de los alegatos, pues su parte no adhirió a los fundamentos de la Fiscalía para requerir la absolución -como puede leerse en el documento- sino que, expresamente, omitió toda defensa por no mediar acusación. En consecuencia, el tribunal se creyó habilitado a condenar al entender que esa remisión -sólo existente en el papel- era suficiente oposición y con ello violó la garantía del debido proceso en cuanto exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a acusación, defensa y sentencia.

Asimismo, expresó la defensora que la sentencia se encuentra afectada por una nulidad absoluta por haberse pronunciado sin que mediase alegato acusatorio (art. 167 inc. 2 CPrCr.) y con lesión a las disposiciones concernientes a la asistencia y representación del imputado (art. 167 inc. 3 CPrCr.), defectos capaces -según aquella- de habilitar la casación mediante las dos causales del art. 456 CPrCr. Sobre el particular, el agravio se extendió en consideraciones tendientes a demostrar la condena sin acusación, con cita del fallo de la Corte Sup. de Justicia recaído en la causa T.209.XXII, "Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad", del 29/12/89.

Finalmente, se alegó que el tribunal de juicio vulneró las reglas del debido proceso al celebrar una entrevista privada con un testigo cuando se desarrollaba la audiencia, e impedir de ese modo el control por las partes de todas y cada una de las contingencias en que se produjo esa prueba. Se habría visto afectada, según la defensora, la esencia del enjuiciamiento oral por inexistencia de inmediación y publicidad, en tanto que la exclusión de la defensa en esa entrevista limitó la asistencia y representación del imputado y constituye una nulidad general declarable aun de oficio por conculcar la garantía de la defensa en juicio (arts. 18 CN. y 167 inc. 3 CPrCr.).

3. Que, advertida la defensa de la improcedencia formal del recurso en razón de que la pena impuesta a los procesados se encuentra por debajo del límite establecido por el art. 459 inc. 2 CPrCr. , sostuvo que este último es inaplicable en situaciones en las que, como la de autos, se encuentra afectada una garantía constitucional. En apoyo de este aserto citó una frase concordante de Clariá Olmedo en "Derecho procesal penal" (t. 3, p. 289).

Por separado, dedujo la inconstitucionalidad del art. 459 inc. 2 CPrCr. , por su presunta oposición con los arts. 16 y 18 CN. Así, señaló que el límite objetivo infringe la garantía de igualdad ante la ley porque un condenado a 7 meses de prisión por un delito correccional puede recurrir en casación, en tanto que a otro condenado a igual pena por un tribunal en lo criminal le está vedado acceder a aquella vía recursiva. Ello demostraría lo inadecuado de la situación legal, al no haberse fijado los márgenes de acuerdo con el principio de razonabilidad que debe guiar a todos los actos de gobierno, sino que responden al mero arbitrio legislativo sustentado en la sola utilidad de evitar el exceso de causas en la alzada.

Y argumentó la recurrente, por fin, que tales limitaciones al conocimiento, por parte de la Cám. Nac. de Casación Penal, de asuntos en los que están comprometidas cuestiones federales, restringen la plena vigencia de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, máxime cuando el art. 8 inc. 2 ap. h), de la Convención aprobada por la ley 23054 (1), garantiza a todo imputado el derecho de recurrir ampliamente el fallo ante un tribunal superior.

4. Que, habiendo dictaminado el fiscal ante esta Cámara a f. 151 en el sentido de que el recurso debía ser rechazado por encontrarse fuera del límite fijado por el art. 459 inc. 2 CPrCrp. , el Tribunal se encuentra en condiciones de efectuar la inspección del decreto de concesión a fin de concluir, de acuerdo con sus propias atribuciones (art. 444 párr. 2 y 465 CPrCr.), si la instancia fue bien habilitada por el a quo.

Resulta suficientemente conocido que a partir del 1/12/88, en que la Corte Sup. de Justicia dictó sentencia en la causa de "Juan Roque Di Mascio" (Fallos 311-2478 [2]), en los procesos de la jurisdicción provincial la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa contra la que procede el recurso extraordinario de apelación debe emanar del máximo órgano de justicia de la provincia; y si disposiciones similares a las de los arts. 458 a 462 CPrCr. previstas en los ordenamientos procesales locales o las interpretaciones jurisprudenciales de los tribunales impidiesen el acceso a las Cortes o Superiores Tribunales, tales restricciones resultan inconstitucionales, por lo que las partes agraviadas deben plantear su invalidez en el intento de agotar la vía local.

La razón dogmática de la decisión de la Corte ha sido la de que el legislador federal proveyó a dicho Tribunal de una herramienta indispensable para que pudiese asegurar el principio de la supremacía de la Constitución Nacional que ésta consagra en su art. 31: el recurso extraordinario de apelación del art. 14 ley 48 (3), según el cual "una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia...". Y como los juicios deben fenecer ante estos últimos tribunales de acuerdo con una interpretación literal de la ley 48, y dado que la Constitución establece un régimen de control de constitucionalidad difuso, es decir, confiado a todos y cada uno de los jueces cualquiera que fuese su jerarquía y fuero, las leyes que organizan la administración de justicia local deben asegurar a sus magistrados la posibilidad de aplicar en su integridad el orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional; caso contrario, aquellas leyes que vedan esa posibilidad, sobre todo a las más altas instancias, resultan inconstitucionales por impedir a ellas garantizar el orden de prelación normativo previsto por el art. 31 de la Ley Fundamental .

5. Que el referido en el considerando anterior es el criterio actual de la Corte Suprema Nacional en materia de superior tribunal de la causa, cuyas raíces deben buscarse en la sentencia del 8/4/86, dictada in re "Strada, Juan Luis v. Ocupantes del perímetro ubicado entre las calles Dean Funes, Saavedra, Barra y Cullen" (4) (causas S.168.XX y S.436.XX) y cuya formulación definitiva quedó plasmada en Fallos 311-2478, para afianzarse en otros pronunciamientos del Alto Tribunal tanto en su anterior como en la actual integración.

Pese a estar concebido para procesos sustanciados en jurisdicción provincial, existen pronunciamientos judiciales -vgr., los dictados por la Cám. Nac. de Apels. en lo Cont.-Adm. Federal, sala 3a., en la causa "Fisco Nacional, Dir. Gral Impositiva v. Sol Petróleo S.A.", del 19/11/91 y por la Cám. Nac. de Apels. de San Martín, Prov. de Buenos Aires, sala 1a., en los autos "Fernández Linares, Ignacio", del 29/12/92 (JA 1993-III-158) y doctrina -conf., esp., caps. III y IV de la obra de Narciso J. Lugones y Sergio O. Dugo "Casación penal y recurso extraordinario", Ed. Depalma, 1993- que extienden el criterio sobre superior tribunal de la causa, siguiendo la línea "Strada" - "Di Mascio", a procesos ventilados ante la justicia nacional o federal.

En procura de esa extensión se parte de la premisa de que la ley 4055 (5) sobre creación de las cámaras federales de apelación, cuyo art. 6 establece que la Corte Suprema conocerá en grado de apelación de las sentencias definitivas pronunciadas por dichas Cámaras y por las Cámaras de apelación de la Capital en los casos previstos por el art. 14 ley 48 , reviste el carácter de ley especial en lo atinente al régimen procesal de la justicia federal. Y entonces, por aplicación del principio según el cual una ley general posterior no deroga a otra ley especial anterior, se extrae la conclusión de que las normas que declaran inapelables las decisiones de los jueces de 1a. instancia, o las que erigen a estos últimos en

órganos de revisión de las decisiones de entes administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales, sólo son aplicables a los recursos ordinarios y que para la habilitación de la instancia del art. 14 ley 48 es imprescindible agotar las intermedias y anteriores a la Corte Suprema, es decir, recurrir previamente ante las cámaras de apelaciones, entre las que se encuentra esta Cám. Nac. de Casación Penal.

Sin perjuicio de lo que más adelante se expresará, quizá sea ésta la oportunidad de anticipar que el criterio de la especialidad de la ley 4055 resulta cuando menos muy opinable, tanto más si se repara en que la decisión que ha de adoptarse en esta causa se vincula - más allá del ulterior conocimiento que corresponda a la Corte Suprema- con la intervención que en el caso debe tomar esta Cám. Nac. de Casación Penal; y esta materia, como se advierte sin esfuerzo, aparece regida específicamente por los arts. 458 a 462 del Código aprobado por la ley 23984 (6).

6. Que, a juicio de esta sala, no es posible encontrar relación alguna entre el tema de los límites objetivos del recurso de casación y la supremacía de la Constitución Nacional, de los tratados y de las leyes federales a que alude el art. 31 de la Ley Suprema . Si bien es cierto que la ley no puede impedir que un magistrado nacional o federal se pronuncie respecto de las cuestiones federales que fueren propuestas en los casos que debe juzgar, ello supone que el asunto se encuentre en los límites de su competencia, razón por la cual si a esta Cámara no le está permitido conocer de recursos contra condenas menores a cierto límite, es evidente que ese asunto está fuera de su competencia, que no hay vía procesal idónea para que el Tribunal se pronuncie sobre las inconstitucionalidades planteadas.

No se trata aquí de que disposiciones locales o interpretaciones jurisprudenciales impidan a los superiores tribunales o cortes provinciales conocer de cuestiones constitucionales federales. Eso es lo que la Corte Sup. de Just. de la Nación consideró inválido en el precedente de Fallos 311-2478, invalidez que no puede extenderse mecánicamente a la inexistencia de recursos ante tribunales superiores de la Nación, porque en la jurisdicción nacional no se presenta la necesidad de que la causa se sustancie y fenezca en jurisdicción local. El art. 14 ley 48 se refiere a los superiores tribunales de provincia, pero no alude a los tribunales nacionales o federales y, en ese orden, la legislación nacional -en el caso, el Código Procesal Penal de la Nación, de igual jerarquía normativa que la ley 48- pudo legítimamente limitar la procedencia formal de los recursos ante los tribunales nacionales de apelación o de casación.

Sobre este punto, no debe olvidarse que la Corte ha admitido por vía jurisprudencial el recurso per saltum contra decisiones de 1a. instancia (causa D.104.XXIII, "Dromi, José Roberto [ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación] s/avocación en autos "Fontela, Moisés Eduardo v. Estado Nacional", del 6/10/90 [7]) doctrina que es

inconciliable con la pretensa exigencia del agotamiento de las instancias. Resulta inadmisibile -como lo pretenden Lugones-Dugo, ob. cit., ps. 181/184- que esa jurisprudencia pueda de "cierta manera paradójica" avalar la posición contraria a la que aquí se sustenta. Y ello es así porque el hecho de que en ese precedente la Corte haya reiterado que, salvo casos excepcionales como el que estaba resolviendo -en el que mediaba "manifiesta gravedad institucional"- debía regir la regla del art. 6 ley 4055 según la cual los fallos sometidos a su revisión debían provenir de las cámaras de apelaciones, no puede extraerse otra cosa que eso: que regularmente las sentencias a inspeccionar deben emanar de esas cámaras, salvo manifiesta gravedad institucional que autorice a saltar esa instancia, o que el per saltum sea dispuesto por la ley, como ocurre con el CPrCr. arts. 458 a 462.

Si se admite la creación de recursos per saltum por la Corte, es indiscutible que lo puede hacer la ley. Las cámaras federales de apelaciones existentes, o las que eventualmente puedan establecerse, son creaciones legales, pues la Constitución Nacional sólo exige que exista una Corte Suprema, dejando librada a la ley la creación y organización de los tribunales inferiores de la Nación (art. 94); con anterioridad al dictado de la ley 4055 , que en 1902 instituyó las cámaras federales, la Corte Suprema entendía en los recursos ordinarios de apelación contra las sentencias de los jueces de sección (federales). Y, una vez creadas las cámaras, el legislador no tiene limitaciones de ninguna índole para establecer los recursos admisibles contra las decisiones de los jueces de 1a. instancia, jueces de instrucción o tribunales de instancia única. Y, entonces, tanto puede otorgar recurso de apelación ante las cámaras como directamente ante la Corte, lo mismo que legislar el recurso extraordinario contra sentencias de aquellos jueces o tribunales, o exigir que previamente se sustancie recurso ante las cámaras.

En el sub lite, el legislador ha optado dentro de sus atribuciones constitucionales. Por virtud de los límites objetivos fijados en los arts. 458 a 462 CPrCr. no hay posibilidad de recursos de casación ni inconstitucionalidad (en este último caso no la hay, además, porque en el recurso en examen se expresan agravios constitucionales por violación de derechos durante el proceso, sin alegarse inconstitucionalidad de las normas, como lo exige el art. 474 CPrCr. y la jurisprudencia de este Tribunal, in re "Mosso, Carlos José y otro s/recurso de queja", sala 1a., reg. n. 14, del 3/7/93, y la causa ha fenecido en la instancia única, por lo que su sentencia es final y contra ella cabe el recurso extraordinario de apelación. Las leyes 48 , 4055 y 23984 tienen todas carácter procesal e integran las reglas que está facultado a dictar el Congreso para el ejercicio de la jurisdicción por apelación de la Corte Suprema (art. 101 CN.).

7. Que idéntica conclusión a la de este Tribunal ha alcanzado Lino Enrique Palacio al comentar el recordado fallo recaído en los autos "Fisco Nacional, Dir. Gral. Impositiva v. Sol Petróleo S.A." ("Inapelabilidad de sentencia y articulación de cuestiones constitucionales"), pronunciamiento en el que, aun sin decirlo expresamente, se extendió la doctrina de los casos "Strada" - "Di Mascio" al orden nacional. Señala el mencionado autor

que tal doctrina "...sólo es aplicable en los ámbitos locales y no en el ámbito de la justicia nacional, a cuyo respecto es tema de discrecionalidad legislativa instituir las limitaciones que se estimen razonables al conocimiento de los tribunales de alzada o superiores a éstos. Porque, en efecto, así como el legislador nacional, a través del art. 14 ley 48 , impuso implícitamente a los tribunales de provincia, con prescindencia de su grado y jerarquía, el deber de resolver las cuestiones previstas en aquella norma, ese mismo legislador se halló obviamente facultado para adoptar un criterio diverso en el ámbito de la justicia nacional, como lo ha hecho, vgr., al disponer la inapelabilidad de las sentencias recaídas en juicios en los que el valor cuestionado no exceda un monto determinado (art. 242 CPR.) o, más recientemente, al instituir diversas restricciones a la admisibilidad del recurso de casación en materia penal (art. 458 a 462 ley 23984).

Y no comporta óbice a tales conclusiones el art. 6 ley 4055 , que no hizo más que adaptarse a la nueva estructura que ese mismo ordenamiento vino a imprimir a la justicia federal, pero en modo alguno descartó la posibilidad de restringir la competencia funcional de las cámaras de apelaciones...". Asimismo, el prestigioso procesalista argentino recuerda "...que la propia Corte soslayó la aplicación de la doctrina emergente del caso 'Strada' al resolver, por ejemplo, que es admisible el recurso extraordinario deducido contra la decisión de un juez de 1a. instancia en lo penal-económico que actuó como tribunal de alzada respecto de una resolución dictada por el Secretario de Comercio por cuanto el art. 16 ley 20680 (8) prescribe que aquél conocerá en instancia única (Fallos 311-499 [9] y 2339 [10]). La misma solución es extensiva, vgr., a las decisiones adoptadas por los jueces en lo correccional, en relación con los recursos interpuestos contra las resoluciones contravencionales de la Policía Federal Argentina (ley 23984, art. 27 inc. 3)".

El propio Palacio ha reafirmado su postura recientemente ("El recurso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Penal de la Nación", LL 1993-D-933).

8. Que también conviene con el criterio que se sienta en esta decisión Augusto Mario Morello, quien al anotar el fallo de la Cámara Federal de San Martín ut supra citado, pese a confesarse un ferviente partidario de la línea jurisprudencial "Strada"- "Di Mascio", destaca su oposición con ese pronunciamiento porque "...el Congreso puede establecer por ley que la ligazón del control federal se lleve a cabo con supresión (per saltum) de la instancia intermedia (Cámara Federal o Nacional de Apelación) si por atendibles razones de política procesal (economía, celeridad, naturaleza del tema) la ley particular atribuye el rol de superior tribunal a la de 1a. instancia. Las razones históricas, dogmáticas y de índole funcional que explican y justifican lo que se predicó en 'Strada' - 'Di Mascio', no se extienden, mecánicamente, para el campo interior y autónomo del régimen federal-nacional. En el que se puede desplegar el control de constitucionalidad (incluyendo el motivado en la doctrina de la sentencia arbitraria), de suerte tal que el Congreso, razonablemente, puede determinar la inapelabilidad de la sentencia, o que la revisión de constitucionalidad se centra en el fallo recaído en 1a. instancia que es, así, la sentencia del

superior tribunal de la causa a los fines del citado art. 14 ley 48 " ("El juez de 1a. instancia como superior tribunal de la causa", en JA 1993-III-163).

9. Que, sentada la doctrina de que el principio de la supremacía de la Constitución Nacional -art. 31 - carece de relación con los límites establecidos a la procedencia de la casación por los arts. 458 a 462 CPrCr., el Tribunal entiende que, si bien la inconstitucionalidad normativa tiene su natural vía de impugnación en el art. 474 C. cit., debe conceder que los planteos efectuados en este caso sobre la base de la oposición de tales límites con los arts. 16, 18 y 33 CN., que resguardan la igualdad ante la ley, la defensa en juicio de la persona y de los derechos y el debido proceso, han sido correctamente encausados. Ello es así, puesto que no existe cuestionamiento de haberse aplicado una disposición reputada inconstitucional al fundarse la sentencia que puso fin al proceso, sino que se procura la declaración de invalidez de una norma cuya operatividad puede surgir, precisamente, como consecuencia de aquella sentencia (esta sala, in re "Loyola, Oscar A. s/rec. de queja", del 24/5/93, Reg. n. 12).

10. Que aun cuando lo fuese para demostrar la insuficiente fundamentación del recurso, en el pronunciamiento dictado en el caso "Loyola" se avanzó decididamente en la resolución del planteo de inconstitucionalidad por presunta afectación a la garantía de defensa en juicio. En tal sentido, se recordó que, según conocida jurisprudencia de la Corte Sup. de Just. de la Nación, dicha garantía no comprende la multiplicidad de instancias judiciales (Fallos 246-383; 250-753; 289-95; 290-120 [11]; 303-330; 305-515, entre otros), salvo cuando el acceso a más de una lo ha instituido la ley (Fallos 303-1929 [12]). Y, también, se trajo a colación la doctrina del Alto Tribunal in re "Jáuregui, Luciano A.", sentencia del 15/3/88 (13), según la cual el requisito previsto en el art. 8 ap. 2 inc. h) Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por ley 23054), que establece el derecho de toda persona inculpada por un delito de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, sólo debe ser considerado en los supuestos de la sentencia definitiva de la causa u otra resolución asimilable a ella y se satisface por la existencia del recurso extraordinario ante la Corte Sup. de Just. de la Nación. Además, en la sentencia del caso "Loyola" se invocó la jurisprudencia de los superiores tribunales de Córdoba y Río Negro que rechazó planteos similares (conf. Lugones, Narciso Juan-Dugo, Sergio, O., "Los límites del recurso de casación, LL diario del 26/3/93, cap. 2, ap. B, ns. 2 y 4, notas 67 y 70).

11. Que si bien lo expuesto en el consid. precedente sería bastante para desechar la oposición entre el art. 459 inc. 2 CPrCr. y el art. 18 CN., como la defensora recurrente entiende que el art. 8 inc. 2 ap. h) de la Convención aprobada por ley 23054 "garantiza a todo imputado el derecho de recurrir ampliamente el fallo ante el tribunal superior", se imponen algunas reflexiones adicionales.

Quizás haya sido Bidart Campos uno de los primeros en sostener -mucho antes de que la Corte Suprema hubiese dictado su fallo in re "Jáuregui"- "que la norma del Pacto que habilita el recurso ante el tribunal superior enfoca una vía de apelación amplia, sobre los hechos y el derecho, en la que quepa renovar el tratamiento integral de la decisión inferior impugnada recursivamente" ("La doble instancia en el proceso penal" -La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica - ED 118-877).

Sin embargo, esa amplitud o plenitud de la vía recursiva prevista por el tratado no surge ni de su letra, ni de su espíritu. Ya el Preámbulo de la Convención se encarga de advertir que los Estados signatarios reafirman su propósito de consolidar en el Continente Americano, "Dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre"; y que estos derechos "justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos" (la bastardilla es de esta sentencia). Vale decir, pues, que el tratado procura coadyuvar o complementar las disposiciones internas que aseguran a los habitantes de cada Estado el uso y goce de sus derechos fundamentales de naturaleza civil, política, económica, social y cultural. Y en lo que atañe a las normas que específicamente se vinculan con la persona sometida a enjuiciamiento penal (arts. 8 y 9), ellas tienden a asegurar todas y cada una de las garantías que nuestra Constitución Nacional -explícita o implícitamente- manda observar en el juicio previo a la imposición de una pena por la comisión de un delito y que toca resguardar a la Corte Suprema de Justicia, como custodio final de esas garantías, con lo que se afirma, sin lugar a duda, que "el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior" previsto por el Pacto, es una cláusula que se propone afirmar los principios de seguridad y justicia del debido proceso y, dentro de éste, fundamentalmente, asegurar la defensa en juicio, bienes que en el derecho argentino encuentran su tutela en la revisión que efectúa la Corte mediante el recurso extraordinario de apelación del art. 14 ley 48 , que incluye la inspección que el Alto Tribunal realiza por medio de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, que reconoce precisamente su fundamento en la garantía de la defensa en juicio.

No se trata aquí de revisiones amplias o plenas, sino de inspecciones suficientes que aseguren el control del cumplimiento de las garantías constitucionales consagradas en las leyes fundamentales de los Estados civilizados y democráticos. La manera en que dichos Estados organizan sus procesos, en tanto la organización respete esos principios básicos mínimos que hacen a la esencia del hombre, no es materia del Pacto de San José de Costa Rica . Es por ello que la Nación Argentina y las provincias que la componen han podido establecer el enjuiciamiento penal oral y de instancia única, sin que tal decisión entre en conflicto ni con la Constitución Nacional, ni con el mencionado Pacto, en la medida en que siempre se halla a mano del imputado, para asegurar la vigencia de sus derechos fundamentales, por lo menos la apelación federal de la ley 48 .

Téngase en cuenta, además, que cuando se aprobó el Pacto de San José de Costa Rica (la ley 23054 se sancionó el 1/3/84, fue promulgada el 19 y publicada el 27/3/84) la mayoría de las provincias argentinas habían adoptado un sistema de enjuiciamiento en que los hechos quedan fijados en única instancia y, por lo tanto, en principio no son censurables por medio de los recursos limitados a cuestiones de derecho previstos en los respectivos ordenamientos procesales (casación, inconstitucionalidad, inaplicabilidad de ley). Si ello es así, como la inconsecuencia o la falta de previsión no se suponen en el legislador y por esto se reconoce como principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Corte Sup., Fallos 297-142; 301-460 [14], entre muchísimos otros), es de toda evidencia que tanto el legislador de 1984, como el de 1991 al sancionar y promulgar la ley 23984 , necesariamente tuvieron en consideración el problema de la doble instancia en los procesos sustanciados de conformidad con el sistema oral, dándole razonable respuesta, en aras de las tradicionales pautas de hermenéutica fijadas por la Corte Suprema, en la misma forma que se ha hecho explícita en este pronunciamiento.

Por otra parte, otorgarle a las tantas veces citada cláusula del Pacto de San José de Costa Rica el alcance pretendido por la recurrente importaría tanto como ponerla en colisión con lo dispuesto por la propia Constitución Nacional en su art. 101 , en cuanto establece que la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción "originaria y exclusivamente" -en única instancia- en las causas "concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros", casos en los que por estar comprometidas las relaciones exteriores de la Nación -en la medida que tales causas puedan afectar de cualquier modo al personal de las delegaciones extranjeras- "el designio de los constituyentes ha sido el de extender la garantía de la competencia del Superior Tribunal de la Nación" (Lascano, David, "Jurisdicción y competencia", p. 380, Ed. Kraft, Bs. As., 1941).

12. Que en cuanto a la presunta incompatibilidad entre los límites objetivos previstos en los arts. 458 a 462 CPrCr. y el art. 16 CN. , cabe recordar la clásica doctrina de la Corte Sup. de Justicia en el sentido de que "la garantía de igualdad ante la ley sólo comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación sean tratadas del mismo modo siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones y las distinciones establecidas por la legislación en supuestos que estime distintos son valederas en tanto no obedezcan a propósito de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación, aunque su fundamento sea opinable" (Fallos 303-1580; 305-823; 307-493 y 582, entre muchos otros).

Es decir, pues, que el principio no impone una rígida igualdad y permite que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes. Entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones y clasificaciones se

basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad o privilegio contra determinadas clases o personas.

En el caso, al agruparse los pronunciamientos que cada parte puede recurrir en casación, se advierte que se han fijado los límites atendiendo a la importancia o trascendencia del asunto, tanto en lo atinente a la cuestión penal debatida en el proceso, como en lo referente a la accesoria de naturaleza civil que también puede ser introducida en la causa penal. Se trata de razones objetivas que colocan en igualdad de tratamiento a quienes se hallan en razonable igualdad de circunstancias y encuentran su fundamento, según el codificador, en motivos de "economía y de orden práctico" (conf. exposición de motivos del proyecto de Código Procesal Penal). Es por ello que, aunque resulte censurable ese fundamento a criterio de la recurrente y del autor que citó en su escrito, esa crítica no es bastante a los efectos de asegurar que la desigualdad se ha producido, pues lo referente a la oportunidad y conveniencia de las discriminaciones o distinciones entre supuestos que el legislador estime distintos, escapa al control de constitucionalidad (Corte Sup., Fallos 251-39 [15]), aunque su fundamento sea opinable (Fallos 256-235 [16]; 258-315 [17]; 256-235 y muchísimos más).

No se olvide que en casos que guardan cierta analogía con el presente la Corte Suprema ha declarado que no conculca el art. 16 CN. la que prevé el recurso de apelación para una sola de las partes (Fallos 196-278) o que establece la inapelabilidad de ciertas resoluciones judiciales (Fallos 259-89).

13. Que, en presencia de tal interpretación de la garantía de igualdad corresponde siempre al recurrente demostrar la irrazonabilidad, en el caso concreto y cualquiera que fuese la opinión que pueda tenerse sobre su mérito o conveniencia, de la distinción entre condenados a menos y a más de tres años de prisión, que impide recurrir en casación a los primeros. Para esa demostración no basta la aserción genérica de que se ha vulnerado el art. 16 CN. si no está razonada con relación a la situación particular del imputado, a la pena que se le ha aplicado y al óbice que esta última pudiese significar para que un mismo agravio susceptible de habilitar la instancia casatoria fuese examinado en un caso y no lo fuese en otro en circunstancias iguales o asimilables (conf. consid. 7 último párr. de la sentencia de esta sala en el citado caso "Loyola"). Tal demostración no ha sido cabalmente asumida en el sub lite, pues aun cuando lo que se afirmó abre la posibilidad de que se presente un supuesto de desigualdad legalmente verificable, la circunstancia invocada en el recurso -que un condenado a 7 meses de prisión en causa correccional tiene expedita la vía de la casación, mientras que le está vedada al que se le ha aplicado igual pena en causa criminal- no ha tomado en consideración, siquiera, que ese ejemplo nada tiene que ver con la situación de los imputados en autos, a los que se les ha impuesto una pena que no posibilita la habilitación de esta instancia excepcional así fuese criminal o correccional el proceso instruido.

14. Que, para finalizar, esta sala tendrá muy en cuenta en la decisión que adoptará, que "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (Corte Sup., Fallos 226-688; 242-73 [18]; 300-241, 1087, entre otros), oposición que, por lo dicho, no ha sido demostrada ni el Tribunal, como corolario del exhaustivo estudio de la cuestión a que se encuentra obligado, pudo advertir.

Por ello, habiendo dictaminado el fiscal de Cámara, se resuelve:

1. Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del CPrCr. art. 459 inc. 2.
2. Declarar inadmisibile el recurso de casación concedido a f. 144; con costas. Hágase saber al fiscal de Cámara y remítase con oficio de estilo al tribunal de su procedencia, el que practicará las demás notificaciones e imprimirá a la causa el trámite que corresponda conforme a su estado. - Juan C. Rodríguez Basavilbaso. - Alfredo H. Bisordi. - Liliana R. Catucci (Sec.: Javier E. Reyna de Allende).

NOTAS:

(1) LA 1984-A-11 - (2) JA 1988-IV-683 - (3) ALJA (1853-1958)1-14 - (4) JA 1986-II-95 - (5) ALJA (1853-1958)1-1378 - (6) LA 1991-C-2806 - (7) JA 1990-III-336 - (8) ALJA 1974-A-514 - (9) JA 1989-I-682 - (10) JA 1989-IV-575 - (11) JA 25-1975-Índice-111-sum. 26 - (12) JA 1983-I-370 - (13) JA 1988-III-447 - (14) JA 1980-I-619 - (15) JA 1962-II-87 - (16) JA 1964-II-659 - (17) JA 1964-VI-122 - (18) JA 1959-II-402.

LÍMITES DEL RECURSO DE CASACIÓN PENAL POR EL MONTO DE LA PENA:
CONVALIDACIÓN JUDICIAL Y OBJECCIÓN CONSTITUCIONAL

Por ALBERTO F. GARAY

SUMARIO: I. El caso. - II. La decisión de la Cámara de Casación Penal. - III. Análisis de la sentencia: a) El Pacto de San José de Costa Rica; b) La igualdad ante la ley; c) La problemática relativa al Tribunal Superior de la causa; d) Algunos inconvenientes de detalle; e) Opciones interpretativas; f) Evaluación. - IV. Conclusión

I. EL CASO

El tribunal de 1a. instancia (Tribunal Oral en lo Criminal n. 6 de la Capital Federal) condenó a los imputados del delito de tentativa de robo simple a un mes de prisión en suspenso.

Contra dicha decisión, la defensora oficial, Silvia Zelikson, interpuso recurso de casación ante la Cám. Nac. de Casación Penal. El fundamento de dicha apelación, encerraba una nutrida variedad de tópicos complejos, a saber:

- a) Redargución de falsedad del acta de debate por alteración del contenido de las conclusiones de la defensa. Consecuente nulidad absoluta de la sentencia.

- b) Nulidad absoluta de la sentencia, por haberse dictado sin que mediare alegato acusatorio (art. 167 inc. 2 CPrCr.). Errónea interpretación de la ley sustantiva y adjetiva. Violación del derecho de defensa y al debido proceso, al dictarse condena a pesar de la ausencia de acusación fiscal. El ministerio fiscal había solicitado la absolución a mérito del principio in dubio pro reo.

- c) Violación del debido proceso y del art. 167 inc. 3 CPrCr. , la que se configuró al mantener el Tribunal del juicio una entrevista privada con un testigo cuando se desarrollaba la audiencia, sin intervención de las partes.

- d) Inaplicabilidad del art. 459 inc. 2 CPrCr. , que veda la apelación en los casos en que la pena impuesta no sea de tres años o más. Se sostuvo que cuando se invoca la afectación de garantías constitucionales, dicho obstáculo legal no es aplicable.

e) Alternativamente, dedujo la inconstitucionalidad del mencionado art. 459 inc. 2, por violar los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional y 8 inc. 2, ap. h de la Convención Interamericana aprobada por ley 23954 .

Como se puede observar, la elaborada y responsable intervención de la defensora oficial, debe ser merecedora de elogios. Gratifica advertir semejante preocupación de parte de un servidor público, a quien se ha confiado la defensa de aquellos que carecen de medios para procurarse defensas. Gratifica también ver semejante esfuerzo, ante un tema "menor". Gratifica también ser testigo de esta entrega vocacional y silenciosa. Tan silenciosa, que el fallo bajo comentario ni la nombra. En particular, en los tiempos que corren, no es común percibir que la gente hace lo que por imperativo moral y legal debe hacer. He aquí un austero y silencioso ejemplo digno de imitación. Seguramente no es aislado y seguramente hay otros que también se comportan análogamente. Pero creo que, lamentablemente, no son los suficientes (1).

El Tribunal Oral concedió el recurso interpuesto.

II. LA DECISIÓN DE LA CÁMARA DE CASACIÓN PENAL

La Cámara decidió, por un lado, declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto. Su argumento central fue que el Código Procesal no autoriza la apelación en estos supuestos. Ella es incompetente para entender en casos donde la pena impuesta fuere inferior a los tres años, sea cual fuere el fundamento (vgr., de derecho común o federal) de dicha apelación. Por otro lado, resolvió rechazar el planteo de inconstitucionalidad, por entender que el límite recién aludido de tres años era razonable.

A pesar de que se declara la inadmisibilidad -sin cortapisas- del recurso de casación, es evidente que esa inadmisibilidad anunciada por la Cámara debe ser considerada como parcial. Como se recordará, la Cámara juzgó que el planteo de inconstitucionalidad del art. 459 inc. 2 había sido bien encauzado (consid. 9). Luego de su análisis, lo rechazó. Ante ello, si no se considerara tal inadmisibilidad como parcial, la Cámara se habría expedido sobre la impugnación constitucional del art. 459 inc. 2 CPrCr. sin competencia para hacerlo.

Consecuentemente, a la luz de este pronunciamiento, debe considerarse que el recurso de casación también comprende los ataques constitucionales dirigidos contra la norma que limita su alcance.

En lo que hace a la concreta impugnación constitucional del art. 459 inc. 2, la defensora oficial invocó en favor de su reproche el art. 16 y 18 CN. y el art. 8 inc. 2 ap. h) del Pacto de San José de Costa Rica (ley 23984). A su análisis dedicaré los siguientes párrafos.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

a) El Pacto de San José de Costa Rica .

La argumentación de la Cámara encaminada a refutar la inconstitucionalidad basada en el Pacto posee aristas muy vulnerables. Tratarlo aquí in extenso excedería el marco que me he impuesto en este comentario, razón por la cual me ceñiré al análisis de lo afirmado por la Casación.

El art. 8 inc. 2, apartado h) de la Convención Americana dispone en su parte pertinente :

"Durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior".

Si -por hipótesis- se aceptara que cuando dicha Convención alude al derecho de apelar, tal exigencia se referiría, exclusivamente, a "inspecciones suficientes que aseguren el control del cumplimiento de las garantías constitucionales consagradas en las leyes fundamentales de los Estados civilizados y democráticos", resulta claro que -en el estado actual de nuestra legislación- esa inspección suficiente no se satisface, necesariamente, a través del recurso extraordinario federal.

En 1990 se produjeron reformas importantes en lo que hace al recurso extraordinario. Los arts. 280 y 285 CPr. fueron reformados. Su texto, en lo pertinente, dice:

Art. 280. (Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario). - Cuando la Corte Sup. conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana

discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente, o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

Art. 285. (Queja por denegación de recursos ante la Corte Sup.). - Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el art. 280, párr. 2.

Antes de estas modificaciones, un recurso extraordinario era formalmente admisible si se estaba en presencia de alguno de los supuestos del art. 14 ley 48 o de un claro caso de arbitrariedad. La verificación de la ocurrencia de cualquiera de ellas aseguraba, en principio, la revisión del caso por parte de la Corte Sup. Ella estaba obligada a entrar al fondo del asunto. Esto se complementaba con la doctrina emergente de los casos "Strada" y "Di Mascio", de los que me ocuparé más adelante en detalle, que aseguraba la revisión constitucional federal previa, por parte de los superiores tribunales provinciales. Dentro de este contexto fue que la Corte pudo expresar en "Jáuregui", el 15/3/88, que el art. 8 ap. a inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica se satisfacía por la existencia del recurso extraordinario. Debe ponerse de resalto, además, que ese caso no se refería, stricto sensu, a la norma impugnada en esta causa.

Actualmente -si la facultad conferida a la Corte por estos artículos es aplicable a causas criminales (2)- aun cuando un recurso pudiera ser encuadrado dentro de alguno de los supuestos del art. 14 ley 48, la Corte Sup. puede rechazar las apelaciones a través de una fórmula que se limita a recitar que el remedio intentado es inadmisibile, agregándose a continuación la mención del art. 280 o 285 del CP., según sea el caso. En tales supuestos, no se describen los hechos del caso, las cuestiones federales comprometidas ni las razones por las cuales se considera que se configura alguna de las causales referidas en esos artículos. Es decir, no se entra al fondo del asunto ni se expresan las razones que motivan el rechazo. Ese rechazo es discrecional.

En virtud de ello, el actual remedio federal -con particular referencia a las causas que tramitan ante la jurisdicción federal en las provincias, o nacional en la capital federal- nunca podría ser considerado, seriamente, como "inspección suficiente que asegure el control del cumplimiento de las garantías constitucionales". Dicha inspección no está asegurada.

Igualmente, lo dicho por la Corte en "Jáuregui" tampoco puede ser empleado ahora válidamente en apoyo de la limitación que impone el art. 459 inc. 2 del CPrCr., sin adecuarlo al nuevo esquema recursivo y a los casos que se ventilan en la Capital Federal

ante la Cám. Nac. de Casación y en las provincias, ante las alzas federales. El sistema federal-nacional creado por el nuevo código, difiere del provincial en un rasgo clave. En este último -y al margen de los procedimientos particulares de cada estado- por efecto de "Strada" y "Di Mascio" siempre hay como mínimo una segunda instancia (local) que está obligada a revisar los agravios constitucionales que se endilgan al decisorio impugnado. En los fueros nacional y federal no.

Ello produce, inevitablemente, que ante el mismo delito y condena inferior a los tres años, en jurisdicción provincial el imputado tendrá asegurada una segunda instancia donde se revean los agravios constitucionales que se aleguen contra la sentencia inferior. En el otro caso dicha intervención no está asegurada. La Cám. de Casación, sala 1a., se niega a considerarla, con apoyo en el art. 459 inc. 2 del CPrCr. y la Corte puede negarse, con sustento en el art. 280 o 285 del CP. (3).

También y por las mismas razones debe ser desechada la afirmación que dice que "la Nación Argentina y las Provincias... han podido establecer el enjuiciamiento penal oral y de instancia única" sin entrar en conflicto con el mencionado Pacto, "en la medida en que siempre se halla a mano del imputado, para asegurar la vigencia de sus derechos fundamentales, por lo menos la apelación federal de la ley 48".

Como creo haber demostrado precedentemente, no cabe comparar automáticamente la situación de las provincias con la de la Capital Federal. Las mismas no son asimilables en aspectos relevantes. Por otra parte -y como también sostuve con anterioridad- la sola violación de los derechos fundamentales del imputado no asegura, por sí sola y siempre, la consideración de su caso por parte del Alto Tribunal. Esa apelación no "se halla a mano" del imputado -como se afirma-sino que está depositada en las manos de los integrantes de la Corte y en su sana discreción. Basta con que el Alto Tribunal considere que el agravio federal es insuficiente o que la cuestión federal es insubstancial o intrascendente. En todos estos casos -que necesariamente presuponen la alegada existencia de agravios a cláusulas constitucionales- se puede rechazar la apelación sin fundarla (4). Es decir, sin describir el caso y sin expresar las razones por las cuales se juzga que la cuestión es insubstancial, intrascendente o insuficiente, sea cual fuere el significado de estos vocablos, que no son definidos por la ley.

En suma, ante un esquema tal, es difícil poder coincidir con la sala en que el recurso extraordinario de hoy -en supuestos como el de autos- aseguraría la revisión constitucional en los casos de violación de los derechos fundamentales y que, por lo tanto, se estaría en presencia de una inspección judicial suficiente. En los casos en que la Corte ejerce su competencia negativa (arts. 280 y 285 del CP.), lisa y llanamente no hay inspección de la cuestión constitucional. Los fallos de este tipo ni siquiera pueden servir como

precedente, pues no describen los hechos ni la decisión abre juicio sobre el fondo del asunto.

Distinta sería la cuestión si existiera una norma -de origen legal o jurisprudencial- que, por ejemplo, permitiera deducir el recurso de casación ante la Cámara, luego del rechazo del extraordinario con sustento en el art. 280 o en el 285 del CP. por parte de la Corte Suprema. En un supuesto así, podría existir una inspección judicial suficiente. Para ello sería necesario, obviamente, que esa norma se sancionara legalmente o que la Cámara, ante una situación análoga y para no desvirtuar lo que ella misma ha interpretado como exigido por el Pacto de San José de Costa Rica -vgr., inspección judicial suficiente- asumiera su competencia.

Por último, obsérvese que, en el caso, no se trata de eliminar exclusivamente algunas apelaciones o incidencias previas a la sentencia definitiva que con probable exceso se han admitido legal y jurisprudencialmente, lo cual facilitaba que la sentencia de mérito se pospusiera por lapsos prolongadísimos. Se trata, en definitiva, de dotar de firmeza a un pronunciamiento dictado por un tribunal de 1a. instancia, sin que un tribunal superior o, eventualmente, sin que nadie revise la alegada existencia de violaciones legales ni constitucionales cometidas en la instancia inicial, que viciarían la condena misma. Creo que, en tales casos, la solución legal es desmesurada. Téngase presente que en el sub examine y a la luz del nuevo Código Procesal Penal, no existe siquiera posibilidad de formular esos planteos ante el propio tribunal de 1a. instancia. Si, en definitiva, la Corte Suprema rechazara el recurso extraordinario con la sola invocación del art. 280 o 285 del CPrCr., nadie habría resuelto fundadamente dichas violaciones.

b) La igualdad ante la ley

En lo tocante a la desigualdad, es probable que la apelación de la defensa no haya sido todo lo puntillosa que habría sido menester, a la luz de la jurisprudencia vigente. La Cámara echa mano a esta última y, como alegado corolario de ella, afirma que "corresponde siempre al recurrente demostrar la irrazonabilidad... de la distinción". Ello se compadece con la jurisprudencia de la Corte Sup. sobre el particular que es en extremo rigurosa y, muchas veces, ritual (5).

A renglón seguido (consid. 13) la sala se hace cargo de la atacada "irrazonabilidad" del distingo referido al monto de la pena y aspira a justificarlo con la cita de la escueta motivación que surge de la Exposición de Motivos del proyecto, a saber, "razones de economía y de orden práctico". Esto es relacionado con la jurisprudencia que dice que lo

referido a la oportunidad y conveniencia del distingo es materia ajena al análisis judicial por más que su fundamento resulte opinable y, consecuentemente, desestima el agravio.

A mayor abundamiento, la Cámara desecha el argumento desigualitario empleado por la defensa, en el sentido de que un condenado en causa correccional a siete meses de prisión tiene expedita la vía casatoria, mientras que le está vedada al que se le ha aplicado igual pena en causa criminal. Dice la sala que dicho ejemplo no tiene nada que ver con la situación de los imputados, porque a éstos se les aplicó una pena que, fuera en instancia correccional o criminal, no habilitaría la casación, básicamente, por la ausencia de interés del apelante para solicitar la declaración de inconstitucionalidad con ese sustento. Tal argumento, si bien no se lo aclara, también cuenta con respaldo en los precedentes del Alto Tribunal (6).

Quizá la crítica central que podría formularse a esta porción del pronunciamiento bajo análisis es la misma que se puede formular a la jurisprudencia superior sobre la cual se apoya, a saber: No se explicitan las razones por las cuales ese escueto fundamento (economía y practicidad) sería suficiente. No se explicita cuál sería la zona de penumbra que separaría lo meramente opinable de lo arbitrario. Por ejemplo, por qué razones, motivos de economía y orden práctico son suficiente "justificativo" para impedir el recurso de casación cuando la condena es inferior a tres años de prisión y se alega la violación de garantías constitucionales preeminentes y de normas legales aplicables.

La economía y la razón práctica pueden ser motivación suficiente y justificativo adecuado para un sinnúmero de limitaciones y de flexibilidades (7). Pero ellas no me parece que sirvan como justificativo idóneo global para supuestos particulares como el juzgado en estos autos, donde está en juego la libertad y la inocencia de los imputados. Si aquellos motivos son realzados, éticamente, a la categoría de un "valor", me parece que, éticamente, los valores Justicia, Verdad e Igualdad son preeminentes. También son preeminentes a aquéllos los valores constitucionales de la Defensa en Juicio de la persona y de los derechos, la igualdad y al Debido Proceso. Nadie debería poder ser condenado por un tribunal de 1a. instancia -sin derecho a apelar- a mérito de un procedimiento alegadamente nulo a la luz de las normas procesales aplicables, como se alegó en esta causa. Nadie debería poder ser condenado -sin derecho a apelar- a mérito de una sentencia que se aparta de la ley, como se alegó en esta causa. Nadie debería poder ser condenado a mérito de una sentencia de primera instancia, irrevisable, de la que surgirían violaciones a sendas garantías constitucionales.

Francamente, no se advierte que motivos de economía y practicidad puedan justificar el distingo atacado. No es más grave per se una violación constitucional o legal realizada por jueces de 1a. instancia respecto de un condenado a un mes, o a dos años y once meses, que

en el caso de un condenado a tres años y un día o más. Sin duda es peor estar en prisión cuatro años que dos. Pero en ambos casos el vicio que transforma dichas prisiones en injustas es el mismo. Ambas, al menos alegadamente, serían condenas dictadas en violación de los derechos fundamentales del imputado.

Si se coincide en que el respeto a la Constitución y a la ley son deberes insoslayables de los jueces (y de los gobernantes y de los habitantes), ambas situaciones -por hipótesis- deberían merecer igual revisión por parte de la alzada. Ambas constituyen, por igual, un alzamiento a la Constitución y a la ley. Este alzamiento al orden establecido es el que hay que restaurar. En una democracia constitucional, eliminar expedientes del despacho (economía y practicidad) nunca puede constituir un valor superior a obedecer la Constitución y la ley.

Desde otro punto de vista, todo planteo desigualitario exige un análisis minucioso y prudente. Exige también, ineludiblemente a la luz de la jurisprudencia vigente, comparar situaciones, definir cuál es el medio arbitrado por la ley para alcanzar tal o cual fin o propósito. La determinación del propósito o fin, muchas veces, suele ser complicada. De ordinario, las leyes no definen explícitamente sus propósitos o fines. Y esta ausencia deriva en que, en definitiva, quien lo circunscribe -con mayor o menor pericia- es el juez. Por otro lado, en materia de relaciones medio-fin, todo depende de dónde tracemos la línea divisoria. Pues, en determinado momento, lo que es visto como medio puede transformarse en el fin y viceversa. El análisis también varía según que se considere un fin o un puñado de ellos. A mi modo de ver, distinguir entre los condenados a más o a menos de tres años de prisión, a fin de excluir a los últimos del derecho de apelar que se concede a los primeros, es constitucionalmente objetable.

El propósito que persigue el recurso de casación, en tanto apelación, es la revisión de la sentencia apelada en punto a su acierto o desacierto jurídico y la consecuente declaración de inadmisibilidad, casación o anulación de la sentencia impugnada (8).

Si se coincide con ello, es evidente que el acierto o desacierto de la resolución contestada puede existir tanto en una que condena a tres meses de prisión como en una que condena a cadena perpetua. Nadie podría asegurar a priori y en general que una condena menor responde a una sentencia más acertada que una decisión que condena a una pena mayor ni viceversa.

En tal sentido, es claro entonces que el distingo atacado es manifiestamente irrazonable. El monto de la pena no guarda conexión o relación seria razonable con el acierto o el desacierto jurídico de la decisión y, por lo tanto, con el fin que persigue el recurso de casación. El distingo, consecuentemente, es arbitrario.

El análisis precedente, me apresuro a anotar, puede ser pasible de diversos achaques. Uno de ellos es que no evalúa, precisamente, los "motivos de economía y orden práctico" a los cuales se refiere la sala 1a. y el proyecto del Poder Ejecutivo. Podría sostenerse que éste sería "el" propósito contra el cual habría que relacionar el medio arbitrado. Al respecto, diré lo siguiente.

Primero. Cuando lo que se achaca es la violación de garantías constitucionales, no parece una buena técnica de interpretación legal, aquella que deposita toda su supuesta legitimidad en motivos de economía y orden práctico. Es más, ésta es una mala técnica, a través de la cual se puede tergiversar todo el orden de derechos individuales asegurados en la Ley Fundamental. Pues, a no dudarlo, el respeto de tales inmunidades es caro, antieconómico y, muchas veces, basado en razones contrarias a lo que un criterio pragmático sugeriría.

Segundo. Es cierto que el proyecto confiesa tales "motivos", como, además, los llama la sala 1a. Sin embargo, enfocar la relación de razonabilidad en primer término, estricta y exclusivamente sobre ellos es erróneo. Pues la ley procesal discrimina entre penas mayores o menores de tres años para concederles a unos la apelación y a los otros no. Como aquello de lo cual se priva a unos y no a otros es la apelación, lo primero que debe considerarse es qué fines se persigue, procesalmente hablando, con la apelación. Si se está de acuerdo con que el fin es, genéricamente, reconocer a las partes el derecho a obtener una solución más justa, corrigiendo los errores de derecho en que se pudiera haber incurrido en la instancia previa, es evidente que, como se dijo, el distingo es irrazonable. No hay relación substancial ni necesaria entre el medio arbitrado y el fin perseguido. En este tipo de planteos, el centro de atención debe ser depositado, primordialmente, sobre la discriminación, sobre lo discriminado y sobre los propósitos que se persigue con el establecimiento de la apelación.

Tercero. La ley, lisa y llanamente, no concede el recurso de casación a los condenados a penas inferiores a los tres años. No admite -como pudo hacerlo para compensar aquella merma- una mayor amplitud de debate e informalidad ante la 1a. instancia. Tampoco reconoce un recurso de casación de alcance más limitado o, inclusive, discrecional, en estos casos. Directamente, lo suprimió, por motivos de economía y orden práctico.

¿Se relacionan estos motivos, de modo substancial y necesario, con la razón por la cual existen las apelaciones? Creo evidente que, así como se los expresa en el decisorio, no. Se trata de motivos muy ambiguos que pueden ser esgrimidos para fundamentar un sinfín de conductas dentro de un sinfín de órganos y actividades. En realidad, así como se los

presenta, son, básicamente, ingobernables y, por ello, carecen de trascendencia como para justificar semejante discriminación.

¿Son estos gaseosos motivos de economía y orden práctico más valiosos que aquellos que justifican la existencia de las apelaciones? En mi opinión, no lo son. No sólo por la especificidad de los relativos a las apelaciones sino también porque éstos persiguen el logro de una sentencia conforme a derecho. No la aseguran, pero aspiran a ello. En cambio, las razones de economía y de practicidad -sea lo que fuere querido significar con esos vocablos- no tienen por fin inmediato ni necesario el revisar la corrección o incorrección de un decisorio. Siempre guardarían una relación remota e incierta con el propósito perseguido con la instauración de las apelaciones y más específicamente, del recurso de casación.

Por otro lado, si sobre lo que se debe depositar el análisis es sobre la mayor trascendencia que tendrían los casos de condenas mayores a los tres años, la situación no cambia demasiado.

Obsérvese que el art. 26 CP. impide otra condena de ejecución condicional. La nueva pena por un hecho posterior a la sentencia condicional firme revoca la condicionalidad de la anterior (dentro de los plazos establecidos por el art. 27 del CP). Por aplicación de estos artículos, un "ratero" reiterante no tendría derecho a esos beneficios. Irá a la cárcel. Si la sentencia anterior era nula o, más apropiadamente, si hubiera podido ser anulada o casada -de no existir el límite impuesto- carecerá de virtualidad, pese a que, ante el segundo hecho delictivo -que podría haber sido el primero- hubiera gozado de aquellos beneficios. En cambio, un condenado por delito cuya pena es superior a los tres años y es excarcelable, permanecerá en libertad. También permanecerá en libertad si, pese a haber sido condenado en un proceso anterior, esa sentencia fue casada o anulada por la Cámara de Casación.

Pero, ¿porqué entonces se discrimina de ese modo? La respuesta que se me ocurre es simple. Es posible que se piense que estos casos no merecen mayor atención. Las causas en las que la condena es inferior a tres años son causas "menores", se dice que poco importantes o trascendentes. Además, los tribunales tienen mucho trabajo y un modo práctico y económico de solucionar este exceso de tareas es, sin duda, suprimiendo las apelaciones en aquellas condenas. Asumido todo ello, los "motivos" de economía y orden práctico se erigen -por el sólo hecho de haber sido expresados- en la "justificación" del hecho de limitar la apelación. Si todo ello es así -cosa que no es controvertida- pues lo más práctico es no reconocer a los "rateros" o "ladrones de gallinas" el derecho de apelar. Obviamente, se agrava su situación, si se la compara con los individuos pertenecientes a la otra categoría, pero éste es el sacrificio que se les impone, en aras del pragmatismo y del ahorro.

Esto, en mi opinión, no satisface un análisis serio de razonabilidad alguno. Se trata de una excusa y no de una justificación.

Como expresé más arriba, el propósito que persigue toda apelación no guarda una relación substancial y necesaria con el hecho de que los tribunales tengan mucho trabajo. Tampoco es cierto que con criterio general pueda presuponerse que los "casos" de condenas mayores a tres años son más trascendentes, en variados aspectos, que los de castigos inferiores a ese lapso. Tampoco parece que el Congreso se haya basado en estadísticas confiables que denunciarían que estos casos son los que atiborran a las cámaras nacionales y federales. Ergo, ante semejante improvisación normativa, no se puede suprimir a toda una categoría de casos un derecho tan trascendente como el de apelar.

A mi modo de ver, en esta área, como en muchas otras, el legislador (ejecutivo y legislativo) ha actuado con notable ligereza y con un sinnúmero de preconceptos. A veces uno tiene la sensación de que en nuestro país a las autoridades administrativas y legislativas les ocurre algo parecido a lo que ilustra un prologuista de una edición de *The Anatomy of Melancholy*, de Burton, citado por Carrió, "cuando recuerda el caso del párroco inglés entrado en años que `había conseguido aliviar el peso de sus deberes mediante la delegación y la negligencia" (9).

Con las apelaciones se busca, en definitiva, revisar -con mayor o menor alcance- el acierto de un pronunciamiento anterior. Esta es la justificación de por qué y para qué existen las apelaciones. Esto, quizá por su obviedad, es soslayado. Pero como decía el juez Oliver Wendell Holmes, a veces "debemos educarnos en lo obvio".

Ignorar estas observaciones y, sin más, sostener que motivos de economía y orden práctico "justifican" impedir las apelaciones en casos como el decidido por la sala 1a. es algo tan grave como pretender curar un dolor en la mano practicando una amputación del brazo, a mérito de un diagnóstico irrevisable.

Cuarto. La eliminación de la apelación bajo análisis es una medida grave y preñada de consecuencias desfavorables para quienes se encuentran en la categoría discriminada. Es una acción frívola, porque no responde a un análisis serio, ponderado ni profundo de la cuestión. No informa sobre lo eventualmente impracticable de otras alternativas. El legislador tampoco explica qué propósito razonable lo ha llevado, a diferencia de lo estatuido en el inc. 2 art. 459, a decidir que un condenado a más de seis meses de prisión o más -por delito correccional- puede recurrir en casación.

Además, el codificador parece partir de un presupuesto potencialmente falso, a saber: Los de la otra categoría favorecida con el recurso serían más trascendentes. Si se acepta que esta idea está presupuesta -iuris et de iure- en la presente discriminación, dicho presupuesto es potencialmente falso por lo siguiente. El vocablo "trascendente" es notablemente ambiguo. Ambas categorías pueden disputarse mayor trascendencia, según los elementos -objetivos o subjetivos, individuales o colectivos- que consideremos como rasgos definitorios de esa trascendencia. Por ejemplo, hoy día, una dádiva recibida por un funcionario público posiblemente sea más trascendente -para la opinión pública, para el victimario y para la víctima- en un sentido, que un homicidio simple sin más cualidades que el hecho en sí mismo. En el primer caso, el imputado puede ser condenado a menos de tres años, mas en el segundo la pena nunca será inferior a ocho. Si se coincide con ello, es evidente que el presupuesto implícito en el art. 459 inc. 2 CPPrCr. (casos menos trascendentes) sería falso.

c) La problemática relativa al Tribunal Superior de la causa

Para aquellos que están familiarizados con la discusión relativa al "tribunal superior de la causa", esta sentencia es una continuación de aquélla. Para aquellos que no lo recuerden o que lo ignoren, esa discusión, sucintamente expuesta, versa sobre cuál es el tribunal contra cuya sentencia puede deducirse el recurso extraordinario previsto en el art. 14 ley 48 . Los inconvenientes surgieron, básicamente, a partir del caso "Cautana" (10). El meollo del problema giraba en torno de leyes procesales provinciales que excluían del ámbito de ciertos recursos locales ante las cortes supremas provinciales (vgr., inaplicabilidad de la ley, inconstitucionalidad, etc.) la discusión de cuestiones que involucraran la interpretación de la Constitución Nacional (vgr., entre otros, los casos de "arbitrariedad"). En esos casos se consideraba que el tribunal superior era, por ejemplo, una cámara de apelaciones o, inclusive, en algunos supuestos (casos laborales en la Prov. de Buenos Aires), un juzgado de 1a. instancia. El recurso extraordinario se deducía contra la sentencia de éstos.

A partir de los fallos dictados por la Corte Sup. en los casos "Strada" y "Di Mascio" se estableció que en las apelaciones provenientes de los tribunales provinciales, la sentencia contra la cual debía interponerse el recurso extraordinario legislado en el art. 14 ley 48 debía ser la emanada de las cortes supremas provinciales, no obstante cualquier limitación (vgr., monto de la condena civil o criminal, cuestiones de hecho o de derecho), para acceder a esas cortes que surgiera de las leyes procesales locales o de la jurisprudencia. Las provincias no podían negar a sus tribunales superiores la posibilidad de resolver cuestiones que involucraran la interpretación de la Constitución Nacional.

Quien haya leído detenidamente la sentencia bajo análisis seguramente habrá experimentado cierta mínima sensación de asombro. Es curioso que este tema se trate en este estadio procesal, en primer término y con tanta locuacidad (consids. 4 a 9).

La determinación de cuál es el tribunal superior de la causa sólo tendría relevancia jurídica puntual a los efectos de interponer, y en oportunidad de resolver la admisibilidad formal de un recurso extraordinario contra la sentencia definitiva (11). La sensación de asombro o sorpresa surge cuando uno se percata de que el tribunal no estaba decidiendo la admisibilidad formal de esa apelación federal. Si bien se puede compartir que la doctrina sentada en "Strada" y "Di Mascio" tiene vínculos con esta temática, no puede hacerse con olvido de que en aquella oportunidad, era la propia Corte Sup. la que resolvía un tema que era de su incumbencia. Ella debía determinar si el recurso extraordinario había sido interpuesto contra la sentencia del superior tribunal de la causa, conforme manda el párr. 1 art. 14 ley 48 . En el caso de autos, la situación, si bien emparentada, no era esa. La Cámara no tenía que resolver ese punto sino uno previo, a saber, si el recurso de casación había sido concedido bien o mal, a la luz del ordenamiento procesal vigente. El resto, si bien trascendente porque anticipa cuál es la posición de la sala al respecto, no puede tomarse sino como dictum.

Superada esta digresión y entrando al fondo del asunto, tanto la sentencia de la sala 1a. cuanto la posición de Lugones y Dugo que es refutada por la primera -referidas ambas a determinar si la ley puede o no excluir de la competencia de la flamante Cám. Nac. de Casación aquellos agravios basados en cuestiones federales- responden a enfoques teóricos serios. Ello, claro está, no implica que no se pueda ofrecer un enfoque diferente (12).

A mi modo de ver la sentencia de la sala 1a. desarrolla un estilo muy generalizado en el mundo del Derecho -estilo empleado por abogados, jueces y doctrinarios- a saber: sus autores suelen colocarse -sin decirlo y quizás sin advertirlo-en situación de partisanos o epígonos de la ley. El fruto de su elaboración es presentado como obra de la ley y no del intérprete (13). Además, y en el caso particular de la sala 1a., ésta parece haber confundido los argumentos referidos a la validez del límite impuesto por el art. 459 inc. 2, con los argumentos pertinentes a los fines de establecer cuál es el tribunal superior de la causa. Pasaré a explicarme.

El art. 6 ley 4055 -norma sancionada en el año 1902- dice:

"La Corte Sup. conocerá por último, en grado de apelación de las sentencias definitivas pronunciadas por las cámaras federales de apelación; por las cámaras de apelación de la

Capital; por los tribunales superiores de provincia y por los tribunales superiores militares en los casos previstos por el art. 14 ley 48 del 14/9/863".

El art. 459 inc. 2 del nuevo CPrCr. establece:

"El imputado o su defensor podrán recurrir:

...2. de la sentencia del tribunal en lo criminal que la condene a más de tres años de prisión, 200000 australes de multa o 5 años de inhabilitación".

De la lectura del texto de estos dos artículos no se puede extraer de modo concluyente que los agravios de naturaleza federal que el apelante dirija contra el decisorio recurrido (o contra alguno de los procedimientos ejecutados previamente por los jueces que luego dictaron sentencia) están claramente excluidos o incluidos dentro de las previsiones de cualquiera de ellos.

En ambos casos es necesario tomar decisiones, hacerse cargo de ellas y fundarlas.

Esas decisiones no vienen dadas de antemano y expresamente por esas normas porque ninguna de ellas se refiere de modo textual, específico, a la situación bajo análisis.

Por un lado, la ley 4055 no podía referirse puntualmente a esta situación particular, desde que la Cám. Nac. de Casación y el sistema recursivo para acceder a ella fue creado unos noventa años después de su sanción. Además, y también textualmente, ese artículo se refiere al órgano del cual debe provenir una sentencia impugnada por vía del recurso extraordinario. Claramente, no alude a la validez de los límites del recurso de casación por el monto de la pena (art. 549 inc. 2 CPrCr.), que es lo cuestionado en el caso. Sin embargo, ello no implica que, automáticamente, esta norma no sea aplicable. Si se toma ese artículo como aspirando a cubrir su espectro jurídico contemporáneo más todo el campo a desarrollarse en el futuro -salvo disposiciones expresas en sentido contrario- el alcance de esta norma puede ensancharse a otras situaciones. Así, si se adopta este criterio, la Cámara de Casación -como define el art. 6- es, indudablemente, una de las "cámaras de apelación de la capital" aludidas allí genéricamente (14). En consecuencia, el recurso extraordinario debería ser interpuesto contra la decisión de ésta.

Por otro lado, el nuevo CPrCr. habilita genéricamente la apelación de sentencias de condena de más de tres años de prisión, doscientos mil australes de multa o cinco años de inhabilitación. Por lo tanto, desde un punto de vista lógico-formal, la norma excluiría globalmente los casos que no superaran esos límites. Sin embargo, ese precepto no alude expresamente a la hipótesis donde si bien no se alcanzan dichos mínimos, se ha arribado a una sentencia -infringiendo la ley aplicable y garantías constitucionales- donde la condena (alegadamente ilegal y "arbitraria") es inferior a esos mínimos (15).

Consecuentemente, por un lado, ninguna de las dos normas se refiere de modo textual al caso de autos. Pero, por el otro, ambas pueden disputarse el regir la situación, según como se las interprete a la luz del resto del ordenamiento jurídico vigente. Diversos standards y métodos de interpretación (vgr., gramatical y lógico) prestan argumentos en favor y en contra de ambas proposiciones. Pero ello no es suficiente. Existe un claro conflicto normativo que debe ser resuelto. En situaciones así, los textos prestarán su auxilio pero lo que en definitiva suele dirimir el asunto es el orden de valores que el intérprete considere prioritario.

La sala 1a. y Lugones y Dugo son conscientes, presumo, de todo ello. Es probablemente por esto que apelan a distintos argumentos adicionales para fundar sus respectivas tesis.

A los fines de establecer su constitucionalidad, la sala 1a. esgrime, básicamente, el texto del art. 549 inc. 2 y el art. 101 CN. Como esta última norma dice que la Corte Sup. ejerce su jurisdicción conforme las reglas y excepciones que prescriba el Congreso, los límites que éste impuso al recurso de casación, basados en el monto de la pena, consistirían en un ejercicio válido de esa prerrogativa constitucional. El Congreso, consecuentemente, podría limitar el recurso como lo hizo (16).

Sin embargo, a pesar de la irreprochabilidad inicial de tal argumentación, ella no es suficiente para rebatir la posición asumida por la defensa que dice que eventualmente ello podría ser tolerable, siempre y cuando el vicio imputado a la sentencia apelada no consista en violación de garantías constitucionales.

Para descartar este argumento, sostienen, exageradamente, que "no es posible encontrar relación alguna entre el tema de los límites objetivos del recurso de casación y la supremacía de la Constitución Nacional, de los tratados y de las leyes federales a que alude el art. 31" (consid. 6) (17). La relación, obviamente existe y surge de sus propias palabras (también exageradas) cuando, a renglón seguido, agregan:

"Si bien es cierto que la ley no puede impedir que un magistrado nacional o federal se pronuncie respecto de las cuestiones federales que fueren propuestas en los casos que debe juzgar, ello supone que el asunto se encuentre en los límites de su competencia, razón por la cual si a esta Cámara no le está permitido conocer de recursos contra condenas menores a ciertos límites, es evidente que ese asunto está fuera de su competencia, que no hay vía procesal idónea para que el Tribunal se pronuncie sobre las inconstitucionalidades planteadas".

A mi modo de ver el argumento recién transcrito es circular y contradictorio. La conclusión que surge de él es que la ley no puede impedir pero puede impedir. No puede impedir que un magistrado nacional o federal se pronuncie respecto de las cuestiones federales que fueren propuestas en los casos que debe juzgar, pero puede provocar ese impedimento al establecer los límites de su competencia porque no hay vía procesal idónea para que el Tribunal se pronuncie sobre las inconstitucionalidades planteadas.

En este argumento hay algo que falla. Y lo que falla son dos cosas. En primer lugar, no es cierto que la ley no puede impedir que un magistrado nacional o federal se pronuncie respecto de cuestiones federales. Son innumerables los casos -legales y jurisprudenciales- en los que ciertos magistrados, en determinadas oportunidades, no pueden pronunciarse sobre cuestiones federales (18). Piénsese, entre un sinfín de ejemplos, en cuestiones federales surgidas durante un proceso ejecutivo. Si el agravio no es irreparable, la Corte no está habilitada para entrar en su consideración. Tampoco pueden los jueces, de oficio, declarar la inconstitucionalidad de una ley.

En segundo término, la sala no se hace cargo de su decisión confirmatoria de la validez del impedimento de apelar, cuando la condena no es superior a los tres años. Su preocupación estriba en demostrar que el art. 101 de la Constitución autorizaría el establecimiento de estos límites pero no demuestra que posea una interpretación que avale esa tesis a la luz del texto del art. 6 ley 4055 y de algunas de las razones que condujeron a la Corte a establecer su doctrina actual acerca del tribunal superior de la causa, cuando la apelación debe provenir de los tribunales provinciales.

Acto seguido echa mano al conocido caso "Dromi", para concluir en que si la Corte pudo admitir -interpretando el art. 6 ley 4055 - que existen casos en los que se puede obviar la intervención de la cámara federal, también pueden existir casos, sancionados por el legislador, donde la consecuencia sea la misma.

En realidad, esta razón no es muy feliz. En primer lugar, no puede afirmarse que la "Corte Suprema" resolvió tal cosa. Sólo cuatro ministros coincidieron con esa argumentación, sin

lograr mayoría propia (cinco ministros). En este último supuesto podría haberse predicado que la Corte Sup. (por mayoría) decidió en aquel sentido. En segundo término, los cuatro ministros que resolvieron crear el *per saltum*, sostuvieron -como recuerdan Lugones y Dugo- que éste correspondía a una situación excepcional. La regla general consistía en que el recurso extraordinario debía interponerse contra la decisión de la cámara respectiva. Y no a la inversa, como en el presente caso, donde nos encontramos con que la regla general para todos los casos inferiores a los límites establecidos sería el salteo de la instancia de apelación. En tercer lugar, me parece incomparable un supuesto de creación judicial de normas sin soporte normativo expreso y en contradicción con todas las normas y prácticas que regían la cuestión (voto de los cuatro ministros del caso "Dromi" que acogen el salteo de instancia), con uno de creación legislativa que se basaría en el art. 101 CN. (19).

En principio, coincido con la sala 1a. y con Palacio en que el art. 101 faculta al Congreso a establecer excepciones y reglas a la competencia apelada de la Corte Sup. Ergo, si el Congreso Nacional puede establecer reglas y excepciones a la competencia apelada de la Corte, bien puede determinar que en los casos en que las condenas sean inferiores a los montos que refiere el art. 459 inc. 2 CPrCr. , el tribunal superior de la causa sea el Tribunal Oral. Pero esta coincidencia es sólo en principio.

El inconveniente que existe y que se alza contra dicho argumento es que el Congreso no ha dicho que en los supuestos que excluye el art. 459 inc. 2 CPrCr. el Tribunal Oral es el tribunal superior de la causa ni que en estos casos no rige el art. 6 ley 4055 . Tampoco ha dicho que el recurso extraordinario debe ser deducido contra la sentencia del tribunal oral. La Cámara no justificó esta ausencia.

d) Algunos inconvenientes de detalle

Asumir o decidir que el Congreso podría haber determinado que el "tribunal superior" de la causa es el tribunal oral no agota la discusión. Como vimos, existen razones serias para poder concluir de tal modo. Mas esa conclusión, en este caso, si bien aparece como una consecuencia lógica de la estructura limitativa convalidada, no surge expresamente de norma alguna que establezca que, en los supuestos de condenas a penas de prisión inferiores a los tres años, (a) la sentencia que el Tribunal Oral pronuncie será definitiva y (b) no cabrá contra ella recurso alguno a excepción del previsto en el art. 14 ley 48 . Tampoco se invoca cita o referencia legislativa que indique o demuestre que ese habría sido el propósito del Congreso. El art. 6 ley 4055 habilita el extraordinario respecto de las sentencias dictadas por las "cámaras nacionales de apelación" y el 14 ley 48 alude a los pronunciamientos de los "tribunales superiores de provincia". Ninguno de ellos se refiere a los tribunales orales de 1a. instancia. Ergo, el nuevo CPrCr. no establece textualmente que en casos como el presente, el recurso extraordinario del art. 14 ley 48 se interpone contra

la sentencia del Tribunal Oral de 1a. instancia. A mayor abundamiento, el art. 6 ley 24050 , tampoco enmendó tal torpeza legislativa (20).

A mi modo de ver, tanto el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo cuanto el texto sancionado por el Congreso cometieron una grave omisión. Pues creo indudable que no explicitar que en estos casos el tribunal oral emitiría una sentencia definitiva y que contra ella sólo cabría (o no) recurso extraordinario es algo muy grave y muy torpe. Mucho más lo es cuando el tema del "tribunal superior" ha dado motivo a sendos pronunciamientos del Alto Tribunal y a discusiones doctrinarias en favor y en contra de ellos.

e) Opciones interpretativas

Frente a las omisiones recién descriptas y a la luz del examen precedente, caben al menos cuatro posibilidades interpretativas.

1. - Que se interprete que -ante la ausencia de norma expresa habilitante- el recurso extraordinario es inadmisble(21).

No analizaré esta posibilidad. Creo que concluir en ello sería una grosería jurídica.

2. - Que se juzgue que el art. 459 inc. 2 CPPrCr. no es aplicable a supuestos donde el recurso de casación contiene la alegada violación a garantías constitucionales (22). Esta posición hallaría soporte en algunas de las valoraciones efectuadas por la Corte Sup. en los casos "Strada" y "Di Mascio" (fundamentalmente, las referidas a la misión de la Corte Sup. y a la interpretación del art. 31 Ley Fundamental) y en la evidente falta de previsión del legislador. A ello se podría agregar -ante la inexistencia de una declaración legislativa expresa en contrario- la intención de no desarticular el esquema legal y jurisprudencial actual del recurso extraordinario.

3. - Que en el caso, el art. 459 inc. 2 es inconstitucional, por violar el Pacto de San José de Costa Rica, que aseguraría la doble instancia obligatoria, y/o el art. 16 y/o el art. 18 CN. Consecuentemente, la apelación casatoria sería procedente y el recurso extraordinario debería interponerse, eventualmente, contra la sentencia emanada del tribunal de casación.

4. - Que se interprete que la sentencia pronunciada por el Tribunal Oral es equiparable a la dictada por las cámaras o por los superiores tribunales de provincia. Siendo ello así, procedería el recurso extraordinario contra aquélla con sustento en el art. 6 ley 4055 . En esta tesitura puede colocarse al fallo bajo comentario.

f) Evaluación

El problema fundamental que ostenta esta última tesis es que ella ofrece una explicación irrazonable. En efecto, si la supuesta justificación de los límites del recurso de casación ha sido hallada por el legislador en motivos de economía y orden práctico, no se entiende por qué esas mismas razones no jugarían -y con mayor intensidad- respecto de la Corte Sup., donde, sin embargo, se remitirían todas las cuestiones federales involucradas en estas causas de "poca monta", a través del recurso extraordinario. Además, tal proposición estaría en principio en contradicción con la intención legislativa contemporánea plasmada en las reformas al ejercicio de la jurisdicción de la Corte Sup. de la Nación efectuadas en 1990. Uno de los motivos determinantes de ellas, fue alivianar el trabajo del Alto Tribunal, cuerpo este superior, en jerarquía, a la Cám. de Casación. Para ello fue que se arbitró la posibilidad de que la Corte rechace discrecionalmente recursos que ella juzgue intrascendentes, insuficientes o insubstanciales.

También me parece notoriamente innecesario que se estén analizando cuestiones constitucionales -si la Corte decide entrar al fondo del asunto- cuando el caso podría resolverse por las normas de derecho común. En efecto, si las nulidades planteadas por la defensora merecieran acogida en la alzada, no sería necesario introducirse en cuestiones constitucionales, siempre más delicadas y más costosas.

Por último, y volviendo a las causas de "poca monta", recordaré la reflexión de un amigo sobre este punto. El proyecto del Poder Ejecutivo, sostenía, ingenuamente, una verdad presupuesta muy simple: es atendible recordar el principio de economía para no dar la misma extensión al proceso de un ratero que al de un homicida. Ello puede ser merecedor de acogida, siempre que, a su vez, sea cierto que uno es un ratero y el otro un homicida. Pero si se verifican serias irregularidades en el proceso del ratero, o si es cierto que existen serias objeciones acerca de si determinada conducta es una ratería, la economía pierde su sentido y lo barato sale caro. Pues comienzan a construirse ingeniosos argumentos para llegar a una solución ex aequo et bono, al margen de la ley.

La cuestión no estriba en la inconveniencia ad hominem de establecer legalmente la posibilidad del salteo de la instancia casatoria y el acceso a la Corte Sup. Ello quizá, de lege

ferenda, tendría sentido en ciertas causas y a condición de que se excluyera la competencia negativa que a la Corte le atribuyen los arts. 280 y 285 del CPrCr.

En cuanto a la posibilidad 2. ella ofrece algunas complicaciones. Como se recordará, existen dos conocidos criterios o principios jurisprudenciales -citados por la Cámara- que dicen (a) que la declaración de inconstitucionalidad es la ultima ratio del orden jurídico y (b) que -en la medida en que se pueda y sin violentar el texto- debe intentarse una interpretación que no ponga en pugna a la norma cuestionada con la Constitución Nacional. En mi opinión, esta interpretación conciliadora es objetivamente posible. Mas creo que de ejercitarla nos estaríamos desviando de una de las interpretaciones que admite el texto del art. 549 inc. 2 y del fin perseguido por el autor del Proyecto, Ricardo Levene (h). A saber, acotar el recurso de casación a los casos taxativamente contenidos en la ley, entre los cuales no está incluido un supuesto como el presente. Creo que en este sentido, la interpretación de la sala 1a. está en línea con dicha perspectiva y plasma la intención del autor del Proyecto. Creo que se juzgó, equivocadamente, que razones de economía y orden práctico autorizaban a privar a los condenados a menos de tres años del recurso de casación. Eventualmente, con el recurso extraordinario federal era suficiente. Los debates legislativos no ofrecen ayuda alguna sobre el particular. Nada dicen sobre la constitucionalidad de tal limitación, sobre la insuficiencia del recurso extraordinario federal actual, sobre la exigencia de la doble instancia del Pacto de San José de Costa Rica ni sobre la problemática del tribunal superior. Consecuentemente, si bien desde un punto de vista objetivo, podría armonizarse el texto del inc. 2 art. 459 con la Constitución Nacional, los pocos datos positivos, concretos, con que se cuenta no autorizan esta conciliación. Tampoco creo que sea legítimo, en el caso, echar mano a la idea tributaria de la exégesis que dice que la ley, una vez sancionada, se independiza de su autor y cobra vida propia. Soy de la opinión que con los antecedentes referidos y dado lo reciente de su sanción, dicha hermenéutica, simplemente, no sería legítima. No queda más remedio que la declaración de inconstitucionalidad.

Propongo, pues, la inconstitucionalidad del art. 459 inc. 2 del CPrCr. Impedir que los condenados a pena de prisión menor de tres años no tengan el derecho a una apelación donde se pueda plantear nulidades absolutas que repercutirían de modo directo en la condena dictada, en aras de principios de economía y orden práctico, parece excesivo. Condicionar la revisión de esa condena a que existan cuestiones federales y a que la Corte -según su sana discreción- decida reverlas, también parece exageradamente gravoso.

Estos obstáculos -más los evaluados en el párrafo 2 supra- se erigen en un claro cercenamiento del derecho de defensa y de la garantía de la igualdad que asegura la Constitución Nacional (art. 18 y 16) y de la doble instancia obligatoria -y no discrecional- e igualitaria que establece el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8 inc. 2, ap. h). Cercenamiento que adquiere particular potencia en el caso de autos, donde -según la defensora oficial- ni siquiera existía acusación fiscal.

Por este camino, también sería más práctico y sin duda más económico, no proporcionar a los imputados de delitos que merezcan pena de prisión inferior a tres años un defensor oficial, si carece de recursos para solventarlo; o ignorar, cuando el funcionario encargado de su defensa no ha ejercido mínimamente su cometido o lo ha hecho de modo ostensiblemente irregular; o impedirles el ejercicio del recurso de revisión. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema, sabiamente, no se ha enrolado en una visión tan económica de las garantías individuales que asegura la Constitución Nacional.

IV. CONCLUSIÓN

El análisis crítico que he ensayado en el presente artículo ha sido, por momentos, muy severo. A raíz de ello quiero poner énfasis en el hecho de que -como tantos otros- persigo y ejerzo la discusión abierta de las ideas. De todas las ideas. Obviamente, como lo analizado es una sentencia judicial, el centro de la discusión gira en torno de los argumentos que ella expresa y de sus implicancias prácticas y teóricas. Sé que se me podrían achacar muchas cosas. Entre ellas, que en las condiciones que trabajan los jueces, no se pueden pedir trabajos muy elaborados. Pues, en definitiva, los defectos criticados provienen de la ley sancionada por el Congreso. Tengo para mí que esto no es así. Creo que se pueden reclamar y esperar trabajos más elaborados de ambos. Todo lo dicho no implica desconocer la cantidad de trabajo que existe hoy día en el Poder Judicial de la Capital Federal, la necesidad imperiosa de asignación de mayores recursos, y la vetustez de algunas disposiciones procesales y sustantivas. Tampoco se desconoce las condiciones precarias en las que se está funcionando ni el esfuerzo de muchos empleados y jueces por cumplir con su deber de un modo responsable, digno y decoroso. Tampoco se disimula la ausencia de idoneidad de algunos funcionarios y magistrados y el manoseo que desde otros órganos de gobierno -o desde el mismo- se realiza del Poder Judicial. Tampoco se ignora la ignorancia de muchos de nuestros colegas quienes, a través de peticiones improvisadas, inconducentes o improcedentes, cierta inescrupulosidad e inconducta, contribuyen a empeorar ese cuadro.

Todo esto, sin duda, está presente y es amargamente real. Mas lo que persigo, temeroso sin duda de poder equivocarse el rumbo o de cometer injusticias, es alzar una voz de alerta, que creo es compartida por muchos. Espero que quienes no coincidan no reciban este ensayo sino como tal. Como una búsqueda espiritual y cultural -en la que seguramente muchos de ellos también se hallan- relativa a la realización de los valores y principios constitucionales. Sospecho que por este camino de la trivialización de tópicos básicos, de principios, comprometemos nuestro presente y embargamos el futuro de las generaciones por venir.

Espero también que quienes coincidan, no tomen esta argumentación sino como el punto de partida, punto éste siempre contingente, precario y sujeto a revisión, si se demuestra el error. Si se piensa que el análisis ensayado posee fuerza frente a la vulnerabilidad de la ley criticada o, contrariamente, que no ha refutado de modo suficiente la tesis que intentaba superar, es conveniente tener presente lo dicho por Sebastián Soler y que transcribo para recuerdo de todos:

"La derrota del adversario suele ser confundida con la conquista de la verdad, siendo perfectamente posible que solamente se haya trabajado en la construcción de un error más moderno, dotado, en cierta manera, de todos los defectos combatidos, si bien con signo diferente" (23).

NOTAS:

(1) Ante la existencia -no menor- de ciertas exageradas expresiones acarameladas o atemorizadas de autores a jueces y demás funcionarios y de autores a autores, creo que no está demás destacar que no conozco a la defensora oficial. Tampoco suelo litigar, de ordinario, ante la justicia represiva. Hago esta aclaración no en tono crítico hacia los primeros. En realidad, creo que en muchos casos, esos elogios innecesarios responden a mecanismos de autodefensa. A cierta desconfianza en las fragilidades y pequeñeces que todos, quien más quien menos, tenemos.

(2) En lo que sigue, asumiré como dato que estas normas también son de aplicación a asuntos penales. La Corte, en diversas causas, ha rechazado recursos extraordinarios o de queja deducidos en causas criminales con sustento exclusivo en estos artículos. Sin embargo, creo que el asunto merecería un análisis pormenorizado. No conozco ningún fallo reciente del Alto Tribunal que lo haya llevado a cabo.

(3) La Cámara Federal de San Martín, Provincia de Buenos Aires, no ha adherido a la admisión del salteo de la segunda instancia. Ver, entre otros, el caso citado por la sala 1a. en el consid. 5.

(4) Ver, por ejemplo, el voto del ministro Boggiano en "Favilla v. Piñeyro", del 8/6/93, cuyo sumario ha sido confeccionado por la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte del siguiente modo:

Pese al aparente carácter potestativo del art. 280 CPr. , que impone a la Corte el deber de seleccionar "según su sana discreción" las causas en que conocerá por recurso extraordinario, la obligación de hacer justicia por vía del control de constitucionalidad torna imperativo desatender los planteos de cuestiones, aun federales, carentes de trascendencia". ED n. 8455 del 14/3/94.

(5) Ver, Garay, Alberto F., "La igualdad ante la ley", Abeledo-Perrot, 1989.

(6) Sobre esta jurisprudencia y los excesos a que ha dado lugar, ver Garay, Alberto F., "El interés para pedir la declaración de inconstitucionalidad de las normas y el derecho de terceros", LL 1989-D-822 y ss.

(7) Buen ejemplo de ello, prima facie, parecen ser los dos casos citados por la Cámara, vgr., Fallos 195-278 y 259-89. Sin embargo, debe destacarse que ninguno de estos dos casos involucraban procesos criminales donde se había condenado a una persona. El primero, "Ferrocarril Central Argentino v. Guzzo", era un desalojo. El segundo, "Pagnotti de Vimo v. Hardoy", también. En ambos, no se publica el fallo completo sino tan sólo el sumario, con lo cual se ignora cuál es el fundamento empleado y las circunstancias del caso. Estos "matices" diferenciales no parecen ser menores. La "cierta analogía" que guardan estos precedentes con el caso sub examine es demasiado lejana. Hasta parece caprichoso hablar de analogía.

(8) arts. 456 , 457, 470 y 471 del CPrCr.

(9) Carrió, Genaro R., "Notas sobre derecho y lenguaje", Abeledo-Perrot, 3a. ed. aumentada, 1986, p. 239.

(10) Fallos 302-1337 (1983). Ver Lugones y Dugo, "Tribunal Superior de la causa. Hacia una interpretación literal de su regulación legal (arts. 14 ley 48 y 6 ley 4055)", en LL 1991-B-639, cap. III, 4.

(11) En realidad, en este caso, también podría objetarse que se discuta el problema del "tribunal superior de la causa". La expresión entrecomillada surge del párr. 1 del art. 14 ley 48 . Si el lector acude a la sentencia dictada en el caso "Strada" advertirá la trascendencia que la Corte adjudicó a esa expresión, en juego con el art. 31 de la Constitución y con el

rol que ella se atribuye en materia de control de constitucionalidad. El recurso previsto en esta ley, como se sabe, tuvo en mira las apelaciones provenientes de las provincias. La ley 4055, que creó las cámaras federales, dispuso por su art. 6 que la apelación del art. 14 ley 48 se interpondría contra las sentencias de las cámaras federales y de la Capital Federal. Además, literalmente, hizo mención a la expresión "tribunales superiores" cuando aludió a los de provincia. Siendo ello así, ¿por qué debería en el caso bajo comentario influir esa parte del art. 14 (vgr., tribunal superior de la causa) cuando en su lugar se alude, rectamente y sin lugar a dudas, a las cámaras de apelación, federales o nacionales?. La Cámara nada dijo sobre el punto.

(12) El trabajo de Juan N. Lugones y Sergio O. Dugo responde a una investigación casuística, doctrinaria y legislativa que no tiene precedentes entre todos los autores que se han ocupado de esta temática. En lo que sigue sólo aludiré a lo volcado en su libro "Casación penal y recurso extraordinario", Depalma, 1993. Pero también pueden consultarse con provecho sus artículos: "Tribunal Superior de la causa en el ámbito provincial (bases para una conclusión todavía no alcanzada como segundo resultado de la interpretación dialógica)", LL 1991-A-699 y "Tribunal Superior de la causa. Hacia una interpretación literal de su regulación legal (arts. 14 ley 48 y 6 ley 4055)", en LL 1991-B-639. Debo aclarar también que con los autores recién nombrados hemos discutido largamente la doctrina emergente de los casos "Strada" y "Di Mascio", la cual, dicho sea de paso, no comparto.

(13) Esta es una ficción que ha adquirido mayor potencia en los países de tradición romanista. Durante muchos años se vio la tarea del intérprete como una función mecánica, objetiva y científica. Todo lo que fuera creación era desechado. Todas las soluciones estaban contenidas en la ley. La dogmática jurídica prestó gran parte de su arsenal a esta empresa. Posteriormente, la situación comenzó a variar. En nuestro medio, a partir de Carlos Cossio, Julio C. Cueto Rúa, Genaro R. Carrió, Sergio Le Pera, Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin y Carlos S. Nino, entre otros, comenzó un proceso de revisión de aquellos postulados desde diversos -y a veces antagónicos- puntos de vista. Dicho proceso no ha alcanzado aún maduración. Lamentablemente la dogmática ha sido y es una corriente mucho más fuerte y sus excesos aún siguen minando el razonamiento jurídico y la búsqueda de la verdad. Creo necesario aclarar, por último, que resaltar estos aspectos negativos no implica desechar in totum algunos de los postulados que esta corriente del pensamiento desarrolló. Sobre el punto puede consultarse con provecho la famosa polémica Soler-Carrió en la obra de este último "Notas sobre derecho y lenguaje", Abeledo-Perrot, 3a. ed. aumentada, 1986; Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", Astrea, 1975, cap. II y Le Pera, Sergio, "La naturaleza jurídica", Ed. Panedille, 1971.

(14) El tenor literal del art. 6 es el que sirve a la teoría de Lugones y Dugo para defender la inaplicabilidad del art. 459 inc. 2 CPPrCr. Ellos se valen de ese texto y de considerar a la

ley 4055 una ley especial sobre la materia. Para llegar a esa conclusión echan mano a la elaboración que, sobre la interpretación de la ley, efectúa Llabrás en su "Tratado de Derecho Civil. Parte General". Pero, como es obvio, Llabrás estaba desarrollando su interpretación frente a la especialidad propia del Código Civil. Proyectar esa visión sin adecuaciones o cortapisas respecto del tema que nos ocupa ahora es, a mi modo de ver, insuficiente. Esta advertencia ya la formuló Genaro R. Carrió en "La interpretación de la ley como tópico de la teoría general del derecho", Jus, separata n. 15, 1970.

(15) Esta circunstancia fue esgrimida por la defensora oficial para sostener su pretensión admisorio del recurso, en el caso. La Cámara nada dijo al respecto.

(16) Por su parte, Lugones y Dugo defienden la tesis de que el tribunal superior de la causa es la Cám. de Casación Penal. Su fundamento central parte de una extensión de los principios sentados en los casos "Strada" y "Di Mascio" para los supuestos de apelaciones que provienen de las provincias y de la especialidad que atribuyen a la ley 4055, a los efectos de la apelación federal extraordinaria. Además sostienen que de los arts. 14 ley 48 y 6 ley 4055 surge una exposición sistemática del recurso extraordinario que no puede ser alterada por remisiones legislativas "que contienen referencias a decisiones no más impugnables `sin perjuicio de los recursos que autorizan las leyes 48 y 4055 ', `sin perjuicio del recurso extraordinario ante la Corte Sup. de Just. de la Nación con arreglo al art. 14 ley 48 '" (Op. cit. supra nota 12, p. 173). Ello debido, precisamente, a la especialidad de la ley 4055 -la que no debería poder ser dejada de lado por referencias no meditadas y tangenciales- y al hecho de que, cuando la ley quiso apartarse de ese sistema, así lo hizo de modo especial, vgr., la ley 23049 (ídem, p. 193).

(17) La introducción que del art. 31 CN. hace la Cámara no responde al recurso de casación interpuesto por la defensora Zelikson, que tengo a la vista. Esta funcionaria no invocó esa norma en momento alguno. Ella es traída por la sala 1a. seguramente influenciada por las referencias que a ese artículo hace la Corte en "Strada" y "Di Mascio" y las formuladas por Lugones y Dugo.

(18) Sobre el punto, ver la enunciación de diversas leyes que hacen Lugones y Dugo en "Tribunal Superior de la causa. Hacia una interpretación literal de su regulación legal (arts. 14 ley 48 y 6 ley 4055)", LL 1991-B-639, cap. 2, 2, G.).

(19) Sobre el caso "Dromi", ver Carrió, Alejandro D. y Garay, Alberto F., "La Jurisdicción per saltum de la Corte Suprema. Su estudio a partir del caso `Aerolíneas Argentinas'", Abeledo-Perrot, 1991.

(20) Dice esta norma que "La Corte Sup. de Just. de la Nación conocerá en materia penal con arreglo a lo establecido en el art. 24 del decreto ley 1285/58 , ratificado por ley 14457 y disposiciones modificatorias". Este artículo, que consta de siete extensos incisos, remite en su inc. 2 a las dos normas recién aludidas en el texto.

(21) Ver Lugones y Dugo, ob. cit. supra nota 12, p. 195.

(22) Ver en sentido análogo, Clariá Olmedo, Jorge A., "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ediar, 1966, t. 3, p. 289; De la Rúa, Fernando, "El recurso de casación en el derecho positivo argentino", Zavalía, 1968, p. 200 y Vázquez Rossi, Jorge E., Pessoa, Nelson R. y Chiara Díaz, Carlos A., "Código Procesal Penal de la Nación", Rubinzal-Culzoni, 1992, ps. 131/132, citados por Lugones y Dugo, ob. cit, supra nota 12, ps. 286 y 287.

(23) Soler, Sebastián, "La interpretación de la ley", Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 31.

1994