

# Cuestiones de hecho y de derecho en la Casación(\*)

POR GUSTAVO ADOLFO LETNER

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. — II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CASACIÓN. — III. CUESTIÓN DE HECHO Y DE DERECHO. SU DELIMITACIÓN. — IV. FACULTADES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN. — V. EL *IN DUBIO PRO REO* Y LA POSIBILIDAD DE SU CONTROL CASATORIO. — VI. LA INTRUDUCCIÓN DE LAS CUESTIONES DE HECHO Y PRUEBA A TRAVÉS DE LA INFLUENCIA DE LA CS. — VII. CONCLUSIONES.

## I Introducción

Como lo sostienen numerosos autores, la distinción entre hecho y derecho es quizás el punto más arduo de la casación.

La cuestión a dilucidar es si el Tribunal de Casación puede o no entrar al análisis de las cuestiones de hecho, o si — por el contrario— debe limitar su intervención a la cuestión de derecho, esto es, centrar su actuación exclusivamente en el control de la correcta aplicación del derecho objetivo, teniendo por incommovibles los hechos tal como han sido fijados por el tribunal de mérito.

Ahora bien, ¿cuáles serían las consecuencias que podría traer aparejado otorgar el permiso al órgano de la casación para que se entrometa en las cuestiones de hecho?

Una afirmación a esta encuesta podría ser que se corra el riesgo de que el Tribunal de Casación, medio impugnativo extraordinario, se convierta en una tercera instancia.

Asimismo, y por el contrario ¿que ocurriría de no admitir el ingreso de las cuestiones de “hecho”?

Podría arribarse a convalidar una solución injusta en razón de una errónea aplicación realizada por el Tribunal de mérito.

## II Antecedentes históricos de la casación

Previo a intentar dilucidar los interrogantes que aquí se plantean, entiendo que es preciso realizar un breve *racconto* histórico para explicar cuál ha sido el fin asignado al instituto de la casación.

Desde sus orígenes se ha sostenido que el fin principal de la casación ha sido la correcta aplicación del derecho objetivo (función nomofiláctica) y la unificación de la jurisprudencia (función uniformadora) para de esta forma obtener y defender una adecuada unidad del derecho objetivo y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

La función nomofiláctica surge de la concepción de este instituto luego de la Revolución Francesa para satisfacer el prurito de tener y mantener a la ley como expresión de la voluntad soberana, y que al ser interpretada por los jueces no podía ser desvirtuada en sus fines supremos(1).

De ahí que el tribunal de casación no era un órgano jurisdiccional sino legislativo que tenía por misión velar por que los jueces no se apartasen de la letra de la ley. Consecuentemente, si ésta era su misión y si además, el Tribunal de Casación no era un órgano jurisdiccional, no le incumbía la tarea de hacer justicia al caso concreto, por cuyo motivo carecía de facultades para analizar los hechos, debiendo tener por ciertos los fijados en la resolución de mérito.

Afn a esta postura resulta ser lo sostenido por CALAMANDREI, el máximo expositor del tema, quien refiere que la distinción entre cuestión de hecho y cuestión de derecho debe mantenerse como el criterio más adecuado para señalar los límites de la casación, pero siempre que sea constantemente puesta en relación con lo que es la finalidad fundamental del instituto.

Según su criterio teleológico error de derecho es respecto de la casación, sólo el relevante a los efectos del mantenimiento de la interpretación exacta de la ley como mandato general y abstracto, es decir sólo aquel error que

no se limite a las consecuencias jurídicas concretas del caso singular sino que implique la existencia o el significado de la norma jurídica(2).

Quienes sostienen que es éste el fin de la casación, niegan al tribunal casatorio facultades para revisar la cuestión de hecho porque —sostienen— que éste no tiene por misión resolver y hacer justicia en el caso concreto sino fijar pautas interpretativas como doctrina legal— generales y uniformes.

En un sentido crítico de esta posición podemos ubicar a DE LA RÚA quien considera que si bien la cuestión de hecho y derecho es el concepto más importante de la casación, el criterio de distinción no debe efectuarse siguiendo un método teleológico fundado en la finalidad de unificar la jurisprudencia ya que ésta resultaba ser una finalidad que provenía del origen político del instituto, y que por el contrario era ajena al ámbito procesal del mismo. Es por ello que considera que debe invertirse el ángulo de observación y debe afirmarse que no se distingue el hecho del derecho para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia, sino que esta uniformidad se obtiene, en mayor o menor medida gracias a esta característica del recurso.

El juez de casación resuelve casos concretos donde se controvierten intereses singulares y en cada uno de ellos debe examinar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas efectuadas por el Tribunal de Juicio a los hechos establecidos, pero no en cuanto esa interpretación y aplicación sean susceptibles de reproducirse por imitación o contagio, sino en cuanto norma general y abstracta, contenida en el ordenamiento jurídico positivo y aplicable al caso concreto(3).

Ya FERRAJOLI se acerca a esta última concepción referida a que el fin de la casación no debe tener solamente como horizonte la función de nomofilaquia que le fuera adjudicada. Este autor afirma que más aun si comparamos la función de la casación en su rol desempeñado en el juicio civil, en donde allí se decide la atribución de un bien, con el penal en donde se decide la privación de la libertad personal que es un valor constitucional fundamental. Ya que si bien aprecia la importancia de la casación en cuanto a órgano de control que tiende a lograr la uniformidad en la interpretación de las leyes, éste debe sucumbir cuando se encuentra comprometido con un valor de rango constitucional. Es por ello que no comparte la opinión de aquellos autores, como por ejemplo CHARLONI, según la cual la acepción del recurso de casación como garantía objetiva del ordenamiento debe privilegiarse respecto de la concepción del recurso como garantía subjetiva del perjudicado(4).

Las opiniones aquí vertidas me inclinan a volcarme sobre estas últimas posturas las que se vislumbran como más adecuadas con el auténtico fin del instituto.

Asimismo y como afirma DE LA RÚA, si la finalidad de la casación fuera el control de la correcta aplicación del derecho objetivo, o la unificación de la jurisprudencia, la ley no habría hecho depender la intervención del tribunal casatorio de la voluntad del interesado, que se manifiesta o no, en la interposición del acto impugnativo. Por el contrario se habría instaurado un sistema de elevación *ipso jure* de toda resolución de mérito para su control de casación.

Claro que ello no implica concluir que la casación no albergue en ningún sentido su fin unificador de jurisprudencia o de correcta aplicación del derecho objetivo, lo que intento clarificar, es que dicha finalidad llegará por añadidura con la solución dada a cada caso concreto por el órgano extraordinario excitada por la actividad impugnatoria del eventual agraviado.

### III Cuestión de hecho y de derecho. Su delimitación

Ahora bien, dejando de lado hasta aquí todo lo vinculado con el fin del instituto, habré de adentrarme en la espinosa tarea que resulta de delimitar qué ha de entenderse por cuestión de hecho y de derecho.

DE LA RÚA enseña que la norma penal contiene una regulación abstracta de la conducta humana, y esa regulación abstracta es el derecho; la concretización de la conducta supuesta en un acontecimiento real, es el hecho. Y hechos son los que determina, ya en concreto y definitivamente, la sentencia del Tribunal de juicio(5).

La norma penal, en cuanto describe fáctica e hipotéticamente una eventual conducta humana punible, suministra un *concepto jurídico* entendido como regulación abstracta de una conducta humana, contenida en la ley penal: matar, hurtar, incendiar, abusar deshonestamente, la premeditación, la alevosía, el ardid, son conceptos jurídicos y no

simples hechos.

Cada uno de esos conceptos constituye la abstracción generalizadora con que la ley penal atrapa una serie indefinida de modos probables de conductas humanas. A esas conductas, que constituyen el episodio histórico, se aplica o no se aplica el concepto correspondiente, según se den o no los presupuestos necesarios para configurarlo. Cada concepto en la vida real, se traduce o despliega en un episodio concreto, al cual debe aplicarse la norma jurídica. Así por ejemplo el concepto de estuprar debe traducirse en tener acceso carnal con una mujer honesta menor de quince años; hurtar, consiste en apoderarse de una cosa mueble ajena. El acontecimiento del acceso carnal y la edad o la experiencia de la menor, y el sometimiento de la cosa al poder del autor y su ajenidad, materialmente individualizados como acontecimientos históricos, constituyen los hechos, los cuales quedan comprendidos en los conceptos de hurtar y estuprar, ya en la esfera del derecho.

La ley penal contiene también previsiones específicas reguladoras de las consecuencias jurídicas que acarrea el hecho hipotético por la norma, en caso de concretarse como realidad y ser judicialmente determinado. Son los *institutos jurídico-penales*, que regulan el ejercicio de la pretensión punitiva. Son institutos jurídicos, la pena, la prescripción, el ámbito de aplicación de la ley penal, la condenación condicional, etc. Los institutos se aplican a los conceptos, una vez que se ha determinado la realidad histórica de una conducta que encuadre en ellos.

Para deslindar lo que puede ser materia de la casación (derecho) de lo que no lo es (hecho), debe enfocarse la sentencia a la luz de los instrumentos dogmáticos indicados: *el instituto* y *el concepto*. Todo lo que sea valoración, inteligencia o interpretación de un concepto o de un instituto, constituye objeto de la casación; el objeto material alcanzado por el concepto o el instituto, es decir el hecho histórico y concreto, queda fuera de la posibilidad del recurso y definitivamente fijado en la sentencia(6).

En una palabra, son cuestiones de hecho todas las que se refieren a la estructuración subjetiva y objetiva, física y psíquica de lo sucedido como por ejemplo lo sería respecto de la ebriedad completa y repugnante, las relativas a la cantidad de alcohol ingerido, al tiempo y al modo de ingestión, al efecto producido en el bebedor, a la manera de conducirse de éste y al efecto que produjo en el ánimo de los terceros.

Serán de derecho las cuestiones relativas a la consideración jurídica de los hechos de la causa. Son las que se comprenden en lo que la doctrina denomina de *calificación, definición o subsunción legal de los hechos de la causa*. Tienen por objeto, en una palabra, el encuadramiento del caso en la ley.

Las cuestiones de derecho pueden provenir de una errónea inteligencia de la ley penal, como podría ser una incorrecta idea sobre lo que debe entenderse por “cosa mueble” o por “alevosía”.

Las cuestiones de derecho pueden provenir, también, de una errónea consideración jurídica del caso. Como por ejemplo, podría ser cuando el juez encuadra dentro del concepto legal de hurto una materialidad que no llena las condiciones que ese concepto exige(7).

#### IV Facultades del Tribunal de Casación

Sentada esta primera aproximación, que como luego veremos no siempre va a darse de manera tan clara o con ejemplos tan cotidianos, deberá a esta altura de la exposición determinarse cuáles serán las facultades del Tribunal de casación respecto de su contralor sobre las cuestiones ventiladas durante la audiencia del tribunal de mérito.

Como premisa básica habrá de decirse que al Tribunal de Casación le está absolutamente prohibido determinar los hechos de la causa. Estos llegan a él definitivamente fijados por el Tribunal del juicio.

Por el contrario, el examen de las inobservancias o erróneas aplicaciones que de la ley sustantiva hagan los tribunales de juicio, sea por su mala inteligencia, sea por su mala consideración jurídica del caso resuelto, entra en el ámbito de las facultades del Tribunal de Casación(8).

¿Cuál es la consecuencia?, ¿cuál es la causa de estas premisas?, *el principio de inmediación*.

En efecto, a primera vista parece lógico que los jueces, que no estuvieron presentes en la audiencia de debate, que no han oído al imputado, que no han interrogado a los testigos, que no han percibido por sus propios medios el plexo probatorio arrimado al sumario, no puedan inmiscuirse en cuestiones relativas a los hechos ventilados en el

sumario y sólo podrán abrogarse facultades tendientes a controlar la aplicación del derecho sustantivo y del derecho formal hecha por el juez *a quo*.

Los aspectos del juicio sobre la prueba que dependen sustancialmente de la percepción directa de la misma, no son controlables, en principio, en el marco de la casación.

Por el contrario, el aspecto racional del juicio si lo es y en general este control se desarrolla en tres líneas diferentes: el respeto de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos. Por lo tanto, el juicio sobre la prueba de los hechos sólo puede ser atacado en casación demostrando que el tribunal de mérito ha infringido las reglas precedentemente enunciadas(9).

Otra alternativa a la expuesta recientemente y que podría ser utilizada como una ampliación del objeto del recurso de casación, sería dada cuando por ejemplo podríamos encontrarnos ante una falsa percepción por parte del Tribunal de mérito de los elementos —medios de prueba— incorporados al debate. En este caso no se pretendería que el Tribunal de Casación valore nuevamente la prueba del debate, que como ya se expresara dicha actividad le está prohibida, sino que antes bien, se le permita al imputado demostrar a través del recurso, que el sentido con el cual es utilizado un elemento de prueba en la sentencia, para fundar la condena, no se corresponde con el sentido de la información, como por ejemplo cuando un perito o un testigo no dice aquello que la sentencia aprecia(10).

Claro ejemplo de ello pero haciendo mención a otros fundamentos —en el caso particular se erigió la causal definida de arbitrariedad—, fue la excusa utilizada por la Cámara Nacional de Casación Penal para adentrarse en cuestiones de hecho ya ventiladas por el Tribunal de mérito, en la causa n° 184, sala II, “B., J. s/rec de casación”(11).

Ahora bien, la premisa hasta aquí desarrollada podría sintetizarse de la siguiente manera:

El examen de la correcta aplicación del derecho, es decir del adecuado encuadramiento de los hechos en la norma jurídica, no implica entrar al examen de los hechos. El control es puramente jurídico y consiste en verificar la inteligencia atribuida a la ley y el ensamblamiento del material histórico a sus previsiones abstractas(12).

Pero sí podrían ser revisados de manera indirecta si se logra demostrar que a través de la fundamentación del fallo se advierte la violación de algunas de las reglas de la sana crítica racional que autorizan la revisión extraordinaria del mismo.

Y digo indirecta porque en realidad la premisa tradicional que indica sobre la intangibilidad de los hechos que no podrán ser revalorizados por la casación, si bien puede resultar de utilidad para delimitar lo que puede ser motivo de apelación y lo que puede ser motivo de casación, resulta ser un tanto confusa y sólo parcialmente aceptada, ya que no caben dudas de que cuando los jueces de la casación se aprestan a controlar la observancia de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, está inspeccionando cómo el juez ha valorado dicha prueba, con lo cual, sin proponérselo, la está revalorizando.

Lo mismo cabe cuando la casación debe verificar la adecuada aplicación de la ley sustantiva a un caso concreto, como por ejemplo cuando el tribunal de mérito da por probado el elemento subjetivo especial que se afirma cuando se encuadra una conducta como “tenencia de estupefacientes con fines de comercialización”. Si la sentencia no afirma la existencia de ese “plus” subjetivo, si no logra fundamentarlo, habrá errónea aplicación de la ley sustantiva.

Es probable que en dicha ocasión la casación se expida por la negativa de dar lugar al recurso sobre la base de las previsiones de lo dispuesto por el art. 456, inc. 1° del CPP, aludiendo que “la discusión centrada en el elemento subjetivo está en realidad referida a una cuestión de hecho y prueba ajena a los motivos legales del recurso de casación. La estructuración subjetiva del tipo penal seleccionado constituye la materia justiciable sobre la que se asentó el concepto legal e importa, por tanto, una cuestión vinculada con el material fáctico y probatorio que el Tribunal Oral ha resuelto de conformidad con sus facultades propias”(13).

Esta opinión es avalada por DELA RÚA, quien sostiene: “En estos casos, lo importante es arbitrar la vía debida: si el tribunal de juicio establece, v.gr., la existencia de una alteración morbosa, sin expresar por qué la determina, es decir, cómo se manifestaba esa alteración en el mundo real, y las pruebas en que esto se apoya... *el recurso no será procedente por errónea interpretación de la ley sustantiva, pero sí por falta de motivación adecuada sobre una cuestión esencial*”(14).

A modo de síntesis del desarrollo de esta cuestión podemos decir:

Que si bien la *inmediación* se ha constituido, en el límite necesario que no permite a la casación el contralor de la apreciación de la prueba realizada por el tribunal de juicio, sí podemos considerar que se ha admitido dicha posibilidad a través del *control de la motivación fáctica* de la sentencia del tribunal de juicio, toda vez que ello no implica la intromisión a las cuestiones de hecho, sino sólo al análisis acerca de si se han respetado o no las reglas que rigen la apreciación de la prueba.

Como bien señala NUÑEZ: “todo lo que se vincula a la legalidad de los elementos probatorios utilizados por el tribunal de juicio, cae bajo el contralor del tribunal de casación...el tribunal de casación debe controlar el deber de los tribunales de juicio de motivar o fundar sus sentencias”(15). Y este deber de motivación constituirá el límite a los jueces del tribunal oral de resolver con arreglo a su “libre convicción”, ya que si bien el tribunal de mérito resultará soberano en cuanto a su poder discrecional de apreciación de la prueba, y la casación no podrá controlar el acierto o desacierto de su juicio, ello será así, siempre y cuando, dicho tribunal no haya infringido las normas que rigen las reglas de la sana crítica y que le impone la circunstancia de tener que dar las razones del porqué de su fallo.

## V El *in dubio pro reo* y la posibilidad de su control casatorio

Vinculado íntimamente a lo recientemente expuesto nos cabe aquí preguntar, si siguiendo esta línea de argumentación resulta posible plantear la posibilidad de un control casatorio del *in dubio pro reo*.

Resulta pacífica la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal en el sentido de concluir en forma reiterada que el concepto *in dubio pro reo*, por ser de carácter procesal, funciona en el área de valoración de la prueba, por lo cual es de exclusiva incumbencia del tribunal de mérito y no es susceptible de control casatorio(16).

No obstante ello, dicha Cámara también se ha expedido en el sentido de que podrá admitirse su control cuando se alegue fundadamente arbitrariedad en la valoración de la prueba(17).

BACIGALUPO con relación a este tema ha señalado que el principio *in dubio pro reo* tiene dos dimensiones que se deberían distinguir: una dimensión normativa y otra dimensión fáctica. En esta última, el principio hace referencia al estado individual de duda de los jueces y por lo tanto debe quedar afuera de la casación, pues el Tribunal de Casación no puede obligar al tribunal *a quo* a dudar cuando éste está real mente convencido respecto del sentido de una prueba que ha percibido directamente.

Por el contrario, la dimensión normativa se manifiesta en la existencia de una norma que impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad de acusado o de condenar por la hipótesis más favorable al mismo. Esta norma, por otra parte, es vulnerada cuando se condena sin haber alcanzado tal convicción, como por ejemplo si un tribunal condena sobre la base de declaraciones testimoniales que invocan dudas.

Resulta claro que en tales casos, el Tribunal no puede fundamentar su certeza en la duda o la mera sospecha de testigos y si en estas condiciones ha condenado habrá infringido el principio *in dubio pro reo*, en tanto norma sustantiva que debe observar en la aplicación de la ley penal.

Concluye el mencionado autor que la única forma de no hacer lugar a la casación sería consecuencia de darle al principio *in dubio pro reo* un rango procesal que no está de acuerdo en otorgarle, por entender que el mismo, según la doctrina moderna, es una consecuencia directa del carácter de Estado de Derecho que impregna al derecho vigente y tiene, por tanto, jerarquía constitucional(18).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en igual sentido que “si bien el principio *in dubio pro reo* presupone un especial estado de ánimo del juez por el cual no alcanza a la convicción de certidumbre sobre los hechos, dicho estado no puede sustentarse en una pura subjetividad, sino que debe derivarse racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso...”(19).

Como vemos, el control de casación del *in dubio pro reo*, puede ser revisado también en forma indirecta a través del control de la motivación que los jueces deben realizar al redactar sus sentencias y que justificarán su voluntad de una eventual condena.

Como bien explica FERRAJOLI, al decir que si la acusación tiene la carga de descubrir hipótesis y pruebas y la defensa tiene el derecho de contradecir con contra-hipótesis y contraprueba, el juez cuyos hábitos profesionales son la imparcialidad y la duda, tiene la tarea de ensayar todas las hipótesis, aceptando la acusatoria sólo si está probada y no aceptándola, conforme al criterio pragmático del *favor rei*, no sólo si resulta desmentida sino también si no son desmentidas todas las hipótesis en competencia con ella(20).

## VI

### La Introducción en las cuestiones de hecho y prueba a través de la influencia de la CS

Ha sido la Corte como consecuencia de su intervención por vía del recurso extraordinario que ha ido sentando nuevas pautas en relación a las cuestiones de hecho y prueba que en principio siempre resultaban ajenas al control de la casación y que a partir de sus fallos la propia institución ha comenzado a rever, comenzando a introducir estas cuestiones en plena correspondencia con las directivas del Máximo Tribunal de la Nación.

En el fallo “M. A.”(21), con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad se introdujo en una cuestión de hecho y prueba y dijo que la conclusión adoptada por el Tribunal para declarar la nulidad de un procedimiento policial fue posible: “...merced a una consideración fragmentaria y aislada de tales elementos incurriéndose en omisiones y falencias respecto a la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, lo que impidió una visión de conjunto de la prueba recurrida, que descalifica el fallo como acto judicial válido” (Fallos, 311:948)(22).

Asimismo en los autos “F. N.”(23) y con similares fundamentos en la doctrina de la arbitrariedad y declarando que lo resuelto por la CNCP(24) afectaba la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, dejó asentado que es obligación del Tribunal de Casación:

“... determinar si la motivación de la decisión en el plano fáctico y en la interpretación de las normas legales, ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional, o sea si tenía fundamentación suficiente para ser considerada acto jurisdiccionalmente válido”.

Por otra parte en la causa “M.”(25) la Corte hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia de la Cámara de Casación apelada, por la cual esta se avenía a revisar una cuestión de las que se considera de hecho y prueba, y estaba referido a cómo el tribunal de mérito había hecho aplicación del art. 3° del CPPN —*in dubio pro reo*—(26). Así en el dictamen del Procurador, al cual se adhirió la Corte, se expresa:

“No paso por alto que en *sub judice*, para tener por acreditada la concurrencia del primero de esos extremos, resulta imperioso revisar la forma en que fue apreciado el hecho reprochado a la encausada y las pruebas acumuladas en el proceso, así también la consecuente aplicación del art. 3° del actual ordenamiento ritual (...), aspectos que constituyen por regla, una materia propia de los jueces de la causa y ajena, por ende a esta instancia extraordinaria (...). Sin embargo, ello no impide que ante las particularidades que presentan determinados casos, su análisis permita apartarse de esa regla con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas, y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en causa” (Fallos, 308:640; 311:948 y 2547; 313:559).

Cabe señalar que la CNCP ya ha sentado precedentes sobre este tema y en plena concordancia con las directivas del más Alto Tribunal en diversos pronunciamientos: “A.”(27) del 2 de marzo de 1999, “L. S.”(28) del 17 de mayo de 1999 y en “R. F.”(29) del 20 del mismo mes y año. En todos ellos se anularon sendas resoluciones del Tribunal de mérito tras haberse abordado el análisis de cuestiones de las llamadas tradicionalmente de hecho y prueba(30).

## VII

### Conclusiones

1. De los diversos elementos que se han colectado a lo largo de este trabajo, tanto la opinión doctrinal como la evolución que ha seguido la propia CNCP y la CS se puede concluir que la distinción en una cuestión de hecho y de derecho, en el ámbito del recurso de casación, que en un primer momento aparece como tajante, y distanciada entre ambos conceptos, no es tan así.

2. El tradicional discurso de que las cuestiones de hecho y prueba resultan de exclusiva incumbencia del tribunal de

mérito, merece ciertas revisiones cuando la materia a tratar se inmiscuye en aspectos que tienen vinculación con la lógica de las sentencias.

3. Por otra parte, este concepto comienza a dar marcha atrás por vía indirecta a través del avocamiento de la Corte por intermedio del recurso extraordinario y fundamentando su aplicación en la doctrina de la Arbitrariedad de las sentencias.

4. Ello resulta ser consecuencia directa de que en muchas ocasiones para poder determinar si la aplicación del derecho objetivo ha sido correcta deberá revisarse la corrección del razonamiento seguido por el tribunal de mérito en la selección o interpretación de la norma jurídica, la que a su vez no se realiza en abstracto sino que es necesario verificarlo a través de las probanzas reunidas por el Tribunal.

5. Que no se trata de transformar al tribunal de casación en una 3ª instancia, toda vez que la interposición del recurso no provocará una nueva revisión ordinaria de la causa, porque el Tribunal de Casación tendrá como inmovibles los hechos fijados en la resolución, salvo que: a) la prueba no haya sido valorada siguiendo las pautas establecidas en la legislación vigente; b) los hechos hayan sido incorrectamente interpretados en función de la prueba rendida; c) a través de la motivación fáctica no se haya podido sostener la certeza subjetivo-racional respecto de la verdad de la imputación, en violación del principio *in dubio pro reo*.

6. Que lo relativo a la determinación del elemento subjetivo de una figura penal y que tradicionalmente se considera como motivo no censurable por la casación por tratarse de una cuestión de hecho, corresponde adecuarlo por la vía del inc. 2º del art. 456 del cód. procesal penal justificando su revisión como consecuencia de advertirse defectos de motivación basados en trasgresiones a las reglas de la sana crítica.

7. Que ante la falsa percepción por parte del tribunal de mérito de algunos de los elementos de prueba incorporado al debate, se permita interponer un recurso al imputado para que éste logre demostrar que el sentido dado al elemento probatorio, no se corresponde con el sentido de la información(31), evitando de esta forma que el tribunal de juicio arribe a conclusiones injustas.

8. En síntesis: todas las conclusiones arribadas precedentemente tienen como denominador común que el Tribunal podrá adentrarse al análisis de las cuestiones de hecho, cuando de no hacerlo, podría arribar al dictado de soluciones injustas e ignorar la justicia del caso concreto.

(\*) NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver en este número "Jurisprudencia de la CNCasación Penal", pág. 10.

(1) Conf. HITTERS, *Breve reseña histórica de la casación civil francesa*, ED, 99-963.

(2) CALAMANDREI, *La Cassazione*, vol. I, nº 219.

(3) DE LA RÚA, FERNANDO, *La Casación Penal*, pág. 113.

(4) FERRAJOLI, LUIGI, *Los valores de la doble instancia y de la nomoflaquia*, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, Del Puerto, pág. 446 y ss.

(5) DE LA RÚA, ob, cit, pág. 116.

(6) DE LA RÚA, ob, cit, págs. 116/117

(7) NUÑEZ, RICARDO, *El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por vía de la casación*, págs. 20/22.

(8) NUÑEZ, RICARDO, ob, cit. pág. 23.

(9) BACIGALUPO, *La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal*, págs. 66/67.

(10) MAIER, *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, págs. 722/723.

(11) En una apretada síntesis del caso podemos decir que el Tribunal de juicio absolvió al imputado sobre la base de una serie de lesiones a la ley procesal, que impedían la valoración de la prueba de cargo ingresada al debate. Según su criterio, la denuncia recibida por la policía debía haber sido tratada como denuncia formal, y conforme a ello, se debería haber actuado siguiendo las prescripciones del art. 177 del CPP. El Tribunal comprendió que el registro y posterior detención de B., al igual que el secuestro de los elementos mencionados, excedía las facultades preventivas de la policía, —por no tratarse de un caso de flagrancia en los términos del art. 284 del CPP— y requería como presupuesto de su validez, de la orden judicial correspondiente. Asimismo y dado que se trataba de actos definitivos e irreproducibles, era imprescindible la presencia de dos testigos ajenos a la repartición (arts. 138 y 200, CPP) que presenciaron el acto desde el comienzo, lo que no habría sucedido en el caso, ya que aparentemente, durante el debate los testigos contradijeron las constancias del acta, manifestando que su intervención fue posterior a la detención y el secuestro. Por ello el Tribunal consideró nula el acta policial, y por ende, judicialmente invalorable la información que ella contenía. Considero que ni "el cuerpo del delito" (*sic*) ni la autoría se encontraban acreditados por las demás pruebas, y absolvió al imputado.

El fiscal de instrucción recurrió en casación y el fiscal de casación, al mejorar fundamentos (art. 466, CPP) amplió la base de la impugnación, extendiéndola a la fundamentación de la sentencia, por entender que ella carecía del requisito de motivación suficiente, exigido por el art.123 del CPP. Este fue el argumento tomado por la sala II de la CNCP para la admisión del recurso. Si bien el fallo en cuestión revistió otras aristas que fueron oportunamente objeto de críticas (para un más profundo desarrollo ver comentario de GUARIGLIA, FABRICIO en NDP, 1998/A, Bs. As. Del Puerto, pág. 205 y ss. y que escapan al objeto de este trabajo), resulta de interés destacar la opinión brindada por uno de los camaristas, más precisamente del voto de la Dra. Durañona y Vedia quien dijo: "tal condición a que arribara el T.O.C.F., como vemos, no se ajusta a las constancias del expediente, sino a una manifestación contradictoria del testigo M...". Lo que explicaba dicha magistrada, era que

tanto de lo que se desprendía del acta oportunamente labrada en sede instructoria, como lo manifestado por los testigos convocados para la confección de la misma, surgía la realidad de lo acontecido, y que el tribunal de mérito basaba su convicción en una manifestación contradictoria efectuada por uno de los testigos en la audiencia de debate. Como bien afirma GUARIGLIA en el artículo citado, la única facultad de control del tribunal de casación debía circunscribirse a revisar cuál había sido el proceso de valoración que había efectuado el tribunal de juicio, es decir verificar solamente si respetó las reglas de la lógica, de la experiencia y de la psicología que deben siempre informar el desenvolvimiento de la sentencia, y sólo comprobar si la explicación que el tribunal de juicio da sobre los resultados concretos del debate, se adecuaba a las mismas. Pero en el caso en análisis, no obstante invocar el argumento de la arbitrariedad, se entrometió en cuestiones de hecho y prueba que le eran ajenas.

(12) DE LA RÚA, *El Recurso de Casación Penal*, pág. 301.

(13) CNCP, sala I, causa n° 38, "A., P. s/recurso de queja", reg. N° 37. La misma sala ha dicho que ello no implica reconocer que rehusará conocer siempre en cuestiones donde se debata la existencia del "plus" intencional requerido por dicha figura, sólo que lo hará cuando lo que se pretenda discutir fueren los defectos de motivación, basados en transgresiones a las reglas de la sana crítica, o en la falta de valoración de pruebas dirimentes, sustento del denominado vicio *in procedendo*, caso en el cual deberá invocarse el motivo del inc. 2° del art. 456 del CPP y señalarse, concretamente, cuáles habrían sido las normas procesales, que, sancionadas con nulidad, se habrían infringido en la fundamentación del fallo.

(14) DE LA RÚA, *ídem*.

(15) NUÑEZ, RICARDO, ob. cit., págs. 29/30.

(16) Ver (S. 14/2/57, "B.J.C.", t. II, pág. 83; S. 10/11/91, n° 24; S. 19/3/62, n° 3 "B.S.J.", t. VI, pág. 242, entre otros, citado por BARBERA DE RISSO, MARÍA C. *Proceso Oral*, t. I, pág. 378.

(17) Causa N° 393, sala IV, "G., J. C. s/recurso de casación".

(18) BACIGALUPO, *La Impugnación de los hechos probados...*, pág. 70. LANGER, MÁXIMO, *El principio in dubio pro reo y su control en casación*, en "Nueva Doctrina Penal", págs. 216/217. Resulta importante destacar el aporte realizado por este autor con relación a este punto, en cuanto a que también coincide en que el *in dubio pro reo* no es una mera regla procesal, sino una exigencia que surge de los principios constitucionales de inocencia y *ne bis in idem* y que el mismo no es mera certeza subjetiva, sino certeza subjetivo-racional ya que la obligación de obtener —o al menos justificar— esa certeza a partir de los elementos probatorios y mediante inferencias legítimas también integra la garantía. Asimismo concluye que el control en casación del *in dubio pro reo* no viola el principio de inmediatez ya que sólo se trata del control sobre la legalidad de la certeza a partir del análisis de la motivación fáctica de la sentencia condenatoria.

(19) CS, Fallos, 311/949.

(20) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, pág.152.

(21) "M. A., L. A." s/recurso de hecho, F.54, t. XXXIII.

(22) Ver el nuevo fallo dictado por la CNCP por mandato de la CS, "M. A., L. s/rec. de casación", sala III, causa n° 961.

(23) "F. N., M. A. s/recurso de hecho", M. 274, t. XXXIII.

(24) "F. N., M. A. s/recurso de casación", sala III, causa N° 1036 del 7 de marzo de 1997, en donde se dijo que: "...cabe recordar que el Tribunal de mérito es libre en la valoración y selección de las pruebas que han de fundar su convencimiento en la determinación o no de los hechos que dan base a su conclusión y no es posible habilitar la jurisdicción casatoria a partir de una consideración crítica diferente del material convictivo invocado en el decisorio", y concluye "...la decisión invalidante se fundó en circunstancias fácticas que, salvo arbitrariedad que en el caso no se demuestra, son de imposible revisión por la vía del recurso intentado".

(25) "M., M. C. s/recurso de hecho", M.728, t. XXXIII.

(26) "M., M. C. s/recurso de casación", sala IV, causa N° 566, del 30 de junio de 1997. Tras iniciar el análisis expresando con cita de DE LA RÚA, ob. cit., pág.152, que el principio *in dubio pro reo*, en tanto constituye una regla procesal relativa a la comprobación de la existencia del delito y la participación del imputado, correspondiendo su apreciación crítica a la libre convicción del Tribunal de valoración de las pruebas, está siempre excluido del control de la casación, de todos modos aquí el Tribunal de Casación si se introdujo en el análisis de la cuestión y llegó a la conclusión de que "...no se advierte en la sentencia de fs. 417/431 vta. que los jueces del tribunal de juicio hayan franqueado el límite de razonabilidad al que está subordinada la valoración de la prueba, motivo por el cual cabe concluir que el pronunciamiento recurrido no posee defectos de magnitud tal que lo descalifiquen como acto jurisdiccional válido...".

(27) "A., S. M. s/recurso de casación", sala I, causa N° 2138: corresponde el control casatorio en la aplicación al caso de la garantía del *in dubio pro reo* si se debe evitar la violación de la garantía de presunción de inocencia.

(28) "L. S., A. s/recurso de casación", sala IV, causa N° 1286

(29) "R. F., J. A. y otra s/recurso de casación", sala III, causa N°1597.

(30) Toda la información vinculada a este apartado ha sido extraída de la monografía titulada, *El recurso extraordinario federal y su influencia sobre el recurso de casación. Panorama frente al cambio de siglo*, de DANIEL RAFECAS.

(31) MAIER, DPP, ob. cit. págs. 722/723.