

La fuerza de inercia en el sistema penal argentino

POR GABRIEL HERNÁN DI GIULIO(*)

Sumario: I. Presentación.- II. Algunas reflexiones acerca de las fuentes del derecho.- III. La fuerza de inercia.- IV. La fuerza de inercia como antecedente de la denuncia de destitución.- V. Algunos desencadenantes de la fuerza de inercia.- VI. A modo de cierre.- VII. Bibliografía.

Resumen: el sistema penal argentino, considerado desde una perspectiva orgánica e integral, exhibe una marcada tendencia dirigida a la prisionización, acelerada en la última década por diferentes fenómenos sociales, culturales y jurídicos. El “sistema” es tensionado por los múltiples reclamos frente a la violencia estructural, en sus diferentes expresiones. Las decisiones judiciales quedan comprometidas por las expectativas, que suelen observar inclinaciones maniqueas y operan como escrutadores del propio “sistema”. En su núcleo funcional, se han gestado respuestas que patentizan un “sentido” cuyo norte es el castigo. Las respuestas desencadenan una fuerza de inercia que conspira contra la propia independencia e imparcialidad judicial y pone en crisis a los demás principios de derecho que rigen, tradicionalmente, el juzgamiento penal. El presente trabajo propone reflexionar sobre la fuerza de inercia, como un fenómeno endógeno reestructurado del sistema penal argentino actual.

Palabras claves: inercia - sistema - penal - persecución - fuentes

The inertial force in the argentinian criminal law

Abstract: *the Argentinian criminal law, from an organic and integral perspective, shows a marked tendency towards the prisonization, accelerated in the last decade for different social, cultural, and juridical phenomenoms. The system is tensioned by the multiple claims against the structural violence, in its different expressions. The judicial decisions stay compromised by the expectations, that usually observe manicheans inclinations and work as scrutineers of the system itself. In its functional core, have been arising answers that underline a sense which north is the legal punishment. The*

(*) Doctor en Derecho, Magister en Derecho Procesal, Especialista en Magistratura. Prof. Titular por concurso de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires. Investigador categoría III del Programa de Incentivos a Docente Investigadores del Ministerio de Educación de la Nación. Investigador del IEJUS. Juez del Juzgado Federal nro. 1 de Azul.

responses set off an inertial force that conspire against the own judicial independence and impartiality and plunges into crisis the others law principles that operates, typically, the criminal prosecution. This work suggests pondering about the inertial force, as an endogenous phenomenon restructured of the Argentinian criminal law.

Keywords: *inertial - system - criminal - prosecution - sources*

I. Presentación

El sistema penal argentino se encuentra en un momento de compleja inteligencia. Este señalamiento indica, o encierra, su principal evidencia: los tradicionales y hasta no hace poco péticos principios se encuentran en crisis. Al menos como expresión operativa en la medida de su clásica aplicación.

Antes de proseguir advierto que es menester delimitar dos conceptos. Por un lado, el de “sistema penal argentino”; por el otro, el de “género de los principios en crisis”.

Por “sistema penal argentino” se comprende en este trabajo a la integración de estructuras operativas de los poderes judiciales, agencias policiales, abogadas/os, ministerios públicos y a los procedimientos judiciales (comprensivos de las investigaciones, procesos propiamente dichos e instancias recursivas), a las relaciones endógenas y exógenas de las estructuras de los poderes judiciales, a las fuentes de derecho aplicables en los procedimientos por las estructuras y, particularmente, a las reglas del *soft law*. Se trata de un “significante”; o incluso de un “sujeto social” que se inscribe como “órgano” de la sociedad.

Reconozco que el recorte obedece a una perspectiva. Una mirada posible que no niega la existencia de otras, mucho más usuales para el desarrollo del derecho. Por consiguiente, no son los procedimientos en sí mismos, ni las estructuras organizacionales de los poderes judiciales o el derecho en su expresión objetiva lo que centra la atención de este planteo. Se trata de una sección desfragmentada (1) que promueve visualizar una tendencia, un sentido que inscribe o puja por dominar el “sistema”.

El género de los principios en crisis, que, por supuesto interviene como pilar del Derecho Constitucional, del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, se describe a partir de los delimitantes de la persecución penal y de la pena. De estos voy a considerar especialmente al principio de legalidad (2), el estado de inocen-

(1) Me tomo esta licencia lingüística para expresar una perspectiva en la que el foco no se centra en los detalles, ni el árbol, sino en el conjunto, en el bosque.

(2) En su doble dimensión.

cia, la prohibición de múltiple persecución penal y la garantía reconocida a favor del imputado para recurrir la sentencia condenatoria.

El contexto del mundo jurídico en nuestro país, probablemente extensivo a la región, señala que las fuentes del derecho y, fundamentalmente, su jerarquización, ha variado al punto de derrumbarse algunas de las expresiones tradicionales. Se debaten —aun sin el rigor esperable— los marcos de las nuevas declamaciones, los sujetos involucrados y las funciones (3). La inefable desigualdad social y económica que caracteriza a nuestra nación exige a gritos acciones positivas. Las vulnerabilidades y la desigualdad estructural comienzan a ser reconocidas y abordadas por un sector pujante, proactivo e idealista del núcleo social (4) y del mundo jurídico. Todo ello, en definitiva, es el continente cotidiano en el que las personas sufren la violencia en sus diferentes expresiones, desde hechos singulares y circunstanciales hasta la violencia estructural, comprensiva de la postergación de la atención social y de la exclusión y marginalidad. Múltiples sectores reclaman acciones positivas que involucran directamente al “sistema penal argentino” y que hacen foco en el sentido de las resoluciones judiciales, que son la respuesta del sistema.

En la medida de tal perspectiva, las decisiones judiciales o respuesta del sistema se representa con sesgo binario. La prisionización o la libertad del “victimario”, como respuesta sistémica y no ya simplemente como solución debida para el caso. En otras palabras, como respuesta del sistema penal argentino frente a la violencia generalizada y estructural, cuya constitución es innegable.

De modo que la estructura operativa del “sistema”, concebido como un todo separado, está sometida al escrutinio de una demanda que suele sesgarse en la misma expresión dicotómica o binaria. Acabo de caracterizar al todo con el adjetivo “separado”. Esto se debe a la idea corriente que disocia el “sistema” del entramado social del que procede la crítica. Y a partir de esa escisión, entre el yo sujeto (o el nosotros como colectivo) y la otredad, la crítica se suele posicionar en la *otra vereda*, sin reconocer pertenencia, identidad o relación alguna con lo otro.

El “sistema” tiende a forjar algunas posibles disfuncionalidades para que operen como mecanismos correctivos, en el mismo entendimiento binario. Estos engranajes se dirigen, primero, hacia el propio sistema. Son endógenos, aunque se explican fundamentalmente por tensiones exógenas.

(3) Probablemente, de un nuevo paradigma.

(4) El feminismo y sus múltiples expresiones, los naturalistas y proteccionistas y, en ambos casos, sus propuestas culturales y epistemológicas, como la perspectiva de género, la protección integral de niños, niñas y adolescentes, etc.

El “sistema”, a partir de todo este complejo en interacción, exhibe comportamientos (5) inconcebibles desde los principios de derecho aplicables a la persecución penal y a la pena. Los más claros ejemplos de este fenómeno, de naturaleza sintomática, obedecen al funcionamiento de las impugnaciones en el procedimiento penal, la competencia funcional en los remedios de legalidad (como los extraordinarios y el propio recurso de casación (6)), los criterios asimétricos en pro de la punición frente a los recursos entre las partes antagónicas, en detrimento del imputado y los reenvíos de las causas con señalamientos imperativos para los tribunales de juicio a cuyo cargo se encomienda el debate o su reedición. A diferencia del esquema clásico, en el que la asimetría operaba, en general, a favor del imputado (7), actualmente suele verificarse la desigualdad a favor de la víctima. Para ello, los altos tribunales de justicia (Cámaras de Casación y Superiores Tribunales o Cortes de Justicia) asumen competencia revisora por motivos de hecho o de ejercicio mismo de la acción procesal. Por ejemplo, frente a decisiones que clausuran el proceso penal, sentencias absolutorias o condenas por delitos de menor gravedad (en referencia a las penas aplicables) que los que fueron materia de acusación. No es infrecuente que en esas ocasiones se erijan como una tercera o hasta cuarta instancia.

En lo que interesa destacar en este trabajo, el fenómeno de la inercia se provoca con el reenvío y no con la denominada casación positiva, que no será materia de análisis en esta oportunidad (8). Es cada vez más frecuente que el reenvío se acompañe de “señalamientos”, “indicaciones”, “sentidos”, “exclusiones”, “censuras”, etc. de carácter imperativos, que deberá observar el órgano al que se remite el caso.

Estos fenómenos aparejan un efecto perceptible, verificable. La *inercia* es preponderantemente *punitiva* en este momento.

En una realidad social y contexto del mundo jurídico como la antes descrito, la inercia tensiona el funcionamiento independiente e imparcial de los tribunales de justicia. Al menos lo tensiona desde el imaginario o expresión trascendente de su funcionamiento en la sociedad democrática, en un esquema en el que, como anticipara, prima la otredad, pero desde una percepción maniquea.

(5) Expresión que utilizo con sentido metafórico, a propósito del órgano o sujeto social.

(6) Limitado, en estas consideraciones, al tratamiento del recurso de la parte acusadora pública o privada.

(7) Este señalamiento obedece a múltiples razones. Desde aquella que propicia equilibrar la relación desigual entre el imputado y el “sistema de represión estatal”, hasta los estudios de carácter histórico revisionistas que ven en esa asimetría un mecanismo de equiparación propio del modelo inquisitivo y que, por esto, debería abandonarse en los procesos inspirados en el sistema acusatorio.

(8) Sobre la que me he pronunciado en otro estudio, a cuya lectura remito (Di Giulio, 2020, p. 59).

Este inquietante efecto, extraído de la física, podría explicar en parte algunas derivaciones del funcionamiento actual del sistema penal argentino.

II. Algunas reflexiones acerca de las fuentes del derecho

En materia de fuentes del derecho se han producido varios cambios con incidencia en el desenvolvimiento del “sistema”. La ley, como fuente primordial en la constitución del derecho y del derecho penal en particular (9), ha relativizado su imperio a partir de dos fenómenos de significancia. El primero, la apertura del “sistema” a la aplicación de reglas hermenéuticas sustentadas en *principios y reglas generales*, donde la teoría de la argumentación y ponderación jurídica abren un especial debate (10). La segunda se dispone a partir de la inclusión y aplicación de las reglas del denominado *soft law*. Explica Bardel que en el *soft law* encuadran heterogéneos instrumentos (2020, p. 18). Se destaca su integración por las resoluciones de carácter no obligatorio, procedentes de organismos y agencias internacionales (11), instrumentos de actores no estatales y acuerdo no normativos (Bardel, 2020, pp. 18-19).

En lo que interesa destacar en el presente opúsculo, se ha considerado al *soft law* como una fórmula de producción normativa y por consiguiente incorporada al catálogo de las fuentes tradicionales. Me inclino por esta naturaleza jurídica frente a las propuestas, también fundadas, por cierto, que señalar que el *soft law* integra las fuentes de normas de carácter no vinculante. Porque esa condición solo tendría relevancia en materia de fuentes de derecho para el “sistema” si la aplicación o no de las reglas (originariamente no vinculantes) fuere resorte del Congreso Nacional y no de los jueces. Una fuente no vinculante adquiere el carácter imperativo si es invocada en un precedente judicial para sostener, o concurrir en la sustentación de, la decisión. Si, por el contrario, la cualidad no vinculante se entiende dirigida a todos los posibles destinatarios de la regla, debería concederse que ningún precedente judicial podría aplicarlas para sustentar en aquellas una decisión. Eventualmente, en este último supuesto, podría configurar una fuente de interpretación de fuentes vinculantes.

Desde la perspectiva de su jerarquización se la ha caracterizado por la imposibilidad de gradación, como expresión de “la puesta en crisis del monismo jurídico y la emergencia del pluralismo jurídico denominado como ‘nuevo pluralismo jurídico’” (Bardel, 2020, p. 20).

(9) Artículos 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional.

(10) Una nueva contienda que rememora, aunque con sus fuertes diferencias, la oposición entre la exégesis y la escuela de derecho libre.

(11) Los Órganos de los Tratados integrados por expertos son actualmente diez.

El fenómeno descrito abre un campo de interacción del “sistema” en el que los problemas de legalidad y legitimación se encuentran en parte clausurados. El debate entre la soberanía de estado argentino en materia de regulación jurídica y el *soft law* abre varios signos de interrogación.

III. La fuerza de inercia

De acuerdo con la Real Academia Española, se entiende por fuerza de inercia a la “Resistencia que oponen los cuerpos a cambiar de estado o dirección de su movimiento”. El concepto, extraído de la física, señala que el movimiento y particularmente su sentido generado por el propio “sistema” desencadena una serie de resistencias para cambiar su estado (recuérdese que en la hipótesis planteada es la prisionización y, en definitiva, la represión penal). De este modo, la fuerza de inercia opera como un condicionamiento para el tribunal que debe sentenciar el caso, contrapuesto con los principios tradicionales que inscriben el proceso penal.

Si bien la “espiral prisionizadora” es multicausal (Favarotto, 2022, pp. 384-387), siguiendo el esquema delineado desde el comienzo me detendré en la fuerza de inercia que es endógena, aunque motivada por factores exógenos. Con el incremento significativo de personas en contexto de encierro, muchas voces de nuestra academia denunciaron “la inobservancia judicial de las funciones de control y contención del poder punitivo” (Favarotto, 2022, p. 388), llevando a distintas asociaciones, como la Red de Jueces Penales de la provincia de Buenos Aires y el Centro de Estudios Legales y Sociales, a realizar enfáticas denuncias públicas.

Señala Favarotto que la inobservancia de la función garantista

Se debe vincular, según las encuestas, con el hostigamiento mediático y político al que fueron sometidos los jueces penales, si bien no todos respondieron a la presión de la misma manera. En cualquier caso, será conveniente tener en cuenta la aguda advertencia de Simon, cuando expuso que “el poder judicial, en una época dominada por el delito, está a la defensiva y busca demostrar que no aumenta el riesgo delictivo que corren las víctimas (2022, p. 388).

Desde el plano argumental, los fundamentos de las decisiones judiciales que fuerzan inercia suelen erigirse como barreras que los tribunales de sentencia o juzgamiento enfrentan a la hora de dictar sentencia definitiva. Al problematizar a la inercia con el alcance descrito, se advierte que el juicio penal, cualquiera sea el grado de conocimiento en el que se disponga la realización del debate, encuentra serias restricciones para reconocer efectivamente el estado de inocencia.

Los argumentos antecedentes, concebidos como aquellos que proceden de la decisión que genera la fuerza de inercia, además de *impulsar* el procedimiento,

anejan el germen constitutivo del basamento de un reproche frente a una eventual decisión absolutoria o, en general, no satisfactoria desde la expectativa represiva. De este modo, valiéndose de un precedente contrario extraído del “sistema”, que sería calificado como *adecuado*, se puede fustigar a la decisión definitiva posterior que no condice con el sentido asignado. En rigor de verdad, se fustigará a la jueza o juez que la pronunció.

En términos de la física, una resolución tal desencadenaría una oposición a la inercia del “sistema”. No obstante, en el desenvolvimiento social antes descripto, la provisoriedad o la relatividad de la decisión que impulsa la causa hacia la condenación —su condición ontológica— es irrelevante.

Nuevamente desde el plano argumental, las decisiones antecedentes deberían ser muy cuidadosas con el lenguaje utilizado y en el sentido de la resolución. En aras de ejemplificar la claridad a la que hago referencia, diré que la decisión debe exponer de modo simple, pero categórico, que el pronunciamiento no importa un anticipo de opinión acerca de la absolución o de la condenación que podría corresponder, y recalcar en que el mérito definitivo de la causa corresponde al tribunal de juicio. También debería señalar, porque nada tiene de ocioso en estas circunstancias, que el imputado goza del estado de inocencia y no podrá ser condenado si en el juicio penal la acusación no lograra demostrar, más allá de toda duda razonable, su culpabilidad.

La *fuerza de inercia* puede producirse de abajo hacia arriba y de arriba hacia abajo.

Analizaré primero el efecto ascendente. No se trata, como podría pensarse inicialmente, de decisiones provenientes de un órgano jurisdiccional con competencia funcional de grado inferior que influye en una posterior resolución de un tribunal denominado superior (alzada, casación o corte). Se trata de supuestos en los cuales un órgano con competencia limitada a una fase procedimental precedente al juicio pronuncia una decisión *provisional*, pero no revisable por el órgano de juzgamiento que interviene en una fase posterior, declamando de modo categórico la confirmación de la imputación penal más allá de la probabilidad y provisoriedad del alcance de la resolución. Podría tratarse de la decisión de un Juzgado de Garantías o de la Cámara de Apelación y Garantías respecto del Tribunal Oral o del Juzgado Correccional en el fuero penal de la provincia de Buenos Aires. En el ámbito federal (12) la situación se puede generar a partir de la decisión de un Juzgado Federal o de la Cámara Federal de Apelaciones respecto del Tribunal Oral Federal.

(12) Aplicando el Código Procesal Penal de la Nación, t.o. ley 23.984. Es decir, excluyendo el procedimiento acusatorio instituido por el Código Procesal Penal Federal (t.o. por decreto 118/2019).

La fuerza de inercia es ascendente desde la perspectiva del progreso del procedimiento penal. De producirse, entonces, cualquier decisión judicial absolutoria podría ser tachada de sospechosa con la sola confrontación con la voz portante del movimiento persecutorio. Y, peor aún, podría ser invocada como una evidencia de la crisis del sistema público de justicia, en el marco de la recurrente crítica que se le dirige desde todos los ángulos, aunque particularmente *desde la construcción de expectativas*.

Adviértase cómo se desplazan los principios, las reglas y las garantías propias del Estado de Derecho cuando la fuerza de inercia es *represiva*.

La forma descendente opera a partir de decisiones provisionales o definitivas de órganos con competencia funcional superior, que revocan o anulan resoluciones judiciales impugnadas y proceden al reenvío de la causa señalando directrices de carácter imperativo.

Son provisionales aquellas que se pronuncian en fases intermedias del procedimiento (como las que revocan sobreseimientos durante la investigación o decretan la elevación de la causa a juicio). En estos casos, las decisiones impulsan el progreso del procedimiento a partir del señalamiento que reconoce amplio margen argumental: desde la ausencia de certeza negativa para sostener una desvinculación del imputado, hasta la verificación de elementos de convicción suficientes para sostener una imputación penal con grado de probabilidad. El modo con el que se desarrolla la motivación de la resolución y el cuidado o no que se tenga del sentido de las palabras será determinante a la hora de constituir o no un precedente que fuerza inercia represiva o, por el contrario, una decisión correctiva de un antecedente impugnado, en el estricto marco de los principios que rigen el proceso penal.

Son definitivas las que resuelven recursos de apelación, casación o extraordinarios contra sentencias absolutorias o sus confirmaciones, o contra decisiones condenatorias por delitos o con individualización de penas de menor entidad o envergadura al pretendido en los agravios y, en todos los casos, disponen el reenvío de la causa con previsión de directrices vinculantes. Si los motivos de la anulación o revocación se reconocen en el juicio valorativo del *a quo*, predicándose un nuevo sentido, aunque contrario, y de carácter obligatorio, se condiciona el juzgamiento en la fase propiamente dicha con un único norte.

En estos casos, el plano argumental es relevante. Si la decisión *descalifica* la resolución recurrida empleando términos tales como arbitraria, valoración absurda o sesgada, ignorancia de derecho, etc., la inercia será decididamente potente.

La fuerza de inercia descendente podría desencadenarse como movimiento absolutorio cuando se anula o revoca una condenación, que es descalificada, pero se trata de un fenómeno inusual en la actualidad (13).

IV. La fuerza de inercia como antecedente de la denuncia de destitución

Algunos factores endógenos del sistema, aunque externos al proceso judicial de que se trate, también impactan fuertemente a partir de la fuerza de inercia. Si se me permite una nueva incorporación de un término de la física, diré que se comporta como energía potencial. Me refiero a la amenaza y a los procedimientos de destitución de la judicatura. Son endógenos porque los cuerpos colegiados institucionales, como el Consejo de la Magistratura de la Nación o los tribunales conformados al efecto, como el reglado en el *jury* de enjuiciamiento en la provincia de Buenos Aires, por citar dos ejemplos, integran el “sistema”.

Más allá de la indeclinable función de control de la idoneidad y de la función ética y la legalidad de actuación de las juezas y los jueces, imprescindible para toda sociedad democrática, los procedimientos de destitución originados por el contenido de las sentencias debe ser analizado con estricto cuidado, prudencia y con sentido primordial del principio de división de poderes, la independencia judicial (externa e interna) y la estabilidad en el cargo durante el mandato o ejercicio de la función judicial.

La Comisión IDH (14) ha sido categórica en sus dictámenes acerca de la vigencia del principio de independencia judicial y el contenido de las resoluciones judiciales.

En el Informe nro. 43/15 (Comisión IDH, 2015) señaló:

119. El principio de independencia judicial se encuentra contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y constituye uno de los pilares básicos del sistema democrático. En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado que la garantía de la independencia de los jueces es uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos. Si bien el principio de independencia judicial se encuentra regulado en la Convención Americana como un derecho cuya titularidad corresponde a los y las justiciables o personas que acuden al sistema judicial para resolver sus controversias, el

(13) Es posible considerar las fluctuaciones o direcciones de la inercia.

(14) Advierta el lector que con esta cita de los dictámenes de la Comisión IDH estoy incorporando al *soft law*.

deber de respeto y garantía de tal derecho tiene implicaciones que se relacionan directamente con los procesos de nombramiento y remoción de jueces, aspectos sobre los cuales existen estándares internacionales consolidados, como a continuación se indica. (Comisión IDH, 2015, p. 38).

Las garantías que emanan del principio de independencia judicial son coincidentemente sostenidas por la Comisión, la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Estas consisten en la verificación de procesos adecuados de nombramiento, la estabilidad y la protección contra presiones externas (15).

Los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura establecen la garantía de la estabilidad y reconocen como causales de suspensión o destitución solo a la incapacidad o comportamiento que inhabilite el desempeño de las funciones.

La Comisión IDH expuso que

uno de los objetivos de la inamovilidad es ejercer la función judicial con la libertad necesaria para fallar estrictamente en derecho (...). Para que esta garantía sea posible, los jueces deben contar con (i) la facultad de interpretar y aplicar las fuentes del derecho y (ii) la facultad de evaluar con libertad los hechos y las pruebas. Como una consecuencia de lo anterior, las investigaciones y sanciones disciplinarias que se impongan a un juez o jueza, en ningún caso pueden estar motivadas en el juicio jurídico que se hubiera desarrollado en alguna de sus resoluciones (Comisión IDH, 2015).

La Corte IDH ha reconocido la existencia de una garantía *reforzada* para la protección de la independencia del Poder Judicial, aplicable a los procedimientos de destitución de juezas y jueces. La protección no se limita a la dimensión personal e individual del magistrado o magistrada. Comprende la función externa, que reclama la apariencia de independencia “que inspire legitimidad y confianza suficiente no solo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática” (Corte IDH., Caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 67).

(15) Igualmente: Comisión IDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.556. *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, párr. 69; Corte IDH, Caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 70.

En el caso *Ríos Avalos y otro vs. Paraguay* (sentencia del 19 de agosto de 2021, Fondo, reparaciones y costas) la Corte IDH expresó

En cuanto a la imposibilidad de remover a las juezas y los jueces de sus cargos con motivo del contenido de las decisiones dictadas en ejercicio de su función jurisdiccional, el Estatuto Universal del Juez, adoptado por la Unión Internacional de Magistrados, señala que, '[s]alvo caso de malicia o negligencia grave (...), no se puede entablar acción disciplinaria contra un juez como consecuencia de una interpretación de la ley o de la valoración de hechos o de la ponderación de pruebas' que haya efectuado en ejercicio de sus funciones (Estatuto Universal del Juez, adoptado por el Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados, en Taiwán, el 17 de noviembre de 1999, artículos 7-1. Por su parte, la Federación Latinoamericana de Magistrados ha declarado que '[s]e debe garantizar a los jueces que por su actividad jurisdiccional, por como decidan los casos a ellos confiados, no serán ni premiados ni castigados, estando dichas decisiones solo sujetas a la revisión de los tribunales superiores conforme lo indique el respectivo derecho interno', y que las autoridades judiciales no deberían 'ser enjuiciad[a]s ni responsabilizad[a]s disciplinariamente por el tenor, contenido ni sentido en que adopten sus decisiones judiciales'. Declaración de Principios mínimos sobre la Independencia de los Poderes Judiciales y de los Jueces en América Latina, Declaración de Campeche, aprobada en 2008 por la Asamblea General de la Federación Latinoamericana de Magistrados (parágrafo 102)(16).

Concluye la Corte IDH:

(...) este Tribunal considera que la garantía de la independencia de la judicatura impone que, en la instauración de juicios políticos contra funcionarias y funcionarios judiciales, le está vedado al órgano u órganos que intervienen en su trámite, deliberación y resolución, revisar los fundamentos o el contenido de las decisiones emitidas por aquellas autoridades. Asimismo, es inviable que el juicio político o la eventual destitución de juezas o jueces, como consecuencia de dicho procedimiento, se fundamente en el contenido de las decisiones que hayan dictado, en el entendido que la protección de la independencia judicial impide deducir responsabilidad por los votos y opiniones que se emitan en el ejercicio de la función jurisdiccional, con la excepción

(16) Se referencian otras fuentes (*soft law*) de posible interés para el lector. Para esto se sugiere consultar las notas a pie de página 113 a 117 de la sentencia de la Corte IDH.

de infracciones intencionales al ordenamiento jurídico o comprobada incompetencia (parágrafo 107).

Con el referido pronunciamiento la doctrina de la Corte IDH acerca de las directrices que deben observarse en los procedimientos de destitución de juezas y jueces exhibe una notable evolución. En el caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* (sentencia del 28 de agosto de 2013, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) la Corte IDH había descalificado la destitución fundada —entre otras razones— en el contenido de las sentencias de los jueces destituidos, porque el derecho interno del estado demandado, al momento de los hechos, no autorizaba el juicio político basado en la constitucionalidad o legalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional.

La delimitación de la responsabilidad de la judicatura por el contenido de las sentencias constituye uno de los problemas más delicados de la actualidad, considerando que el mecanismo de destitución no puede ser empleado como medio de *presión o adoctrinamiento* del “sistema penal argentino”.

V. Algunos desencadenantes de la fuerza de inercia

El funcionamiento del “sistema”, considerado desde la competencia funcional, demanda un pronto reordenamiento. La cuestión involucra a los procedimientos judiciales, aunque en este trabajo me limito al análisis de aspectos generales del proceso penal en sus diferentes conformaciones (unipersonal, colegiado, jurado clásico, escabinado), tanto como a la estructura y composición de los tribunales de justicia que desarrollan actividad de revisión de resoluciones judiciales.

De modo que la trama abarca el remedio jurídico procesal (por ejemplo, el recurso de casación penal), tanto como al órgano erigido (tribunal o cámara de casación penal).

Es inherente a todo sistema, en un estado de derecho, la habilitación para el acceso a un recurso mediante el cual se pueda revisar una resolución judicial cuando esta aneja consecuencias jurídicas. En este entendimiento se estructuran dos fuentes de carácter constitutivo, que no pueden ser contradictorias entre sí. Por una parte, la comúnmente denominada garantía de la doble instancia prevista por el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos (17) y ar-

(17) La Corte IDH ha desarrollado, con carácter de doctrina, el alcance de la disposición. Así, por ejemplo, en los Casos “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 161”, “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 157 a 168”, “Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 88 a 91”.

título 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (18). La garantía protege a la persona condenada (CSJN, Fallos: 329:5994, 320:2145), reconociéndole el acceso a un recurso simple, expedito y amplio para que otro tribunal revise la decisión impugnada. La doctrina acuñada por la Corte Suprema de Justicia (Fallos, 328:3399) delimita la competencia del órgano *ad quem* a: 1) el contenido y objeto de los agravios; 2) las restricciones que podría desencadenar, por cierto, impeditivas, la inmediación en la producción de la prueba.

La segunda fuente se extrae de la ley de procedimientos aplicable al caso y, complementariamente, de la ley orgánica y de los reglamentos del tribunal *ad quem*, dispuestos por acordada o resolución. La Corte Suprema ha señalado reiteradamente que la garantía del debido proceso determina que todo litigante debe tener efectivamente el derecho de ser oído en juicio, con las formalidades legales, pero que esto no depende del número de instancias que las leyes procesales, reglamentando esta garantía constitucional, establezcan según la naturaleza de las causas (Fallos: 126:114; 127:167; 155:96; 223:430; 231: 432; 289:95; 298:252, entre otros). En materia procesal penal, luego de la reforma constitucional de 1994, se ha rodeado al imputado de mayores garantías sin que tal asimetría vulnere la Carta Magna (19).

El estado de inocencia configura un presupuesto también asimétrico de todo proceso penal, que opera en favor del imputado.

Los recursos o impugnaciones se pueden edificar sobre los siguientes fundamentos: a) recursos por razones de injusticia; b) recursos por razones de ilegalidad. Los primeros tienen como corolario a los remedios “amplios”, concebidos técnicamente como “recursos ordinarios”. Los segundos, restringidos para el tratamiento de los hechos y la valoración de las pruebas, son clasificados como “recursos extraordinarios”. No obstante las dificultades iniciales para encuadrar al recurso de casación en las legislaciones vigentes del “sistema”, su historia, función y estructura lo asimila a los últimos.

Los modelos procedimentales, y por cierto la conformación orgánica de los tribunales, varía en cada caso. Particularmente si la sentencia definitiva dictada

(18) Este último instrumento exige que el tratamiento del recurso lo efectúe un “tribunal superior”, sintagma que pone en jaque al mecanismo de la “casación horizontal”.

(19) La doctrina no es pacífica acerca de las asimetrías en materia de recursos en el proceso penal. Son categóricos Pastor (1997), Maier (2015), Díaz Cantón (2001), Herbel (2013), Rovatti (2016) Sierra Martínez (2001) y Jauchen (2005) acerca de su disposición. Sin embargo, Cafferata Nores (2011) y Solimine (2013) observan, con propios fundamentos, que el principio de igualdad procesal y la garantía de la tutela judicial efectiva priman para el reconocimiento del recurso contra el fallo absolutorio en condiciones de equivalencia.

luego de un proceso penal admite o no los remedios ordinarios. Ciertamente que desde el alcance que la doctrina “Casal” de la Corte Suprema ha receptado para la garantía de la doble instancia, el recurso de casación interpuesto por el imputado debe sustanciarse y decidirse como un recurso ordinario. Pero esa situación no es idéntica cuando el medio es interpuesto por el Ministerio Público Fiscal o por el querellante (particular damnificado).

La asimetría también se reconoce en el juicio por jurados instaurado en la provincia de Buenos Aires. El veredicto absolutorio es irrecurrible, mientras que el condenatorio puede impugnarse en los supuestos específicamente previstos. Tratándose de un recurso del imputado, además, regirá la garantía de la doble instancia.

La doctrina *casal* de la Corte Suprema puso en crisis, desde la dimensión teleológica, al recurso de casación penal. Determinó una dualidad. Por un lado, exige superar las restricciones legales de admisibilidad del remedio y de competencia del órgano *ad quem*, en los casos de impugnación de sentencia condenatoria por el imputado. En el otro sentido, sostiene la conformación del tribunal y las limitaciones para los recursos interpuestos por las demás partes.

A este escenario debe añadirse una consecuencia no querida de la doctrina de la Corte Suprema en materia de recurso extraordinario federal (CSJN, “Strada”, Fallos: 308:490; “Di Mascio”, Fallos: 311:2478; “Christou”, Fallos: 310:324; “Di Nunzio”, Fallos: 328:1108; “Durán Sáenz”, Fallos: 328:4551; “Piñeiro”, Fallos: 333:677, entre otros). El deber que alcanza a los jueces y juezas de abocarse al tratamiento de las cuestiones federales que se promuevan en el marco de los procesos en trámite, excluyendo para esto ciertas limitaciones de los digestos procesales (por ejemplo, relativas a las causales de procedencia de un recurso), ha desencadenado un notorio incremento de decisiones de mérito acerca de cuestiones de hecho, pruebas y su valoración judicial en las instancias extraordinarias. La *doctrina de la arbitrariedad de la sentencia* configura, con mucha frecuencia, el marco de habilitación. Paradójicamente, esa situación jurídica convive con dos restricciones fuertes que impiden la apertura de la instancia recursiva. La primera restricción deriva del requisito de “sentencia definitiva o equiparable”.

El referido sintagma señala, por ejemplo, que el dictado de un sobreseimiento conformaría un presupuesto para la concesión y tratamiento del remedio extraordinario, aunque no deba limitarse su admisibilidad a esta única razón, mientras que para el rechazo o incluso la revocación de un sobreseimiento se considerará inadmisibile. La premisa que acompaña estos postulados indica que mientras el juicio penal se pueda realizar no concurrirá ningún “perjuicio” para el imputado, quien podrá ejercer su derecho de defensa. Por el contrario, su desvinculación

anticipada priva definitivamente el acceso a juicio para la persecución pública o a la víctima y, añadido, la posibilidad de punir.

La segunda restricción es, en mi opinión, censurable. Se trata de la invocación de la garantía de la doble instancia como criterio para la inadmisión del recurso del imputado. Funciona de la siguiente manera: el imputado procura la revisión de una decisión que emana de un tribunal de alzada o Casación; el recurso es rechazado porque, habiéndose tramitado en forma previa dos instancias, no resulta admisible, ni exigible, una tercera.

Presentaré un ejemplo referido al recurso contra resoluciones equiparables a sentencia definitiva. El imputado solicita su sobreseimiento y resulta rechazado por el juzgado de primera instancia. Apelada la decisión, la cámara de apelaciones revoca el pronunciamiento y acuerda el sobreseimiento. El Ministerio Público Fiscal o la querrela contarán con un remedio admisible contra esa última resolución (por ejemplo, el recurso de casación). Supongamos ahora que el tribunal de casación revoca el sobreseimiento, ¿cuál es el recurso admisible para el imputado? Se podrá responder prontamente que ninguno, porque el imputado ya contó con un remedio y con doble instancia.

Supongamos, en el mismo caso, que el tribunal de casación desestima el recurso contra el auto de sobreseimiento. La doctrina de la arbitrariedad y la condición equiparable a sentencia definitiva del sobreseimiento podrían habilitar, seguramente lo harán, una instancia extraordinaria para el Ministerio Público o para la querrela. Cabe preguntarse entonces, ¿no se satisfizo el derecho al recurso de la persecución penal del mismo modo que se reconocía la doble instancia para el imputado en el supuesto anterior?

Daré otro ejemplo, pero en este caso concerniente al recurso contra la sentencia definitiva. Supongamos que el imputado es absuelto. El Ministerio Público Fiscal o la querrela impugnan la resolución mediante recurso de casación. El Tribunal de Casación anula el fallo y dispone el reenvío para que se emita una nueva decisión, previo debate oral y público. ¿Cuál es el recurso del imputado contra la decisión del Tribunal de Casación? Si deduce un recurso extraordinario probablemente será declarado inadmisibile, en función de que la anulación y reenvío para un nuevo juicio, imprescindible para el dictado de una nueva sentencia, no es equiparable a sentencia definitiva. ¿Cuáles son, en ese caso, las probabilidades de un nuevo juzgamiento libre de condicionamientos represivos?

Supongamos ahora que el Tribunal de Casación, en el mismo ejemplo, desestima el remedio Fiscal por encontrarlo infundado. La doctrina de la arbitrariedad y la condición de sentencia definitiva podría habilitar una instancia extraordinaria para el Ministerio Público o para la querrela. Cabe preguntarse entonces, ¿no se

satisfizo el derecho al recurso de la persecución penal con el remedio casatorio interpuesto contra el fallo absolutorio?

Para que se comprenda cabalmente estos señalamientos lo explicaré de otra manera. Tratándose de recursos de casación y extraordinarios, el “sistema” aplica las reglas de admisibilidad de los recursos sin sujeción alguna a las restricciones que, potencialmente, debería imponer la garantía de la doble instancia. Antes bien, el criterio correctivo que introduce el artículo 8.2. h de la Convención Americana de Derechos Humanos no ha merecido atención jurisprudencial.

Una regla fuerte de admisibilidad, denominada usualmente en las leyes procesales como procedencia, exige para la habilitación de la instancia que la sentencia que se recurre exhiba carácter conclusivo. Podrá advertirse entonces, como señaló con anterioridad, que mientras el dictado de un sobreseimiento satisface el requisito (*cf.* SCBA, LP P 134711 S 26/11/2021, causa Altuve, Carlos A. -Agente Fiscal-s/Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 99.750 del Tribunal de Casación Penal), su desestimación no (*cf.* SCBA, LP Ac 87589 I 29/10/2003, D., G. C. s/Rec. de casación. Lesiones culposas. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”). Ese mismo alcance resulta, por ejemplo, del artículo 482 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires al conceptualizar la expresión “sentencia definitiva”, a los fines de la procedencia de los recursos extraordinarios locales, como aquella que termina la causa o “hace imposible su continuación”. Si la garantía de la doble instancia operase como un límite, las instancias recursivas a favor de quien ejerce la persecución penal deberían limitarse a un ejercicio máximo de dos instancias efectivas.

Las consecuencias son equivalentes cuando se pronuncian decisiones que anulan el dictado de una sentencia absolutoria y disponen el reenvío de la causa con la obligada reedición del debate. Más allá de destacar la inocultable inercia que desencadena la invalidación de una absolución con retrogradación de la serie, su pronunciamiento ha sido considerado, como regla, no equiparable a sentencia definitiva (*cf.* Corte Suprema de Justicia de la Nación Fallos: 249:530; 268:153; 274:440; 313:1491, entre otros; igualmente, Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, P. 105.244 y P. 109.736, entre otros tantos). De este modo la invalidación podría provenir de una instancia extraordinaria que, considerada en términos del funcionamiento de la garantía del artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, resultaría asimétrica, expresándose como el corolario de tres sucesivos estadios recursivos en favor de la persecución penal.

No es ocioso señalar que algunas disposiciones procesales se enmarcan en una desigualitaria habilitación del recurso, con presupuestos más restrictivos para el imputado. Así ocurre, por ejemplo, con el recurso extraordinario de inaplicabilidad en el Código Procesal Penal bonaerense. Mientras el imputado solo puede

interponerlo útilmente contra sentencias definitivas que revoquen una absolución o que impongan una pena de prisión mayor a diez años (artículo 494, Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires —t.o. ley 13.812—), el Ministerio Público Fiscal puede deducirlo hábilmente en caso de sentencia adversa “cuando hubiese pedido una pena de reclusión o prisión superior a diez (10) años”.

Adviértase que para el imputado la condición temporal debe verificarse en la decisión del tribunal *a quo* (no en el ejercicio de su propia pretensión), mientras que para la persecución pública el límite se verifica en función del ejercicio de la acusación. Bastaría con que esta última hubiera requerido la aplicación de una pena superior a diez años para que proceda el recurso sin que resulte limitante, por ejemplo, la pena finalmente individualizada en la sentencia dictada. Consideremos un ejemplo: el dictado de una sentencia condenatoria a nueve años y once meses de prisión podría habilitar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley para la fiscalía, de haber requerido en su acusación una pena superior a diez años, pero no se habilita para la defensa. No voy a integrar estas consideraciones con la denuncia del caso federal y la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia, que por vía de excepcionalidad podría abrir la instancia recursiva. Ello, en función de su casuística que impide la aplicación de reglas generales, como las que integran este análisis.

Si se analizan las alternativas se concluye que en el “sistema” las vías potenciales recursivas se instituyen asimétricamente a favor de las partes requirentes. Es decir, de quienes impulsan la persecución penal y el castigo.

Desde la perspectiva de la fuerza de inercia el desencadenante es el fuerte condicionamiento que, en el sentido represivo, actúa contra los propios tribunales, aunque especialmente respecto de los órganos de juicio. Estos condicionantes impactan directamente en la independencia judicial (externa pero también interna), en la imparcialidad y en el estado de inocencia como presupuesto ineludible para la realización del juicio penal. También interfiere con la prohibición de múltiple persecución penal al extraer de la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de juzgamiento (es decir, con exclusión de las instancias recursivas), el mérito conclusivo de la causa.

VI. A modo de cierre

He querido compartir algunas reflexiones acerca de un fenómeno que ha contribuido con la desestructuración del “sistema” en una dirección *reestructurada*, pero signada por la prisionización. De este modo el fenómeno agrava una tendencia que se reconocía por factores esencialmente exógenos. La revisión de los modelos recursivos podría contribuir con una notable mejora en el equilibrio del

“sistema”. El equilibrio siempre resulta exigible, pero con más razón frente a contextos complejos en los cuales la violencia no deja de conducir la pretensión de control de todas las instituciones.

El “sistema” debe estar fuertemente comprometido para, en el marco de sus funciones, contribuir con la paz social, resolver eficientemente los conflictos, aplicar la ley con todo su peso a partir de sentencias derivadas de juicios penales llevados debidamente y corregir los problemas internos que, por acción u omisión, pueden ser consecuentes con la violencia y con la desigualdad estructural.

Sin embargo, la fuerza de inercia lejos está de augurar buenos resultados.

VII. Bibliografía

Bardel, D. (2020). Una lectura del *soft law* desde la Teoría General del Derecho (p. 15-26). En E. Valicenti (Compilador), *Actas II Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica*, 1ª edición (p. 15-26). Azul: editorial Del Azul.

Cafferata Nores, J. I. (2011). *Proceso Penal y Derechos Humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2ª ed. 1ª reimpresión. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Comisión Internacional de Derechos Humanos (2015). *Informe No. 43/15, Caso 12.632. Fondo* (Publicación). Recuperado de www.cidh.org

Di Giulio, G. H. (2020). Juicio previo como condición constitucional impeditiva del dictado de una condena en las instancias recursivas. *Anales De La Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales de La Universidad Nacional De La Plata* (50), 059. DOI: <https://doi.org/10.24215/25916386e059>

Díaz Cantón, F. (2001). El cuestionamiento a la legitimidad del recurso del acusador contra la sentencia con miras a agravar la situación del imputado. *Nueva Doctrina Penal*, 2001/A (pp. 145-162). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Favarotto, R. (2022), Los desafíos planteados por la escalada de la prisionización provincial. En R. Favarotto (coord.), *El sistema penal bonaerense II* (p. 365-392). Buenos Aires: editores del Sur.

Herbel, G. A. (2013). *Derecho del imputado a revisar su condena*. Buenos Aires: Hammurabi.

Jauchen, E. M. (2005). *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Maier, J. B. J. (2004). ¿Es la “inmediación” una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. Composición. *Jueces para la democracia*, N° 49, (pp. 13-20). Recuperado de www.informaciónlegal.com.ar [Fecha de consulta: 02/03/2020].

Maier, J. B. J. (2015). *Derecho Procesal Penal, tomo III (Parte General. Actos procesales)*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Pastor, D. (1997). Recurso de Casación y anulación de oficio. *Nueva Doctrina Penal*, 1997/B (pp. 669-684). Buenos Aires: Del Puerto.

Rovatti, P. (2016). Casación positiva “contra reo”. El paradójico derecho de recurrir “condenas sin juicio”. En A. E. Ledesma (dir.) y M. Lopardo (coord.), *El debido proceso penal* (pp. 113-160). Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Sienra Martínez, A. (2001). La Facultad del Ministerio Público de recurrir la sentencia en contra del imputado: su inconstitucionalidad. En E. S. Hendler (comp.), *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico – comparado* (pp. 175-208). Buenos Aires: Del Puerto.

Solimine, M. A. (2013). Recurso contra la condena por absolución revocada: doble instancia, *ne bis in idem*. *Revista Jurídica La Ley*, 2013-C (pp. 1-14). Buenos Aires: La Ley.

Jurisprudencia

Fallos: 320:2145.

Fallos: 126:114.

Fallos: 308:490 (Strada).

Fallos: 311:2478 (Di Mascio).

Fallos: 310:324 (Christou).

Fallos: 328:1108 (Di Nunzio).

Fallos: 328:4551 (Durán Sáenz).

Fallos: 333:677 (Piñeiro).

Fallos: 328:3399 (“Casal”).

Fallos: 329:5994 (“Juri”).

Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. Caso Reverón Trujillo *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

Corte IDH. Caso “Barreto Leiva *vs.* Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

Corte IDH. Caso “Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) *vs.* Ecuador. Sentencia del 28 de agosto de 2013, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte IDH. Caso “Ríos Avalos y otro *vs.* Paraguay”. Sentencia del 19 de agosto de 2021, fondo, reparaciones y costas.

Fecha de recepción: 29-03-2022

Fecha de aceptación: 05-07-2022