

“Defensa ineficaz e impugnación *in pauperis*”. Reflexiones en torno al activismo judicial en materia recursiva.

***Por Rubén A. Chaia¹**

I-Las formales e informalidades del sistema, II- Principio acusatorio en la faz recursiva, III- Recurso *in pauperis*: ¿quiebre de la bilateralidad?, IV- Consideraciones finales.

I-Las formalidades e informalidades del sistema

Mediante la sanción de la Acordada 4/2007 (Adla, LXVII-B, 1751), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, buscó reglamentar el ejercicio recursivo, en particular, las presentaciones de los escritos por los cuales se interpone remedio extraordinario federal y queja directa por recurso denegado.

De este modo, el Máximo Tribunal Federal, haciéndose cargo de su rol institucional fijó los recaudos mínimos que hacen a la admisibilidad formal de este tipo de impugnación excepcional. En loable labor procuró simplificar la tarea en pos de lograr mayor celeridad y objetividad a la hora de determinar el cumplimiento de los requisitos que hacen a su procedencia.

Ello así, este filtro se suma a los provenientes de la materia sujeta a revisión por cuanto, con el REF., se pretende mantener la supremacía constitucional y velar por una interpretación armónica entre las normas federales y los instrumentos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento positivo.

Esta visión deja entrever una concepción verdaderamente extraordinaria del mecanismo de impugnación que para nada se

¹ Profesor de Derecho Procesal Penal.

condice con la realidad por cuanto, desde una concepción signada por la doctrina de la "*máxima revisión*", la procedencia del recurso ha sido hiperflexibilizada a punto tal que en la práctica, es más difícil denegar que conceder un recurso extraordinario.

En efecto, este ajuste interpretativo permitió trascender los límites enmarcados desde las llamadas "*cuestiones federales*", abriendo paso a la revisión de sentencias "*arbitrarias*" -incluyendo allí las "*cuestiones de hecho y prueba*"- como también, a hipótesis en que la decisión adoptada, por su trascendencia e impacto, excede el ámbito individual en que se enclava la contienda y compromete a la colectividad: supuesto de "*gravedad institucional*".

Podemos decir entonces que al primer tamiz determinado por el tipo de acto atacado, se le debe sumar aquel proveniente de la Acordada N° 4/2007. Ahora bien, este "*instrumento*" concebido por la Corte para, según sus palabras -ver considerando 2º- para permitir el fiel cumplimiento de los requisitos que, como regla, "*condicionan el ejercicio de la jurisdicción constitucional*", llegando a sancionar el incumplimiento formal de los recaudos con la inadmisibilidad del recurso, ha establecido un doble régimen de excepción por el cual, por un lado, se deja librado a la "*sana discreción*" de la Corte la evaluación del incumplimiento y en el supuesto que el mismo no constituya un obstáculo insalvable, se admitirá la pretensión recursiva² y por otro, se establece la inoperancia del reglamento para los recursos interpuesto "*in forma pauperis*".

Vemos entonces que más allá de la pretendida reglamentación de los recaudos formales, el régimen de excepciones permite darle curso a trámites absolutamente alejados

² "PAVON c/ FUENTES s/ EJECUCION HIPOTECARIA", CSJN., 16/12/08. Llamado por la doctrina *certiorari* positivo.

de ellos, lo que a mi juicio, en la práctica, ha llevado a desvirtuar no sólo el sentido de la Acordada 4/2007, sino de todo el sistema recursivo poniendo en jaque el funcionamiento mismo de la Corte Federal y en particular de su prédica en pos de consagrar un sistema de enjuiciamiento "*acusatorio*".

II-El principio acusatorio en la faz recursiva

Desde la CSJN se viene insistiendo en la necesidad de ir transitando hacia un sistema acusatorio. Así en "CASAL", "QUIROGA", "LLERENA", "DIESER", entre muchos otros.

Esta tendencia y los nuevos tiempos han provocado que varias provincias argentinas se encuentren sumergidas en postergados procesos reformistas, los que no sin un gran esfuerzo, humano y económico, se van consagrando tanto en la faz legislativa como en la práctica. Sin embargo, el mensaje proveniente del máximo Tribunal no se muestra ausente de contradicciones las que por momento desconciertan y por qué no preocupan pues, desde sus precedentes la lógica acusatoria lejos de emerger nítida aparece teñida por el más fuerte rasgo inquisitivo.

Es que, desde muchos ángulos, algunos de sus fallos no solo se llegan a alterar la bilateralidad provocando la supremacía de una de las partes sino que además, la propia Corte en su rol de Tribunal, se coloca en una posición dominante y alejada de las pretensiones partitivas tomando decisiones sobre cuestiones no planteadas llegando incluso, a introducir otras oficiosamente.

Ante este cuadro estimo prudente realizar las siguientes observaciones:

1- La contradicción es el alma del sistema acusatorio.

2- El juez al actuar en rol de parte, sorprende a las partes, las coloca en situación de indefensión, las torna vulnerables.

3- El proceso no se agota en el dictado de una sentencia, el recurso forma parte de él, por tanto, los caracteres que tiñen el sistema acusatorio, en particular la necesidad de contar con un tribunal imparcial no pueden ser soslayados en esta instancia.

4- La concentración de facultades en torno al tribunal que decide no sólo lo que es materia de recurso sino que además le complementa sus términos, corrige su contenido o amplía las cuestiones propuestas, sin dudas altera la bilateralidad que debe rodear a todo el trámite procesa y en especial a la instancia recursiva.

5- La actuación oficiosa de quien decide quiebra la igualdad entre las partes y es fuente de injusticias mayores a las que se pretende conjurar.

6- Definir qué debe ser materia de recurso es función insoslayable del recurrente.

7- Si el tribunal concreta los agravios deja de ser un tercero imparcial y pasa a revistar en las filas de una de las partes.

8- El tribunal debe contribuir a mantener el frágil equilibrio procesal brindándole un trato igualitario a la acusación y a la defensa.

9- Suponer que el oficio de juez permite controlar la labor de las partes más allá de sus planteos es razonar al modo del Santo Oficio.

10- Es básico y elemental que quien propone no decida y quien decide, no proponga.

En efecto, si se persiste en la senda de otorgar al tribunal superior, encargado de revisar lo que ha sido materia de agravio,

facultades omnímodas el recurso extraordinario pasará a ser una apelación en "consulta", lo que provocará la existencia de investigaciones y juicios acusatorios con revisión inquisitiva.

III-Recurso *in pauperis*: ¿quiebre de la bilateralidad?

El recurso *in pauperis* –del latín *in forma pauperis*, que significa con carácter de pobre- de origen pretoriano, se enmarca en la intención del Máximo Tribunal de otorgarle virtualidad recursiva a las manifestaciones que trasuntan voluntad de interponer los recursos de ley efectuadas por personas privadas de su libertad y sin la debida asistencia letrada.

Así, la Corte señaló: "*es práctica considerar bien establecidas las peticiones informales presentadas por personas detenidas como recursos in forma pauperis cuya debida tramitación, con la pertinente asistencia letrada, han de realizar los tribunales de la causa*"³, en esa línea, aunque con excepciones –a modo de ejemplo, ver: "RÍPODAS RICARDO y otros"⁴ y "MORENO HERREA", CSJN., 24/08/10⁵- se estableció que: "*los reclamos de quienes se*

³ Ver entre otros: CSJN., Fallos 310:1934, 314:1909, 308:1836 y "NUÑEZ RICARDO", CSJN., 16/11/04, al sentenciar que NUÑEZ, al expresar "*apelo la resolución*" (...) "*puso de manifiesto una voluntad de impugnación que reúne los presupuestos formales de un recurso de hecho in pauperis*".

⁴ En este caso la Corte sostuvo que "*no cabe extremar las exigencias formales al considerar las peticiones de personas privadas de su libertad, esa doctrina no es aplicable sino a las carencias que puedan atribuirle a la prisión misma y por consiguiente, resulta ajena a la falta de oportunidad o fundamentos de sus presentaciones, máxime cuando el condenado es letrado y además, contó con asistencia letrada de dos colegas no afectados por restricción alguna para ejercer el ministerio*". "RÍPODAS RICARDO y otros", CSJN., Fallos: 303:2053.

⁵ Aquí el Tribunal, por mayoría, declaró inadmisibile la queja deducida por una persona condenada a catorce años de prisión, que estando privada de su libertad, interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación, previo traslado a la defensa oficial, dio lugar al planteo desestimado por la Corte al considerar que "*no ha dado cumplimiento a los recaudos establecidos en el art. 7º inc. c del reglamento aprobado por la acordada 4/2007*". Los Doctores MAQUEDA y ZAFFARONI por su parte, entendieron que el reclamo debía ser

*encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley*⁶.

Pero esta desformalización prevista inicialmente para las "personas privadas de libertad" y "sin debida asistencia letrada" no sólo alcanzó a la facultad de interponer un recurso sin cumplir con los requisitos formales sino que además, permitió que la Corte pudiera controlar la calidad del remedio, su contenido, en el entendimiento de que *"no basta cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal sino que es menester además que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor"*⁷, llegando a decretar la nulidad por falta de asistencia efectiva en aquellos casos en que considerase que el escrito careciera de suficiente fundamentación.

En ese orden, consideró que la repetición sintética de los agravios esbozados por el detenido por parte del defensor oficial importa un *"inadmisible menoscabo al derecho de defensa en juicio del acusado que determina la nulidad del recurso de casación por carecer de una asistencia efectiva de la defensa"*⁸, señalando en otro caso, que esa situación se presenta ostensible por cuanto el defensor *"se limitó a transcribir los agravios que había alegado el imputado en dicha presentación, pues no les dio fundamento*

considerado como manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley, por tanto propiciaron que se haga lugar a la queja y se decrete la nulidad del escrito de fundamentación del REF. y del auto que lo denegó.

⁶ CSJN., Fallos: 308:1836, 310:492, 324:3545, también ver: "VILAR JUAN", CSJN., Fallos: 314:797, "GOICOCHEA MALPICA GUILLERMO", CSJN., Fallos: 314:1514, "MAGUI AGÜERO CIRIACO", CSJN., 01/12/88, "VALLIN ROBERTO", CSJN., 19/12/91.

⁷ "GORDILLO RAUL", CSJN., 29/09/87. También ha dicho que es de equidad y aún de justicia, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor, "GARCIA CARLOS", CSJN., 21/08/97.

⁸ "NORIEGA MANUEL", CSJN., Fallos 308:1836.

*técnico ni desarrolló una crítica concreta y razonada a los argumentos de la sentencia condenatoria*⁹, o cuando la defensora *"sólo enumeró los agravios que habrían inspirado el reclamo de su defendido, sin cumplir mínimamente con la labor técnica que le compete"*¹⁰, o solicitó *"integrar"* su presentación con el escrito interpuesto en forma in pauperis por el condenado¹¹, o no fundó *"técnicamente la totalidad de los planteos"* efectuados por el condenado¹², o no invalidó *"la actuación del defensor oficial ante esa instancia que no lo fundamentó técnicamente y presentó otro recurso improcedente"*¹³.

Pero no sólo las personas privadas de su libertad pudieron sortear las exigencias formales, la excepción alcanzó también a quienes recurrieron fuera de término –aunque con excusas “atendibles”¹⁴- o bien, estando en libertad, pues para la Corte, en lo

⁹ “NACHERI ALBERTO”, CSJN., Fallos 332:1095, “GUZMAN JORGE”, CSJN., 31/08/10. Aunque en “OLARIAGA MARCELO”, Fallos: 329:1029, ante una situación similar, la Corte por mayoría rechazó el recurso sobre la base del artículo 280 del CPN. En disidencia los Dres. MAQUEDA y ZAFFARONI postularon que nos se había satisfecho el derecho del imputado a ser asistido eficazmente.

¹⁰ Del voto de la mayoría en “SCHENONE CARLOS”, CSJN., 03/10/06.

¹¹ “VILLARREAL MIGUEL”, CSJN., 08/04/07.

¹² “REINOSO JOSE”, CSJN., Fallos 330:487.

¹³ “IBARRA GUILLERMO”, CSJN., 22/06/10, del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo.

¹⁴ En “NAZAR DE ANCHORENA”, CSJN., 20/03/07, la mayoría de la Corte, integrada por los Dres. FAYT, PETRACCHI, MAQUEDA y ZAFFARONI, entendió que debía dejarse sin efecto la sentencia que declaró desierto el recurso de casación presentado por la querrela excediéndose unos minutos del plazo legal, al afirmar que las excusas obedecían a una *"atendible cuestión de fuerza mayor de quien debía materializar la presentación en término"*. En disidencia los Dres. LORENZETTI, HIGHTON de NOLASCO y ARGIBAY, desestimaron en recurso bajo las previsiones del artículo 280 CPN. En tanto que en “MOREYRA MARGARITA”, CSJN., 26/02/08, la mayoría, integrada por los Dres. LORENZETTI, FAYT, MAQUEDA y ZAFFARONI, consideró como situación de indefensión la inactividad de la letrada que por razones de salud –síndrome de pánico- no concurrió al emplazamiento a fundar el recurso *in pauperis* que a la postre fue declarado desierto. En minoría, los Dres. HIGHTON de NOLASCO, PETRACCHI y ARGIBAY, lo declararon inadmisibles con arreglo del artículo 280 del CPN. Cuestiones parecidas habían merecido tratamiento en: “MOYANO MARCELINA”, CSJN., Fallos: 296:65, “CARDULLO JOSE”, CSJN., Fallos: 302:1669 y “LOZA JOSE”, CSJN., Fallos: 303:1929, entre otros.

relativo al plazo para la interposición de recurso extraordinario es improcedente establecer diferencias tomando como parámetro la situación de libertad personal del encausado ya que la posibilidad de obtener un nuevo pronunciamiento judicial a través de los recursos procesales constituye una facultad que le es propia al imputado y no una potestad del defensor¹⁵.

Este panorama se complementa con la exigencia de notificación personal al imputado de las sentencias condenatorias¹⁶, aunque más tarde se sostuvo la insuficiencia de la notificación al imputado, exigiéndose también la del defensor¹⁷, sin perjuicio de que en algún caso, el error de éste en el cómputo de los plazos para interponer recurso, no fue tenido en cuenta¹⁸.

¹⁵ En "M.G.A.C. y otro", CSJN., 07/03/06, con remisión a "VILLARROEL RODRIGUEZ", CSJN., Fallos 327:3824, voto del Dr. FAYT, dijo: "No corresponde establecer diferencias en el cómputo del plazo para recurrir basadas en la condición de detenido o no del imputado". También en "MARTINEZ GUALCO", CSJN., Fallos: 329:510. En "SCILINGO ADOLFO", Fallos 320:854, 06/05/97, la minoría sostuvo que la admisión de recursos informales debe ser admitido para personas privadas de su libertad.

¹⁶ "DUBRA DAVID", CSJN., Fallos 327:3802, "lo que debe tenerse en cuenta para el cómputo del plazo en la interposición de la queja es la notificación personal al encausado de la decisión que acarrea la firmeza de la condena, dado que la posibilidad de obtener un nuevo pronunciamiento judicial a través de los recursos procesales constituye una facultad del imputado y no una potestad del defensor", idem. entre otros: "SALAS ARIEL", CSJN., Fallos 329:149, voto de la mayoría en: "SCILINGO ADOLFO", Fallos 320:854, 06/05/97, "PERALTA JOSEFA", CSJN., 30/05/06, "LESCANO MARIO", CSJN., Fallos: 330:298, "MOREL CRISTIAN", Fallos: 328:4580. En contra de lo resuelto -por mayoría- en "ALBARENQUE SIXTO", CSJN., Fallos 322:1329, con apoyo en "CÁRDENAS DIAZ VIVIANA", CSJN., 27/12/98, cuando sostuvo: "notificada la defensa de la denegatoria del recurso extraordinario, la posterior notificación al procesado de la misma providencia resulta irrelevante para el cómputo del plazo para la interposición de la queja".

¹⁷ Tal el caso de la causa "RUIZ RAMÓN", CSJN., 24/08/10, allí la Corte haciendo propios los argumentos expuestos por el Procurador Fiscal hizo lugar a la queja y declaró procedente el REF. El dictamen señala: "pues el tribunal computó el plazo para interponer el recurso que declaró extemporáneo desde la fecha de audiencia de lectura de la sentencia a la que asistió sin asistencia letrada, con base en argumentos que no satisfacen de manera aparente el recaudo de fundamentación".

¹⁸ Así en "AYALA CEBER", CSJN., Fallos: 328:3284, la Corte rechazó el recurso interpuesto fuera de término. En minoría el Dr. ZAFFARONI sostuvo que "la

Ante esta realidad –entre otras– me surgen las siguientes inquietudes: *¿esta obligado el defensor a fundar el reclamo desopilante incoado por su defendido?, deben sostener ¿las denuncias contra los magistrados, funcionarios o letrados defensores?, tienen que motivar ¿las peticiones sin sentido, contrarias al derecho vigente o a las prácticas forenses?, y si fuera así ¿tiene lugar la ética profesional, la buena fe y la lealtad procesal en este esquema?, ¿no se cosifica la labor del defensor al tener que dar sustento a planteos francamente disparatados, anti éticos o contrarios al fair pay?.*

Y respecto de planteos realizados directamente por sus asistidos, los defensores oficiales *¿pueden esgrimir reparos de sentido común, técnicos, legales, estratégicos o de conciencia?.*

En cuanto al recurso: *¿necesariamente debe ser para todos los imputados?, ¿no sería conveniente limitar esta vía informal a personas detenidas sin asistencia particular?, ¿cuál planteo tiene prioridad el que realiza el defensor o el que hace el sospechado?, ¿?, ¿deben necesariamente agotarse todas las instancias a sabiendas de la improponibilidad de los planteos recursivos?, ¿en este supuesto, quién es responsable si el condenado pierde el acceso a beneficios carcelarios por falta de una sentencia firme?.*

Por último, desde la mirada del juez *¿cuál sería la razón de ser de la defensa técnica?, ¿cuál es el rol que debe cumplir?, ¿cuándo se considera que la defensa eficaz o ineficaz?, ¿es mejor aquella que acepta hacer lo que el juez quiere?.*

Podría seguir varias horas formulando dudas que me giran en torno a esta actividad, pero quisiera puntualizar las consecuencias que sin dudas derivarán de la forma de llevar adelante la faz

negligencia del abogado defensor no puede acarrearle perjuicios al imputado, ni se puede sancionar la falta del defensor en cabeza del defendido”.

recursiva, por cuanto esta mecánica ha puesto en jaque a las organizaciones judiciales provinciales –obligadas a aplicar los mismos principios recursivos¹⁹–, ha devastado su sistema de notificaciones ocasionando serias distorsiones temporales, generando un verdadero desmadre a la hora de verificar el cumplimiento de los términos, con la consecuente afectación de la seguridad jurídica.

Pero eso no es todo, existen tres consecuencias preocupantes derivadas de esta práctica:

1) La primera es la eternización del proceso penal sobre todo en su faz recursiva, lo que, por ejemplo, ha llevado en la práctica a declarar la extinción de la acción penal luego de dictada sentencia condenatoria confirmada por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal y rechazado el recurso de inaplicabilidad de Ley por parte de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, sin ingresar en el tratamiento de los agravios por cuanto *"el examen de la subsistencia de la acción penal resulta previo a cualquier otro planteo, toda vez que su extinción constituye una cuestión de orden público, que opera de pleno derecho y debe ser declarada de oficio"*²⁰, situación esta –la demora y sus consecuencias– que compromete seriamente el correcto funcionamiento de la

¹⁹ *"Los mismos principios que aplica la Corte para sí en los casos de los recursos extraordinarios in forma pauperis también deben ser cumplidos por los tribunales locales al conocer respecto de la procedencia de los recursos previstos por los ordenamientos provinciales"*, "GORDILLO RAUL", CSJN., 29/09/87.

²⁰ "BARROSO ENRIQUE", CSJN., 31/08/10. En el caso, el imputado fue condenado en julio de 1998 a la pena de seis años y seis meses de prisión al considerarlo penalmente responsable de los delitos de ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA y TENENCIA ILEGÍTIMA DE ARMA DE GUERRA –en concurso real– arts. 166 inc. 2º, 189 bis tercer párrafo del Código Penal. En octubre de 1998, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, confirmó la sentencia, en tanto, en julio de 2007 fue rechazado el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, lo que motivó la presentación de un Recurso Extraordinario Federal, que fue concedido en abril de 2008 y resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en agosto de 2010. Es decir que desde la condena inicial y el tratamiento del REF. inclusive se tardó más de doce años.

administración de justicia, abriendo las puertas de la impunidad, definida por la CIDH como *"la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares (...)*. Los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana. Los resultados de las investigaciones antes aludidas deberán ser públicamente divulgados, para que la sociedad Argentina conozca la verdad sobre los hechos"²¹.

2) La segunda, es la falta de proyección de los efectos que esta *"flexibilización"* acarrea sobre el sistema recursivo en particular, la imposibilidad de parte de los órganos de revisión para procesar la enorme cantidad de causas que llegan a esa instancia lo que sin dudas provoca dilaciones y genera un cúmulo de trabajo racionalmente imposible de manejar.

Es que el sistema de enjuiciamiento criminal se caracteriza por contar con una organización jurisdiccional de tipo *"piramidal"* en la cual, cuando más alto es el nivel al que llega el proceso menos son los organismos habilitados para decidir, facultad que al final del espiral sólo tiene la CSJN., y será ésta la que deba soportar la enorme carga de decidir en *"término"* todas las impugnaciones del país sin selección previa, cuestión que en la práctica resulta al menos utópico.

²¹ "BULACIO vs. ARGENTINA", CIDH., 12/09/03.

Por otra parte, si las provincias se encuentran realizando un gran esfuerzo para adaptar sus estructuras a las exigencias constitucionales de "*doble instancia*", una vez que esa garantía se encuentre asegurada, no veo por qué la Corte debe intervenir en todos los asuntos como si fuera una nueva instancia de apelación. Es aquí donde se debería realizar un ajuste a fin de sólo lleguen los casos que puedan realmente ser tratados en término y que por su impacto, gravedad, materia o lo que fuere, tengan trascendencia federal.

3) La tercera, es el evidente quiebre de la "*bilateralidad*" que este proceder genera, lo que lleva efectivamente a romper el esquema "*adversarial*", el que sin dudas queda herido de muerte, pues estas fórmulas son consagradas exclusivamente a favor de una de las partes o *¿se trata de igual manera y con las mismas prerrogativas a la víctima del delito o al MPF.?*

En definitiva, ante la aceptación ilimitada de las fórmulas recursivas originadas en la expansión sostenida de prácticas informales, el recurso de extraordinario federal ha perdido precisamente su naturaleza federal y extraordinaria, se ha convertido –pese a que se afirme lo contrario– en una suerte de tercera o cuarta instancia²² que por el tiempo que insume el trámite, brindará respuestas tardías o bien, no las brindará –como ha ocurrido– al amparo del examen sobre la "*subsistencia de la acción penal*" que lógicamente resulta "*previo a cualquier otro*

²² En esa línea, tengamos presente que los planteos deben ser previamente tamizados por parte de los tribunales locales tal como lo señalara la Corte al sentenciar: "*Las provincias son libres de crear las instancias judiciales que estimen apropiadas, pero sin vedar a ninguna de ellas y menos a las más altas, la aplicación preferente de la Constitución Nacional*", "MACHUCA ANDRES", CSJN., 11/07/06, del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo. En sintonía ha dicho: "*la Cámara Nacional de Casación Penal se encuentra facultada para conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que intenten someterse a la decisión final de la Corte Suprema*", "DI NUNZIO", CSJN., Fallos: 328:1108, entre muchos otros.

planteo”, procediendo a declarar la prescripción de la acción penal en aquellos casos en que se verifique una *“dilación indebida en el trámite”*, tal como recientemente lo sentenciará la Corte Federal en causa *“BARROSO”*²³, quien condenado a seis años y seis meses en octubre de 1998, recurso mediante, transitó durante más de doce años los pasillos tribunalicios, lo que derivó –pese a haber sido condenado- en la extinción de la acción penal seguida en su contra.

IV- La desaparición de la cárcel: ¿el proceso como pena?

Este cuadro es una muestra cabal sobre la necesidad de doblugar los esfuerzos en acortar los plazos, en reducir los tiempos que demanda la investigación preparatoria, el juicio y la instancia recursiva compuesta –en algunos casos- por uno o dos controles locales y luego por uno nacional, caso contrario, el proceso se convertirá en pena y las cárceles sólo reservadas para condenados a prisión perpetua.

Para evitar los efectos nocivos de los procesos perennes, verdaderos castigos para los sospechados, sería conveniente establecer que el trámite, en ningún caso, pueda tener una duración que exceda –proporcionalmente²⁴- el que insumió la etapa preparatoria o el plenario oral. Si no fuese así, jamás podría llegarse a una condena *“firme”* sin comprometer seriamente la

²³ “BARROSO ENRIQUE”, CSJN., 31/08/10.

²⁴ La propuesta es sencilla: tomando en cuenta que la mayoría de los ordenamientos procesales establecen cuatro meses como plazo para la investigación preparatoria, entiendo que en ningún supuesto la instancia recursiva debe superar ese tope. Y si la realidad demuestra que el límite temporal que marca la ley es una ficción, bueno optemos por el límite real, el que establece el propio trámite y actuemos con idénticos parámetros: que la instancia recursiva nunca supere en tiempo lo que demandó la actividad preparatoria y el juicio.

"duración razonable" que demanda el proceso, lo que conllevaría – en la mayoría de los casos- a la absolución del encausado por "licuación" de la acción penal por el mero transcurso del tiempo, formándose así un círculo vicioso del que es imposible salir, por cuanto sólo podrán escapar a la prescripción las causas con condenas "perpetuas".

De esta manera, lo vaticinado antaño por la Corte Federal podría hogaño, hacerse efectivo por cuanto "si para escapar al peligro del error posible hubiera de concederse recurso de las decisiones de la Corte, para escapar a idéntico peligro, habría que conceder recurso de las decisiones del tribunal que pudiera revocar las decisiones de la Corte y de este a otro por igual razón, estableciendo una serie que jamás terminaría porque jamás podría hallarse un tribunal en que no fuera posible el error Habría que establecer por siguiente, la eterna incertidumbre del derecho con la impotencia de los poderes sociales para poner fin a los pleitos, y por temor de un peligro posible se caería en un peligro cierto y sin duda alguna más grave, de una permanente anarquía"²⁵.

V-La defensa ineficaz y el paternalismo judicial:

Otro aspecto que emerge del análisis precedentemente efectuado y que corre por cuerda a la tramitación de los recursos *in forma pauperis* es la recurrente apelación a colocar al imputado en situación de indefensión y desde allí sortear los recaudos formales que hacen a la admisibilidad de la impugnación y además, aún en los casos en que se provee de defensa, señalar que la misma no ha sido eficaz por cuanto, a juicio del tribunal de revisión, se "omitió

²⁵ CSJN., Fallos 12:134.

plantear cuestiones conducentes y/o esenciales”, o bien se “limitó a transcribir los argumentos del condenado”.

Así, y tal como vimos, la Corte ha dicho que si bien las sentencias deben limitarse a lo peticionado por las partes en un recurso extraordinario, *“constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional el control aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmado”,* agregando que configura un menoscabo a la defensa en juicio la fundamentación del recurso realizada por el defensor que en su presentación, se ha limitado *“a transcribir los agravios que se habían alegado en dicha presentación, pero no desarrolló una crítica concreta y razonada a los argumentos en los que se apoyó la declaración de culpabilidad y la cuantificación de la pena”*²⁶.

Esta combinación originada a partir de la derogación fáctica de las normas y principios procesales –como la disposición que expresa que lectura de sentencia, valdrá en todo caso como notificación a las partes o los efectos derivados de la preclusión- y, en otro orden, la ampliación indiscriminada de los supuestos de admisibilidad de la voluntad recursiva, su postulación, o corrección por parte del tribunal que debe decidir sin dudas provocará –como dije supra- un colapso en las posibilidades reales que tiene el Máximo Tribunal Federal de ejercer, -como último Tribunal Nacional- razonablemente, el control efectivo de los actos jurisdiccionales.

Pero además -y esto es muy desalentador-, coloca en manos de quien decide la potestad de determinar la estrategia defensiva y de

²⁶ “GUZMAN JORGE”, CSJN., 31/08/10, con asiento en Fallos 319:192, 327:5095, entre otros.

juzgar el acierto o error de ella, lo que a mi juicio colisiona con la necesidad de contar con un tribunal imparcial, pues es evidente que esa hiperactividad jurisdiccional se proyecta sobre la labor de las partes, las inunda de contenido y provoca una alteración en las proposiciones que manejan, lo que genera un posicionamiento anticipado: el tercero imparcial pasa a decidir no solo la cuestión de fondo sometida a su conocimiento, sino que también, resuelve cómo debe ser planteado el caso; cuál es la hipótesis de trabajo más conveniente, en síntesis, en función de lo que pretende resolver provoca el planteo, realiza una labor partitiva en franco detrimento del debido proceso.

En definitiva, todo hace suponer que pese al discurso "adversarial", la actividad sigue anidando desconfianza hacia la labor de las partes, caso contrario: *¿cómo se explica que sean los magistrados los que se encuentren en mejores condiciones para definir la hipótesis de trabajo?*

A modo de síntesis, parafraseando a ZAFFARONI, al tiempo de deslegitimar las facultades probatorias del tribunal de juicio, es posible sostener que cuando se asumen potestades propias de la acusación –en este caso es indiferente si son de acusación o defensas– estaríamos acercando a un "modelo de enjuiciamiento criminal diametralmente opuesto al que surge de la referencia constitucional, en el cual la actividad procesal asumiría un carácter monista que erigiría al juez en el único protagonista"²⁷, conclusiones que *mutatis mutandi* pueden ser aplicadas a la faz recursiva.

IV- Consideraciones finales:

²⁷ Del voto en causa "SANDOVAL DAVID", CSJN., 31/08/10.

Con lo expuesto considero imprescindible replantear el actual e hiperflexibilizado sistema recursivo por uno que garantice la "*defensa en juicio*" pero que además, respete la "*bilateralidad*" y por sobre todo, que reconozca las situaciones de cada provincia del territorio nacional, de cada organización judicial y sobre esa base, no unifique los trámites en función de lo que puede ser las vivencias de una provincia por más importante que sea.

No se puede trazar un esquema nacional en función de estadísticas fragmentadas, de realidades contrapuestas, de situaciones disímiles. No todas las cárceles del país están repletas de procesados, tampoco la situación de los tribunales y de la defensa oficial es igualitaria en el territorio nacional. Revindicando el federalismo judicial, en ocasiones ahogado por prácticas centralistas, entiendo que se debe trabajar en conjurar los problemas específicos que puede presentar cada región a fin de evitar aplicar un tratamiento idéntico a "*pacientes*" con diversas dolencias.

Sería importante que se organice y lleve adelante un control real, efectivo, concreto y a su vez preventivo de la duración razonable del proceso penal. Digo preventivo por cuanto, si la idea es ejercer el control exclusivamente al tiempo de dictar sentencia en la última instancia recursiva de la Nación, es probable que el remedio llegue tarde.

La justicia no se afianza con la prescripción de casos. Si entendemos que el proceso "*redefine*" el conflicto, lo "*congela*", lo "*petrifica*" o bien lo "*finaliza*", la peor manera de hacerlo es al amparo de la prescripción de la acción penal. En este caso, la víctima no obtuvo una respuesta, la sociedad menos y el sospechado, se ve impedido de ejercitar su defensa; porque más allá de los beneficios que esta situación le pueda acarrear, no verá

cegada la persecución a partir de su declaración de inocencia, porque su caso no pudo ser tratado. Aquí radica la mayor injusticia: años de esfuerzo, de tiempo y miles de hojas desperdiciadas por la inoperancia del sistema.

Otra cuestión urgente es limitar las facultades del tribunal de revisión al tratamiento y decisión de los temas propuestos por las partes. En ese orden: *¿puede controlar oficiosamente la teoría del caso de los litigantes?*. Si realmente el juez es un tercero imparcial, *¿puede desde ese sitio juzgar el acierto o desacierto de las estrategias esgrimidas por la acusación o la defensa?*. No sería conveniente que se mantenga en su rol, que se avenga a decidir las cuestiones sometidas al imperio de su jurisdicción.

El activismo jurisdiccional desmesurado y fuera de control al que las partes se ven sometidas es una muestra cabal de la pervivencia de un paternalismo inquisitivo que nos negamos a abandonar, y más aún, pone de manifiesto la desconfianza que desde la judicatura se tiene para con las partes a quienes lejos de permitirles "*hacer su juego*" o elaborando su propia "*teoría del caso*", se empeña en dominar a fuerza de interferir en sus estrategias y quebrarles su condición de sujetos procesales autónomos, con capacidad de gestionar y decidir por sí, lo que estiman más conveniente a sus intereses.

Lo terrible de esta situación es que mientras nos esforzamos en realizar cambios fundamentales en la estructura de "*persecución y enjuiciamiento penal*", mientras pregonamos las bondades del sistema adversarial, la revisión va acuñando las más viejas prácticas, precisamente aquellas que con la reforma procesal se pretenden extirpar.

En definitiva, si bien es cierto que el sistema acusatorio necesita de defensores y acusadores "*mayores de edad*", no menos

cierto es que requiere de jueces que renieguen de sus pretensiones de continuar ejerciendo la "*patria potestad*" sobre ellos.

Rubén A. Chaia,

Paraná, 5 de diciembre de 2010