

*La falsa tesis de la tercera instancia**

Una mirada sistémica

Por Juan C. Vega¹

1. Introducción

En Argentina circula desde hace bastante tiempo ya, la tesis de la necesidad de una tercera instancia para lograr firmeza en una sentencia penal. Es una afirmación que carece de todo fundamento jurídico constitucional. No existe ninguna norma expresa en la Constitución Nacional, en el Código Penal, en el Código Civil o en los Códigos Procesales federales o provinciales, que consagren a una tercera instancia como requisito de sentencia firme.

El Sistema Judicial argentino es de **doble instancia** y no de triple instancia. La tercera instancia se logra solo mediante un recurso extraordinario que “nunca” tiene efecto suspensivo de la condena. Pero la condena firme es la de segunda instancia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 8.2 h consagra el derecho humano a una segunda instancia. Pero jamás garantiza al ciudadano el derecho a una tercera instancia como requisito de sentencia firme.

Sostener que una sentencia firme solo se logra con el dictado de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación significa hablar de 14 años de plazos judiciales y de inevitables prescripciones liberatorias.

En Estados Unidos de América, Francia, Italia e Israel la segunda instancia es definitiva. Y ella cubre las garantías judiciales que exige el art. 8.2 h. de la Convención Americana.

La condena de la Cámara Federal de Casación es condena de segunda instancia. Y condena firme. De ahí en más el condenado podrá plantear recursos judiciales extraordinarios y como tales no tienen ningún efecto suspensivo de la condena firme.

Ese recurso extraordinario ante la CSJN como lo dice su nombre, procede una vez agotado el procedimiento ordinario. Es decir, agotadas las vías judiciales ordinarias.

De allí que el condenado en segunda instancia tenga el derecho recursivo extraordinario. Pero deberá plantearlo desde la cárcel. Es decir, desde la etapa de cumplimiento efectivo de una sentencia firme que es la de segunda instancia.

Si la Corte Suprema argentina lo declara procedente, corresponde anular la condena de segunda instancia y procede la libertad inmediata del condenado por la segunda instancia y una indemnización por error judicial.

* Colaboraron en este artículo Juan Cernusco y Franco Griffa Re. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Universidad Católica de Córdoba. Universidad Católica de Lovaina. Presidente de la Comisión de Legislación Penal, HCDN.

La Corte Interamericana en el caso “Valle Ambrosio c/Argentina”, en el año 2020, dictó sentencia fijando los alcances que debe tener la segunda instancia penal como fundamento de sentencia firme. La Corte Interamericana impone la obligatoriedad procesal de que la segunda instancia sea completa. Es decir, una revisión integral del derecho, de los hechos y de las pruebas.

El ciudadano argentino no puede seguir siendo engañado y confundido. Con el argumento de un ultra garantismo que en realidad esconde impunidad para el poder.

2. El análisis sistémico en el derecho

El análisis sistémico es el único análisis que se reconoce como científico en el mundo del Derecho. Nada puede ser interpretado fuera de su contexto. Ninguna interpretación jurídica puede soslayar las causas ni las consecuencias de los hechos ni del derecho aplicado.

Ninguna interpretación jurídica es válida si ella soslaya los contextos que rodean la norma aplicable.

Y la tesis de una tercera instancia como requisito de condena firme encubre impunidad para los delitos del poder.

No existe ninguna norma jurídica que avale esta tesis. Ni constitucional ni convencional. Pero además es una tesis que no resiste la prueba de un análisis sistémico.

Es una figura política más que jurídica. Claramente violatoria de los derechos de las víctimas.

Se debe recordar que en los tratados de derechos humanos, el derecho de las víctimas tiene la misma jerarquía constitucional que el derecho de los imputados.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 25, consagra los derechos de las víctimas. En la realidad argentina la tesis de la tercera instancia funciona de manera especial en los procesos judiciales de corrupción.

Es allí, en los casos de corrupción, donde se pone en evidencia el verdadero objetivo de la tercera instancia, que es el de garantizar que nunca haya condena para los delitos del poder.

El CIPCE (Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica) en su informe del 2009, nos muestra como en Argentina un proceso de corrupción dura en promedio de 14 años y solo tiene un 5% de índice de condena. Y los bienes robados por la corrupción nunca son recuperados ni reintegrados a la sociedad, que es la víctima de la corrupción.

Esta es la verdad real que esconde la tesis de la tercera instancia. Garantizar impunidad de los delitos del poder. Porque después de 14 años de proceso judicial, inevitablemente aparece la prescripción liberatoria a favor de los imputados por corrupción.

En síntesis, la tesis de la tercera instancia no solo carece de sustento legal, constitucional o convencional, sino que es una práctica judicial con aval académico inexplicable y cuyo objetivo real es claro y definido: garantizar la impunidad de los

delitos del poder, prolongando deliberadamente los procesos judiciales de un modo tal que nunca se llegue a una condena firme.

En el análisis sistémico, el intérprete del derecho y de modo especial, el juzgador, está obligado a medir las consecuencias de sus decisiones.

Veamos ahora cuales son los datos significativos del contexto que rodea la falsa tesis de la tercera instancia. Contexto histórico, jurídico y político.

3. Las interpretaciones exuberantes en el derecho argentino

“Exuberante” es el término que emplea Jonathan Miller para describir con verdadero asombro una regla jurídica en la Argentina. Miller es un jurista de sólida formación en el derecho anglosajón². Y conoce como pocos la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. Mira con asombro la capacidad que tienen los abogados y juristas argentinos para interpretar de cualquier modo y forma el texto escrito de una ley.

Las llamadas dos bibliotecas que existen en el derecho argentino expresan esta exuberancia interpretativa que caracteriza al pensamiento jurídico dominante en la República Argentina. La de la interpretación sin límites de los textos jurídicos. Porque la letra de la Ley y su finalidad de justicia han sido sustituida por interpretaciones que terminan modificando al texto escrito. Por cierto, que detrás de esta exuberancia interpretativa en el derecho argentino está presente una ecuación de poder. Porque las mayores interpretaciones del derecho argentino alejadas de la letra de la ley son a favor del poder político, del poder económico y del poder sindical. El derecho no es inocente en términos de poder.

Miller pertenece a una escuela jurídica en la cual el análisis comienza en el caso concreto y la conclusión es la doctrina o la teoría. En Argentina el razonamiento es el contrario. Aquí se parte de la teoría para llegar al caso concreto. Y muchas veces se deforma la realidad, es decir el caso concreto, para poder llegar a adecuarlo a la teoría.

Esto hace que en Argentina tengamos posiciones de interpretaciones jurídicas diferentes y contradictorias sobre temas que no admiten relativismo alguno. El concepto de pena, de persecución penal, de reparación, de daño y principalmente el concepto de sentencia firme o de doble instancia en sede penal, y de igualdad ante la ley. En la Argentina jurídica todo es polémico y relativo. Válido según la mirada del intérprete.

El Informe del CIPCE del 2009 muestra con elocuencia las consecuencias que genera la falsa tesis de la tercera instancia.

² Junto a Jonathan Miller fuimos los abogados ante la CIDH en el caso “Birt, Guillermo y otros c/Argentina”. Los sobrevivientes de las cárceles clandestinas del Terrorismo de Estado en Córdoba. Este fue el primer caso en el Sistema Interamericano de una Solución Amistosa que se firmó ante la Comisión. El presidente Menem dictó el decreto 70/91 que fue la base de toda la legalidad reparatoria por las violaciones a los DDHH del Terrorismo de Estado. En este caso intervinieron como co-patrocinantes Robert Goldman y Alejandro Garro. En el año 2002 nuevamente el suscripto y Jonathan Miller trabajamos en conjunto en el caso 12.254 ante la CIDH “Víctor Hugo Saldaño c/EEUU”. Este trabajo conjunto se extiende hasta el 2016, fecha en que la Comisión dicta un Informe de Fondo declarando que los EEUU habían violado la Declaración Americana por vía del racismo judicial.

Un juicio por corrupción dura un promedio de 14 años. Llega a la CSJN por una vía casi ordinaria y tiene un índice de condena no mayor al 5%. En ese informe se muestra que los bienes de la corrupción nunca son devueltos al Estado. Porque los bienes de la corrupción son robados a la sociedad que es la víctima de la corrupción.

Allí se demuestra que en esos 14 años de proceso judicial, se vencen los plazos de la prescripción liberatoria de los corruptos. Por lo que la Justicia se ve en la obligación de declarar absoluciones e inocencias por prescripción liberatoria.

4. La doctrina de la arbitrariedad

Esta es una de las típicas “creaciones” pretorianas del exuberante pensamiento jurídico argentino. Veamos los números. La Corte Suprema de Justicia de los EEUU dicta entre 150 y 180 sentencias por año (Writ of Certiorari).

La Corte en los Estados Unidos tiene un solo fundamento para dictar sus sentencias que es el de la gravedad institucional para la democracia. Allí no existe la arbitrariedad como fundamento de la competencia de la Corte Suprema.

La Corte Suprema argentina anualmente dicta aproximadamente 18.000 sentencias. Los datos extraídos de la Secretaria de Jurisprudencia de la CSJN del año 2023 arrojan las cifras siguientes: Total de sentencias: 10.025. Sentencias que declaran inconstitucionalidades: 76 (incluye remisiones a precedentes anteriores). Sentencias que declaran arbitrariedad del fallo recurrido: 268 (incluye remisiones a precedentes anteriores). Rechazos sin ingresar en el fondo (incluye casos de art. 280 y otras fórmulas relacionadas con cuestiones formales): 6558.

El ministro de la Corte Juan Carlos Maqueda, en un reportaje³, aclara que la Cámara Federal de Casación Penal es tercera instancia ya que la causa penal ha pasado por un juez, una Cámara de Apelaciones y finalmente la Casación que es el Tribunal Penal de mayor rango en la Argentina.

Sin embargo, no es para nada claro en el análisis de la validez o falsedad de una tercera instancia.

Pienso que Maqueda se confunde en términos comunicacionales, pero no en términos jurídicos. Porque sus palabras son claras en el sentido de que la sentencia de la CFCP es sentencia firme. Y que a la Corte Suprema solo puede llegar un recurso extraordinario. Nada dice sobre el efecto suspensivo de la condena.

La Corte argentina en los hechos se ha transformado en un Tribunal de Apelaciones ordinarias, lo que deforma el rol constitucional que tiene el máximo tribunal de Justicia en un Estado de derecho.

Su función constitucional primaria es la de controlar a los otros poderes del Estado. Control recíproco de poderes. Control de constitucionalidad. A fin de evitar abusos en el poder. De manera especial en este siglo XXI con la incorporación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

³ Entrevista. Juan Carlos Maqueda: Que Cristina sea expresidenta no hace que su caso sea extraordinario, www.lavoz.com.ar/politica/juan-carlos-maqueda-que-cristina-sea-expresidenta-no-hace-que-su-caso-sea-extraordinario, 19/11/24.

Pero sin embargo, el mayor trabajo que ejecuta la CSJN es del controlar la arbitrariedad en las sentencias dictadas por jueces argentinos inferiores. Ello va en desmedro de su rol constitucional primario que es el de controlar los abusos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Una Corte que debe dictar 18.000 sentencias por año para corregir arbitrariedades judiciales debilita y deforma su rol primario de controlar a los otros poderes del Estado.

Las arbitrariedades judiciales se deberían corregir a través de los órganos constitucionales que controlan el mal desempeño de los jueces con fuertes sanciones y destituciones.

5. Lo moralmente inaceptable

A diferencia del reproche moral que pertenece al espacio de la ética, lo moralmente inaceptable es una figura jurídica que se consolida después del horror de Auschwitz en los Tribunales de Núremberg. Allí aparecen los límites de la legalidad estatal. Los límites del voto popular. Lo moralmente inaceptable fue utilizado en Argentina como fundamento jurídico de la nulidad de la ley de autoamnistía firmada por el último dictador militar Bignone en el año 1982. Y fue avalada por todo el arco político y jurídico argentino.

En Argentina existe un prejuicio carente de todo fundamento científico sobre el concepto de la moral como fundamento del Derecho. Al pensamiento dominante en el Derecho argentino le avergüenza el término “moral” incorporado al campo de lo jurídico. Porque confunde moral con religión y en la actualidad, en el siglo XXI, la moral está asociada con la democracia y los derechos humanos.

La figura jurídica de lo moralmente inaceptable es el origen y fundamento de la legalidad internacional de derechos humanos.

Vale recordar que, en los tratados supranacionales de derechos humanos, el requisito insoslayable que se exige para integrar la Comisión o Corte Interamericana es el de tener “alta autoridad moral”.

En el Derecho argentino, hablar de alta autoridad moral como lo hacen los tratados es inaceptable, porque venimos de un trayecto político-cultural que ha descalificado a la moral como fundamento de racionalidad o de derecho.

El positivismo jurídico del siglo XX ha significado un gran avance del derecho porque lo ha independizado de la religión, pero en el siglo XXI con la incorporación de los tratados internacionales ese positivismo jurídico se debe reformular y avanzar en términos de garantía efectiva de los derechos humanos.

Y los derechos humanos son los derechos del ciudadano y no derechos del poder. La figura de lo moralmente inaceptable pertenece a la legalidad de derechos humanos. Y como tal debería ser aplicada como fundamento de decisiones judiciales y políticas en la República Argentina. A la pregunta de ¿quién y cómo se mide lo moralmente inaceptable en un Estado de derecho? Se responde con los precedentes argentinos y los del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La nulidad de la ley de autoamnistía de Bignone y el rechazo por parte de la Corte y la Comisión de candidatos a jueces propuestos por los Estado para integrar los medios de protección de los derechos humanos.

Un ciudadano con sospechas fundadas de enriquecimientos patrimoniales injustificados, más allá de que haya sido enjuiciado o condenado no puede ser considerado con alta autoridad moral.

La participación de un ciudadano o ciudadana en una trama de corrupción, de lavado de activos, de trata de personas, sin necesidad de que exista una condena penal firme es moralmente inaceptable. Esto no quiebra el principio de inocencia porque un procesamiento firme implica un alto nivel de sospecha delictual. Y ese nivel de sospecha es fundamento suficiente de lo moralmente inaceptable. No se trata de una pena o de una condena, se trata de un límite que tienen los Estados democráticos para designar funcionarios con alta autoridad moral.

6. La reformulación de la figura del funcionario público

La Convención de Caracas, que es la ley 24.759⁴ de la Nación Argentina debe primar sobre el Código Penal argentino en cuanto a la definición de funcionario público. El Código Penal argentino data de 1921, en esa época los delitos de corrupción estaban limitados al contrabando de ganado o al contrabando en sí. 100 años después, o sea en la actualidad, la corrupción se ha convertido en un delito altamente sofisticado que invade el espacio de lo financiero, de lo estatal, de lo bancario, de lo sindical y hasta de lo cultural.

Los países de la OCDE han creado un Grupo de Trabajo de Lucha contra la Corrupción, y en los hechos han reformulado la figura del funcionario público. Esto quiere decir que la Argentina no puede seguir, en el siglo XXI, con una figura penal superada por la realidad histórica.

Son funcionarios públicos todos aquellos que están “al servicio del Estado”. No solo aquellos que son designados por decretos o resoluciones. Los contratistas y concesionarios de obras y servicios públicos deben ser considerados funcionarios públicos a los fines penales y civiles.

Todos esos datos de contexto que citamos, sirven para fundar nuestra posición de que la tesis de la tercera instancia como fundamento de una sentencia firme, no solo es equivocada jurídicamente y carente de todo fundamento legal, sino que además encubre garantías de impunidad para los delitos del poder.

La tesis de la tercera instancia falsa y deforma el régimen republicano de gobierno que consagra la Constitución Nacional. Falsa y deforma al Sistema Judicial argentino que es de **doble instancia** y no de triple instancia.

Pero además, la falsa tesis de la tercera instancia, forma parte de esa corriente teórica marcada por la exuberancia interpretativa de la norma jurídica, pero esa exuberancia siempre beneficia al poder y no al ciudadano común.

⁴ Iniciativa Diputado Juan Carlos Maqueda.

7. La doctrina de la Corte Argentina sobre la continuidad jurídica del Estado

Este es el “huevo de la serpiente” de la falsa tesis de la tercera instancia. El origen de las deformaciones del pensamiento jurídico argentino. Hay que recordar que en septiembre de 1930 se produce el primer golpe de Estado en Argentina, derrocando a un presidente elegido por el voto popular y consagra al General Uriburu en el poder. Es legitimado y avalado por la CSJN, con el cínico argumento de que el Estado debía tener continuidad jurídica sin importar que su origen sea democrático o dictatorial.

Esa doctrina de la Corte es la matriz del pensamiento jurídico argentino en todo el siglo XX. Y es un pensamiento jurídico que legitima a la fuerza como valor de norma jurídica; legitima el poder, sea cual fuere su origen, y por ende también legitima la impunidad del poder.

Recién en la reforma constitucional de 1994 se derrumba esta doctrina legitimadora de la fuerza como valor de Justicia. Aparece el art. 36 de la Const. nacional que declara la invalidez de esa doctrina de la Corte Suprema argentina. Pero era tarde. Porque durante el siglo XX el pensamiento jurídico argentino estuvo matizado por esa perversa doctrina legitimadora de la fuerza, de la violencia y de los golpes de Estado. Es la doctrina que permite que dos tercios del siglo XX argentino hayan estado en manos de gobiernos de facto. Es la doctrina que permitió y avaló el terrorismo de Estado más sangriento de América entre 1976 y 1983.

Este es el origen del mal. Este es el origen de la decadencia argentina. Porque esa doctrina debilitó las instituciones y las llevó a un nivel cero. A partir de 1930, Argentina se baja de la Modernidad. No tanto por desaciertos en políticas económicas, sino por su baja calidad institucional. Un país que legitima la fuerza como valor de norma jurídica y como sostén de poder político, no puede ingresar a la Modernidad económica del siglo XX.

Esa doctrina de la Corte que quitó a la Argentina de la Modernidad del siglo XX, no solo moldeó un pensamiento jurídico marcadamente autoritario, sino que generó una cultura social avalista de los gobiernos de fuerza y en especial del terrorismo de Estado. El mayor genocidio de las Américas.

En la Argentina del 2024 aparecen todavía las secuelas de esta perversa matriz jurídica. Y la peor herencia es la falsa tesis de la tercera instancia que lleva a los procesos judiciales por delitos del poder a 14 años. Y por ende a la impunidad de los corruptos.

Esta falsa tesis de la tercera instancia es heredera directa de la doctrina de la Corte de 1930 porque ambas terminan legitimando a la fuerza y a la corrupción. Recordemos que el art. 36 de la Constitución reformada en 1994, identifica a los actos de los gobiernos de facto con los actos de corrupción. Ambos son considerados violatorios del orden democrático. No es casual que el convencional constituyente haya identificado los actos de ruptura del orden constitucional mediante golpes de Estado con los actos de corrupción en plena democracia.

Y la falsa tesis de la tercera instancia encuadra en las hipótesis que criminaliza el mencionado art. 36.

8. ¿Qué hacer?

No se trata de cambiar instituciones mediante leyes que no se apliquen. Se trata de cambiar la cultura jurídica, política y social que, bajo el falso ropaje de progresismo, ha llevado a concederle a los imputados por delitos del poder, garantías de impunidad absolutas. La tercera instancia es garantía de impunidad para los delitos del poder. Y no es garantía alguna para el ciudadano común.

La falsa tesis de la tercera instancia debe ser leída e interpretada en función del contexto histórico, social y político de la democracia argentina, porque es allí donde ha nacido esta falsa tesis. La paradoja de la tercera instancia “aserción inverosímil o absurda que se presenta con apariencia de verdadera”, es la de que la tercera instancia declara proteger los derechos del imputado. Mientras que lo que se logra en la realidad es la impunidad para los delitos del poder. De allí la definición de paradoja.

Este trabajo apunta a contextualizar por qué la tesis de la tercera instancia como fundamento de sentencia firme no solo es falsa en términos constitucionales y convencionales, sino que además es heredera directa de un pensamiento jurídico impregnado de autoritarismo y cuyo origen fuera la doctrina de la Corte Argentina sobre continuidad jurídica del Estado del año 1930.

Y a la pregunta de **¿por qué sobrevive esta falsa tesis después de la reforma de 1994 que asimiló los actos de los gobiernos de facto con los actos de corrupción?**, la respuesta es sencilla. El pensamiento jurídico es el que más tarda en cambiar. Y el pensamiento jurídico argentino aún hoy sigue teniendo fuertes lazos ideológicos con la doctrina de la Corte de 1930.

El derecho es el último eslabón del cambio social. El derecho conserva y perpetúa las costumbres sociales. Y es muy poco propenso al cambio. Pero en Argentina, esa lógica del derecho como garante de la conservación del orden pasado está maximizada y alimentada por los gobiernos democráticos de los últimos 40 años que nada hicieron para cambiar esa cultura jurídica.

Los gobiernos populistas en Argentina usaron la paradoja de la tesis de la tercera instancia como instrumento de acumulación de poder. Un hábil discurso de ultra garantismo que escondía y ocultaba la impunidad de los delitos del poder político, económico y sindical.

Pero el problema no es solamente jurídico. Las facultades de derecho, los académicos, los colegios de abogados, las asociaciones de magistrados, las ONG de derechos humanos, están obligados a revisar y a cuestionar esta falsa tesis. No solo por su falta de anclaje jurídico, sino fundamentalmente porque en la realidad funciona como garantía de impunidad al poder.

La “tercera instancia penal” no solo perpetúa la desigualdad ante la ley, sino que además pone en jaque los principios fundamentales del Estado de derecho. Mientras que los ciudadanos comunes ven sus condenas ejecutadas sin dilaciones indebidas tras el fallo de la Cámara de Casación, los poderosos políticos y/o empresarios se benefician de un sistema procesal que favorece la dilación y, en última instancia, la prescripción de los delitos.

El ciudadano común se enfrenta a un sistema judicial donde las reglas son claras y estrictas: tras el fallo de la Cámara de Casación, la condena se torna firme y



comienza a ejecutarse, incluso si se interpone un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En estos casos, cualquier cuestionamiento adicional se realiza desde el cumplimiento efectivo de la pena, dejando claro que el proceso no se detiene.

En contraste, las figuras públicas, políticos y empresarios poderosos gozan de un trato diferenciado. La presentación de un recurso extraordinario ante la CSJN en estos casos suspende automáticamente los efectos de la condena, prolongando los procesos y permitiendo que las penas prescriban. Esta dinámica no solo viola el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Const. nacional, sino que también genera una percepción de impunidad que erosiona la confianza en el ciudadano y en el mundo que nos observa.

Superar esta grave falencia no es una tarea sencilla. Es fundamentalmente cultural y social. Esta es parte de la batalla cultural que nos ha propuesto el actual presidente. Pero el presidente se equivocaría si no comprende que la batalla cultural se debe ganar con la legalidad de los derechos humanos y no con una oposición a los mismos. Que los derechos humanos hayan sido utilizados como instrumentos de acumulación de poder político, económico y sindical, no le quita su validez revolucionaria en términos culturales y jurídicos. Y la falsa tesis de la tercera instancia se debe quebrar con la legalidad de los derechos humanos en movimiento y en acción. Porque los tratados no permiten ninguna desigualdad ante la ley. No garantizan una tercera instancia para los delitos del poder como pasa en la Argentina actual.

Pero son los derechos humanos, los valores y los instrumentos jurídicos adecuados para quebrar esta **hipócrita tesis de la tercera instancia**, heredera directa del pensamiento jurídico autoritario que emerge de la doctrina de la Corte del año 1930.

© Editorial Astrea, 2024. Todos los derechos reservados.