

EL RECURSO: DE MECANISMO DE CONTROL A GARANTÍA

ANA CLARA PIECHENSTEIN*

Resumen: El trabajo trata el pasaje del mecanismo recursivo como herramienta de control a su actual concepción garantista. Se aborda la historia de los sistemas de enjuiciamiento como contexto de surgimiento del recurso, las ideas político-filosóficas predominantes en cada período y la aparición de una multiplicidad de significados del concepto de recurso.

Se aplican conceptos provenientes de la obra de FOUCAULT para trazar líneas de análisis no convencionales, que eviten caer en afirmaciones de tipo “evolutivo” en relación al cambio en la idea o el concepto. No se pondrá énfasis en la matriz jurídica del poder, entendido como represión, sino más bien en su faz positiva, como productor de formas de saber, entre las que se incluirá a las formas jurídicas, en particular, a la práctica recursiva.

El ensayo sugiere que el mecanismo recursivo debe su permanencia a que tal práctica, más allá de las modificaciones discursivas que tuvieron lugar para fundamentarla, era útil a ciertos fines en el momento de su emergencia. Los intersticios que esta herramienta dejaba entrever permitieron su uso garantista, para remediar resoluciones judiciales adversas al imputado o condenado emitidas arbitrariamente o en contra del derecho.

Abstract: In this work, we will discuss how the appeal, deemed so far to be a control mechanism, adopted a rights-safeguard approach. Further, the history of the trial system as background for the creation of the appeal, the main phyloso-

* Estudiante de Abogacía (UBA), miembro de la Revista Derecho y Barbarie. Agradezco afectuosamente a Mauro Benente por sus ideas e indispensables aportes a este artículo. Invito a quien quiera acercarme críticas o comentarios: ana_clarap@hotmail.com.

El presente trabajo presentado, con modificaciones, en el curso “Régimen del proceso penal” a cargo del Dr. Ignacio F. Tedesco en noviembre de 2008.

phical and political ideas in each period, and the various meanings of appeal will be examined.

In order to undergo a non-conventional analysis, thus avoiding affirmations of an evolutionary type as regards the change in the idea or concept, we will use terms coined by FOUCAULT. Emphasis will not be laid on the legal aspect of power, construed as repression, but on its positive aspect, concerning the knowledge developed through it, including legal tools, such as appeals.

In this essay, the subsistence of an appeals mechanism is considered to be grounded on the fact that such practice, beyond discourse changes introduced in order to justify it, was useful to achieve certain goals during emergency periods. Certain aspects of this tool allowed a rights-safeguard approach, aimed at remediating arbitrary or unlawful adverse court decisions affecting the accused or condemned.

Palabras clave: Recurso contra la sentencia penal- sistemas de enjuiciamiento penal- mecanismo de control- poder- garantías.

Keywords: Appeals against criminal courts' decisions – criminal trial systems – control mechanism – power – rights' safeguard.

“Quiero decir esto: en una sociedad como la nuestra, pero en el fondo de cualquier sociedad, relaciones de poder múltiples atraviesan, caracterizan, constituyen el cuerpo social; y estas relaciones de poder no pueden disociarse, ni establecerse, ni funcionar sin una producción, una acumulación, una circulación, un funcionamiento del discurso. No hay ejercicio de poder posible sin una cierta economía de los discursos de verdad que funcionen en y a partir de esta pareja. Estamos sometidos a la producción de verdad desde el poder y no podemos ejercitar el poder más que a través de la producción de la verdad.”

Foucault, M., *Genealogía del racismo*

I. INTRODUCCIÓN

La idea que guía este trabajo surge de una cuestión que aparece a primera vista como paradójica: el recurso –entendido aquí como el mecanismo que permite la impugnación de una decisión que impone una pena– se presenta en su emergencia como una herramienta de neto corte autoritario, frente a su actual reconocimiento como una garantía de la persona sujeta a una decisión de carácter punitivo. Intentaré vislumbrar, partiendo de esta

formulación paradójica, cómo una misma práctica pudo dar lugar a –al menos dos– significados de carácter diametralmente opuesto al interior del discurso penal.¹

En función de esta pretensión me adentraré, en primer término, en la historia de los diferentes sistemas de enjuiciamiento penal, tomando la práctica recursiva como hilo conductor del recorrido, para luego ubicar el lugar de emergencia del recurso, entendido como garantía.

En un segundo momento del trabajo, buscaré mostrar cómo la práctica del recurso no sólo permitió el surgimiento de dos significados contradictorios, sino que dentro del significante “garantía” se conformaron múltiples acepciones, no siempre coincidentes.

Por último, será menester proponer una explicación a lo que aquí llamaremos la “paradoja del recurso”, pasando por los modos de construcción de verdad y la puesta en cuestión de las garantías.

II. MARCO TEÓRICO

Para el enfoque de las cuestiones precedentes intentaré aplicar como herramientas teóricas de análisis, algunas de las categorías propuestas por Michel Foucault en *Arqueología del saber*², ‘Nietzsche, la genealogía, la historia’³, *La verdad y la formas jurídicas*⁴, entre otros.

Se hablará, entonces, de los hechos históricos desde el punto de vista de una genealogía, léase, desde “... una forma de historia que da cuenta de la constitución de los saberes, de los discursos, de los dominios de objeto, etc., sin tener que referirse a un sujeto trascendente en relación al campo de los acontecimientos o que corre en su identidad vacía a través de la historia.”⁵ Es decir, la genealogía no pretende establecer una

¹ Como apuntara Michel Foucault, una tarea de este tipo consiste en “(...) no tratar –en dejar de tratar– los discursos como conjuntos de signos (de elementos significantes que envían a contenidos o a representaciones), sino como prácticas que forman sistemáticamente los objetos de que hablan.” FOUCAULT, Michel P., *La arqueología del saber*, Siglo XXI, Méjico, 1972, 2da ed., (trad.) Garzón del Camino, Aurelio, p. 81.

² Op. cit.

³ En FOUCAULT, Michel, *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1992, 3ra ed., (trad.) Varela, J. y Álvarez-Uría, F.

⁴ FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1995, (trad.) Lynch, Enrique.

⁵ FOUCAULT, M., “Verdad y poder”, en *Microfísica del poder*; ob.cit., pp. 184/185.

gran continuidad por encima del conjunto de los sucesos, sino que busca, por el contrario, entrever, advertir los cortes, las discontinuidades, las dispersiones que produjeron los acontecimientos bajo análisis. Al oponer la idea de origen (*Ursprung*) a las de emergencia (*Entstehung*) y procedencia (*Herkunft*), le es posible a FOUCAULT mirar desde otro lugar, situarse en una perspectiva alejada de todo esencialismo que permita hacer creer que en el comienzo de algo se encuentra *la verdad o el ser*, que permita afirmar cualquier tipo de *evolución*.

*Entstehung*⁶, la emergencia, designa el punto de surgimiento, “es el principio y la ley singular de una aparición.”⁷ Foucault propone pensar los sucesos, los enunciados, los conceptos, como emergiendo siempre en un estado de fuerzas determinado, no tomarlos como el significado con el cual se presentan hoy, sino verlos como producto de unas relaciones de fuerza, desarrollos estratégicos, de tácticas⁸. El término *Herkunft*⁹ remite a la procedencia, a la pertenencia a un grupo (el de la sangre, la tradición, el tipo social), a los comienzos que dejan una huella, una marca particular. En lo que aquí nos interesa, el autor oriundo de Poitiers va a decir que la *procedencia* permite “...encontrar bajo el aspecto único de un carácter, o de un concepto, la proliferación de sucesos a través de los cuales (gracias a los cuales, contra los cuales) se han formado.”¹⁰

Está claro que, dadas las características del análisis genealógico y teniendo en cuenta las fuentes que se requieren para llevarlo a cabo, resulta de imposible realización en un trabajo de este tipo. No obstante, se

⁶ Sustantivo proveniente del verbo alemán *entstehen*, definido como *als etwas neues beginnen*, es decir, comenzar, empezar como algo nuevo (*Pons Kompaktwörterbuch*, Ernst Klett Sprachen, Stuttgart, 2007). Otras acepciones del castellano: “nacer”, “surgir”, “formarse”, “ocasionar” (*Diccionario Collins esp.-alem., alem-esp.*, Grijalbo, Méjico, 1997).

⁷ FOUCAULT, M., “Nietzsche, la genealogía...”, op.cit., p.13.

⁸ FOUCAULT, M., “Verdad...”, op.cit., p.182.

⁹ Sustantivo emparentado con el verbo alemán *herkommen*: venir de algún lado (*jemanden/ etwas kommt irgendwoher*), provenir (*abstammen/ herkommen*), ser nacido o criado (*geboren oder aufgewachsen sein*). *Herkunft* designa el lugar, la familia o el entorno en el cual alguien se cría, o donde algo fue producido (*Ort, Familie und Umgebung, in der man aufgewachsen ist/ Ort wo etwas hergestellt worden*). *Pons Kompaktwörterbuch*, ob.cit.

¹⁰ FOUCAULT, M., “Nietzsche, la genealogía...”, op.cit., p. 11. “...Seguir la filial completa de la procedencia, es... mantener lo que pasó en la dispersión que le es propia: es percibir los accidentes, las desviaciones ínfimas... que han producido aquello que existe y que es válido para nosotros; es descubrir que en la raíz de lo que conocemos y de lo que somos no están en absoluto la verdad ni el ser, sino la exterioridad del accidente.”

considera valioso rescatar algunos de los instrumentos conceptuales antes referenciados.

Sí se pondrá en juego la idea foucaultiana de análisis del poder en su faz afirmativa, como una “red productiva que atraviesa todo el cuerpo social más que como una instancia negativa que tiene como función reprimir”¹¹, no mirando al poder en su matriz jurídica, como represión, sino como formador de saber y productor de discursos¹². En definitiva, hallar esas formas de saber-poder presentes en el discurso penal, “formas que son al mismo tiempo modalidades de ejercicio del poder y modalidades de adquisición y transmisión del saber”¹³ y vislumbrar cómo se articulan con la construcción de verdad en el plano jurídico.

III. DEVENIR HISTÓRICO DE LAS PRÁCTICAS DEL RECURSO EN LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO.

“Los recursos de quienes intervienen en un procedimiento para evitar las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales, en pos de intentar demostrar la injusticia (agravio) y, de lograrlo, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso transformada en otra de sentido contrario, modificada o reformada o, incluso, eliminada, fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, antes como instancias de control burocrático que como garantías para los súbditos...”
Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal.I. Fundamentos.

Este sucinto recorrido histórico por los sistemas de enjuiciamiento, tiene por objeto rastrear aquellas prácticas que se daban en cada uno de ellos con respecto a las modalidades del recurso.

¹¹ FOUCAULT, M., “Verdad...”, op. cit., p. 186.

¹² *Íbidem*.

¹³ Cfr. FOUCAULT, M., *La arqueología...*, ob.cit., pp. 121, 133, 181, 198 y 253. Otras de las categorías a utilizar serán las de *enunciado* (elemento mínimo del discurso, capaz de entrar en relaciones con otros elementos semejantes a él), *concepto cierta forma de coexistencia entre los enunciados*, *discurso* (práctica regulada que da cuenta de un conjunto de enunciados que dependen de un mismo sistema de formación), y *contradicciones* (desprovistas de todo contenido peyorativo, constituyen la ley misma de la existencia del discurso).

1. El recurso en el sistema acusatorio y en el inquisitivo¹⁴

A grandes rasgos, diremos que ambos modelos tienen una postura más o menos distinguible frente al recurso. Mientras que para aquellos sistemas denominados acusatorios, la sentencia hace cosa juzgada y no son admitidos, o son muy raros los recursos, los indultos o gracias¹⁵, para los sistemas calificados de inquisitivos o inquisitoriales, el principio de cosa juzgada es susceptible de ser vulnerado por la potestad del monarca, del Obispo, o de un funcionario judicial de más alto rango que el que dictó la sentencia.

La práctica del recurso dentro del modelo histórico del sistema acusatorio, no se daba o era excepcional, con fundamento en la irrecurribilidad de las decisiones provenientes de la voluntad soberana del pueblo. Concordeamente, los casos de excepción tienen el mismo sustento de legitimidad: en la legislación griega (del 12000 a.c. al 100 a.c. aproximadamente), a raíz de que en la Grecia antigua existía el juzgamiento contumacial, el acusado gozaba de la facultad de presentarse y anular el juicio con posterioridad a la sentencia dictada en ausencia, iniciándose uno nuevo¹⁶; en el derecho romano de la república existían los institutos de la *provocatio ad populum* y la *cognitio extra ordinem*, mediante las cuales se hacía una apelación ante el pueblo y se requería una sentencia de gracia¹⁷; en el derecho germano antiguo tenía vigencia la *Urteilsschelte*¹⁸ (posibilidad de impugnar la propuesta de sentencia antes de que la misma fuera aprobada por el tribunal). Por su parte, en el sistema inquisitivo histórico la existencia del

¹⁴ “Ya sabemos que históricamente es discutible la existencia de un sistema inquisitivo puro, tanto como de un acusatorio puro; que se ha dicho que el sistema inquisitivo ni siquiera es un proceso; y también que a esta clasificación bipartita (acusatorio-inquisitivo) se la acusa de inexacta porque todos los procesos han tenido algún grado de mixtura. A pesar de estos reparos, la clasificación sirve para caracterizar y diferenciar cada sistema procesal, y examinar la relación de sus principios con los fundamentos filosóficos y políticos propios en que se deberían insertar estos modelos...” ARCE VÍQUEZ, Jorge L., ‘La persistencia de la inquisición (¿Cuál es el objeto de la casación penal costarricense?)’, en *¿Más derecho?*, Fabián di Plácido, Buenos Aires, 2001, vol. 2, pp. 210/211.

¹⁵ Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1981, p.22, T.I.

¹⁶ Cfr. MAIER, J., *Derecho procesal penal. I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 271.

¹⁷ Cfr. MAIER, J., ob. cit., p. 217 y VÉLEZ MARICONDE, A., op.cit., p. 53.

¹⁸ Traducible como “reto a la sentencia”.

recurso era la regla, y su frecuente utilización se comprende al observar las formas políticas de cada período y su legitimación: en el derecho romano –monarquía e imperio– el rey o el emperador concentraban el poder y eran quienes ejercían la jurisdicción, delegándola en representantes. Esa delegación era lo que permitía que pudiera apelarse al monarca o emperador o ante los jueces superiores que lo representaban más directamente (devolución de la jurisdicción delegada)¹⁹; el proceso penal canónico era análogo al romano en cuanto a la práctica recursiva, excepto que en vez del Rey, quien controlaba las sentencias eran Papa, los Obispos y Arzobispos, siendo la apelabilidad de las sentencias un efecto necesario de lo anterior, a los fines del control de los veredictos emanados de los representantes; durante la Inquisición, una de las razones más importantes que justificaban el mecanismo de la apelación era la existencia de un sistema de valoración legal de la prueba.²⁰

A modo de síntesis de lo anteriormente expresado, las palabras de Hélie: “En Francia... bajo nuestras monarquías como bajo los Cismas, la apelación parece no tener más que una misión: la de reunir el poder dispersado en las provincias y atraerlo al centro, la de someter a una justicia suprema todas las justicias de la tierra. Sin duda, esta institución debió servir al mismo tiempo al interés judicial (hacer cesar los abusos y fortalecer el derecho); pero esto no fue más que una de sus consecuencias y no su fin principal.”²¹

2. La Modernidad como plano de emergencia del recurso entendido como garantía

Pudimos observar, más o menos nítidamente, cómo la práctica del recurso puede diferenciarse en dos niveles: el teórico, en tanto se observe la correspondencia de la práctica con los principios del modelo de sistema de enjuiciamiento; y el histórico, al enmarcar y ubicar históricamente al recurso como práctica en los distintos períodos en los que tuvo lugar.²²

¹⁹ VÉLEZ MARICONDE, A., ob.cit., p. 35, 53, .MAIER, J., ob.cit., pp. 274, 287.

²⁰ MAIER, J., op.cit., p. 299.

²¹ HÉLIE, M. Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, p. 357, T.I, citado por VÉLEZ MARICONDE, A., op. cit., p.124 . Los resaltados me pertenecen.

²² Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1995, p. 563.

En lo que respecta al nivel teórico, podemos decir que dadas las características de división de poderes en el proceso (esquema tripartito o piramidal), de intermediación, oralidad, continuidad y contradictoriedad; el sistema de la íntima convicción a la hora de valorar la prueba producida en el debate y de ejercicio del poder de juzgar por tribunales populares²³ que posee el modelo acusatorio, no es dable admitir la posibilidad de impugnación de una sentencia, ya que podrían verse afectados los principios enumerados. En términos históricos, pudo verse que existió alguna forma de modificar sentencias judiciales, pero se trataba claramente de excepciones (por ejemplo, como consecuencia de una condena dictada en un procedimiento contumacial en Grecia). La explicación de esta excepcionalidad puede radicar en la forma de distribución del poder político —descentralizada y local—, que daba lugar a su vez, a formas análogas de ejercicio de la potestad jurisdiccional y, consecuentemente, a la imposibilidad de acudir a un poder superior que tuviera legitimidad suficiente para revocar una sentencia emanada de un tribunal popular.

Muy por el contrario, el esquema teórico del sistema inquisitivo habilitaba fácilmente, y hasta podría decirse que promovía, la apelación (comprendida en términos genéricos). La concentración del poder de juzgar en una única mano (la del un monarca o la de una autoridad religiosa), la organización jerárquica en la que el rey delegaba su potestad jurisdiccional y el sistema de prueba legal para la valoración de la prueba (condiciones estipuladas legalmente para tener por acreditado un hecho)²⁴, importaban la necesidad de un control, tanto sobre los funcionarios en quienes el poder central delegaba la capacidad de juzgar, como sobre las sentencias que en virtud de ese poder se emitían, las cuales debían estar correctamente fundadas en las pruebas prescritas legalmente.

Históricamente, la vía recursiva tuvo una utilización muy frecuente, en especial gracias a sus posibilidades estratégicas. Como fuera puntualizado en el acápite anterior, las implicancias del recurso sobre la consolidación del poder central por sobre los poderes locales (feudales, señoriales) fueron de gran significación para el armado político que culmina más tarde en la consolidación de los Estados nacionales. Resulta interesante destacar esta relación entre la práctica jurídica del recurso y las formas de poder que permitió fundar.

²³ Cfr. MAIER, J., *op.cit.*, pp. 444/445.

²⁴ Ídem, pp. 447/448/449.

Sin embargo, es en estas formas de enjuiciamiento inquisitivas donde podemos rastrear el comienzo de la concepción garantista del recurso. Al referirse Maier a la Ordenanza Criminal francesa de 1670, sugiere que “la misma idea política de la jurisdicción delegada –el poder jurisdiccional como atributo de la soberanía residía totalmente en el monarca– fundó dos remedios distintos, apoyados en el mismo argumento: el recurso al consejo del rey o poder de casación y las gracias del monarca.”²⁵ Queremos aquí detenernos en el segundo de los “remedios”, el de la gracia del monarca o *lettres de grace*, en punto a su modalidad excepcional, y contrastarla con los límites impuestos a la aplicación de la tortura. El favor real de clausura de la persecución penal, disminución de la pena o incluso la extinción de ciertos delitos²⁶, tanto como la limitación de la tortura a favor de las personas “honestas y de buena fama” y a los nobles²⁷, constituyeron en sus comienzos privilegios hacia ciertas personas, “...autolimitaciones del poder penal del soberano y derivaciones del ejercicio absoluto de ese poder por aquel en quien residía la soberanía”²⁸.

Estos *antecedentes*²⁹ históricos de la idea de recurso como garantía, pese a acercarse en algún punto al concepto que hoy se tiene de resguardo frente al poder estatal y punitivo, no se ven transformados radicalmente sino hasta el advenimiento de la Modernidad³⁰. No advertimos, sin embargo, que la práctica del recurso se haya visto modificada, sino que lo

²⁵ Ídem, p. 320.

²⁶ Cfr. ídem, pp. 320/321.

²⁷ Cfr. ídem, p. 297.

²⁸ Ídem, p. 315.

²⁹ “Todo enunciado comporta un campo de elementos antecedentes con relación a los cuales se sitúa, pero que tiene el poder de reorganizar y de redistribuir según relaciones nuevas. Se constituye su pasado, define, en lo que le precede su propia afiliación, redibuja lo que lo hace posible o necesario, excluye lo que no puede ser compatible con él.” FOUCAULT, M., *La arqueología...*, ob.cit., p. 211.

³⁰ “...estos principios limitativos del poder penal del Estado sólo aparecen con ese significado general en la Edad Moderna, a partir de las ideas que triunfaron en el siglo XVIII... Si bien existen reglas similares o idénticas en su formulación antes del constitucionalismo moderno, por ejemplo, en los fueros españoles, en la Carta Magna inglesa de 1215, y hasta en el derecho romano, su significado, aun cuando precursor, es bien distinto: persiste en el fondo de estos estatutos la idea del privilegio y no de la de igualdad, la de la particularización y no la de la generalización, en fin, no se reconoce en ellos un atributo o seguridad que merece al persona humana como tal, sino una prerrogativa de la que algunos, cierto sector o cierta población, gozan por autolimitación del soberano.” MAIER, J, op. cit., p. 475.

que sufrió un giro casi copernicano fue el significado otorgado a ella en función del nuevo poder político. En lo que sigue, se interpretará este fenómeno a la luz de la relación entre saber-poder, verdad y prácticas judiciales.³¹

3. Poder, derecho, verdad: la aparente transición del recurso

Establecer qué reglas de derecho hacen funcionar las relaciones de poder para producir discursos de verdad que están, en una sociedad como la nuestra, dotados de efectos tan poderosos.

Foucault, M., Genealogía del racismo

Se trata en este apartado de intentar hallar los motivos que condujeron a que se produzca, a partir de los siglos XVII y XVIII, la transición, al menos a nivel de lo discursivo, del recurso como forma de control a garantía procesal.

Como primer intento, podríamos señalar que el período histórico mencionado, estuvo caracterizado por una sucesión de revoluciones que jaquearon las bases del poder monárquico vigente hasta el momento. Quizás haya sido el temor al retorno de un poder absoluto y arbitrario, lo que inspirara la creación por parte del derecho, de frenos o límites frente a las potestades del “nuevo soberano”, del *Leviatán* hobbesiano, para que éste permaneciera dentro de una esfera de legitimidad. Esta concepción del derecho centrado aún en la idea de soberanía implica, para Foucault, que la finalidad de aquél sea la eliminación de la dominación y sus consecuencias, y que “...el discurso y la teoría del derecho han tenido esencialmente la función de disolver dentro del poder el hecho histórico de la dominación y de hacer aparecer en su lugar los derechos legítimos de la soberanía...”³².

Es decir, si bien se modificó la estructura política y de legitimación, la idea de soberanía como algo que hay que controlar y refrenar perdura,

³¹ El autor de *Derecho y Razón* propone un “reversionamiento” de la idea foucaultiana de saber-poder: “Con una fórmula sintética, se puede decir que el juicio penal –como, por lo demás, toda actividad judicial– es un ‘saber-poder’, es decir, una combinación de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*).” FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, op.cit., pp.45/46.

³² FOUCAULT, M., “Poder, Derecho, Verdad”, en *Genealogía del racismo*, Caronte, Buenos Aires, 1996, p. 29.

lo cual permite mantener ciertas prácticas hijas del régimen autoritario, justificadas bajo un discurso diferente³³.

Para el caso del recurso como práctica jurídica que define estatutos de verdad, éste conforma, en torno de sí, un discurso tendiente a resignificarla. Se puede afirmar, entonces, que el recurso es para el imputado una garantía de justicia de las condenas, o que es una defensa contra la arbitrariedad y el error al juzgar. Estos argumentos se basan, principalmente, en que el tribunal que revisa la sentencia o el que lleva a cabo un nuevo juicio, se halla en una posición superior o privilegiada –no sólo jerárquicamente– frente a aquel que juzga en primer término. Esto es, se otorga preeminencia a uno sobre otro, sin que quede demasiado claro por qué dos juicios son mejores que uno, o si los jueces del tribunal de apelación son más justos porque perciben mejores sueldos.

En palabras de Garrido, el principio de revisibilidad de lo decidido en el proceso está “...fundado en la ficción de que un nuevo examen de lo decidido, ya sea por el mismo juez o por un tribunal con un mayor número de integrantes, permitirá un más exhaustivo análisis, conduciendo a una mayor justicia en la decisión. Se trata en realidad de un resabio imperial, de poder jurisdiccional que se delega y se reasume”³⁴.

Con estas cuestiones en mente, veremos a continuación los distintos discursos que fueron surgiendo y se encuentran hoy vigentes en torno a la idea de recurso como garantía.

IV. EL RECURSO COMO GARANTÍA ¿DE QUÉ?

El recurso “...es una facultad de carácter estrictamente procesal ya que la doble instancia no responde a ninguna garantía constitucional pues no lo exige la ley suprema (C.S. Fallos 275:235; 303:330).”³⁵

³³ “...la teoría de la soberanía con su organización de un código jurídico centrado en ella permitieron superponer a los mecanismos de disciplina un sistema de derecho que ocultaba los procedimientos (“de disciplina”) y lo que podía haber de técnica de dominación, y garantizaba a cada cual, a través de la soberanía del Estado, el ejercicio de sus propios derechos soberanos.” FOUCAULT, M., “Poder, Derecho...”, op.cit., p. 32.

³⁴ GARRIDO, Carlos M., ‘Los recursos’, en MAIER, Julio B. (comp.), *El Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 221.

³⁵ D’ALBORA, Francisco J., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 138, T.II.

1. Las contradicciones del discurso³⁶

Una de las consecuencias concretas que acarrea, tanto la “paradoja del recurso”, como la pretensión de incluir este mecanismo impugnativo dentro del conjunto de garantías como consecuencia de la reforma constitucional de 1994, es la multiplicidad de concepciones acerca de la finalidad perseguida a través de la utilización del recurso y de su contenido garantista. En este apartado, se recogen y rotulan –sin pretensiones de sistematización, sino a modo de muestra– algunos de los enunciados que le otorgan carácter de garantía al recurso, tomándolo como sinónimo de vía impugnativa y no en sus formas específicas (ordinario, extraordinario, y sus tipos: de apelación, de revisión, de reposición, de casación, etc.).

1.1. *El recurso como garantía de certeza de las sentencias condenatorias*

Desde esta perspectiva, y tomando a Maier como principal exponente, se plantea que el “derecho al recurso” que estipulan las convenciones internacionales (Convención americana de derechos humanos y Pacto internacional de derechos civiles y políticos), una vez transformado en garantía, debe conducir necesariamente a la exigencia de un doble conforme judicial para ejecutar una pena contra una persona, si la misma lo requiriera.³⁷

El sustento de esta idea radica en que una condena –al tratarse de un “...pronunciamiento que restringe los derechos a una persona sujeta a un procedimiento penal”–³⁸ debe ser pasible de revisión mediante un proceso de verificación que implique, respecto de esa sentencia, un segundo pronunciamiento (fórmula de “dos veces el mismo resultado= gran probabilidad de acierto en la solución”). La coincidencia del segundo pronunciamiento con el primero, daría como resultado una mayor probabilidad de *certeza* a la decisión; si ello no ocurriera, la sentencia primera sería dejada

³⁶ “Para el análisis arqueológico, las contradicciones no son ni apariencias que hay que superar, ni principios secretos que sería preciso despejar. Son objetos que hay que describir por sí mismos, sin buscar desde qué punto de vista pueden disiparse...”. FOUCAULT, M., *La arqueología...*, op.cit., p. 254.

³⁷ Cfr. MAIER, J., *Derecho Procesal...*, op.cit., p. 713, T.1.

³⁸ TEDESCO, Ignacio F., ‘El concepto de sentencia definitiva en la jurisprudencia de la Cámara de casación y de la Corte Suprema. ¿Un nuevo recurso de casación? Una historia sobre agentes encubiertos, libertades y otras excepciones.’, en *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, vol. 1997/B, p. 797.

sin efecto. Para este autor, el segundo pronunciamiento implica un nuevo juicio, basándose en la garantía de juicio público como única base posible de una condena.³⁹

Si bien Maier hace referencia a otros valores que merecerían ser protegidos a través de la “garantía del recuso” –como la corrección de los actos del procedimiento y el cumplimiento de sus formalidades, el “juicio justo” (*fair trial*) y/o la justicia de las decisiones, la correcta aplicación de la ley penal, la seguridad de una correcta percepción de los elementos de prueba que fundan la condena⁴⁰– se considera el fundamento de la “certeza de las decisiones” como el de mayor preeminencia en sus argumentaciones, debido a la relevancia que le otorga este autor a la idea de “doble conforme”.

1.2. El recurso como garantía de legalidad y no arbitrariedad

Luigi Ferrajoli concibe a la doble instancia de jurisdicción o doble examen del caso como una garantía tendiente a asegurar la legalidad y la responsabilidad contra la arbitrariedad, tanto como la imparcialidad y la sujeción de los jueces a la ley⁴¹.

A su vez, estos principios protegidos por la garantía bajo examen, guardan una relación estrecha entre sí. Así es como la máxima sujeción del juez a la ley “...resulta asegurada por la estricta legalidad”⁴²; el abuso y la arbitrariedad son evitados por el carácter cognoscitivo del juicio, el cual está garantizado asimismo por la estricta legalidad⁴³, dado que ésta “vincula al juez a la verdad de sus pronunciamientos.”⁴⁴

La falta de sujeción a la ley genera responsabilidad del juez, dado que la legalidad de los procedimientos exige que “todas las actividades judiciales se desarrollen, bajo pena de nulidad, según un rito legalmente establecido.”⁴⁵ Si los jueces incurrir en arbitrariedad, abuso o error, se requiere de la impugnación para reparar en una segunda instancia esas falencias.⁴⁶

³⁹ Cfr. MAIER, J., op.cit., p. 716.

⁴⁰ Cfr. idem, pp. 705, 717, 720/721 y 723.

⁴¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, ‘Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia’, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, p.447.

⁴² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, op.cit., p. 545.

⁴³ Cfr., idem, p.546.

⁴⁴ Ídem, p. 579.

⁴⁵ Ídem, p. 606.

⁴⁶ Cfr. FERRAJOLI, L., ‘Los valores...’, op.cit., p. 447.

Asimismo, para Marcelo Ferrante, el fin perseguido al consagrar la facultad de recurrir un fallo, es la "...minimización de las posibilidades de error o *arbitrariedad* de las decisiones jurisdiccionales."⁴⁷

1.3. El recurso como garantía de ejercicio de la defensa en juicio y debido proceso.

Algunos autores entienden a la función del recurso como garantizadora de otro derecho: la defensa en juicio. Gabriela Rizzuto, interpreta que el art. 8.2.h de la Convención americana de derechos humanos dispone el resguardo de una "revisión suficiente" que "...asegure el control de la *efectiva observancia del debido proceso y la defensa en juicio*"⁴⁸. En el mismo sentido, Marcelo Ferrante entiende que la cláusula de la C.A.D.H. exige al Estado que asegure "un recurso tendiente a provocar un control sobre el resguardo de las garantías judiciales en ella reconocidos, en general, la del debido proceso de ley y la, más específica, de defensa en juicio..."⁴⁹

1.4. El recurso como garantía de corrección de la sentencia

Son abundantes las referencias de los autores que tratan el tema del recurso a la necesidad de que la impugnación evite errores o, lo que es casi lo mismo, garantice la corrección de las decisiones judiciales.

Alberto Binder distingue dos perspectivas de análisis de los medios de impugnación: una, el recurso como un derecho de impugnación, ligado al valor "seguridad jurídica" y como medio para "...evitar los *errores judiciales* en el caso concreto"⁵⁰; la otra, el interés social o estatal "...

⁴⁷ FERRANTE, Marcelo, 'La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria', en FERRANTE, Marcelo y SANCINETTI, Marcelo, *Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 42. El resaltado me pertenece.

⁴⁸ RIZZUTO, Gabriela, '¿Es la casación control suficiente a los fines previstos por la Convención americana de derechos humanos?', en *LL, DJ*, 1997-1-823, p.823, citada por BORINSKY, Mariano y MIÑO, Leonardo, 'La efectividad de algunas normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, a nivel del funcionamiento real del sistema de persecución penal estatal.', *¿Más Derecho?*, op.cit., p. 274. Los resaltados me pertenecen.

⁴⁹ FERRANTE, M., op.cit., p. 41.

⁵⁰ BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 286. Los resaltados me pertenecen.

de que las *decisiones judiciales sean correctas* (o cumplan su función pacificadora)...⁵¹

Roxin y Ferrante también ven en la impugnación un mecanismo para que la corrección de la sentencia sea revisada,⁵² y puedan ser modificadas aquellas sentencias erróneas⁵³, o decisiones dictadas incorrectamente.⁵⁴

1.5. *El recurso como garantía de justicia*

El fin de asegurar “decisiones justas” asignado a la facultad recursiva, pese a ser muy difícil de definir por lo discutido del concepto de justicia, permanece aún en los argumentos de algunos autores.

Francisco D’Albora (quien escribe antes de la reforma del ’94), por ejemplo, afirma que con este medio de impugnación se procura “...preservar la justicia y la legalidad de los actos procesales en general, y no sólo de las decisiones judiciales.”⁵⁵ Para Roxin, el imputado debe poder impugnar una sentencia cuando ha sido “...condenado injustamente o con demasiado rigor...”⁵⁶

Al hacer referencia al recurso de casación, también Maier menciona “...el temor de sentencias de condena injustas...”⁵⁷, como justificación de la ampliación del objeto de este tipo de recurso.

2. Las garantías y su compuesto legitimador del sistema

Previendo, antes que nada, las reacciones posibles frente al título que encabeza este parágrafo, quisiera hacer una aclaración preliminar: no pretendo aquí hacer apología contra las garantías penales ni procesales. En términos menos burdos, mi propósito no es desalentar a nadie en la defensa y aseguramiento de los resguardos de las libertades y derechos consagrados por la Constitución, sino advertir que estos instrumentos de salvaguarda lo son también de relegitimación respecto de aquello a lo que se busca poner

⁵¹ *Ibidem*. Los resaltados me pertenecen.

⁵² FERRANTE, M., *op.cit.*, p. 42.

⁵³ Cf. ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 2000, (trad.) Córdoba, Gabriela y Pastor, Daniel, pp. 445/446.

⁵⁴ *Ídem*, p. 448.

⁵⁵ D’ALBORA, F., *op.cit.*, p. 138, T.II.

⁵⁶ ROXIN, Claus, *op.cit.*, p. 448. Los resaltados me pertenecen.

⁵⁷ MAIER, J., *op.cit.*, p. 722.

un límite, debido al carácter ambivalente de su contenido: no le impiden al Estado vulnerar derechos *en ningún caso*, sino que regulan aquellos en que *sí puede hacerlo*, si cumple con ciertos recaudos. Estas palabras pretenden, entonces ser un llamado a que, sin dejar de utilizar y defender las garantías, seamos conscientes de su función dentro del sistema.

Al parecer, es constitutivo de la idea de garantía —entendida como aquel instrumento que posee el individuo para hacer valer sus derechos frente al Estado y que actúa como límite frente a la arbitrariedad o a los excesos de este último— el hecho de que el Estado pueda vulnerar o vulnerar alguno de los derechos reconocidos a la persona. No tendría sentido alguno, bajo este razonamiento, postular la existencia de un resguardo frente a algo ante lo cual nadie necesita ser resguardado.

En el ámbito que concierne al derecho penal, lo antedicho tiene plena aplicación: si pudiéramos suponer la no existencia del poder punitivo del Estado, podríamos entonces apreciar, con FERRAJOLI⁵⁸, la ausencia de fundamento de la existencia de garantías penales y procesales. Al decir de este autor italiano, “...lo que tienen en común todas las garantías es, en efecto, su predisposición en vista del peligro que generaría su ausencia en el derecho que tiene por objeto, el cual podría ser violado. Se trata de una especie de *desconfianza en la satisfacción espontánea o en el respeto espontáneo y específicamente en lo que hace a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneo y legítimo del poder.*”⁵⁹ Es decir, ante la condición de ejercicio del poder, cual es la ausencia de respeto “espontáneo” por los derechos fundamentales, se anteponen unos mecanismos para propiciar una forma de ejercicio que no es la propia a este poder “malo”.⁶⁰ Estos mecanismos presuponen, como sustrato al cual van referidos, un poder valorado como ilegítimo, y es este uno de los aspectos en el que se sustenta la posibilidad de concederles a las garantías un efecto *relegitimante*, dado que, en palabras de Bovino, “...su existencia obstaculiza muchas veces la crítica al

⁵⁸ “(...) *en ausencia del derecho penal no existiría*, cuando menos en virtud del principio de legalidad penal, *la garantía primaria de ninguno de los derechos tutelados por él, a comenzar por el derecho a la vida.*” FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 62. Los resaltados me pertenecen.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi, ‘Garantías constitucionales’, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 200, vol.1 n°2, p. 41. Los resaltados me pertenecen.

⁶⁰ “...en este sentido, se opone a cualquier concesión... sobre la noción idealista de un ‘poder bueno’ o de una observancia espontánea del Derecho y de los derechos.” *Ibidem*.

poder del Estado que subyace, y en el afán de restringirlo y moderarlo, se olvidan de cuestionar su legitimidad.”⁶¹

Reconocido lo anterior, puede considerarse ahora lo relativo al funcionamiento ambivalente de las garantías, al que nos referíamos al inicio, como *limitadoras* de las potestades estatales.

Podemos pensar que, en algún sentido, decir que las garantías son límites no es decir todo acerca del papel que juegan frente al poder estatal y punitivo. La “Ley del Talión”, por ejemplo, aseguraba a quien resultara condenado al castigo que la pena sería proporcional al mal causado, esto era, ojo por ojo, diente, por diente, pero *no más* que ojo por ojo y diente por diente. Mal que nos pese, no podemos negar que esta máxima constituía, sin duda alguna, un límite frente al poder de castigar. Desde un punto de vista análogo, podemos tomar a la tortura durante la Inquisición como otra forma de ilustrar esta idea. Al tratar la aplicación de la tortura, Maier recuerda que ésta “(...) fue regulada específicamente, incluso como garantía del imputado, para moderar su práctica indiscriminada y los riesgos físicos, y se exigía que la confesión bajo tormento fuera ratificada sin él al día siguiente para apreciarla como válida, acto que, al mismo tiempo, pretendía corroborar la perseverancia en la contrición.”⁶² Es decir, al mismo tiempo que implican un límite, que ponen un freno a ciertas vulneraciones de derechos y libertades, las garantías autorizan una intrusión del Estado, que sin bien es controlada y regulada, es intrusión al fin. Es este intersticio dejado al trazar la línea el que me interesa remarcar.

La mecánica mencionada puede apreciarse en la mayoría de las fórmulas que consagran los resguardos, no sólo en materia penal, en nuestra Constitución Nacional: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”⁶³; “Nadie puede ser... arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”⁶⁴; “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y

⁶¹ Cfr. BOVINO, Alberto, ‘Contra la legalidad’, *No Hay Derecho*, 1992, n° 8. <http://nohuboderecho2.blogspot.com/2008/06/texto-acompleto.html>

⁶² MAIER, J., ob. cit., p. 293.

⁶³ Art. 17, primera parte. Los resaltados me pertenecen.

⁶⁴ Art. 18, los resaltados me pertenecen.

ocupación”⁶⁵; “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.”⁶⁶

Si se retoman las distintas acepciones vistas sobre la “garantía del recurso” dentro de este marco argumental, es dable observar que la cuestión del “freno” puesto a alguna manifestación del poder punitivo –en el caso, a la arbitrariedad, la injusticia, la incorrección o error de la sentencia–, se presenta también en aquéllas, al menos, de manera solapada.

V. REFLEXIONES FINALES

Para terminar, quisiera formular una síntesis de lo anteriormente expuesto, explicitando mi postura al respecto.

Frente a la notoria modificación en la percepción en torno al recurso que conllevó en nuestro país la reforma constitucional de 1994, en la que se incorporaron, entre otros, los tratados internacionales de Derechos Humanos y de Derechos Civiles y Políticos, en los cuales se incluye el deber del Estado de garantizar un “...recurso contra la sentencia condenatoria”⁶⁷ en la nómina de las garantías con las que debe contar quien se encuentre imputado de un delito, devino una operación por demás compleja la de adecuar, no sólo las herramientas técnicas existentes en el ordenamiento jurídico, sino también las concepciones teóricas, a la nueva forma de entender el recurso.

Esta dificultad que ponemos de relieve se vio agravada por la postura contraria al reconocimiento del recurso contra la sentencia como una garantía del condenado que sostenían algunos doctrinarios, quienes se amparaban en la ausencia de previsión legal expresa al respecto en el ordenamiento legal argentino.⁶⁸

Sin embargo, y más allá de este escollo de carácter eminentemente práctico, aquello que se presentaba, a mi entender, como más conflictivo, era la imposibilidad aparente de conciliar la función que había caracterizado históricamente al recurso –la de servir como modo de control y de

⁶⁵ Art. 18, los resaltados me pertenecen.

⁶⁶ Art. 19, primera parte. Los resaltados me pertenecen.

⁶⁷ C.A.D.H, art. 8.2.h, P.D.I.C.y P., art. 14.5.

⁶⁸ El Código Procesal Penal de la Nación en ningún lugar de su articulado contempla al recurso como una garantía.

recuperación de la jurisdicción delegada (entre otros usos que ya se mencionaron, que tienen que ver en general con la reafirmación del lugar en la relación de poder)— con aquella renovada que le fuera asignada desde el discurso de las garantías, fruto de las corrientes de pensamiento iluminista surgidas a partir del siglo XVIII.

Se ha avanzado en este trabajo sobre una serie de deducciones que, con mayor o menor grado de verosimilitud, intentan explicar la transición operada en la práctica del recurso, ya sea desde el plano discursivo, al enunciar la variedad de significados que se le otorgó al significante “recurso”; desde la perspectiva histórica o *genealógica*, delineando los rasgos del recurso a través de las formas históricamente contextualizadas que adquirió; y desde la óptica de las relaciones entre la producción de verdad, poder y las formas jurídicas a que dan lugar.

Desde mi punto de vista, la continuidad de la práctica del recurso a pesar del cambio en la concepción relativa al mismo, pone en evidencia, de algún modo, el hecho de que las relaciones de poder que atraviesan una sociedad necesitan, para su funcionamiento, producir verdad, y que no pueden hacerlo sin utilizar el discurso. En este sentido, el discurso jurídico, como apuntara Foucault, posee la virtualidad de diluir dentro del poder el hecho histórico de la dominación y de hacer aparecer derechos en su lugar. No obstante, nuestro autor no permite que caigamos en razonamientos susceptibles de ser calificados como simplistas en el análisis del rol que el derecho juega en relación al poder, sino que muy por el contrario, nos compele a observar desde una perspectiva inversa a la tradicional concepción de poder como represión y a la “ley” (entendida de manera amplia) como su mecanismo más idóneo.⁶⁹ Tampoco, y en este

⁶⁹ “Cuando se definen los efectos del poder por la represión se da una concepción puramente jurídica del poder; se identifica el poder a una ley que dice no; no se privilegiaría sobre todo la fuerza de la prohibición. Ahora bien, pienso que esta es una concepción negativa, estrecha, esquelética del poder que ha sido absolutamente compartida. Si el poder no fuera más que represivo, si no hiciera nunca otra cosa que decir no ¿pensáis realmente que se le obedecería? Lo que hace que el poder agarre, que se le acepte es simplemente que no pesa solamente como una fuerza que dice no, sino que de hecho va más allá, produce cosas, induce placer, forma saber, produce discursos; es preciso considerarlo como una real fuerza productiva que atraviesa todo el cuerpo social más que como una instancia negativa que tiene como función reprimir. En *Vigilar y castigar*, lo que he querido mostrar es cómo, a partir del siglo XVII y XVIII, ha existido un verdadero desbloqueo tecnológico de la productividad del poder...(e)stas nuevas técnicas son a la vez mucho más eficaces y mucho menos dispendiosas (menos costosas económicamente, menos aleatorias en sus resultados,

punto radica uno de los planteos más básicos de lo que hasta aquí se expresó, podemos quedarnos con la postura de entender al derecho como un conjunto de reglas orientadas a contener al poder o a limitarlo; es así que el profesor del *Collège de France* nos insta a “No quedarse sólo en las reglas de derecho que delimitan formalmente el poder, sino observar los efectos de verdad que ese poder produce, transmite y que reproducen a su vez ese poder.”⁷⁰ Esta idea del derecho como instrumento de limitación del poder, tiene un impulso considerable con la Ilustración y el discurso que ponía sobre todas las cosas a la *razón*, siendo para el caso la “razón jurídica” la encargada de ponerle freno al avance abusivo del poder monárquico.⁷¹ Simultáneamente, se produce un cambio en el modo de castigar, ilustrado por el autor de *Vigilar y castigar* en esa obra, por el que se intercambia a la cadena de presidiarios por el furgón de policía cerrado, el espectáculo del castigo por castigo disciplinario institucional. Empero, esta modificación, que en aquella época parecía una “reforma” y que era fomentada desde el pregón en pos de la “humanización de las penas”⁷², era la normalización de la capacidad que se atribuía la sociedad de castigar.⁷³

Es decir, el discurso que propugna la necesidad de limitar al poder, de trazarle márgenes precisos a su ejercicio, de recortarlo en sus contornos y demarcarlo, funciona asimismo como instrumento de justificación de la existencia misma de ese poder, y diluye en su interior la fuerza del cuestionamiento de esa existencia y sus modalidades.

Resulta por lo tanto más interesante, a mi parecer, recorrer la línea trazada por Foucault en cuanto postula que su inquietud radica en “...mostrar no sólo cómo el derecho es, en general, el instrumento de esa dominación –lo que es evidente– sino también cómo, hasta dónde y bajo qué formas el derecho (y cuando digo derecho no pienso simplemente en la ley, sino en el conjunto de aparatos, instituciones, reglamentos que se aplican al derecho) transmite, funcionaliza relaciones que no son exclusivamente relaciones de soberanía sino de dominación.”⁷⁴

menos susceptibles de escapatórias o de resistencias) que las técnicas que se utilizaban hasta entonces...” FOUCAULT, M., “Verdad y poder”, op.cit., pp. 185/186.

⁷⁰ FOUCAULT, M., *Genealogía del racismo*, op.cit. p. 30.

⁷¹ Cfr. FOUCAULT, M., *Nacimiento de la biopolítica*, FCE, Buenos Aires, 2007, p. 10.

⁷² BECCARIA, Cessare, *De los delitos y de las penas*, Temis, Santa Fé de Bogotá, 1998.

⁷³ Cfr. FOUCAULT, M., “Verdad, individuo y poder, op.cit., p. 148.

⁷⁴ FOUCAULT, M., *Genealogía del racismo*, op.cit, p. 31.

Es así que siguiendo esta inteligencia, las prácticas que se presentan como imbuidas de un espíritu reformista o de ruptura con lo anterior, pueden no ser otra cosa que mecanismos del poder para replicarse, enfundado en nuevos ropajes discursivos que sugieran que el poder ha cambiado de manos pero que miradas con mayor detenimiento exhalan un aroma un tanto pestilente. Hago propio aquí lo dicho por el autor en cuestión sobre la función de transmisor permanente de las relaciones de dominación que tiene el sistema de derecho⁷⁵; en estas relaciones de poder que se dan entre los individuos, ellos están siempre en situación de sufrir o de ejecutar ese poder y, por tanto, que en el caso de la concesión –y pongo énfasis en esta palabra, ya que se trataría de una especie de “dádiva magnánima”– de un recurso a favor del condenado no se hace más que cristalizar la disparidad de las relaciones que se dan entre el Estado y la potestad punitiva que ostenta y el individuo sometido a ella.

⁷⁵ *Ibidem*.