



myf

222

Dra. Ana Julia  
**MILICIC AMELI**

# LA CONSTITUCIONALIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN FISCAL CONTRA LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

myf

223

Como es de público conocimiento, a partir del 10 de febrero de 2014 nuestra provincia instauró un sistema procesal penal que se adapta a las premisas que contempla nuestra Constitución Nacional, adoptándose de esta manera un proceso adversarial a cargo de Ministerios independientes (Acusación y Defensa), en el cual la resolución del conflicto penal está a cargo de jueces que no son partes del mismo, contradictorio que se ventila de forma oral y pública, respecto del cual la magistratura judicial únicamente se presenta como un verdadero contralor del respeto y cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales y convencionales.

No obstante, hay algunas críticas constructivas que caben realizar en cuanto al aseguramiento del ejercicio autónomo de la función del órgano acusador, esto es, del Ministerio Público de la Acusación; puesto que el desempeño de la labor de los fiscales es significativo para el aseguramiento de la administración de justicia y al ser un órgano independiente restan todavía

cuestiones que mejorar para el debido desarrollo de su labor. En este artículo me voy a referir puntualmente a la competencia legal que ostenta el órgano acusador para apelar sentencias dictadas como consecuencia de debates orales y públicos, manteniendo una postura contraria a la de cierto sector doctrinario y jurisprudencial que sostiene que la misma no corresponde ante sentencias absolutorias o parcialmente absolutorias.

Para ello, voy a comenzar rebatiendo algunos de los puntos fundamentales que generalmente se alegan al denegar el medio impugnativo (apelación) de la Fiscalía ante sentencias absolutorias, adelantando que considero que tales posturas se presentan como violatorias del principio de legalidad procesal, del principio de igualdad y de derecho a la tutela judicial efectiva, entre otras, todas garantías esenciales y propias del debido proceso penal legal, constitucional y convencional.

**No hay violación al principio *Ne bis in***

*idem*: en primer lugar, cabe indicar que cuando una parte interpone un medio de impugnación no lo hace para que se reedite el debate tal como se dio durante el juicio, sino que lo que se persigue es que la prueba oportunamente producida se valore correctamente y conforme a las reglas de la sana crítica racional.

En el caso de la fiscalía, siempre que esta parte indique y fundamente debidamente sus agravios, no se concibe que el Tribunal sentenciante pueda negar el ejercicio de tal facultad legal. Que el fiscal pueda apelar sentencias no conlleva a que los juicios dejen de ser el centro del procedimiento ni que se encuentren devaluados por estar sometidos a un órgano revisor posterior; es equivocado sostener que apelar significa la reproducción del debate ya acontecido.

Que la Fiscalía pueda impugnar la resolución adoptada por el Tribunal de juicio no implica que se desarrolle un nuevo juicio, sino que lo que simplemente se habilita es un examen sobre lo que las

partes se agraviaron en función de lo decidido por el Tribunal al momento de valorar la prueba producida en debate. Y ello está expresamente redactado en el art. 391 del C.P.P., norma que literalmente fija la competencia del Tribunal de Alzada y establece que sólo podrá entender en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios, pudiendo siempre mejorar la situación del imputado.

Tal es así que no se trata de un nuevo juicio que los testigos no tienen la obligación de comparecer nuevamente a declarar. Si bien el art. 398, segundo párrafo del C.P.P. permite a los impugnantes requerir la producción de prueba, ello únicamente se da cuando se alegue un hecho nuevo –no conocido antes– que tenga incidencia en la resolución de la causa o cuando no se hubiere practicado la prueba ofrecida por el solicitante por motivos ajenos a su voluntad (circunstancias sumamente excepcionales que no transforman a la apelación fiscal en un nuevo juicio de ningún modo). Es decir, que cuando la Fiscalía impugna una sentencia no se

vuelve a producir la prueba del juicio ni se reedita del debate; justamente lo que se busca que es que se examine la valoración realizada por los magistrados judiciales respecto de la prueba producida (señalada en los agravios indicados en el recurso de apelación) y se revoque la inadecuada e irrazonable interpretación jurídica efectuada por el Tribunal sentenciante en base a la misma.

Tampoco es cierto que se afecta la prohibición de la persecución penal múltiple, desde que el proceso no tiene sentencia condenatoria firme pasada en autoridad de cosa juzgada. Mientras no haya una sentencia firme no podrá aducirse que –por admitir la apelación contra sentencia absolutoria– se está sometiendo a nuevo juicio a un acusado, y ello en atención a la unicidad del proceso penal «a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso «Mohamed vs. Argentina» de fecha 23/11/2012). Por lo tanto, el recurso de apelación

fiscal no busca volver a juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho, puesto que en realidad se trata de la continuidad del mismo procedimiento.

Y es aquí donde deben invocarse las explicaciones que efectúa el Dr. Maier, quien al preguntarse sobre la posibilidad que tiene el acusador público de recurrir la sentencia de los tribunales de juicio implica *un bis in ídem*, el mismo autor señala que la concepción que existe en nuestros códigos procesales es «bilateral». En efecto, Maier expone que los recursos son remedios contra las resoluciones judiciales consideradas injustas por y para alguno de los protagonistas del procedimiento, legitimados para intervenir en él y a quienes la resolución alcanza, bajo la condición básica de que la resolución les provoque un «agravio», esto es, decida en contra de sus intereses expresados en el procedimiento, concediéndoles algo menos de aquello que pretenden. Es más, aclara que tal concepción de bilateralidad de los recursos es aún más evidente en presencia de la sentencia definitiva como la derivada de un juicio.

Frente a una sentencia emanada de un juicio público, tanto el acusador como el acusado, tienen, en general, la facultad de impugnarla, cuando ella en su dispositivo perjudica el interés de quien recurre o el interés de aquél en nombre de quien se recurre: todo depende de aquello que decida la sentencia de su signo –absolución o condena–, y, en último de los casos, de la consecuencia jurídica que impone la decisión.

Es la firmeza del pronunciamiento –cuando pasa en autoridad de cosa juzgada– lo que torna operativo el principio del *non bis in ídem*, que hace impropcedente la reapertura de la investigación por los mismos hechos, contra la misma persona y existiendo además identidad de causa.

**Violación al principio de igualdad y de la concepción bilateral de los recursos:** por otro lado, cabe señalar que las posturas denegatorias de la atribución legal del fiscal de apelar violan el principio de igualdad y la bilateralidad de las vías de impugnación.

Existe violación manifiesta al principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la c.n. desde que, si partimos de la igualdad jurídica de las partes en el proceso, habrá que reconocerse que en la defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la ley, el órgano acusador cuenta con las mismas posibilidades para recurrir.

Es más, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en «Arce» estableció que si bien la garantía de la doble conformidad judicial que surge de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (arts. 8.2 h, CADH y 14.5 PIDCP, respectivamente) ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado, ello no implica que las concesiones legales para recurrir del Ministerio Público Fiscal sean inconstitucionales. En efecto, la Corte concluyó que, si bien el órgano acusador no se encuentra amparado por la garantía de la doble instancia, ello no obsta a que el legislador, si lo estima necesario, le conceda igual derecho. La facultad de las partes procesales a recurrir encuentra su fun-

damento constitucional en el principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la c.n., desde que todas las partes merecen igual tratamiento de la norma por parte de los jueces. El principio de igualdad implica que todas las partes deben ser tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones. Y en este punto vale citar al maestro Bidart Campos quien ha enseñado que no hay nada tan inconstitucional como aplicar la misma ley en casos semejantes haciendo de esa ley interpretaciones desiguales.

Lo que se debe garantizar es la bilateralidad, en el sentido de respetar las reglas comunes establecidas para ambas partes (Defensa y Acusación) para intervenir en el proceso, siendo que el juez –como un tercero imparcial e imparcial– tiene que únicamente decidir para dirimir el conflicto planteado por las partes contrapuestas que actúan en defensa de sus respectivas posiciones: el acusador que pretende la aplicación de una pena y el acusado que ella resiste. Esas partes contra-

puestas deben actuar con «igualdad de armas», siendo que, si bien el Estado tiene la competencia del *ius puniendi*, el acusado goza de algunas «desigualdades» que le permiten compensar el poderío del Estado que lo acusa, tal como el *in dubio pro reo*, *reformatio in pejus*, etc.

**Existencia de diferentes mecanismos de control judicial:** por otro lado, se suele invocar como motivo al rechazar la concesión del recurso de apelación fiscal que existen diferentes mecanismos de control judicial previos al juicio y durante el debate oral, por lo que no tiene sentido dotar a la Fiscalía de tantas herramientas procesales y vías de impugnación durante todo el procedimiento previo para luego admitir el recurso del actor penal cuando no comparte la valoración de la prueba efectuada por el tribunal del debate quien fue el único que gozó del principio de inmediación de la prueba producida.

Pues bien, debe precisarse que todas las audiencias de control realizadas

antes y después del juicio en el nuevo sistema procesal penal son argumentativas (excepcionalmente se da la producción de prueba en las mismas y cuando se hace, se efectúa sólo respecto de cuestiones particulares incidentales a resolver). La única prueba que se produce y que es tenida en cuenta para decidir sobre la responsabilidad penal que le cabe a los acusados es la que se realiza en juicio. Por lo que la producción de prueba propiamente dicha (de manera integral, donde juega el principio de inmediatez, contraexamen de las contrapartes, oralidad, concentración, etc.) se da única y exclusivamente en juicio.

Si bien existe un fuerte mecanismo de control judicial en diferentes momentos de la I.P.P. y aún después del debate oral y público, el mismo es generalmente en base a argumentaciones que realizan las partes de las evidencias colectadas durante el desarrollo del procedimiento. Es más, la mayoría de las veces los testigos dan una versión de los hechos durante la I.P.P. y en juicio pueden declarar de otra ma-

nera, siendo que lo que vale netamente como prueba es lo que manifiestan en el debate. Es por tal motivo que se permite la confrontación de sus testimonios con declaraciones previas o la posibilidad de refrescar la memoria de los testigos. No todo lo que consta en las evidencias durante la I.P.P. se transforma en prueba tal cual durante el juicio. Las personas tienen miedos, nervios, carecen de la confianza suficiente para enfrentar los interrogantes de los diferentes sujetos procesales, se enfrentan a la presencia inmediata y directa de los enjuiciados con sus defensores, el público, el Tribunal, pesando además el paso del tiempo. En definitiva, no es fácil ser testigo y ya no valen más las actas escritas del sistema inquisitivo que dotaban de fe lo que asentaban.

Dicho esto, cabe afirmar que el único órgano que controla la prueba que realmente es tenida en cuenta para la sentencia es el tribunal del debate, y el mecanismo de control anterior se basa principalmente en las argumentaciones que realizan los actores pro-

cesales sobre lo que dijeron los testigos, sobre lo que consta en los documentos que hasta ese entonces son meras evidencias sin valor probatorio alguno. Eso es lo que hace a la informalidad del sistema y lo que brinda a la etapa del juicio un rol determinante en el procedimiento. La argumentación previa al debate oral y público de ningún modo se puede igualar a la prueba producida durante el juicio y ningún juez valora la prueba fehacientemente como el Tribunal de Juicio.

Y es en este aspecto donde debe notarse que existe posibilidad de error en esa única valoración que hace de la prueba producida el órgano judicial juzgador y esa mera chance de yerro debe poder ser disipada y resuelta por el control recursivo posterior. No es asistemática la facultad procesal del Fiscal a recurrir, se trata de evitar que los jueces del debate –únicos juzgadores de la prueba producida en juicio– sean concebidos como infalibles.

Mucho se ha reseñado en la doctrina procesal acerca de que recurso como

garantía se ha consagrado como exigencia para ejecutar una pena contra una persona y que sólo cabe si el condenado la requiere. Esta doble conformidad judicial implica que el derecho al recurso consiste en la facultad del condenado de poner en marca una instancia de revisión que podría dar mayor certeza a la legitimidad de la condena. Es decir, que el recurso parte de la base de que pueden existir irregularidades en el debido proceso penal que motiven agravios que deban ser reexaminados. Pues bien, dichas causales también pueden ser invocadas por el órgano acusador, desde que la arbitrariedad existente en un procedimiento puede ser invocada por toda parte que encuentre lesión en su interés. La Fiscalía tiene la misión de evitar la impunidad de los hechos delictivos, velando en su actuación por la aplicación de la ley penal en reparación de los derechos afectados por las víctimas y por la materialización de justicia que exige la lesión colectiva que implica la comisión del delito (Art. 3, inc. 1 – Ley 13.013); requerir la justa aplicación de la ley, resguardando la vigencia equi-

librada de todos los valores jurídicos consagrados en la Constitución Nacional, la ley y el debido respeto por los derechos humanos (Art. 3, incs. 2 y 3 – Ley 13.013).

**Violación al principio de legalidad:** la C.I.D.H. ha sentenciado en el caso *Mohamed vs. Argentina* que es garantía convencional el derecho del enjuiciado a un recurso que permita una revisión integral de una sentencia dictada en su contra en juicio. No obstante ello, que dicha potestad no se halle contemplada convencionalmente en favor del órgano estatal fiscal no conlleva a sostener que tenga que ser prohibida por medio de la ley por ser atentatoria de los derechos del imputado.

Es verdad que el recurso fiscal no goza de jerarquía constitucional ni convencional expresa, pero su fuente legal no puede desconocerse. En el fallo «Arce» la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la constitucionalidad de los límites impuestos al acusador público a la hora de recurrir la sentencia,

aclarando que la potestad de recurrir del ministerio fiscal encuentra legitimación en la ley interna.

En la aplicación del poder penal del Estado, las partes procesales, en contraposición e independientes entre ellas, se controlan mutuamente. El Ministerio Público de la Acusación, como custodio de la ley, colabora en la función que desempeña el órgano judicial en la averiguación de la verdad y en la actuación de la ley penal, con la obligación de proceder tanto en contra como a favor del imputado. Para poder ejercer su función, el Ministerio Público Fiscal fue provisto de facultades procesales concretas, dentro de las cuales encontramos el poder interponer recursos. El Fiscal debe velar por la legitimidad y formalidad del procedimiento, controlar si los tribunales interpretan de manera adecuada las pruebas y aplican correctamente la ley en función de dicha valoración.

Y en este caso es muy claro Maier cuando explica que la situación es diferente en el sistema anglosajón, don-

de se da una interpretación más estricta de la prohibición de la múltiple persecución penal *–ne bis in índem–*, principio formulado como la prohibición de someter al imputado a un riesgo múltiple de sufrir una consecuencia jurídico-penal (*double jeopardy*), auxiliada por la inteligencia que reciben otros principios básicos del procedimiento penal, el juicio público ante jurados y la concepción del recurso del imputado contra la condena como una garantía procesal penal; todas estas circunstancias que impiden conceder al acusador más de una oportunidad para perseguir penalmente y lograr la condena, oportunidad sintetizada en el juicio ante el jurado. Tales condiciones implican la negación al acusador del recurso para obtener un nuevo juicio, por «injusto» que pueda ser presentado, en apelación, el veredicto final del primero.

En nuestro país, y en particular en nuestra provincia, la situación es totalmente diferente. No debe olvidarse que en nuestro sistema procesal penal todavía no se ha instaurado el jui-

cio por jurados (garantía que hace a la democratización de la justicia). Es cierto que la ley 12.734 ha puesto en marcha un sistema de enjuiciamiento que concuerda con la ideología de la c.N. y de los tratados internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, por lo que el modelo procesal penal constitucional hoy en día es el acusatorio, público y oral. Pero ello no significa que la tarea esté concluida, todavía resta la misión de concretizar la democratización de la justicia a través del juicio por jurados (Art. 24 y 75, inc. 12 de la c.N.).

Al realizarse un examen de convencionalidad de la facultad legal del fiscal a apelar, cabe apreciar que no se limita facultad ni ejercicio de derecho alguno reconocido a las demás partes. La legitimación de la facultad del fiscal a apelar también encuentra su fundamento en la garantía a la tutela judicial efectiva que poseen las víctimas. El ejercicio de tal derecho no limita libertad alguna del imputado ni su defensa eficaz durante el procedimiento penal.

La facultad que posee el Ministerio Público de la Acusación a recurrir surge de la ley procesal, de la igualdad ante la ley, cuanto se protege la actuación de las partes en el proceso. Es más, en materia de D.D.H.H. se ha afirmado que se debe garantizar –aún por vía legal– el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (art. 25.1 C.A.D.H.). Que ese derecho comprende el de identificar y sancionar a los autores intelectuales de violaciones de D.D.H.H.; derecho éste que no puede tener excepciones, debiéndose crear disposiciones de derecho interno para cumplir con tales imposiciones internacionales. Y el derecho a la verdad comprende el esclarecimiento de hechos en perjuicio de las víctimas. No debe olvidarse la legitimación procesal que tiene el Fiscal en representación de los intereses de la sociedad.

**Conclusión:** toda postura denegatoria de la competencia legal del fiscal a apelar sentencias es contraria a la concepción bilateral del recurso y a los principios de igualdad y lega-

lidad procesales. Y si se sostiene que existen controles previos y durante al debate, debe realizarse el siguiente gran interrogante: ¿Quién controla a los jueces del debate? ¿Los jueces del juicio son infalibles?

En este sentido, explica el Dr. Erbeta que el objeto del recurso de apelación es obtener una revisión, por parte de un tribunal superior, respecto de aquellas resoluciones dictadas por un órgano jurisdiccional de menor grado que le generaron algún tipo de agravio al recurrente. Ese agravio puede darse por un error recaído en la apreciación de los hechos, de la prueba o en la interpretación o aplicación del derecho al caso concreto. La actividad recursoria concedida a la parte tiene sustento en la falibilidad del juzgador, connatural con nuestra condición humana.

Y es aquí donde debe tenerse en claro que una cosa es la imposibilidad que se da en el derecho comparado –particularmente en el sistema norteamericano– de que el actor penal pueda apelar la sentencia absolutoria dispuesta

por el veredicto emitido por un jurado y otra cosa es no poder apelar la decisión de uno o tres magistrados judiciales en un sistema donde no existe jurado; máxime cuando muchas veces los agravios se basan en cuestiones de interpretación jurídica que son propias de una ciencia social como el derecho donde bien es sabido que existen múltiples posiciones doctrinarias sobre mismos temas.

El juicio oral y público no es la única y última oportunidad que tiene la Fiscalía para hacer valer su pretensión punitiva porque los medios de impugnación están justamente para permitir que no exista arbitrariedad en la tarea del juzgador. Que las partes tengan amplitud probatoria para acreditar sus respectivas teorías del caso no significa que lo que resuelva el tribunal de juicio sea «palabra santa», decisión propia de un dios infalible, no susceptible de posterior revisión por un órgano de grado superior. Y respecto en este punto hay que ser claros: el Tribunal de juicio integrado por magistrados letrados no es un jurado popular

que está exento de control en sus decisiones. Una interpretación contraria a ello llevaría a considerar al tribunal de juicio como el único órgano dentro del sistema republicano cuyas decisiones no son susceptibles de control alguno. Ello es inconcebible en un Estado de Derecho democrático y republicano como el nuestro.

No debe perderse de vista que el fundamento de los recursos es brindar un mecanismo de control de las decisiones judiciales para garantizar la menor posibilidad de error y adaptar de una mejor manera la decisión judicial a la idea política del Estado democrático de derecho. Es indudable que la actividad de los órganos encargados de resolver los conflictos es un factor importante de la seguridad jurídica. Dentro de tal contexto, es fundamental la tarea de interpretación jurídica. La expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible, es indispensable para que las decisiones de los actores políticos se tomen según la lógica de las reglas y no según la lógica de la discrecionalidad. Es por

tales motivos que considero arbitraria toda decisión contraria a las concesiones legales previstas en favor del órgano acusador, conculcándose de tal forma su independencia en la misión de procurar con su actuación al aseguramiento de la justicia. ■