

La “apelación horizontal” y la potestad recursiva del actor penal público en el proceso penal santafesino*

Por Ramiro Martínez¹

Introducción

El delito es algo más que un problema entre la víctima y su agresor, al decir de Jakobs: “es un conflicto público, que compromete al Estado y a la sociedad”² y el rol que la Fiscalía adopta –en nuestro sistema procesal– es la de ser el órgano estatal específico previsto para el ejercicio de la acción penal con el objetivo de alcanzar una condena, regidos bajo el estricto principio de objetividad.

En el presente trabajo se tratará de abordar el desarrollo de la potestad recursiva con la que cuenta el actor penal público, y las críticas que esto merece, y el problema que surgió a partir del dictado del precedente de nuestra Corte Suprema de Justicia “Scalcione”³. De manera que tanto la doctrina como la jurisprudencia continúa con discusiones respecto a las complicaciones que la “apelación horizontal” presenta de cómo garantizar el acceso al “doble conforme” del imputado al que un Tribunal de 2da. Instancia revoca (de forma total o parcial) una sentencia dictada en 1er. Instancia y la modifica en su perjuicio.

En definitiva, se pondrá de resalto que más allá de las cuestiones de ingeniería del aparato judicial-procesal que se intentan implementar, lo que se encuentra detrás es una crítica a la potestad impugnativa estatal en virtud de la alegación de violaciones de principios y garantías constitucionales y convencionales.

1. Alcance y fundamento del concepto de “recurso” en nuestro sistema procesal penal

La doctrina suele ser bastante pacífica respecto a la definición que este concepto representa.

En este, sentido Eduardo Jauchen entiende que el nombre de recursos “es el que reciben los medios de control... sobre el acierto de los aspectos fácticos o jurídicos de los actos jurisdiccionales previstos por la Constitución, o en la ley procesal reglamentaria de aquélla, para pretender su revocación, modificación o nulidad”⁴.

Originariamente, el recurso aparece concebido como un medio de control estatal de los órganos judiciales superiores del Estado sobre sus inferiores. Sin embargo, con el transcurso del tiempo se han ido adecuando a los fines de impedir que los

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Ganador del Tercer Premio del Concurso de Ensayos Jurídicos para Graduados.

² Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 12.

³ AyS, t. 271, p. 239.

⁴ Jauchen, Eduardo, *Tratado de derecho procesal penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. III, 2012, p. 591.

jueces consoliden situaciones de “injusticias” por la aplicación errónea del derecho o en el modo de valorar los hechos relevantes para el proceso de acuerdo a la prueba recolectada. Al decir de Jauchen: “los requiere cualquier comunidad jurídicamente organizada donde perviva la más elemental noción de justicia, para que no se consienta fácilmente la falibilidad o la arbitrariedad de los jueces cuando éstas ocurran”⁵.

El sistema que instauró la reforma en la Provincia de Santa Fe⁶ introdujo notorios cambios que afectaron a todas las etapas del proceso penal. Instaurando un sistema parecido, en sus lineamientos esenciales, a los diseños anglosajones y superador del modelo acusatorio formal (continental europeo), concebido así como un “acusatorio material”.

La premisa fundamental establecida en el art. 3 del Código dispone que durante el proceso se observarán los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediatéz, simplificación y celeridad –incluyendo la etapa recursiva de apelación–. Es decir, el ámbito donde se decidirán sobre los derechos de imputados y víctimas es la audiencia oral y pública (art. 142), y a su vez existe intermediación entre el imputado, el juez y la producción de información (las pruebas) con la que se pretende fundamentar las peticiones de las partes.

Por su parte, el llamado “viejo sistema” respondía a un compacto inquisitivo con aparentes y vacías formas de modernidad: contaba con etapa de instrucción a cargo de jueces, juicios escritos puramente formales, fiscales sin funciones de peso, organización judicial rígida, procesos penales lentos, burocráticos y escritos, con su lenguaje poco claro, tramitados sin publicidad efectiva interna o externa, entre otras características. La sorprendente lógica escrita para la construcción y resolución del expediente impactaba sobre toda la actividad judicial.

El “nuevo sistema” recepta un desarrollo de los medios de impugnación más propio de los sistemas adversariales orales que surgen, según Baclini y Schiappa Pietra, como: “una herramienta dispuesta para preservar y controlar que se pueda arribar al ‘mejor’ juicio, que este se desarrolle de la manera más óptima para la toma de decisiones y que la misma sea, efectivamente, una legítima y justa consecuencia de este proceso”⁷.

Por lo que la teoría de los recursos, según estos últimos autores, fue elaborada como: “una herramienta dispuesta a los fines de generar prácticas que resulten útiles para controlar el adecuado desarrollo de las etapas previas al juicio –que tiene su razón de ser en dar suficientes garantías de la posibilidad de su realización– y,

⁵ Jauchen, *Tratado de derecho procesal penal*, p. 595.

⁶ El 10 de febrero de 2014 entró en vigencia en toda la Provincia de Santa Fe la reforma del sistema de enjuiciamiento penal. Comprendió un largo camino previo que se inició en 2007 con la sanción del Código Procesal Penal –ley 12.734–, al que le siguieron en 2009 las leyes complementarias que crearon nuevas instituciones e incorporaron nuevas formas de organización, gestión y distribución de competencias y atribuciones: la ley de Organización de los Tribunales de la Nueva Justicia Penal (13.018), la del Ministerio Público de la Acusación (13.013) y del Servicio Público Provincial de Defensa Penal (13.014). Otra ley especial (la 13.004) reguló aspectos relevantes de la transición: los mecanismos de traspaso de agentes y funcionarios judiciales al nuevo sistema, programas de capacitación, etc. Fijó un plazo de tres años (que vencía el 10/2/17, y fue prorrogado hasta el 12/10/18) para la conclusión de las causas iniciadas antes de la reforma.

⁷ Baclini, Jorge - Schiappa Pietra, Luis, *Código Procesal Penal de Santa Fe. Comentado, anotado y concordado*, Juris, p. 471.

sustancialmente, como un dispositivo de control del juicio y de su producto final, la sentencia... El sentido del sistema de recurso, sobre todo en materia de impugnación de la sentencia, radica en dotar de posibilidades de revisar el fallo erróneo, reparar las lesiones al sistema de garantías y generar incentivos para que el juicio se lleve a cabo de la mejor manera”⁸.

La base de un sistema oral para su realización práctica necesita de estricto un control de tipo horizontal entre de las partes y para con el Tribunal. Así, en el juicio se deben disponer de incentivos de controles recíprocos a los fines de dar preponderancia al arribo de un juicio oral válido en el que las partes puedan plantear su disputa ante un juez imparcial, imparcial e independiente que juzga los hechos.

2. Recurso de apelación

Se trata de uno de los medios de impugnación que tiene por objeto obtener la revisión –en la medida del agravio que este le haya generado– de una sentencia dictada por un Tribunal de 1er. Instancia por un Tribunal de 2da. Instancia.

Vázquez Rossi refiere a que su existencia se justifica: “en la necesidad del debido contralor, en las posibilidades derivadas de un nuevo y más atento examen de las cuestiones decididas y, sobre todo, en la corrección de errores por parte de un cuerpo colegiado, por lo general compuesto por magistrados de mayor jerarquía dentro de las particularidades de la carrera judicial”⁹.

Destaco que dentro del pensamiento clásico era de suma importancia la revisión por un órgano superior encargado de neutralizar los errores que en 1er. Instancia puedan haber acaecido, y el fundamento de esta revisión se sustentaba en el hecho de que un Tribunal de 2da. Instancia –colegiado– podía sentar un mejor criterio.

¿Esto por qué sucedía? Por el simple hecho de que en 1er. Instancia usualmente quien tomaba las decisiones y resolvía era un único juez (ya sea Correccional, de Instrucción o de Sentencia) –órgano judicial unipersonal– lo que se estimaba como un riesgo en el error judicial respecto a la valoración de la prueba y la correspondiente fijación de hechos, siempre latente por la propia falibilidad humana.

Aun así, el cambio de sistema procesal implicó una readaptación de las funciones atribuidas a los jueces (en el mismo Código como en la ley 13.018) cuya labor únicamente se limita a resolver las peticiones que las partes les presenten en audiencia oral y pública y conformándose Tribunales Colegiados o Unipersonales de acuerdo al caso.

Esto no es nuevo, ya que, en realidad, implicó la adopción de un mecanismo de resolución de conflictos adversarial (modelo anglosajón) en el que la vinculación de los recursos para con los Tribunales a-quos es muy escasa, de hecho a la Fiscalía en muchos lugares, como por ejemplo en el derecho federal de los Estados Unidos, ni siquiera se le permite recurrir las sentencias absolutorias.

⁸ Baclini - Schiappa Pietra, *Código Procesal Penal de Santa Fe. Comentado, anotado y concordado*, p. 465 y 466.

⁹ Vázquez Rossi, Jorge, *Derecho procesal penal*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 481.

Y esto es porque el derecho anglosajón recepta en gran medida el derecho consuetudinario (*common law*) el que resultó de la elaboración e interpretación de los jueces a lo largo del tiempo –en vez de un conjunto de normas jurídicas tales como los códigos, más propios del derecho continental o romano/germánico–. Entiendo que un fundamento lógico respecto de la irrecurribilidad se produce debido a que en los juicios orales toma intervención “el jurado popular” por lo que el Estado mediante el acusador público no puede recurrir lo resuelto por los propios ciudadanos en los veredictos de culpabilidad (o no).

En nuestro caso, respecto de la doctrina de los recursos en relación al “imputado” encontramos diversos instrumentos internacionales y antecedentes jurisprudenciales que han conformado un bloque normativo que excede al mero articulado de nuestra norma máxima y que se complementa o integra con otro cúmulo de normas, como ser el articulado de los pactos mencionados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Éstos deben entenderse como un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

En particular, son dos las normas a las que me refiero, por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su art. 8.2.h que: “Garantías Judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Por el otro, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 14.5: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Estas normas, hoy con plena vigencia y operatividad, han venido a consagrar una nueva garantía que implica la facultad del imputado de hacer revisar el fallo de condena (que le es adversa) por un tribunal distinto de aquél que dictó la resolución recurrida, cuyo análisis debe ser un reexamen de cuestiones tanto fácticas como jurídicas, revisando todo lo que sea posible y agotando todas las herramientas posibles.

En definitiva, claro es entonces que el imputado en un proceso penal que haya tenido una resolución judicial adversa tiene el derecho a que la misma sea examinada por un órgano revisor.

Cuando generalmente se habla del “doble conforme”, no debe entenderse que el Estado necesite dos fallos para condenar y privar a una persona de su libertad, sino que se trata de un derecho puesto en cabeza de una persona que sufre el embate del aparato estatal para hacer revisar la sentencia que es contraria a sus intereses.

Esta faz recursiva o nuevo examen no puede consistir una violación al *non bis in idem*. Es decir, que no puede volver a repetirse el juicio del que derivó la resolución apelada, sino que debe producirse o repetirse el juicio en cuanto a lo que hubiera sido materia de agravio, a los efectos de que el órgano revisor pueda evaluar y apreciar lo sucedido que derivó en perjuicio del recurrente y poder así fallar del mejor modo posible.

En definitiva, “la Convención Americana sobre los Derechos Humanos regula que el derecho al recurso contra el fallo debe ejercerse ante ‘juez o tribunal superior’.

La literalidad de la redacción de esta disposición puede conducirnos a la conclusión de que los pactos no se apartan de la concepción vertical de la justicia, en la que existe un juez inferior y un tribunal superior normalmente colegiado a partir de cuya experiencia y mayores conocimientos se procura que la decisión sea más justa¹⁰.

3. El rol del fiscal en el proceso penal santafesino

Analizar al actor penal público implica avocarse al estudio del Ministerio Público de la Acusación (creado por ley 13.013), o sea de un órgano perteneciente a la autoridad estatal, que en el actual ordenamiento procesal santafesino tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal, art. 1: “tiene por misión el ejercicio de la persecución penal pública procurando la resolución pacífica de los conflictos penales. El Ministerio Público de la Acusación promoverá y ejercerá la acción penal”.

Sin embargo, la legitimación de la potestad represiva del Estado no es para nada nueva. Se instaló a mediados de la Edad Media, con la apropiación monopólica de la materia penal por parte del Estado. Desde allí se articula un sistema de persecución y enjuiciamiento destinado principalmente a la averiguación (inquisición) y al restablecimiento del orden vulnerado por el delito (desobediencia al soberano) mediante la pena ejemplificadora (expiación y disuasión). La palabra fiscal se vinculaba con la idea de “fisco” en cuanto representa al erario público. La principal función en el nacimiento de este fiscal medieval era defender los intereses económicos del rey.

Con el advenimiento de los Estados modernos, el fiscal dejó de defender exclusivamente intereses patrimoniales para procurar cumplir una función vinculada al ideal de justicia, persiguiendo a quienes se consideraba autores responsables de delitos y, como tales, merecedores de sufrir una pena pública estatal.

La idea de fiscal que se afianzó en nuestros ordenamientos procesales es un producto de la Revolución Francesa, o del Estado de derecho que luego se construyó en Europa como consecuencia de ella. Se entendió por Ministerio Público Fiscal, al conjunto de funcionarios estatales a quienes se les ha confiado como misión esencial la defensa de los intereses vinculados al orden público y social, asociado al mote descriptivo de “custodio de la ley” y más modernamente, de “órgano de la administración de justicia”. Así que frente a la función juzgadora que corresponde a los jueces, la del Ministerio Público era esencialmente “requirente”.

La nueva ley que en Santa Fe organiza al poder público (13.013), lo denomina Ministerio Público de la Acusación, establece que: “es un órgano con autonomía funcional y administrativa y con autarquía financiera dentro del Poder Judicial” (art. 2, ley 13.013) y dota a los fiscales de la función de persecución penal (art. 12) que implica tener a su cargo el ejercicio de la acción penal pública de acuerdo a la distribución de trabajo dispuesta, ejerciendo la dirección de la investigación, formulación de la acusación o requerimiento de sobreseimiento, aplicación de criterios de oportunidad dentro de los márgenes legales, actuación en juicio y formulación de impugnaciones ante los tribunales correspondientes (art. 20).

¹⁰ Baclini - Schiappa Pietra, *Código Procesal Penal de Santa Fe. Comentado, anotado y concordado*, p. 476.

Cabe destacar que, si bien se encuentran bajo la órbita del Poder Judicial, los fiscales no dejan de ser funcionarios del Estado quienes dentro del proceso asumen el rol de parte y directores de la investigación. Es decir, el Estado mediante el fiscal busca la obtención de una condena al imputado por considerar que cuenta con evidencias suficientes para acreditar el ilícito achacado.

Sin embargo, aquí aparece el punto neurálgico del presente trabajo, es decir, hasta qué punto puede llegar esta misión fiscal de obtener una condena; ya que la etapa recursiva en realidad se encuentra prevista como mecanismo de control del juicio por parte del imputado ante eventuales consolidaciones de “injusticias” por parte de los jueces.

4. Recurso de apelación acusatorio

Respecto la facultad recursiva del Estado –mediante el acusador público– la Corte Suprema de Justicia de nuestra Provincia en el año 2006 en el fallo “Gorosito” (AyS, t. 217, p. 31) sentó el criterio de que el otorgamiento del recurso de apelación fiscal es una decisión política y no una garantía reconocida en la Constitución o en instrumentos internacionales. Ya que el sistema de garantías impuesto por los Pactos Internacionales, respecto del “derecho al recurso” (Pacto de San José de Costa Rica, Declaración Universal de Derechos Políticos y Civiles) invierte la concepción teológica del proceso, porque es el imputado únicamente quien se encuentra legitimado para activar los medios tendientes a producir o no el doble conforme, con el derecho a la Doble Instancia, mediante el Sistema Recursivo; que técnicamente lo hace operativo.

A su turno, tanto en “Rivadero” (AyS, t. 246, p. 308) y “Villalba” (AyS, t. 294, p. 1) el doctor Erbetta expuso que en el caso del Ministerio Público como órgano del Estado, no se encuentra amparado por normas de jerarquía constitucional, es decir, la conjunción del art. 8, inc. 2, ap. h de la Convención Americana de los Derechos Humanos y del art. 14, inc. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que las mismas fueron consagradas exclusivamente en beneficio del inculpado sin que ello “obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho”, criterio adoptado en el fallo de la Corte Nacional “Arce” (AyS, t. 320, p. 2151) y reafirmado en “Garipe” (AyS, t. 327, p. 608) donde reconoció que la posibilidad recursiva por parte del querellante implicaba una desatención de la normativa legal y conllevaba a la violación del debido proceso legal consagrado en la Constitución Nacional.

Determinada entonces que la garantía constitucional y convencional de recurrir ante un Tribunal revisor recae única y exclusivamente sobre el imputado estimo que la decisión institucional de legislar la bilateralidad recursiva se contrapone con la lógica de nuestro sistema adversarial.

A decir verdad, y en mi criterio, debería optarse por lo que Julio Maier denomina “unilateralidad de los medios de impugnación”, es decir, la proscripción del recurso acusatorio para lograr una efectiva vigencia de la prohibición de la persecución penal múltiple. En tal sentido, el autor sostiene que el reexamen de cualquier aspecto de la sentencia absolutoria implicaría un nuevo juzgamiento prohibido por la normativa constitucional.

Funda su posición en la historia cultural del juicio por jurados –modelo que instaura la Constitución Nacional–, a la cual pertenece la idea de que el Estado no posea un recurso contra la sentencia del tribunal de juicio, y de que el fiscal tenga una única oportunidad –el juicio oral ante el tribunal de jurados– para colocar en riesgo al acusado en relación a una condena penal (prohibición del “double jeopardy”).

Pero fundamentalmente sobre la base de los principios del *ne bis in idem* y juicio por jurados en conjunción con la prohibición de *reformatio in peius*, Maier cierra la puerta del recurso acusatorio contra la sentencia absolutoria o contra una condena estimada leve, para modificar la sentencia en contra del acusado¹¹.

Daniel Pastor también se ha pronunciado a favor de la concepción unilateral de los recursos, afirmando que el derecho constitucional a recurrir el fallo es una garantía exclusiva del imputado¹².

Por eso sostiene que todo el sistema de garantías ha sido pensado en función de ponerle frenos al abuso del poder del Estado respecto de la persona imputada en un proceso penal. De esa premisa se colige que los órganos estatales de persecución penal no son titulares de las garantías constitucionales. Asimismo, destaca que los tratados internacionales de derechos humanos que integran el bloque constitucional incorporados mediante el art. 75 de la Constitución, interpretados tanto en su sentido literal como a la luz de los trabajos preparatorios de esos instrumentos, establecen que el derecho a provocar la revisión del fallo ante un tribunal superior es exclusivo de la persona inculpada de un delito y no del Estado¹³.

Asimismo, entre los partidarios de esta concepción que le asigna derecho al recurso sólo al imputado, cabe destacar la posición de Patricia Ziffer, quien ha puesto de relieve las dificultades que plantea el recurso acusatorio en relación al principio que veda la persecución penal múltiple y al derecho del imputado a obtener un pronunciamiento definitivo sin dilaciones indebidas.

Si bien es necesario un sistema que revise el derecho sustancial en el caso concreto, cualquiera sea el sistema que se elija, no hay que perder de vista que la legitimación del ejercicio de la acción penal, su promoción, ejercicio y agotamiento se materializa en la realización de ese acto trascendente y único que es el juicio oral, con el dictado de una sentencia.

Cuando se realiza el juicio o debate oral el Estado, a través del fiscal, realiza su acusación solicitando la fijación de una pena porque su objetivo es alcanzar una condena. Ahora bien, su misión queda cumplida al concluir los alegatos de clausura por lo tanto agota su legitimación persecutoria y está a la espera de que otro/s funcionario/s del Estado, como lo son los del Tribunal de Juicio, dicten una sentencia que puede ser condenatoria (acoge a su solicitud) o absolutoria.

Esta es la única persecución penal legitimada por el orden jurídico constitucional, luego de la reforma de la carta magna en 1994, momento en el que se incorporaron los tratados internacionales. Atento a que recurrir dicho fallo por parte del acusador implicaría poner en riesgo las garantías del *non bis in idem*, entendido este como como la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez. Es decir,

¹¹ Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Bs. As., Del Puerto, p. 705 a 733.

¹² Pastor, Daniel, *Recurso de casación y acumulación de oficio*, “NDP”, 1997-B-669.

¹³ Pastor, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2001.

supone que no se imponga una doble persecución penal en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento sin que haya una supremacía especial.

El juicio oral es único e irrepetible. Impera el principio de la centralidad del juicio como aquel momento del proceso donde se produce la prueba y esto está protegido mediante rigurosas normas estructurales de todo el sistema de garantías. Lo cual implica que todos los actos persecutorios arriben a su máxima expresión, es decir, la Fiscalía presenta la acusación contra el imputado –quien tiene el derecho a rebatirla– para luego producir toda la prueba con el control de las partes y de la sociedad (por ejemplo, en cabeza del público que asiste a las audiencias).

Finalizado dichos actos, se procede a la merituación de la prueba, que debe estar sujeta a lo incorporado válidamente al debate. Esto debe ser claro, preciso, circunstanciado, específico con la acreditación racional del tipo penal infringido, con expresa formulación del pedido de pena atribuible al imputado y en relación al caso concreto adecuada a la característica personal de quien la va a soportar.

La acusación, la producción probatoria y el ejercicio del derecho de defensa son la expresión máxima y última de la contradicción del proceso penal respecto del ejercicio de persecución estatal que se rechaza con una sentencia absolutoria, donde el Estado agota su legitimación persecutoria.

Por lo tanto, habilitar la vía recursiva del actor penal implica buscar en un nuevo Tribunal, que no tuvo inmediatez con la producción de la prueba, una condena que no ha sido alcanzada –por los motivos que fueren– por el Tribunal de juicio.

Maier es claro al resumir esta situación, ya que expresa: “El recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio representa un *bis in idem* y nuestra legislación, que lo autoriza, constituye una lesión al principio del Estado de derecho, que prohíbe la persecución múltiple. Este principio, como cualquiera del Estado de derecho, no depende para su observancia y respeto de argumentos formales y relativos, por ejemplo, a la conclusión procesal del procedimiento o al momento en que la sentencia adquiere calidad de cosa juzgada, antes bien, es dependiente de argumentos materiales que cierra la puerta a un segundo intento estatal de lograr una condena determinada: cuando el Estado, por intermedio de sus órganos de persecución penal, conduce a una persona a soportar un juicio público sobre la imputación que le dirige frente al tribunal competente para juzgarla, ésa es la única oportunidad que tiene para lograr la autorización que permite someter a esa persona a una consecuencia jurídico penal”¹⁴.

5. La apelación horizontal

Son palmarias las complicaciones que trae el Código Procesal al habilitar la apelación del actor penal público y todo surge a partir de que en caso de que se hiciera lugar a los agravios fiscales por parte del Tribunal de 2da. Instancia, pueden derivar dos consecuencias: a) que la sentencia de 1er. Instancia sea confirmada en su totalidad por el Tribunal de la Apelación; o b) que se revoque de forma total o parcial tal como dispone el art. 404 del C.P.P.S.F.: “El Tribunal que hiciera lugar al recurso,

¹⁴ Maier, Julio B., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Bs. As., Del Puerto, 1999, p. 639.

según corresponda, revocará o anulará total o parcialmente la resolución impugnada y ordenará el reenvío para la renovación de la actividad que se trate, indicándose en su caso el objeto concreto del nuevo juicio, procedimiento o resolución”.

Así el art. 405 del C.P.P.S.F. dispone: “Si se reenvía a un nuevo juicio o procedimiento, no podrán intervenir los jueces que hubieran conocido en el anterior. Si el reenvío procede como consecuencia de un recurso del imputado, en el nuevo juicio no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero. Si en el nuevo juicio se obtiene una segunda absolución, esta decisión no será susceptible de impugnación alguna”.

La doctrina judicial local sentada a partir de los precedentes “Ledesma” (AyS, t. 251, p. 315), “Alí” (AyS, t. 234, p. 378) y “Vaula” (AyS, t. 241, p. 350) preveían que en el caso de que la Cámara de Apelación acogiera los agravios del acusador –en tanto anulara o revocara la Sentencia de 1er. Instancia– debía abstenerse de emitir condena y efectuar el reenvío para que un nuevo Tribunal en 1er. Instancia competente dicte un nuevo fallo en base a las consideraciones efectuadas por la Cámara.

Sin embargo, entrada en vigencia del nuevo sistema mediante, la Corte Suprema de Justicia de nuestra Provincia dictó el precedente “Scalcione” (AyS, t. 271, p. 239) donde ordenó el engorroso trámite previsto para el reenvío e incorporó el instituto de la “apelación horizontal” al sistema. Cabe destacar que esta causa provenía del modelo de enjuiciamiento penal conclusional, es decir, escrito e inquisitivo mixto.

En este orden de ideas, Alejandro Fabio Scalcione el 29/3/12 había sido condenado por el Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de sentencia n° 1 de Rosario a la pena de 18 años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, con más inhabilitación por el término de 10 años para la tenencia y/o portación de armas de fuego en general, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego.

Recurrida la sentencia del a-quo tanto por la Fiscalía y la querrela como por la defensa del imputado, el Tribunal de Apelación Oral por Acuerdo del 27/11/12 resolvió confirmar la condena, pero modificar la adecuación típica del hecho atribuido en la sentencia apelada, calificándolo como homicidio con alevosía agravado por el uso de arma de fuego, imponiéndose la pena de prisión perpetua, accesorias legales, inhabilitación especial para portar o tener armas de fuego por el plazo de 10 años y costas.

Ahora bien, ante la aplicación de la *reformatio in peius* ¿quién revisaría la nueva condena de señor Scalcione a los fines de garantizar el “doble conforme”? En primer lugar, con una modificación respecto de su postura, Daniel Erbetta entendió que la sentencia del Tribunal de Segunda Instancia: “constituye en una nueva primera condena que... se halla en pie de igualdad con la condena dictada por primera vez por el tribunal revisor que conoce en el recurso contra la absolución que revoca” por lo que concluye que es necesaria la habilitación de una instancia de revisión amplia de la condena impuesta a los fines de asegurar la cláusula convencional del doble conforme.

En segundo lugar, resultó determinante establecer cuál sería la vía idónea y adecuada para materializar la revisión amplia de ese fallo. Y es aquí donde los mismos ministros discurren respecto de cómo debe operar lo dispuesto.

Con aplicación de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “Duarte, Felicia s/Recurso de casación” del 5/8/14 y “Chambla, Nicolas Guillermo y ots. s/Homicidio - Causa 242/2009” del 5/8/14, los doctores Erbetta, Gutierrez, Netri y Spuler estiman que en estos casos a los fines de proporcionar un sistema de revisión amplio debe producirse la aplicación del recurso de apelación horizontal.

Así, Erbetta resume que en el caso de que: “el tribunal de alzada que entienda al analizar una apelación interpuesta por el actor penal que conforme las pruebas producidas corresponde revocar una absolución y condenar, la debe disponer en el mismo fallo sin reenvío, cuando no resulte necesaria la realización de un nuevo juicio o procedimiento para el dictado de la nueva sentencia... preservándose el derecho del imputado a la doble instancia recursiva a través de la posibilidad de revisión amplia de lo resuelto por un nuevo tribunal integrado con otros magistrados del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal”. Agregando que: “en los casos en que la Cámara no revoque una absolución, sino que agrave la calificación del hecho y consecuentemente la pena... la solución debe ser también la expuesta anteriormente”.

A su turno, el doctor Gutierrez (voto al que adhieren los doctores Netri y Spuler) entienden que la “revisión amplia por otros magistrados integrantes del Colegio de Jueces penales de segunda instancia –es la que en adelante debe adoptarse a fin de garantizarle derecho al recurso– en casos como éste, de cambio de calificación legal y consecuente agravación de la sanción penal en segunda instancia y también en aquellos supuestos de primera condena en segunda instancia como consecuencia de la revocación. Es que no sólo luce razonable, sino que permite evitar un innecesario alongamiento del proceso en pos del cumplimiento de la garantía del plazo razonable”.

Principalmente, porque: “se deja un margen de determinación para los jueces de alzada, que son quienes, en definitiva, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso sometido a revisión, determinarán en qué supuestos es ‘evidente’ la innecesariedad del reenvío”.

En pocas palabras, si un Tribunal de 2da. Instancia entiende que se debe producir una modificación total o parcial de la Sentencia de 1er. Instancia que implique un perjuicio para el imputado lo que debe hacer es revocar –en todo o en parte– y condenarlo, siempre que no deba realizarse un nuevo juicio o procedimiento para el dictado de la sentencia (como sería el caso de la declaración de una invalidación de un acto procesal del trámite).

Así, a los fines de proteger el doble conforme la posibilidad de apelar esta nueva sentencia se produce con el recurso de apelación (horizontal), el que cuenta con la misma regulación de los arts. 394 y ss. del C.P.P. Solo que debe ser interpuesto ante el Tribunal de 2da. Instancia que dictó este nuevo fallo y quienes lo revisarán serán nuevos magistrados de esta instancia.

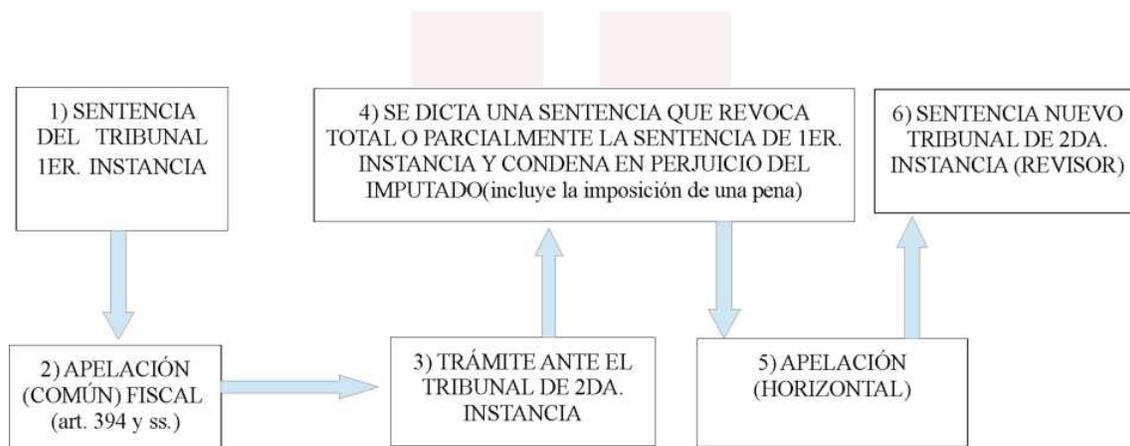
Sin embargo, la doctora Gastaldi entiende que en casos como el presente lo que debe suceder es que quien garantice la revisión efectiva de la sentencia debe ser la propia Corte Suprema Provincial, entendiendo que: “deben ceder las restricciones del recurso de inconstitucionalidad local tanto en su admisibilidad como examen” en virtud de que: “otra postura implicaría propiciar alongamientos recursivos irrazonables, en detrimento del imputado sometido a proceso y de la sociedad toda que exige el

esclarecimiento de los casos en plazos razonables, facilitando –por el contrario– la impunidad y un posible ‘efecto bumerán’ de afectaciones constitucionales”.

Por su parte, el doctor Falistocco entiende que el mecanismo que debe operar es el que disponían los precedentes anteriores ya que: “el reenvío surge... como la forma más garantizadora, asegurando un nuevo examen de la cuestión antes del dictado de la primera sentencia y la otra solución dispuesta en el segundo párrafo de la norma surge indudablemente como más conveniente desde el prisma de la economía procesal y celeridad en el proceso”.

En conclusión, y a pesar de las opiniones divididas que el fallo presentó, la aplicación de la apelación horizontal fue sostenida en sucesivos fallos, in re “Wagner” (AyS, t. 272, p. 260), “Aguilar” (AyS, t. 284, p. 017) donde se dispuso la aplicación en los casos de prisión preventiva, “Olivera” (AyS, t. 287, p. 323), “C.G.E.” (AyS, t. 287, p. 312), “Gomez” (AyS, t. 288, p. 280).

De este modo, el esquema que se puede representar de cómo opera este medio impugnativo es el siguiente:



6. Dificultades en la implementación de la apelación horizontal

La apelación horizontal ha recibido numerosas críticas en relación a la legitimación que el propio Estado hace de la impugnación fiscal y los conflictos que puede generar respecto a las eventuales violaciones de dos grandes garantías del imputado, como la prohibición de *reformatio in peius*, y la otra es que eventualmente se incurra en un *ne bis in idem*. También, por su parte, Jauchen agrega que no menos importante debe ser las exigencias de preservar la garantía de razonabilidad en la duración del juicio y la doble instancia, permitiendo que el acusado pueda revisar la condena y la pena ante un tribunal superior, y eventualmente tornando viable el doble conforme como única posibilidad de habilitar la ejecución de la pena estatal¹⁵.

¹⁵ Jauchen, *Tratado de derecho procesal penal*, p. 650.

Ahora bien, en el caso de que en 2da. Instancia el Tribunal disponga la revocación (y eventual condena) de una sentencia dictada en 1er. Instancia, y perjudique la situación del imputado, varios problemas técnicos pueden presentar.

El primero de ellos, es que ante el reconocimiento de la bilateralidad recursiva se puede llegar a dar lo que Maier denomina como una suerte de “regreso al infinito”, en el sentido de que tras un pronunciamiento liberatorio obtenido en 2da. instancia se transformaría en primera sentencia, la cual podría ser factible de un eventual recurso acusatorio. De tal modo la bilateralidad debería romperse en algún momento.

Este supuesto puede materializarse, por ejemplo, en el caso de que en 1er. Instancia se obtenga un fallo absolutorio por la acusación del delito de homicidio cometido contra una mujer –perpetrado por un hombre– y mediando un contexto de violencia de género (art. 80, inc. 11, Cód. Penal).

Sin embargo, apelada dicha resolución, en 2da. Instancia el Tribunal disponga la revocación de la misma y condene por el delito de homicidio simple (art. 79, Cód. Penal). Aquí nos encontramos en un supuesto de condena, pero que no contempla la acusación fiscal, por lo tanto, se produciría este “regreso al infinito” que expuse anteriormente. Habilitando instancias recursivas sólo al efecto de que el Estado consiga una condena, a toda costa, en base a la acusación formulada.

En segundo lugar, aparecen dudas para con la interposición de las impugnaciones extraordinarias. Es decir, en el caso de que la defensa del imputado opte por no hacer uso de la apelación horizontal –atento a que no se encuentra regulada por el ordenamiento normativo– y decida interponer el recurso de inconstitucionalidad del fallo dictado por dicho Tribunal. ¿Resultaría admisible o debería agotarse la instancia de apelación prevista por construcción pretoriana? Como así también el hecho de que la defensa decida interponer ambos recursos al mismo tiempo, es decir, el de inconstitucionalidad y la apelación horizontal ¿a cuál debería dársele tratamiento?, ¿y en caso de que la defensa se vaya en queja ante la Corte y se encuentre sustanciando el trámite en el Tribunal de Apelación Horizontal?

En tercer lugar, el valor de cada uno de los votos de los jueces que intervienen cuando los Tribunales se conforman de manera pluripersonal (art. 21, ley 13.018). Esto se puede vislumbrar en aquellos casos en los que se alcance, como resultado final, condena con mayor cantidad de votos absolutorios que condenatorios. Por ejemplo, en primera instancia al acusado por el delito de homicidio simple se lo absuelve con unanimidad de votos de los jueces del Tribunal. Apelada por la Fiscalía la sentencia, en 2da. Instancia con el voto de dos jueces –y uno que decide confirmar la resolución de 1er. Instancia– se revoca la sentencia absolutoria. Deducida la apelación horizontal por parte de la defensa, el nuevo Tribunal revisor decide confirmar la resolución condenatoria, pero con el voto de dos jueces y uno que decide absolver. Por lo tanto, del resultado total de votos obtenidos se puede vislumbrar que de los nuevos jueces que intervinieron en la causa cinco de ellos decidieron absolver y tan solo cuatro condenar.

Por más de que de la totalidad de los votos se obtenga un resultado de cinco votos condenatorios contra cuatro, ¿se logra alcanzar la certeza suficiente como para dictar una condena sin que aflore un atisbo de duda que favorezca al imputado?

En cuarto lugar, y vinculado con el punto anterior, el primer Tribunal de 2da. Instancia revisor nunca tuvo intermediación con la producción probatoria. Por lo tanto, si una de las piedras basales del sistema se encuentra en los principios de oralidad, concentración e intermediación ¿no se estaría resquebrajando? Atento a que el Tribunal que decide condenar –acogiendo los agravios fiscales– no tuvo posibilidad de tomar contacto directo con la prueba producida en 1er. Instancia.

En quinto y último lugar, respecto al reenvío a 1er. Instancia cuando deba realizarse un nuevo juicio o procedimiento, advierten los doctores Baclini y Schiappa Pietra que por imperio del art. 2, eventualmente, podría verse lesionarse el principio de retrotracción a etapas anteriores del proceso cuando el vicio que lo motiva no hay sido causado por el condenado.

No puede admitirse que el Estado (acusación o jurisdicción) pueda reabrir un caso alegando como excusa la comisión de “errores del procedimiento” o bien al momento de construir la sentencia, y mucho menos que ellos se adviertan como defectos o perjuicios a los derechos de los imputados. De allí que no resulta factible invocar la lesión a un derecho o garantía para retrotraer el proceso a etapas anteriores del proceso, en perjuicio de la persona a quien afectaron esos derechos o garantías¹⁶.

Conclusiones

El derecho al recurso en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal resulta una gran herramienta que tiene como finalidad preservar y controlar el arribo al mejor juicio y, en su caso, es un derecho humano reconocido expresamente al imputado que cumple la función específica de limitar y controlar el ejercicio del *ius punendi* del Estado. Ya que implica la defensa de los derechos individuales ante un Estado que los pone en peligro con su actividad persecutoria y de juzgamiento.

Entonces, el planteo respecto a que el Estado no pueda invocar en su beneficio la garantía al recurso deviene de un análisis lógico, precisamente porque éstas constituyen límites al poder estatal.

La premisa de este trabajo lejos está de cuestionar las facultades recursivas fiscales atribuidas por el legislador en el Código Procesal sino poner de resalto las complicaciones que las mismas tienen al momento de tornarse operativas. Más precisamente cuando el actor penal público decide apelar una sentencia que no cubría las expectativas de su acusación.

Las garantías que se ponen en juego no son menores como así tampoco el rol que los operadores judiciales cumplirían ante las eventuales instancias de apelación horizontal donde desaparece la lógica de 1er. y 2da. Instancia y se instauran mecanismos no previstos por la legislación; que lejos de solucionar problemas, los agravan.

Tomar como hipótesis que la apelabilidad fiscal de las sentencias absolutorias ante supuestos de “arbitrariedad manifiesta” deviene en legitimar por parte del Estado comportamientos defectuosos de los funcionarios judiciales e implica sospechar, tal como dice el doctor Llaudet en su voto en el fallo “Acosta” (Acosta, Carlos Adrián

¹⁶ Baclini - Schiappa Pietra, *Código Procesal Penal de Santa Fe. Comentado, anotado y concordado*, p. 555.



sentencia 227, T° 22, F° 7 causa 731/07 y acumuladas), “casos de mala praxis y/o corrupción que habrán de ventilarse en las instancias internas de control correspondientes, pero no por ello debe validarse que se facturen en contra del imputado”.

El embate estatal de seguir en eventuales instancias logrando alcanzar una condena no encuentra respuesta en relación al por qué se debe preferir la mirada de la sentencia condenatoria por sobre la sentencia absolutoria en una búsqueda de la “verdad real” más propia de un sistema inquisitivo que adversarial.

Si se quiere modificar la Justicia, entiendo, que es imperioso considerar que la parálisis de la misma se debe a un debilitamiento en la confianza que esta genera, en consonancia a una mala distribución del poder, a su concentración en cierto número de puntos, a los conflictos y a las discontinuidades resultantes.

© Editorial Astrea, 2021. Todos los derechos reservados.

