

La impugnación del acusador: ¿un caso de *ne bis in idem*?

Julio B. J. Maier**

I. La posibilidad de que el acusador recurra la sentencia de los tribunales de juicio, ¿significa un *bis in idem*? En el derecho procesal penal europeo-continental, de cuño inquisitivo originario, por lo tanto, también en nuestro derecho, ya la pregunta en sí significa menos que una extravagancia. En efecto, los principales códigos europeos, que siempre constituyen referentes para nuestro derecho procesal penal y su desarrollo, conciben al recurso contra la sentencia, fundamentalmente al recurso de casación, de modo “bilateral”: se trata de 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 ella les provoque un “agravio”, esto es, decide en contra de sus intereses expresados en el procedimiento, concediéndoles algo menos que aquello que pretenden de ella o algo distinto de aquello que pretenden.

Esa concepción “bilateral” de los recursos es aún más clara en presencia de la sentencia definitiva: Ley de Enjuiciamiento Criminal (España), 847, y 854; OPP (RFA), 296, 312 y 333; Código de Procedi-

* Este trabajo es una versión parcial y sintética del punto “Posibilidad de impugnar la sentencia de condena”, desarrollo en el S 6, H, del libro *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1996. Publicado inicialmente en *Revista de Ciencias Penales*, año 8, núm. 12, San José, diciembre de 1996.

** Profesor de derecho procesal penal de la Universidad de Buenos Aires.

miento Penal Italia, 568, III, 593, 1, 607 y 608; Código de Procedimiento Penal Portugal, 401, 1, *a y b*; Código de Procedimiento Penal Costa Rica, 472 y 473; CPP Nación, 457, 458 y 460, Código de Procedimiento Penal Tucumán, *idem*.

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 dispositivo³, perjudica el interés de quien se recurre o el interés de aquel en nombre de quien se recurre⁴: todo depende de aquello que decida la sentencia, de su signo —absolución o condena— y, en el último de los casos, incluso de la consecuencia jurídica que impone la decisión.

II. Otra es la inteligencia del problema en el derecho anglosajón. Allí, en general, una interpretación más estricta de la prohibición de la múltiple persecución penal —*ne bis in idem*—, 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, impide conceder al acusador más de una oportunidad para perseguir penalmente y lograr la condena, oportunidad sintetizada en el juicio ante el jurado. Tal circunstancia implica, básicamente, negación del recurso para obtener un nuevo juicio, por “injusto” que puede ser presentado, en “apelación”, el veredicto final del primero.

El jurado representa, políticamente, una condición básica para la utilización de la coerción estatal, sobre todo en materia penal, debido a que la pena estatal significa, a su vez, la autorización más vigorosa para la utilización de la fuerza por parte del Estado, en perjuicio de un habitante sometido a su soberanía, la injerencia más grave en sus derechos básicos como persona. El jurado funciona así políticamente, a la manera de clave para que los funcionarios estatales (jueces) utilicen la pena en la solución de un conflicto social: la absolución del jurado impide la utilización de esta herramienta, cualquiera que sea la valoración del veredicto (justo o injusto frente a la ley); la condena del jurado abre paso a que los jueces profesionales y permanentes, en una instancia posterior, fijen la consecuencia jurídica a sufrir por el condenado. La necesidad del *juicio por jurados* (Const. Nac., 24, arts. 75, inc. 12 y 188) se puede resumir, entonces, en la condición que su autorización final representa para la aplicación de una pena estatal: a manera de compuerta abre o cierra la posibilidad de aplicar una pena. Conforme a esta inteligencia política de la institución, el juicio por jurados es, jurídicamente,

³ No pretendemos, ahora, debatir acerca de la parte de la decisión judicial de la cual debe emerger el “agravio”; universalmente triunfa la tesis que, de manera general, indica a la parte dispositiva, a la decisión en sentido estricto, como lugar de radicación del perjuicio que la sentencia judicial provoca: cfr. MANUEL N. AYÁN, *Recursos en materia penal*, Córdoba, Ed. Lerner, 1985, cap. III, A. 2, págs. 87 y ss.; CLAUD ROXIN, *Strafverfahrensrecht* (23ª ed.), Ed. Beck, München, 1993, S 51, B, II, 2, c, págs. 366 y ss.

⁴ Tampoco interesan aquí ciertas desviaciones parciales de esta regla, en homenaje a otros principios, como el de *objetividad* de actuación del ministerio público, que permite a los fiscales, por ej., recurrir “a favor del imputado”, es decir, por un “agravio” ajeno.

una garantía procesal y un derecho para el imputado, en materia penal (excepción hecha de infracciones penales muy leves: contravenciones).

Debido a que esta es la forma básica que nuestro constituyente pensó para el enjuiciamiento penal, el derecho de los EE. UU., de donde la exigencia procede para nosotros, es un buen ejemplo para decidir el problema aquí planteado. Allí el fiscal solo tiene una oportunidad de lograr la condena, en el juicio público ante el jurado; si durante el juicio, el caso resulta sobreesfido, porque, al presentar su caso, el juez resuelve que ningún jurado razonable podría condenar con la evidencia presentada y disuelve al jurado, o, a su terminación, el jurado declara inculpable al imputado, el caso termina definitivamente. Cualquiera que sea el grado de acierto o desacierto, o de “justicia” de estas decisiones (*acquittal*), el acusador no posee remedio alguno contra ellas: se trata de la decisión estatal emanada del órgano competente —judicial— sobre el caso y de la única persecución penal admitida (prohibición del *double jeopardy*)⁵. El derecho de “apelar” el fallo condenatorio, en procura de un nuevo juicio, fundado en la descalificación del veredicto, precisamente por los errores graves ocurridos durante el juicio o reflejados en el veredicto, solo le corresponde a quien es declarado culpable y, por tanto, en riesgo máximo de asumir una consecuencia jurídico-penal, único que además puede generar una nueva (doble) persecución penal, sin duda, el recurso contra el fallo de culpabilidad resulta concebido, en este sistema, como una garantía procesal⁶. El fiscal, en cambio, como el imputado, cuando ha existido una declaración de culpabilidad firme, puede recurrir la consecuencia jurídico-penal determinada en un procedimiento posterior al veredicto —regularmente en la audiencia para la determinación de la pena (sistema de “censura” entre el debate sobre la culpabilidad y el debate sobre la pena)⁷— y su decisión (sentencia penal).

III. Esta es, a mi juicio, la solución correcta del problema planteado, desde varios puntos de vista. En primer lugar, el principio *ne bis in idem*, correctamente interpretado por su solución más estricta para la persecución penal, debería conducir, por sí mismo, a impedir que el Estado, una vez que ha decidido provocar un juicio contra una persona ante sus propios tribunales de justicia, pueda evitar la decisión adversa del

⁵ Green v. U. S., 1957, U. S. v. 355, págs. 184 y ss. (“... es uno de los principios elementales de nuestro derecho penal que el Estado no puede obtener un nuevo juicio por medio de una apelación aun cuando la absolución pueda aparecer como errónea”); North Carolina v. Pearce, 1969, U. S. v. 395, págs. 711 y ss.; Smalis v. Pennsylvania, 1986, U. S. v. 476, págs. 140 y ss.

En algún Estado federado se conoce una variación de esta concepción: existen tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes que se llevan a cabo y sentencian el juicio en primera instancia, que puede ser seguido, solo por recurso del condenado, por un juicio ante el jurado, al que únicamente él tiene derecho, recurso que no puede ser utilizado por el fiscal, según lo ha declarado conveniente la jurisprudencia suprema en los EE. UU. (Ludwig v. Massachusetts, 1976, U. S. v. 427, págs. 618 y ss.).

⁶ Idéntica es la concepción del derecho inglés: cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, S 73, III, 4, págs. 478 y ss.

⁷ U. S. v. Di Francesco, 1980, U. S. v. 449, págs. 117 y ss.; Pennsylvania v. Goldhammer, 1985, U. S. v. 474, págs. 28 y ss.

tribunal de juicio, mediante un recurso contra ella, que provoca una nueva persecución penal en pos de la condena o de una condena más grave, con lo cual somete al imputado a un nuevo riesgo de condena y eventualmente, a un nuevo juicio.

Pero, además, a esa conclusión se debe de arribar en conjunción con el sistema integrado de garantías procesales previsto por nuestra Constitución Nacional para quien soporta una persecución penal. Si se repara en que el juicio público ante un tribunal que, como mínimo, se debe de integrar con participación de ciudadanos, es una de esas garantías (Const. Nac., art. 24)⁸, y, más allá de ello, en que con la incorporación del PIDC y P (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la O. N. U.), 14, núm. 5, y de la CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos), 8, núm. 2, h, al texto de la Constitución Nacional, Const. Nac., art. 75, inc. 22) el recurso contra la condena se ha transformado también en una garantía procesal para el condenado por un tribunal de juicio, no parece existir otra forma de interpretar estas garantías⁹, al menos desde el punto de vista práctico y político. Para llegar a esa conclusión basta advertir que si se permite al ministerio público buscar renovadamente la condena con un recurso, al menos ello conduce, necesariamente a que cuando la consigue en última instancia o en un nuevo juicio, todavía debe ofrecerse al condenado —por primera vez o por primera vez respecto de esa condena específica— un recurso para atacarla ante el tribunal superior. Se advertirá, al menos, que ello resulta prácticamente imposible desde el punto de vista de la organización judicial y que, en verdad, conduce a un infinito recursivo y procesal, pues siempre es posible pensar, en el sistema del recurso “bilateral”, que el acusador conseguirá la condena ansiada ante el último tribunal y contra ella todavía resulta necesario garantizar un recurso al imputado a quien esa condena afecta. Con alguna perspicacia, se advertirá también, más allá de ello, cómo queda a la vista la múltiple persecución penal provocada por el Estado, el sometido múltiple al riesgo de una consecuencia jurídico-penal. El único que puede provocar esta persecución penal múltiple es el propio perseguido penalmente, pues el riesgo múltiple queda eliminado si, además, la segunda sentencia de condena eventualmente no puede superar la consecuencia penal que propone la primera sentencia (prohibición de la *reformatio in pejus*)¹⁰.

Hemos advertido varias veces acerca de la utilización de las garantías “en contra del imputado” que realizan a diario nuestros tribunales de justicia. En buena medida este riesgo de interpretación desviada se produce por la posibilidad del recurso del acusador, que logra la anulación de una sentencia favorable al imputado o consentida por él, sobre la base de las mismas garantías que lo amparan.

⁸ CARLOS NIÑO, *Fundamentos del derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, SS 48 y 49, págs. 451 y ss., y 476, respectivamente.

⁹ El “derecho al recurso” contra la condena de los tribunales de juicio, en procura, incluso de un nuevo juicio, consiste, básicamente, en someter a la condena penal y a su consecuencia jurídica a la prueba matemática de la “doble conforme”, según lo ha explicado con acierto MARCELO FERRANTE, “La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria”, en AA. VV., *Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1995, S 1, pág. 17.

¹⁰ AYÁN, *Recurso de materia penal*, cap. V, 12, págs. 166 y ss.; JULIO MAIER, *DPP*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, S 6, D, 4, a, págs. 362 y ss.

Ese riesgo se eleva aún más cuando se sostiene que el acusador está amparado por estas garantías. Precisamente, el hecho de que esas garantías solo estén previstas en razón de quien sufre la persecución penal —al menos ello es claro para la garantía del recurso contra la condena— autoriza a extender la interpretación arriba indicada al mismo acusador privado, quien también carecerá de recurso contra la sentencia: su única oportunidad de arribar a una condena contra el imputado es el juicio público originario.

Tampoco puede existir duda en afirmar que nuestro sistema constitucional de enjuiciamiento penal deriva, al menos parcialmente, de la comprensión que, al respecto, ofrecen las instituciones jurídicas de principio de los EE. UU. (juicio por jurados).

IV. Para compaginar adecuadamente todas estas reglas de principio, en especial el derecho al recurso del condenado establecido por las convenciones internacionales, (hoy parte de nuestra Constitución Nacional) he propuesto sintéticamente¹¹:

a) Considerar suficiente, para cumplir la garantía de conceder el recurso al condenado por los tribunales de juicio, a nuestro recurso de casación, básicamente idéntico al “derecho de apelación” para el condenado de derecho estadounidense, si se lo reformula adecuadamente.

b) Estas reformas deben de tender, en primer lugar, a garantizar el acceso al recurso sin trabas formales excesivas para su procedencia, que pueden ser superadas mediante el auxilio judicial para el recurso interpuesto tempestivamente¹².

c) Corresponde también, en segundo lugar, ampliar el objeto del recurso por la admisión de motivos que no son tradicionales para él en nuestra legislación: incorporación de todos los motivos del recurso de revisión, posibilidad de demostrar que, por

¹¹ Cfr. JULIO B. J. MAIER, *El recurso contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?*, inédito, enviado para publicar en el libro Homenaje al prof. dr. Ricardo C. Núñez, a cargo del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y C. S. de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹² Hasta aquí me acompaña la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 24/92, sobre varios casos tratados con relación a la legislación costarricense, básicamente idéntica a la nuestra “el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo reclama por una opinión consultiva del gobierno de Costa Rica, con el texto de un proyecto de ley que pretendía cumplir con la exigencia impuesta por la Comisión, no resolvió el tema, precisamente porque formaba parte de casos litigiosos pendientes en los que, eventualmente, debía intervenir (OC-12/91 del 16/12/1991), no se resolverá más esos casos, pues el proyecto costarricense, que deroga toda limitación al recurso de casación del imputado contra la condena penal y estatuye un tribunal de casación para condenas de menor importancia, se convirtió en ley y cumplió la exigencia de la Comisión (previamente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica había declarado inconstitucional esas limitaciones *erga omnes*).

Nos acompaña también, actualmente, nuestra Corte Suprema nacional, en “David Giroldi y otros, Recurso de casación —causa 32/93— (recurso de hecho)”, caso C. 342, XXVI, sent., 7 abril 1995, que atendió a esa jurisprudencia internacional y, en su consecuencia, aclaró la contrariedad constitucional de las llamadas “limitaciones objetivas” —por la gravedad del agravio— a la facultad del imputado de recurrir las sentencias condenatorias por la vía de casación, considerada adecuada para cubrir la garantía.

acción o por omisión, la sentencia contiene un grueso error de apreciación de los hechos (*iudicium rescindens*)¹³.

d) Ello implica aceptar, además, que el procedimiento en casación admite la incorporación de prueba pertinente a la verificación del motivo, algo que ya pertenece al recurso, bien interpretado¹⁴.

e) Implica también comprender que el sentido del recurso, salvo absolución directa por el tribunal de casación en los casos de excepción en que ello resulta permitido (casación material que conduce a la absolución), consiste en el derecho del condenado a tornar plausible el error del juicio o la sentencia —prueba ahora a su cargo—¹⁵ para intentar lograr un nuevo juicio sin fallas.

Por último, el acusador no estará facultado a intentar recursos contra la sentencia absolutoria o de condena, circunstancia que permitirá reducir los casos que arriban a los tribunales de casación racionalmente —sin utilizar el recurso odioso (jurídicamente apreciado) de la limitación de la impugnación de condenas por parte del imputado y que logrará que la condena originaria sea, además, el límite máximo de la consecuencia jurídica que se pudiera establecer en un nuevo juicio y una nueva condena (prohibición de la *reformatio in pejus*), provocados solo por recurso del condenado o de su defensor.

¹³ Con ello, el recurso de casación se aproximaría a la “apelación” del derecho anglosajón —también a la casación española— en tanto, si bien trata fundamentalmente motivos jurídicos —especialmente pone en crisis la conducta del tribunal durante el procedimiento y en la obtención del veredicto frente a las reglas del procedimiento—, contiene también la posibilidad de demostrar que el veredicto contiene gruesas fallas que lo alejan de la realidad del acontecimiento juzgado. Para acceder a este pensamiento, que, sin duda, altera el sistema tradicional de concebir la casación, es útil pensar en nuestro sistema actual, en especial en el recurso de revisión, que, precisamente, pretende atender estos casos una vez que la sentencia quedó firme: no existe argumento racional alguno que impida anticiparlo, mediante la inclusión de sus motivos en la casación, pues si alguno de esos motivos son verificables (*iudicium rescindens*) nada justifica postergar un tratamiento para después de que la sentencia quede firme.

¹⁴ Cfr. FERNANDO DE LA RÚA, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, núm. 34, pág. 126; hoy, nuevamente y más extenso, en la casación penal, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1994, núm. 18, págs. 69 y ss.; y JULIO B. J. MAIER, *La ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, pág. 282, S 337, pág. 287 y S 351, pág. 297 donde se halla la bibliografía alemana al respecto, toda coincidente en el principio enunciado.

¹⁵ Frente a la sentencia y a su presunción de acierto, no rige más aquí, en relación a la verificación de los motivos del recurso para rescindir del fallo, el *in dubio pro reo*. Antes bien, es el imputado recurrente, o aquel que recurre en su nombre, quien sabe tornar plausible el motivo: se trata de proporcionar un juicio de probabilidad suficiente acerca de que, precisamente por la realidad del motivo, la concesión de un nuevo juicio variaría la decisión, al menos el fallo de culpabilidad y punibilidad —excluida quizás la determinación concreta de la pena—, de modo favorable para el imputado. Ciertamente, esta es tarea del recurrente. Cfr. CLAUS ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, S 55, C, II, págs. 407 y ss.: “serías dudas sobre la corrección de la sentencia en relación a los hechos determinados”. Por supuesto, el *in dubio pro reo* renace si el *iudicium rescindens* consigue su propósito, esto es, ya no en relación al motivo que precipita la duda sobre la corrección de la sentencia, sino al hecho, objeto material del procedimiento, razón por la cual él permanece en el fondo de la apreciación, como principio de referencia; por ej.: si se lograra demostrar que el juicio prescindió de una información esencial, un testimonio, conocido después del debate, o que uno de los testigos que determinan la condena cometió falso testimonio, enseguida se preguntará acerca de si la inclusión del elemento omitido o la exclusión del aceptado y decisivo para la solución pueden crear la hipótesis de la falta de certeza que habilita la absolución.

V. La conclusión respecto del título es clara. La concepción del recurso del imputado contra la condena como una de las garantías procesales en su persecución penal, según lo proponen las convenciones internacionales sobre derechos humanos, es incompatible con la concesión del acusador de un recurso contra las sentencias de los tribunales de juicio —sistema “bilateral” de recursos—, precisamente porque implica la renovación de la persecución penal fracasada, esto es, en estricto sentido, someter al imputado —absuelto o condenado a una consecuencia jurídica menor a la pretendida— a un nuevo (doble) riesgo en relación a la aplicación de la ley penal. Debido a ello, 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 penal múltiple¹⁶. Este principio, como cualquiera que emerja del Estado de derecho, no depende, para su observancia y respeto, de argumentos formales 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 cierran la puerta a un segundo intento estatal de lograr una condena determinada: cuando el Estado, por intermedio de sus órganos de persecución penal, condujo a una persona a soportar un juicio público sobre la imputación que le dirige frente al tribunal competente para juzgarla, esa es la única oportunidad que tiene para lograr la autorización que permite someter a esa persona a una consecuencia jurídica-penal (el único título que justifica la aplicación de una pena o de una medida de seguridad y corrección penal) y carece de otra oportunidad, que siempre implica una renovación de la persecución, un nuevo riesgo de condena. Precisamente, aquello que la prohibición de perseguir más de una vez significa, no se agota en impedir dos o más condenas contra una persona para un solo hecho punible, sino, además, se extiende a la necesidad de evitar que una persona sufra, por un mismo hecho punible, más de una persecución penal, más un riesgo de ser condenado¹⁷. El principio prefiere hasta la burla del transgresor, que, por ejemplo, confiesa públicamente su crimen con posterioridad a su absolución, que el riesgo de un ejercicio excesivo y arbitrario —para él— del poder penal estatal, en homenaje a la seguridad jurídica de las personas.

¹⁶ Cuando critiqué la legislación alemana, que autoriza el recurso de revisión del ministerio público en disfavor del absuelto o condenado (*Rechtsstaatliches Denken und Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Angeklagten*, en *Festschrift für Armin Kaufmann*, Karl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, págs. 128 y ss.), no sospeché que los argumentos que esgrimía eran extensibles a cualquier recurso contra la sentencia.

Repárese en que nuestra legislación procesal más moderna, a saber, los nuevos códigos del Córdoba y Tucumán, insisten con el sistema “bilateral” del recurso contra la sentencia y en que los autores que han tratado el tema del “derecho al recurso del condenado” afirman esta necesidad como reclamo de justicia (cfr. NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *La instancia judicial plural penal en la Constitución argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1988, E. III, pág. 160), no advierten el problema o dudan frente a él (GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *La doble instancia en el proceso penal (la Convención sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)*, t. 118, Buenos Aires, El Derecho, núm. 7, pág. 879).

¹⁷ RICARDO C. NÚÑEZ, “La garantía del *non bis in idem* en el C. de P. P. de Córdoba, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1946, SS 3 y 4, págs. 314 y ss.; JORGE CLARÍA OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, t. 181, Buenos Aires, Ediar, 1960, pág. 248; FERNANDO DE LA RÚA, *Non bis in idem*, en *Proceso y justicia*, Buenos Aires, Lerner, 1980, II, 3, págs. 309 y ss.; MAIER, *DPP*, S 6, E., I, II, págs. 371 y ss.