

¿VULNERA LA GARANTÍA DEL *NE BIS IN IDEM* EL RECURSO DE LA FISCALÍA CONTRA UN VEREDICTO ABSOLUTORIO DE UN TRIBUNAL TÉCNICO?

Por Dr. Manuel Ignacio Islas¹



“..El Ministerio Fiscal defiende ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su actuación, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos...” (El recurso de casación penal” Jose Maria Luzón Cuesta, Fiscal del Tribunal Supremo; ed. Colex, 1993, p. 163 y ss)

SUMARIO

I. Introducción	01
II. Fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales invocados en contra de las facultades recursivas del Ministerio Público Fiscal contra absoluciones	02
III. Análisis convencional de la Jurisprudencia de la CSJN	07
IV. Conclusión	08

I. INTRODUCCIÓN

Diariamente los acusadores públicos a lo largo y ancho del país impugnan veredictos absolutorios que no abastecen el estándar constitucional y republicano de motivación suficiente, porque advierten que esas resoluciones judiciales contrarias a sus pretensiones, producto en ocasiones de la falibilidad² ínsita en cualquier actividad humana -como lo es juzgar a los semejantes-, no resultan derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias efectivamente demostradas en la causa, que autorizan a descalificarlos por ser actos inválidos y/o arbitrarios.

1. Abogado UNLP. Magíster en Ciencias Penales UNIPam. Fiscal del caso Neuquén Capital.

2. Como bien señalan Arocena-Balcarce “...la falibilidad ha estado ínsita desde siempre en la diagramación del proceso penal, cuya sede se receptan mecanismos que se orientan a evitar la consolidación de situaciones jurídicas resultantes de una conducta humana errada” Arocena Gustavo Arce Fabián: La filosofía de la revisión en materia procesal penal, disponible en la obra Impugnaciones en el proceso penal, director Manuel Ayán, ed. Alveroni, primera edición, Córdoba 2009, p. 12

Como dice Javier de Luca³ en opinión que se comparte, obturar el recurso del fiscal en esos supuestos “...contradice el principio de que ningún producto del Estado, como lo es una sentencia, puede tener una naturaleza írrita ni quedar con valor y efecto cuando, al menos, sus vicios son descubiertos a tiempo. El principio republicano de gobierno (art. 1 CN) impide que se mantenga con virtualidad jurídica (como acto de gobierno, como expresión del Estado en el caso concreto) algo que es intrínsecamente nulo, irracional y antiético, producto del delito o carente de sentido, y la única concesión que se da en este sentido es cuando ha operado la cosa juzgada....”.

La cuestión que dilucidaré brevemente en este ensayo es: ¿vulnera la garantía del *ne bis in idem* el recurso del acusador público contra una absolución emanada de un tribunal técnico?

Adelanto desde ya que desde mi punto de vista la respuesta negativa se impone. Fundaré brevemente tal postura.

II. FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES INVOCADOS EN CONTRA DE LAS FACULTADES RECURSIVAS DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL CONTRA ABSOLUCIONES

La atribución de recurrir la sentencia absolutoria por parte del Ministerio Público Fiscal fue una idea rechazada por enjundiosos autores como por ejemplo el maestro Julio Maier⁴ quien sostiene en su obra “Derecho Procesal Penal”, que admitir dicho recurso resultaría lesionador del principio del estado de derecho que prohíbe la persecución penal múltiple o “*ne bis in idem*”.

Según este enfoque el ‘*ne bis in idem*’ se equipara a la prohibición del ‘*double jeopardy*’ norteamericano, que postula que la garantía no solo se viola con un nuevo juicio con la triple identidad, sino con el riesgo que el imputado absuelto pueda ser condenado como resultas de una revisión de la sentencia.

3. De Luca, Javier, “Recurso Fiscal contra Absoluciones y Nuevo Debate” (comentario al fallo “Kang” de la Corte Suprema), publicado en AA.VV., Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (dirigida por Leonardo Pitlevnik), Número 13, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 186

4. Maier Julio: “Derecho Procesal Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág.639

En esta posición el Estado solo tiene una chance para someter al imputado a una consecuencia jurídico- penal y carece de otra, porque esa nueva oportunidad implicaría una renovación de la persecución y un nuevo riesgo de condena. Esto echa por tierra cualquier recurso de la parte acusadora contra una sentencia absolutoria, ya sea en primera o en segunda instancia.

Coadyuvan a esta interpretación algunos precedentes aislados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵, que se ha pronunciado –según algunos– negando la posibilidad del recurso del Ministerio Público Fiscal, a la luz de la interpretación de la garantía del “*non bis in ídem*”. Veremos que no es así.

En Gamra de Naumow⁶ citado comúnmente, no se habla de una prohibición ‘ampliada’ del ‘*ne bis in ídem*’. Se habla de un ‘*ne bis in ídem*’ tradicional, pues María Gamra había sido sometida a proceso por apropiación indebida (una forma de la estafa) y a otro proceso por el mismo hecho por estelionato (otra forma de la estafa), con sujetos pasivos diferentes.

Evidentemente la sustanciación de dos procesos (uno por estafa y otro por estelionato) lesionaría la prohibición del ‘*ne bis in ídem*’, lo que fue sostenido de hecho por el mismo Procurador General en su dictamen al que adhirió sin más la Corte, ordenando se resuelva la litispendencia para hacer un solo juicio.

No se observa en el caso como se sostiene erradamente una prohibición ‘ampliada’ del ‘*ne bis in ídem*’. Lo que confundió a la doctrina es que la CSJN dijo que no podía someterse a Gamra a ‘un nuevo peligro de condena’ porque los dos juicios se estaban sustanciando en paralelo

En Weissbrod⁷, citado como ‘un retroceso’ por los partidarios de la doctrina de la ‘prohibición ampliada’ pasó lo siguiente: Weissbrod había resultado absuelto en el

5. Los partidarios de esta corriente, citaron, para avalar su posición, los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Mattei” (Fallos 272: 188), “Alvarado” (Fallos 321:1173), disidencia de los jueces Petracchi y Bosert, “Polak”, Federico G, (Fallos 321:2826), “Sandoval” (Fallos 333:1687) (considerando 17 del voto del Juez Petracchi), “Kang” (K.75.XLII), entre otros fallos (314:377, 319:43; 320:374).

6. CSJN, Fallos 299:221, “Gamra de Naumow s/Recurso de hecho”, 29 de noviembre de 1977

7. CSJN, Fallos 312:597, “Weissbrod, Pedro s/Recurso de hecho”, causa n° 6062”, de fecha 25 de abril de 1989.

primer juicio en orden al delito de lesiones leves en forma reiterada.

Apelada la absolución por el Fiscal, la Cámara aceptó los agravios de la acusación referentes a que no se había indagado (recordemos que la indagatoria en el sistema Federal la hace el juez, no el Ministerio Público) a Weissbrod sobre la totalidad de los hechos investigados.

Por ello, la causa fue reenviada a la etapa de instrucción. En esa instancia la defensa no presentó agravios. Posteriormente, se dictó una nueva sentencia, condenando al imputado, la que fuera confirmada parcialmente por los miembros de la Cámara, y contra ese pronunciamiento la defensa de Weissbrod interpuso recurso extraordinario.

La mayoría conformada con los votos de Caballero, Belluscio y Fayt rechazó el agravio referente al '*ne bis in ídem*', toda vez que a su entender la sentencia de absolución, a causa del progreso de la nulidad –que consideraron bien declarada– carecía de efectos, por lo que no podía sostenerse que al haberse dictado una nueva haya dos fallos que juzguen el mismo hecho, pues hay sólo uno que puede considerarse válido.

Además consideraron que la defensa no había interpuesto oportunamente el Recurso Extraordinario Federal cuando la causa fue reenviada a un nuevo sumario.

La disidencia en cambio, con los votos de Petracchi y Bacqué, (citada frecuentemente por los partidarios de la 'prohibición ampliada') consideró que la nulidad decretada no respondió a la inobservancia de las formas sustanciales del proceso, sino más bien, al incompleto interrogatorio, el que según los magistrados de la Cámara, no abarcó todas las circunstancias vinculadas al hecho inculcado, por lo que, retrotraer el procedimiento a la etapa del sumario, cuando la misma ya se encontraba en condiciones de ser definitivamente fallada, resulta violatorio de la garantía constitucional de defensa en juicio.

La discrepancia entre la mayoría y la disidencia se basa fundamentalmente en diferentes posiciones sobre la procedencia de la nulidad que permitió retrotraer

el juicio a etapas pasadas. No se trata de una discusión de 'ne bis in ídem', sino de 'debido proceso'

En el fallo 'Alvarado'⁸, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia había declarado la nulidad de lo actuado en la causa a partir de la denuncia de la A.F.I.P. y, por tanto, absolvió al imputado en orden al delito de retención y omisión de aportes previsionales (art.8 de la antigua ley tributaria, N.º 23.771).

Recurrida la absolución por la Fiscalía, la CSJN entendió que los fundamentos para la anulación no eran una derivación razonada de los hechos de la causa y dispuso la realización de un nuevo juicio.

Aquí la disidencia de Petracchi y Bossert se fundó en decir que no se habían respetado las formas esenciales del juicio (acusación, defensa prueba y sentencia).

En sus palabras *"...sólo mediante una declaración de nulidad fundada en la inobservancia de alguna de las formas esenciales del proceso es posible retrogradar el juicio sobre actos ya cumplidos, mas sólo en la medida de la nulidad declarada. Por lo tanto, si -como ocurre en el sub examine- lo que se pretende invalidar es la sentencia en virtud de vicios intrínsecos de éstas, no es posible, en razón de ello, reanudar actos que, al dictarse la sentencia que se reputa inválida, ya habían sido adecuadamente cumplidos"* (considerando n° 9)[...] *una sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria. Una decisión diversa significaría otorgar al Estado una nueva chance para realizar su pretensión de condena, en franca violación al principio constitucional del non bis in idem y a sus consecuencias, la progresividad y la preclusión de los actos del proceso"* (considerando n° 13).

En el mismo año 1998, la CSJN fallo en el caso 'Polak'⁹. En esa ocasión, el TSJ de la Provincia de Río Negro había anulado una absolución y el debate precedente

8. CSJN, Fallos 321:1173, "Alvarado Julio s/av. Infracción art.3 ley 23771 (ANSES)", 7 de mayo de 1998

9. CSJN, Fallos 321:2826, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Federico Gabriel Polak en la causa Polak, Federico Gabriel s/ violación de los deberes de funcionario público s/ casación -causa N° 174 - 4/95-", 15 de octubre de 1998

realizado en el juicio correccional seguido a Federico Gabriel Polak. La jueza interviniente había dictado sentencia absolutoria respecto al delito de violación de los deberes de funcionario público. El fiscal interpuso recurso de casación y solicitó la nulidad del fallo y la incompetencia del juzgado correccional.

El Superior Tribunal, a pesar de reconocer las contradicciones de la requisitoria fiscal y el desorden en la exposición de los hechos, hizo lugar a la pretensión del acusador público. Por ello anuló el debate y la sentencia, remitiendo la causa a la Cámara Criminal (sostuvo de oficio la incompetencia del fuero Correccional) para que se realice un nuevo juicio oral cuyo objeto fuera también la investigación el delito de administración fraudulenta, delito por el cual la Fiscalía no había acusado.

La CSJN, luego de aceptar el recurso extraordinario deducido por la Defensa, dijo “...Que, con arreglo a la narración de los hechos que dieron origen a la nulidad decretada, contenida en los considerandos 1° al 6° de la presente, cabe concluir en que tal sanción no ha tenido por causa un obrar del procesado, sino que ella se debe a la contradictoria conducta asumida por el agente fiscal durante el pleito y a la concepción restrictiva de las garantías constitucionales expuesta por el a quo para anular todo lo actuado...” (Considerando 14).

Este fallo, quizás por la confusa alusión de los votos de los Jueces a la doble persecución penal fue visto como un ‘hito’ por los partidarios de la prohibición ampliada, cuando lo que hizo la Corte aquí es simplemente rechazar una nulidad de sentencia por causas que no eran atribuibles al imputado sino al acusador, lo que dijo claramente.

En el caso “Sandoval”¹⁰, como antecedentes relevantes se puede mencionar que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro había resuelto anular parcialmente la sentencia y el correspondiente debate con relación a David Andrés Sandoval, quien había sido absuelto en orden al delito de homicidio agravado por ensañamiento –tres víctimas–; ordenando el reenvío de la causa al tribunal de

10. CSJN, Fallos 333,1687 “Recurso de hecho deducido por la defensa de David Andrés Sandoval en la causa Sandoval, David Andrés s/homicidio agravado por ensañamiento -3 víctimas-, Sandoval, Javier Orlando s/ encubrimiento, causa No 21.923/02”, resuelta el 31 de agosto de 2010

origen para que, con distinta integración, dicte un nuevo pronunciamiento.

El motivo del reenvío, que aceptó el recurso de la parte querellante, fue que en el debate se mostraron peritajes contradictorios, que el Tribunal de primera instancia tomó como de consideraciones dudosas haciendo valer el principio ‘in dubio pro reo’.

El TSJ entendió que el Tribunal de primera instancia debería haber realizado un análisis crítico de tales peritajes y haber llamado a un nuevo peritaje. Como consecuencia del reenvío, en el nuevo juicio Sandoval fue condenado como coautor del delito de homicidio calificado por alevosía reiterado –tres hechos–.

Llegado el caso –en queja ante la CSJN–, en voto mayoritario, integrado con los votos de los Dres. Lorenzetti, Fayt, Petracchi y Zaffaroni, se resolvió que la cuestión planteada con relación al *ne bis in idem* era sustancialmente análoga a la examinada en el voto en disidencia de los jueces Petracchi y Bossert en el fallo “Alvarado” y el considerando 17 del voto del juez Petracchi en “Olmos”, por lo que se remitieron a lo allí expuesto, fallando en consecuencia, hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

III. ANÁLISIS CONVENCIONAL DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN

Los fundamentos y lo resuelto en estos casos concretos sin fijar doctrina judicial, no supera el control de convencionalidad porque la interpretación que de la garantía del *ne bis in idem* ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos es diversa.

Veamos. En el caso ‘Mohamed’¹¹ la Corte IDH sostuvo que en el caso no se había violado el art. 8.4 de la CADH y lo dijo en estos términos (considerando 123): “*En el presente caso, la sentencia que condena al señor Mohamed por el delito de homicidio culposo fue emitida en la segunda instancia del proceso penal. Esa sentencia condenatoria revocó la sentencia absolutoria que había sido emitida en la primera instancia en ese mismo proceso penal. La sentencia condenatoria no se produjo en*

11. Corte IDH, “Mohamed vs. Argentina”, sentencia del 23 de noviembre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas

un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso judicial penal iniciado contra el señor Mohamed por los hechos ocurridos el 16 de marzo de 1992". Mohamed había sido condenado en 1994 por un homicidio culposo. Por interposición de un recurso Fiscal, se revisó el fallo en Casación, que lo declaró culpable. EL único recurso disponible para Mohamed, según el Ordenamiento era el Recurso Extraordinario Federal, que la CSJN desestimó inmotivadamente (CPCCN 280)

La CorteIdh, reiteró, en su considerando 125: *"...que el principio ne bis in idem, consagrado en el artículo 8.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada. La Corte considera que el señor Mohamed no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos"*

Y esto es la interpretación correcta. Todos hemos aprendido al estudiar derecho procesal penal que el proceso es uno solo a través de diversas etapas en la que se incluyen los recursos ordinarios contras las sentencias definitivas. Hasta no agotarse esa etapa recursiva, estamos dentro del mismo proceso, lo cual de ningún modo alguno implica perseguir penalmente a alguien nuevamente por el mismo hecho.¹²

IV. CONCLUSIÓN

Entiendo que la garantía que prohíbe la doble persecución por un mismo hecho consagrada por el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³

12. Esto tiene dicho la Corteidh *"... el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia".* Casos "Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Fondo, reparaciones y Costas", párrafo 161 y Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 159.

13. En la Convención Americana de DDHH (CADH) figura en el art. 8.4 una fórmula taxativa que no permite en principio- excepciones: *"el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".* Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) aparece tratada la prohibición del nuevo juzgamiento en el art. 14.7 donde se dice: *"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país."*

con jerarquía constitucional en nuestro país¹⁴, solo veda la posibilidad de que la persona absuelta por sentencia firme –es decir, pasada en autoridad de cosa juzgada- sea sometida a nuevo juicio por los mismos hechos. Tal prohibición que no se viola cuando se pretende la revisión de un pronunciamiento no firme a través de una vía recursiva que no configura nuevo enjuiciamiento.

En tales supuestos las facultades recursivas del Ministerio Público Fiscal, no hacen renacer una acción penal ya agotada, sino que posibilitan un debido control¹⁵, en el caso, del acto jurisdiccional destinado a poner fin al proceso, porque no es lo mismo un “doble juzgamiento” (prohibido) que el “doble conocimiento en un mismo proceso” (no prohibido) .

14. cfr. Art 75 inc 22 CN

15. En línea con esta idea, Santiago Ottaviano en opinión que me permito compartir que el recurso fiscal es un medio de control funcional, explicando que se trata del control efectivo de los actos de poder del Estado indispensable en el diseño republicano de la división de poderes del Estado. En “El recurso del Fiscal contra la sentencia absolutoria- su legitimidad y su sentido desde la perspectiva de los derechos humanos”, en “Revista de Derecho Procesal Penal” 2007-2