
Problemas prácticos del proceso penal a la luz del principio de igualdad de armas como garantía constitucional del imputado

Practical problems of criminal proceedings in the light of the principle of equality of arms as a constitutional guarantee of the Accused.

*Lisi Trejo**

Resumen

El “principio de igualdad de armas” constituye una derivación del modelo acusatorio y contradictorio que consagra la Constitución Nacional a partir del cual se perfila como una garantía del imputado. En ese marco, se analizarán dos problemas prácticos del proceso penal: la acusación múltiple y el recurso del acusador privado.

La igualdad de armas es un principio que tiene por finalidad subsanar el desequilibrio real que la persecución penal supone para el imputado. Para su efectivización requiere no solo rodear al imputado de recursos para incrementar su capacidad defensiva, sino también evitar otorgar facultades a la acusación que signifiquen un nuevo desequilibrio desfavorable para el inculpado, como otorgar a la víctima (constituida en querellante) la

*Abogada (Universidad Católica de Santiago del Estero); Especialista en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella); Maestranda en Ciencia Política y Sociología e Investigadora del Área de Estudios Políticos de FLACSO-Argentina (título de la investigación en curso: “*Definición y usos del concepto de democracia en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”); Docente de Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UCSE-DABA); Prosecretaría de Cámara, en la Cámara Federal de Casación Penal, Poder Judicial de la Nación.

Trabajo recibido el 12/8/2014. Aceptado 25/9/2014.

atribución de acusar autónomamente y de impugnar la desvinculación del imputado por sobreseimiento o por sentencia absolutoria.

Abstract

The “principle of equality of arms” is a derivation of the contradictory and accusatory model that enshrined in the national Constitution, which is shaping up as a guarantee of the accused. In this context two practical problems of criminal proceedings will be analyzed: the multiple charges and the appeal of the private accuser. The equality of arms is a principle aims to remedy the real imbalance posed by the prosecution to the accused. For their accomplishment requires not only surrounding the accused’s resources to increase its defense capability but also to avoid granting powers to the accusation that mean a new imbalance unfavourable to the accused, as grant the victim (acting as the complainant) attribution accusing autonomously and challenge the de-linking of the accused by dismissal or acquittal.

Palabras clave

Proceso penal –principio de igualdad de armas- garantía constitucional del imputado.

Keywords

Criminal proceedings - principle of equality of arms - constitutional guarantee of the accused.

El presente trabajo propone analizar el sentido y alcance del “principio de igualdad de armas”¹, desde su fundamento constitucional, para postular que constituye una derivación del modelo acusatorio y contradictorio que consagra la Constitución Nacional a partir del cual se perfila como una garantía del imputado. En ese marco, se analizarán dos problemas prácticos del proceso penal: la acusación múltiple y el recurso del acusador privado.

1. Este trabajo tiene como base la ponencia, de la misma autoría, titulada “*El principio de igualdad de armas en el proceso penal: Una garantía constitucional del imputado*”, presentada en el marco del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en la ciudad de Santa Fe, durante los días 8, 9 y 10 de junio de 2011, bajo el lema “*Para repensar el proceso, revisemos los principios*”.

A modo de introducción, cabe apuntar que, a partir de dicha base constitucional, se puede conceptualizar al mencionado principio como la equiparación² de recursos para que el imputado pueda enfrentar la acusación con el fin de subsanar el desequilibrio real y estructural del proceso que tiene en el imputado a su parte débil.

Ese equilibrio requerirá, por un lado, rodear de mayores atributos al acusado y, por otro, no otorgar facultades a la acusación más allá de los límites de esa igualdad de condiciones o cuando hacerlo signifique un conflicto con los derechos y garantías reconocidos al imputado en la CN.

Desde esta perspectiva, se ofrecerá al final una breve referencia a la concesión a la víctima (constituida en querellante) de dos facultades concretas y autónomas respecto del MPF: formular acusación e impugnar el sobreseimiento o la absolución del acusado.

Todo ello en la convicción de que las reglas contenidas en los códigos procesales son reglamentarios de los lineamientos generales establecidos en la CN³, como una derivación lógica del principio de supremacía constitucional y de la jerarquía normativa que regula la propia ley fundamental (art. 31 y 75 inciso 22 CN), razón por la cual es imprescindible tener en claro su verdadero alcance.

I. La base constitucional

La igualdad de armas en el proceso penal tiene un innegable origen constitucional, aun cuando pueda discurrirse acerca de la cláusula concreta de la cual deriva⁴.

2. Julio Maier lo describió como “equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador”. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, 2da edición, Tomo I (Fundamentos), p. 577.

3. “Las normas procedimentales en su conjunto cumplen una función realizadora de los principios instituidos por la constitución, de tal modo que los códigos procesales deben articularse conforme la letra y espíritu de la Carta Magna, como base fundante del sistema normativo”. Ángela Ledesma, *La reforma procesal penal*, Nova Tesis, Rosario, 2000, pp. 39-40.

4. Gimeno Sendra identifica el problema de determinar su exacto origen constitucional, también presente en el ordenamiento jurídico español, al afirmar que “el principio contradicción, tampoco, el de igualdad de armas goza de una explícita consagración formal en la CE y Pactos Internacionales de Derechos Humanos, lo que sin duda, ha motivado cierta disparidad jurisprudencial y doctrinal

Así, autorizada doctrina lo concibe como una proyección del principio genérico de igualdad⁵ (que en nuestro ordenamiento se encuentra en el artículo 16 de la CN), pero lo cierto es que este no justifica al principio analizado en su ámbito concreto de existencia. Por esa razón, entiendo que su verdadero fundamento constitucional se encuentra en los lineamientos para el enjuiciamiento penal e, incluso, el alcance concepto y sus implicancias prácticas se delimitan más claramente si lo entendemos como una derivación de la consagración constitucional del modelo acusatorio y contradictorio (Art. 18 de la CN; 75 inc. 22 de la CN; XXVI de la DADDH; 10 y 11 de la DUDH; 8 de la CADH y 14 del PICDyP).

Carlos Nino nos acerca, además, una razón filosófica de peso que explica tanto la relevancia propia del principio como su profunda vinculación con ese modelo. En efecto, el autor sostiene: “Es inherente a la democracia liberal que los intereses agregativos de la comunidad no desplazan automáticamente los intereses antagónicos de un individuo, sino que estos, cuando son protegidos por derechos, tienen un peso propio que puede llegar a cancelar el cálculo del beneficio global de la sociedad. Ello es representado en el proceso por la paridad de condiciones en el diálogo entre el individuo y los órganos que expresen los intereses del conjunto social –como los fiscales–, manteniendo el juez una posición equidistante. De allí que el proceso, aun el penal, debe ser contradictorio y acusatorio, y no inquisitivo” (énfasis añadido)⁶.

El alcance y correcta interpretación de esa “paridad de condiciones” o “igualdad de armas” surgirá de la lectura armónica de los principios que dan forma al mencionado sistema de enjuiciamiento. Por esa razón, corresponde detenerse brevemente en ellas.

en la determinación de su fundamentación jurídica”. SENDRA, Gimeno Vicente; CATENA, Víctor Moreno y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín., *Derecho procesal penal*, segunda edición, Colex, Madrid, 1997, p. 81.

5. Así, por ejemplo, el autor citado en la nota anterior lo explica -en el marco de su constitución española- simplemente como “una proyección del genérico principio de igualdad del art. 14 CE en el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2”. SENDRA, Gimeno op. cit., p. 81.

6. NINO, Carlos., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 450.

Modelo acusatorio y contradictorio de proceso penal

La afirmación de que el modelo de proceso penal que establece nuestra CN es el acusatorio⁷ surge claramente de la exégesis armónica del artículo 18 y las siguientes normas internacionales incorporadas al ordenamiento con jerarquía constitucional por el art; 75 inc. 22 de la CN: XXVI de la DADDH; 10 y 11 de la DUDH; 8 de la CADH y 14 del PICDyP. Este conjunto se completa, además, con el art. 1 de nuestra carta magna, pues la forma republicana a la que adscribieron los constituyentes determina que el “juicio” al que se refiere la propia Constitución debe ser necesariamente oral y público.

En el primigenio art. 18 encontramos las demás características principales que en nuestro ordenamiento constitucional deberá tener ese “juicio”, entre las cuales cobrarán centralidad para el tema elegido, la presunción de inocencia y la defensa en juicio, pues la primera ubica la carga de la prueba en quien ejerza la acusación y la segunda supone brindar al inculpado los medios necesarios para contradecir y resistir esa acusación. Asimismo, con las disposiciones posteriormente introducidas al bloque de constitucionalidad en la reforma del año 1994 que consagran definitivamente la imparcialidad del órgano juzgador (XXVI de la DADH; 10 de la DUDH; 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP), se despeja toda posible duda sobre el modelo, puesto que si el que juzga es neutral, no podrá entonces poseer atribuciones de persecución.

Con esta división de los poderes de acusación y decisión se configura así la característica fundamental del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal⁸.

Ferrajoli señaló que esta separación entre el juez y el acusador “supone la configuración del proceso como una relación triangular, entre

7. La Corte Suprema de Justicia de la Nación así lo reconoció en “Casal” (Fallos, 328:3399, considerando 7° y 15°) y “Llerena” (Fallos 328:149).

8. Julio Maier la describió como “*la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir.* MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, 2da edición, tomo I (Fundamentos), p. 444.

tres sujetos, dos de los cuales están como partes en la causa, y el tercero súper partes: el acusador, el defensor y el juez. Esta estructura triádica constituye [...] la primera seña de identidad del proceso acusatorio”⁹.

Pero nuestro modelo constitucional no se agota con la separación entre jurisdicción y acusación, sino que, como dijimos, ubica la carga de la prueba sobre el acusador (presunción de inocencia), lo que implica que el órgano jurisdiccional podrá declarar la culpabilidad del acusado y ordenar la pena correspondiente solo si aquel ha logrado probar la imputación, sin que el inculpado (en el pleno ejercicio de su derecho de defensa) no la haya refutado (principio contradictorio).

Estas notas básicas de nuestro sistema resultan -en lo esencial- coincidentes con los “axiomas” que Luigi Ferrajoli ha identificado como garantías del proceso en el marco de un sistema garantista (SG): Principio de jurisdiccionalidad (A7); Principio acusatorio (A8); Principio de la carga de la prueba o verificación (A9); y Principio del contradictorio o de la defensa o de refutación (A10)¹⁰. De allí que pueda resultar esclarecedora la explicación que este autor ofrece de la relación que existe entre los mismos para ubicar el vínculo exacto que une a la garantía de igualdad de armas con el modelo acusatorio.

En efecto, explicó Ferrajoli que si bien estos “axiomas garantistas” son inderivables entre sí, están, no obstante, encadenados de modo que cada uno de los términos implique, a su vez, al sucesivo. De este modo, la ubicación de la carga de la prueba sobre la acusación (A9) implica lógicamente el derecho de defensa del imputado (A10, *nulla probatio sine defensione*)¹¹. De allí surge la configuración del proceso como un contradictorio entre las hipótesis de acusación y de defensa. A su vez, el correcto desarrollo de este implicará, como presupuesto necesario, que se procure la igualdad de armas entre las partes contendientes, como un requerimiento derivado del derecho de defensa del acusado.

9. FERRAJOLI, Luigi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, séptima edición, 2005, p. 581.

10. FERRAJOLI, op. cit., pp. 93-94.

11. FERRAJOLI, op. cit., pp. 93-94.

Así, el autor indicó que “para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su poder contradictor en todo momento y grado del procedimiento”¹².

A su vez, esta búsqueda de un escenario, al menos, lo más cercano posible a una paridad de condiciones reposa sobre la realidad fáctica de la superioridad en recursos que indudablemente posee el Estado, que tiene a su cargo la persecución delictual. Este desequilibrio, que subyace en la esencia misma del proceso penal, posiciona como la parte más débil al acusado y, por ende, la igualdad de armas no puede sino estar destinada a sumar fuerza al imputado para que su derecho de defensa en juicio, constitucionalmente reconocido, no se torne ilusorio. Derecho de defensa que junto a la presunción de inocencia y a la imparcialidad del juzgador constituyen la base constitucional a partir de la cual se deducen los demás rasgos expuestos del modelo.

Esta explicación de la necesidad de garantizar al imputado una igualdad de armas con su acusador no es un dato menor, pues pone de manifiesto que el sistema de garantías procesales está diseñado constitucionalmente con la finalidad principal de protección de la persona acusada. El afán de su resalto no se trata de un capricho dogmático o meramente académico, sino que tiene importantes consecuencias prácticas.

En efecto, la desnaturalización de los derechos y garantías del sistema que se puede producir por la tergiversación de su finalidad los ubica en la paradoja de servir en contra del sujeto protegido (el inculgado). Al mismo tiempo, esta protección como objetivo común del modelo permite que sus elementos sean interpretados y puedan funcionar de manera armónica, de manera que el apartamiento de esta causa final también nos aleja de la posibilidad real de que el sistema tenga eficacia práctica.

12. FERRAJOLI, op. cit., p.614.

Ninguna “evolución”¹³ posterior de la tendencia doctrinal y jurisprudencial -local o internacional- puede justificar el desmedro de los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos al imputado, ubicados por ello en el pedestal máximo de la jerarquía normativa y amparados por la supremacía de la Constitución Nacional.

II. Dos problemas prácticos del proceso penal desde la igualdad de armas.

Delimitados, entonces, el fundamento y la finalidad de la igualdad de armas, corresponde abordar algunas de sus implicancias prácticas.

Para ello, es necesario pensar no ya en el proceso inquisitivo que estamos intentando dejar atrás en la letra de la ley y, con suerte, en la práctica, sino que conviene mirar hacia el futuro en el afán de consolidar un proceso penal de corte acusatorio con todas las características que su sistema de garantías requiere para ser tal, conforme con lo arriba expuesto.

Desde el tema que nos ocupa, el énfasis estará puesto en cómo se puede realizar aquella igualdad de armas en aras siempre de la efectivi-

13. En ese sentido, Cafferata Nores defendió una proyección “bilateral” de ciertos derechos y garantías e indicó que *“no obsta a esta bilateralidad, el hecho de que en el texto de la normativa supranacional, las garantías procesales del debido proceso están diseñadas claramente en beneficio del imputado”* y que su aplicación a los afectados por el hecho ilícito *“sea un aspecto que no fue debidamente desarrollado, por ejemplo por la CADH, ya que no es menos cierto que las opiniones de los organismos regionales encargados de velar por su aplicación y guía aceptada para su interpretación han evolucionado decididamente en “sentido bilateral”*. CAFFERATA NORES, José., *Proceso Penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, segunda edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 17-18. Con la consiguiente aclaración de que no todos consideran ciertos avances en sentidos contrarios o, por lo menos, laterales al sistema de garantías tal como ha sido originariamente diseñados, tanto en nuestra CN como en la normativa internacional agregada al plexo constitucional en 1994, como una “evolución” en el sentido de bienvenido progreso, sino como el peligro de una involución, véase MAIER, Julio “Una tarde con la víctima. Apuntes”, en 1era. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia: Las facultades del querellante en el proceso penal desde “Santillán a Storchi TOC1” (publicado por la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, disponible en formato informático en <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00004/00009237.Pdf>), pp. 68 y ss.; PASTOR, Daniel “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*, Grupo Editorial Ibáñez – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pp.240 y ss.

zación del contradictorio y del mejor ejercicio de la defensa del acusado en el marco de un nuevo proceso penal.

En ese camino, será relevante, para no perder el norte, respetar los lineamientos que establecen nuestra CN y el plexo normativo de igual jerarquía, pues no es concebible, en virtud del principio de supremacía constitucional establecida en los artículos 31 y 75 inciso 22, que la reglamentación legal de aquellos (art. 28 CN) o la jurisprudencia termine por alterarlos.

Desde esa perspectiva, podemos deducir fácilmente que esa garantía de igualdad de armas, a la hora de pensar en sus derivaciones prácticas, nos demandará, por un lado, fortalecer los recursos (en un sentido lato del término) para la defensa del imputado, la parte afectada por el desequilibrio fáctico que la persecución penal le representa, equiparando lo más posible su poder frente a la acusación que deberá refutar y, por otro, procurar que el desnivel no se acentúe por un fortalecimiento desmesurado de la acusación, en el caso del Ministerio Público Fiscal, más allá de lo que necesita para cumplir legal y legítimamente con los objetivos de su función y en el caso de la víctima, asignándole un grado de intervención excesivo que se le asigna en el proceso penal.

Si bien en cada uno de estos aspectos hay mucho para decir, el carácter limitado de este breve trabajo obliga a relegar importantes facetas del tema para otra oportunidad y centrar la atención en un par de cuestiones escogidas para esta ocasión. Es así que en el marco del último aspecto enunciado, esto es, las facultades otorgadas a la víctima por la -innegable- necesidad de brindarle mecanismos de participación en el proceso, me centraré en dos atribuciones puntuales que entiendo resienten la igualdad de armas (como garantía destinada esencialmente para el imputado, por las razones constitucionales esgrimidas): la facultad autónoma de formular acusación y la atribución con pretendida jerarquía constitucional de un derecho al recurso.

II.1) Acusación múltiple

Resulta claro que la igualdad de armas se vería resentida por la presencia de más de un acusador. Lejos de ser original, esta respuesta ya ha sido

sostenida de un modo más que contundente por Daniel Pastor, entre otros, que mostró de una manera gráfica y sencilla que “[...] en flagrante violación del principio de igualdad de armas al imputado se lo enfrenta con una infinidad de acusadores poniéndoselo en la posición de un soldado que siendo solo debe combatir a un ejército o de un jugador de tenis que estando solo debe enfrentar a dos jugadores rivales”¹⁴.

La paridad de recursos que supone la posibilidad de realización del contradictorio se ve afectada si, por empezar, se duplica o multiplica la cantidad de acusadores, pues resulta evidente que no puede insumir el mismo esfuerzo enfrentar una que varias acusaciones.

Aquí resulta pertinente la aclaración que realizó Julio Maier, en punto a que “no se trata de un problema numérico [...] Se trata, en cambio, de una cuestión jurídica acerca de cuantas voluntades, con efecto sobre el procedimiento, habrá de vencer el imputado o habrán de vencer los imputados para lograr que sea reconocida su inocencia o, cuando menos, una solución que se considera favorable”¹⁵.

Si volvemos a la noción original de igualdad de armas, como un principio/garantía constitucional que está esencialmente destinado a remediar el desequilibrio de recursos y la debilidad del acusado que se enfrenta a la fuerza persecutoria del Estado. Agregar un acusador privado a ese esquema no hace más que sumar un nuevo factor de desbalance que acentúa aun más esa desigualdad estructural del proceso penal.

Solo con lo dicho sería suficiente para cerrar la cuestión, mas a mayor abundamiento, si observamos la lógica que rige el desenvolvimiento del juicio -momento central de realización del proceso penal- ello nos dará una imagen de la dificultad práctica que la acusación múltiple implica para el acusado. Así, las reglas básicas de litigación indican que en el juicio oral se debaten dos posiciones antagónicas sobre el hecho

14. PASTOR, Daniel., “Una ponencia garantista acerca de la acusación particular en los delitos de acción pública”, en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Hacia el bicentenario. Por una justicia transparente en el sistema republicano (Libro de ponencias), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p.964.

15. MAIER, Derecho Procesal..., op. cit., Tomo II. Sujetos Procesales, p. 663.

objeto del proceso, y que ello se hará sobre la base de una teoría del caso que formulará cada una de las partes¹⁶. El modo básico de configurar la realización del debate en un modelo adversarial supone la formulación de alegatos de apertura, producción-recepción de la prueba y alegatos de clausura¹⁷.

En ese esquema, la acusación formula por primera vez su teoría del caso en los alegatos de apertura y esta, a su vez, determinará en cierta forma la que construya la defensa, pues su ejercicio se trata precisamente de ofrecer un relato de lo sucedido que refute y neutralice esa hipótesis acusatoria. No es una cuestión irrelevante, pues la decisión del juzgador será a favor de aquel que en los alegatos finales logre demostrar que la teoría del caso formulada al comienzo ha quedado demostrada por la prueba producida durante el juicio.

Asimismo, si el acusado se enfrenta a más de una acusación, no solo deberá refutar al mismo tiempo varios “relatos” acusatorios, sino que también tendrá más de un contendiente tratando de refutar, a su vez, su propia teoría del caso defensiva y su prueba de descargo. Todo ello resiente innegablemente el ejercicio de la defensa y la posibilidad de acercarnos a una igualdad de condiciones para el imputado.

Tal parece que la única manera respetuosa con la igualdad de armas de resolver esta cuestión sigue siendo unificar la pretensión acusatoria en un solo sujeto o voluntad¹⁸.

16. La teoría del caso ha sido definida como un “relato” sobre lo sucedido que servirá de “punto de vista” sobre el que se desarrollará la presentación de cada uno de las partes; como “la idea básica y subyacente [...] que no solo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto de la evidencia como es posible dentro de un todo coherente y creíble”. BAYTELMAN; ARONOWSKY, Andrés y DUCE JAIME, Mauricio., *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004, p. 90 y ss.

17. Así, en los sistemas adversariales ya implementados en países de Latinoamérica, de los cuales el ejemplo más cercano es Chile. Sobre los alegatos de apertura y clausura y otras cuestiones vinculadas a la estrategia de litigar en el juicio oral, véase AHUMADA, Carolina y GARCÍA YOMHA, Diego, “La aplicación de las reglas del litigio como herramienta para comprender el alcance del principio de congruencia”, en *XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal* (Libro de ponencias; Mar del Plata, 2007), pp.770 y ss.

18. En este sentido, cabe resaltar que el proyecto de reforma del CPPN que actualmente se discute en el Congreso de la Nación, realiza un avance en este sentido en relación al código ritual vigente, pues contiene en su artículo 248 una cláusula que habilita al acusado y su defensa a introducir como

Ahora bien, la otra parte del problema está dada por la posibilidad del acusador privado de continuar con la acusación cuando el Ministerio público fiscal abandonó la pretensión persecutoria. Aquí, el problema cambia de ángulo, pues, en rigor, no se trata ya de dos acusaciones simultáneas, sino de una sola. Pero, si retomamos la idea de Julio Maier de que se trata de “voluntades”, lo cierto es que la permanencia de la pretensión acusatoria sigue dependiendo al menos de dos de ellas. En el caso de un Fiscal que ha decidido no acusar o ha abandonado en el camino esa pretensión, si el querellante cuenta con la posibilidad de proseguir autónomamente con la persecución penal, el imputado tendrá una segunda voluntad que resistir; por ende, la desigualdad sigue siendo manifiesta, solo que opera de manera sucesiva y no simultánea¹⁹.

Por otra parte, no se puede soslayar que esto contraría claramente el régimen de las acciones regulado en el Código penal (conforme el mandato constitucional contenido en el art. 75 inciso 12 de la CN que le atribuye esta facultad al Congreso de la Nación) que otorga la titularidad de la acción pública al Ministerio Público Fiscal. En efecto, si aun revistiendo tal carácter, su voluntad de desincriminar al imputado no cuenta para que la acción contra este se extinga, estaríamos frente a una situación en que dispone de ella quien no es su titular; sería, en relación a esta cuestión, el nuevo “convidado de piedra” del proceso penal²⁰.

cuestión preliminar, en el marco de la audiencia de control de la acusación, la solicitud de que “se unifiquen los hechos objeto de las acusaciones cuando la diversidad de enfoques o circunstancias perjudiquen la defensa” (se puede consultar el texto del proyecto en la página web de la Cámara de Diputados: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4050-D-2010>). Sin embargo, la disposición resulta insuficiente si, de todos modos, la defensa seguirá teniendo varias voluntades acusadoras tratando de desvirtuar su propia teoría del caso y su prueba de descargo. Entiendo que resulta pertinente lo sostenido por Daniel Pastor en cuanto a que “*la única manera realmente garantista de asegurar el derecho de defensa del imputado es contraponiéndolo a una sola hipótesis acusatoria, para que pueda contar con que únicamente un sujeto va a tener a su cargo formular y probar las aseveraciones incriminantes y refutar las contrapruebas de la defensa. Un modelo de proceso penal contradictorio, como el que dispone el arquetipo garantista, lleva en sí la idea de una disputa entre dos partes*”. PASTOR, Daniel, “Una ponencia garantista...”, op. cit., p. 964.

19. Esto parece avalar la apreciación realizada por Romina Magnano en el sentido de que “*con tantos acusadores, lo que materialmente se logra es extender la vida útil de la acción penal*”. MAGNANO, Romina, “*¿Más acusatorio o, simplemente, más acusadores? Acerca de la posición de la defensa en un proceso penal con multiplicidad de acusadores y una acción penal que cambia de manos, pero sigue vigente*”, en elDial.com, DC12F9.

20. En alusión al famoso adjetivo con el que describió Julio Maier a la víctima antes de que se reconozca su participación activa en el proceso penal, que tantas veces ha sido citada por la doctrina.

II.2) Recurso del acusador privado

En este apartado, la finalidad es analizar el derecho al recurso a partir de la distinción entre sus sujetos portadores, desde su origen y sus límites, legales o constitucionales, para identificar cómo opera la garantía de igualdad de armas en este aspecto eventual, pero particular y relevante del proceso penal.

Como cuestión preliminar, corresponde empezar por aclarar que para el imputado resulta indudable que se trata de un derecho con jerarquía constitucional, mientras que para el/los acusador/es no se puede afirmar con la misma seguridad que revista esta condición, sino que, en principio, es un derecho de simple carácter legal.

La distinción no es menor. Cuando este derecho sea de origen constitucional, la jerarquía máxima de la norma habilita a superar los límites legales de su ejercicio (por ejemplo, la flexibilidad de condiciones de procedibilidad).

Si es de jerarquía meramente legal, su ejercicio deberá ceñirse a las limitaciones con las que fue concedido por el legislador en los códigos de forma²¹ y su denegación en razón de ellas no constituirá una cuestión federal para habilitar las instancias recursivas extraordinarias. Asimismo, al entrar en conflicto con los mandatos de la CN –por ejemplo, los derechos y garantías reconocidos a favor del imputado– quedará automáticamente neutralizado (art. 31 CN; 75 inc. 22).

La cláusula con jerarquía constitucional por excelencia que consagra el derecho al recurso es el artículo 8.2.h de la CADH²². Una correcta exé-

Ver MAIER, Julio op. cit., Tomo II (Sujetos Procesales), p. 583.

21. Daniel Pastor habla de una “facultad impugnaticia” concedida por la ley procesal y que su mantenimiento o supresión es una cuestión discrecional del legislador. PASTOR, Daniel *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 132.

22. CADH, Art. 8.2: “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:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende

gesis de este solo arroja una interpretación posible en punto a quién es su destinatario: “toda persona inculpada de delito”. En efecto, sin ningún esfuerzo, se lee que el inciso segundo de dicha norma comienza con el enunciado transcripto y, asimismo, que todas las garantías mínimas enumeradas (desde los puntos a hasta g) a continuación por la disposición están claramente dirigidas al “inculpado”, lo que impide vislumbrar por qué se apartaría de ello el sendero del artículo en el punto h, máxime cuando lo antecede el conector “y”²³.

Como se lee del texto de este inciso, esta normativa no tiene ninguna “redacción laxa”²⁴ que permita extenderlo a otro sujeto destinatario. Lo

o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

23. La RAE define el uso de este conector de la siguiente manera: “y2. (Del lat. et). conj. copulativo. U. para unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo. Si se coordinan más de dos vocablos o miembros del período, solo se expresa, generalmente, antes del último. Ciudades, villas, lugares y aldeas. El mucho dormir quita el vigor al cuerpo, embota los sentidos y debilita las facultades intelectuales.” (vigésimo quinta edición del diccionario de la lengua española, disponible en http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=y).

24. En referencia concreta a una parte del fundamento de la posición sostenida al respecto por Marcelo Solimine en “El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva. Derivaciones de los estándares fijados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y de las garantías de “tutela judicial efectiva” y “doble instancia”, LA LEY 2005-A, 1375, posición que el mismo autor resume de la siguiente manera: “Fijando criterio personal -como quinta conclusión-, estimo que la garantía de la “doble instancia” debe amparar al querellante. Ello de tener en cuenta la redacción laxa del art. 8.2.h del Pacto de San José, la garantía de “tutela judicial efectiva” que protege a la víctima y la afirmación efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto a la categorización del querellante como “derecho fundamental del ciudadano” en los regímenes estatales que lo consagran.” El mismo criterio se encuentra desarrollado en idéntico sentido en SOLIMINE Marcelo y PIROZZO, Jorge., *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 29: “Mas, de considerar la redacción más laxa del art. 8.2.h) de la CADH (que alude a “toda persona”), sin mayores esfuerzos cabe también considerar amparado por esta garantía a la víctima –constituida en querellante-”.

mismo puede decirse del artículo 14.5 del PIDCyP²⁵. De modo que de ninguna de estas disposiciones surge el derecho al recurso para el acusador, ya sea público o privado.

El otro argumento para considerarlo un derecho de raigambre constitucional para la acusación son las llamadas cláusulas de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, contenidas en el artículo 25.1 y 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP. Así, se ha sostenido que un control sobre la decisión judicial es necesario para dar efectividad a tal exigencia constitucional.

Según Solimine, en virtud de que “el régimen legal le ha conferido al querellante facultad recursiva; de los principios de progresividad, irreversibilidad e interacción entre derecho interno y derecho internacional, se deriva que la víctima que asume el rol de parte en el proceso penal, tendrá derecho al recurso con base constitucional”²⁶. El referido principio de interacción se trataría de una especie de retroalimentación entre derecho interno y derecho internacional, en razón de la cual se podría hablar de obligaciones internacionales derivadas del derecho interno²⁷.

Este razonamiento nos llevaría a incorporar al derecho internacional de los derechos fundamentales y de allí al plexo constitucional un derecho que ha sido reconocido simplemente con jerarquía legal, lo que obliga a una aclaración constitucional básica: En la escala de jerarquía normativa establecida en la CN (art. 31 y 75 inc. 22), una norma –en este caso un código procesal– no puede modificar ni incorporar contenidos a las normas ubicadas en el plano superior a ella, sino que, muy por el contrario, para tener validez, deben adecuarse a ellas²⁸.

25. PIDCyP, Artículo 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”.

26. SOLIMINE y PIROZZO, op. cit., p. 34

27. SOLIMINE y PIROZZO, op. cit., p. 33 y 34. Los autores citan para explicar estos principios a Oscar Fappiano.

28. Sobre el punto, se puede ver, entre muchos otros, BIDART CAMPOS, Germán., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I, pp. 334-335; NINO, Carlos, op. cit., p. 674; GELLY, María A. *Constitución de la Nación argentina, Comentada y Concordada*, tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 364.

Pero, además, otorgar por vía de una interpretación doctrinal o aun jurisprudencial²⁹ status constitucional a este derecho tiene otros problemas. Para abordar el primero, supongamos el caso hipotético –siempre en el caso de un delito de acción pública– de un querellante que recurre un sobreseimiento consentido por el fiscal (esto es, no recurrida por él). Aquí estamos, otra vez, frente a la reedición de una pretensión acusatoria que no le corresponde y que se encuentra ya fenecida por disposición del titular de la acción. Le caben a este ejemplo las objeciones del punto anterior.

Si imaginamos, en cambio, que lo que recurre la querrela es una sentencia absolutoria, tenemos nuevos problemas, incluso comunes con recurso del acusador público. Así, retomando el ejemplo, el acusado que ha sido absuelto por el tribunal de juicio tras un debate oral, deberá enfrentarse a una reedición de la pretensión acusatoria en un escenario que no puede nunca asegurar plenamente las garantías que rigen durante el debate. No se puede olvidar que el juicio oral y público tiene centralidad precisamente por esa razón: en él se realiza plenamente el contradictorio, sobre la base de una exposición clara de las hipótesis de acusación y defensa en todos sus aspectos y es el momento en el que se produce la prueba. El tribunal de revisión no tiene intermediación con ellas³⁰.

Así, dar esta lectura al art. 25.1 de la CADH, y normativas concordantes ya citadas, implica extender su alcance en contradicción con la igualdad de armas como principio diseñado con la clara finalidad de protección al imputado. El efecto de la asignación “bilateral”³¹ de esta

29. En referencia al caso “*Juri*” (Fallos, 329:5994), en el que la CSJN realizó esta interpretación cuando entendió que en la causa se había incurrido en un “*cercenamiento del derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en los arts. 8, ap. 1° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos más allá de que el recurrente haya pretendido fundar la inconstitucionalidad de los límites aludidos en la disposición del art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual, por cierto, este Tribunal no comparte en razón de los fundamentos expuestos en el caso “Arce” (Fallos, 320:2145)*”. A este fallo se remitió el doctor Eugenio Zaffaroni en el considerando n°8 de su voto en “*Sandoval*” (S.219.XLIV, fallo del 31-08-2010).

30. Gimeno Sendra ofrece un recuento de la doctrina española y del TEDH en relación a la prueba y los tribunales de revisión, en *Derecho procesal Penal*, op. cit.

31. Por todos, CAFFERATA NORES, op. cit., pp.16-17. Con otra terminología, la bilateralidad parece ser la misma noción que se presenta en Gimeno Sendra, cuando afirma que la igualdad de

facultad de recurrir puede generar, como en el caso, un nuevo desequilibrio; pues, en la balanza, ello no significa finalmente darle lo mismo a las dos partes, sino darle de más al acusador.

En efecto, esta posibilidad puede ser una nueva forma de “condenar sin juicio previo” o bien de doble juzgamiento. Sobre estas cuestiones, es bueno recordar que las viejas objeciones de Julio Maier al recurso del acusador³² –público o privado–, aún no han podido ser eficazmente refutadas. Así, la cuestión del *ne bis in idem* no se supera afirmando que se necesita una sentencia absolutoria con autoridad de cosa juzgada para no volver a ser enjuiciado por el mismo hecho³³, pues ello sería una negación del concepto constitucional de “juicio” como clara referencia al debate oral y público (arts. 1 y 18 de la CN), ni tampoco sugiriendo como solución que se condene en el mismo tribunal de revisión –sin reenvío–, donde, como ya se dijo, no se pueden asegurar las condiciones de producción de prueba y demás garantías de la plena realización de la contradicción. Y aun cuando lo lográramos sería un “nuevo juicio” y le cabrían las mismas objeciones que a un juicio por reenvío.

Todavía menos justificada parece ser la opción de incluir como límite una especie de “doble conforme” al modo de una cláusula que indique que, si como resultado de un juicio por reenvío, el imputado obtiene una nueva absolución, esa sentencia ya no se puede recurrir³⁴, pues eso seguiría siendo una doble persecución penal.

Realmente parece ser que la única alternativa es limitar la posibilidad de triunfo de la pretensión punitiva a una sola oportunidad, pues el juicio oral y público se puede realizar válidamente solo una vez. Y en lugar de buscar soluciones posteriores y alternativas para cuando esa persecución fracasa, tal vez convenga pensar en cómo fortalecer los recursos

armas requiere “*que ambas partes procesales, actor y demandado, acusación y defensa, [...] tengan idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación*”. SENDRA, Gimeno; MORENO CATENA, Víctor y CORTEZ DOMÍNGUEZ, Valentín, *Introducción al derecho procesal*, Colex, 2003, pp. 215-216.

32. MAIER, Derecho Procesal Penal, op. cit., Tomo I (Fundamentos), pp. 632-639.

33. CAFFERATA NORES, José., op. cit., pp. 188-189.

34. SOLIMINE y PIROZZO, op. cit., p. 40.

humanos y técnicos para una investigación eficaz del delito y reducir, así, las posibilidades de error y los niveles de impunidad; consolidar un Ministerio Público Fiscal fuerte y protagonista; mejorar los medios para la recolección y conservación -legal- de elementos probatorios; insistir en la importancia de la imparcialidad del juzgador para reducir la arbitrariedad judicial.

Por último, no podemos olvidar que el “acceso a la justicia y tutela judicial efectiva” así como la “defensa en juicio” son cláusulas constitucionales genéricas e instrumentales, cuyo alcance concreto tiene relación con el tipo de proceso en el que va a operar y, asimismo, está determinado en función de los intereses legítimos (y, por ello, reconocidos como derechos) que allí aspiran a efectivizar sus portadores. La suerte de esa tutela judicial efectiva estará íntimamente ligada a los límites legales y constitucionales de esos derechos, cuyo reconocimiento judicial se pretenda.

Así, no se podrá derivar de esta disposición genérica un alcance concreto que atente con los lineamientos constitucionales que rijan los distintos tipos de procesos y más allá de un interés legítimo de las personas que puedan alegar para acceder a la justicia en ellos.

En el marco del proceso penal, entiendo que es necesario una reflexión más profunda acerca de cuáles son los intereses de la víctima que el Estado debe amparar por vía del mismo y, en base a ellos, determinar las garantías procesales que aseguren su acceso a la justicia con el fin de que una autoridad judicial se expida sobre ellos. Y no comenzar el camino inverso de reconocer garantías procesales sin tener en miras las limitaciones propias de esos derechos. Por lo pronto, esa cuestión excede la capacidad de este trabajo, restando solo ofrecer un pequeño epílogo que sintetice su idea principal.

III. Reflexión final

La igualdad de armas es un principio, con fundamento constitucional en el modelo acusatorio y contradictorio de enjuiciamiento penal que nuestra CN consagra, y tiene por finalidad subsanar el desequilibrio real que

la persecución penal supone para el imputado. Para su efectivización requiere no solo rodear al imputado de recursos para incrementar su capacidad defensiva, sino también evitar otorgar facultades a la acusación que signifiquen un nuevo desequilibrio desfavorable para el inculpado, como otorgar a la víctima (constituida en querellante) la atribución de acusar autónomamente y de impugnar la desvinculación del imputado por sobreseimiento o por sentencia absolutoria.