

Reflexiones sobre el alcance de la prohibición de la *reformatio in peius* y los límites del ejercicio de la jurisdicción de la Cámara de Apelaciones.

Por Fernando Gauna Alsina y Nicolás Omar Vargas¹

I. Introducción

En el marco de una causa de trámite ante la justicia federal de San Isidro, se atribuyó a “C.S. D. S.” haber defraudado a la administración pública mediante la percepción en forma indebida de beneficios jubilatorios liquidados por la Administración Nacional de la Seguridad Social –ANSES– desde el 11 de mayo de 1997 (fecha del fallecimiento de la beneficiaria) hasta abril de 2006². La jueza de instrucción procesó a la imputada como autora del delito de defraudación en perjuicio de la administración pública, previsto y sancionado por el artículo 174 inciso 5 del Código Penal. También consideró a cada *cobranza ilegítima* como un eslabón de una misma y única maniobra delictiva: un *concurso ideal*³. Ni la fiscalía ni la defensa impugnaron la decisión, que quedó firme.

Luego la defensa promovió la extinción de la acción penal por prescripción respecto de los *cobros* que habían sido alcanzados por ese instituto. La jueza rechazó el planteo, considerando que las *cobranzas* habían concurrido en forma *ideal*⁴. La cuestión llegó a conocimiento de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín (en adelante la Cámara o CFASM), que como consecuencia de una apelación presentada por la defensa revocó la decisión, declaró parcialmente extinguida la acción penal por prescripción, y el sobreseimiento parcial de la imputada⁵.

Los camaristas pusieron de relieve que cada *cobro* había constituido por sí mismo una renovación objetiva y subjetiva de la conducta típica. Sostuvieron lo siguiente: “...*la reiteración criminal implicó la reedición exitosa de la maniobra, no un delito continuado, cuya configuración hubiera requerido una inequívoca unidad de resolución delictiva desde antes del agotamiento del primer injusto y hasta la concreción del último...*”. Los hechos criminales, “*autónomos uno del otro, como se*

¹ Miembros de la mesa directiva de la *Asociación Pensamiento Penal*.

² Se le reprochaban los siguientes períodos: mayo a agosto, octubre y diciembre de 1997; enero a marzo, mayo, julio a octubre de 1998; marzo, mayo, octubre y noviembre de 1999; enero a abril, junio a agosto, noviembre y diciembre de 2000; enero a octubre y diciembre de 2001; enero a mayo, y julio a noviembre de 2002; enero a noviembre de 2003, enero a mayo y septiembre a diciembre de 2004; enero a diciembre de 2005; y enero a abril de 2006.

³ En rigor de verdad lo que la doctrina denomina un delito continuado.

⁴ El artículo 63 del Código Penal señala que en estos casos la prescripción de la acción penal empezará a correr desde la medianoche del día en que cesó de cometerse.

⁵ CFASM, Sala II, Sec. Penal 2, c/n°5662 (n°1743/2000), caratulada: “Incidente de excepción de falta de acción –C. S. D. S.–”.

presenta en el caso bajo análisis”, no tenían carácter “*interruptivo*”. No mediaba una sentencia judicial firme que hubiere declarado su realización y atribuyera responsabilidad a la imputada.

Desde este punto de partida, luego de reparar en la fecha en que había tenido lugar el primer llamado a prestar declaración indagatoria y en la circunstancia que la imputada no registraba antecedentes penales, concluyeron que la acción penal por los sucesos ilícitos ocurridos con anterioridad al 7 de mayo de 2001 habían prescrito.

II. La lectura detenida de la decisión

Ante un panorama como el que deriva de los antecedentes reseñados, deberíamos concluir que la decisión de la CFASM habría sido favorable para “D. S.”, ya que hizo lugar a un planteo suscripto por su propia defensa técnica. Sin embargo, un examen más detenido del caso revela otra cosa.

Recordemos que se había atribuido a “D. S.” haber cobrado ilegítimamente beneficios liquidados por la ANSES entre el 11 de mayo de 1997 y abril de 2006. Se dispuso su *procesamiento* en orden al delito de defraudación contra la administración pública considerando que los sucesos habían concurrido en forma ideal. Posteriormente, la CFASM hizo lugar al planteo incidental de la defensa, pero argumentando que cada cobranza indebida había implicado por sí misma un hecho delictivo.

De tal modo, antes de la intervención de la Cámara, pesaba sobre “D. S.” la presunta comisión de un solo hecho delictivo y, de acuerdo a la calificación legal escogida, el máximo de pena que podía corresponderle (de pasar la causa a la siguiente etapa del proceso) sería de seis años de prisión. Sin embargo, tras la decisión de revocar la resolución de la jueza de instrucción que, dicho sea de paso, sucedió en el marco de un planteo incidental, a instancias del impulso exclusivo de la defensa y sobre la base de un aspecto de la causa que no había sido materia de controversia, se colocó a la imputada ante una hipótesis delictiva más severa.

Efectivamente, a criterio de la CFASM cada *cobranza ilegal* no había sido una exteriorización sucesiva de un único designio criminal; sino, antes bien, una conducta autónoma e independiente: había constituido por sí misma un hecho ilícito. De manera que la pena máxima en expectativa no sería de seis años de prisión, sino aquella que resulte de la suma aritmética de cada uno de los máximos establecidos para cada hecho.

No es necesario demasiado ejercicio intelectual para concluir que esta resolución lejos se encuentra de constituir una respuesta favorable para la imputada. De acuerdo a la opinión y decisión de la jueza de instrucción (incluso consentida por la Fiscalía) debía responder por la comisión de un solo delito; mientras que desde la perspectiva de los jueces de la Sala II de la CFASM por cincuenta y dos.

III. La significación jurídica del caso

En este escenario, adquiere relevancia la prohibición de la *reformatio in peius* o reforma peyorativa que, según Julio Maier, implica “la prohibición que pesa sobre un tribunal superior encargado de revisar una decisión, de reformar una resolución, en perjuicio del imputado que la apela, cuando aquella ha sido solamente recurrida por él o por otra persona en su favor”⁶. Para Lino Palacio, tiene raigambre constitucional, puesto que preserva el derecho a la defensa en sede penal; al tiempo que sirve para reafirmar la estabilidad de las sentencias judiciales en los aspectos no impugnados⁷.

Couture ha dicho que se trata de una “prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario”⁸. Para Piero Calamandrei, implica una limitación al examen que debe realizar el juez de segunda instancia en virtud del principio dispositivo, toda vez que solo puede resolver lo que las partes pongan en discusión⁹. En ese sentido, para De la Rúa la resolución del tribunal de alzada en perjuicio de quien interpuso el recurso, genera un efecto contrario al buscado por medio de la interposición del recurso¹⁰.

En el plano jurisprudencial, debemos destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el caso “Gómez”¹¹, resuelto en 1955, que esta prohibición tiene raigambre constitucional. Particularmente, se dijo que “La condena en segunda instancia sin que medie recurso interpuesto o mantenido por el ministerio fiscal contra la sentencia absolutoria de primera instancia, importa resolver sin jurisdicción y comprometer las garantías de la defensa en juicio que asegura la Constitución (art. 29)...”. Este criterio ha sido reafirmado en sucesivos pronunciamientos, tales como “Llada”¹² y “Olmos, José Horacio”¹³.

Además, se ocupó de brindar en otras ocasiones pautas para entender con mayor precisión su alcance. En “Garrafa” destacó que los casos en que se violaba la prohibición de *reformatio in peius* aún podrían ser modificados de oficio. En “Fiscal c/Fontana y otros”¹⁴ afirmó que incurría en violación de la *reformatio in peius* el fallo que había aumentado el monto de una multa cuando el fiscal sólo había recurrido la pena de prisión. En “Michelson”¹⁵ sostuvo que la modificación por

⁶ Maier, J.B.J., Derecho Procesal Penal, Fundamentos, 2ª ed., p. 590, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

⁷ LINO, Enrique Palacio, "Manual de Derecho Procesal Civil", Duodécima edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 156.

⁸ COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", p. 367, Buenos Aires, 1956.

⁹ CALAMANDREI, Piero, "Apuntes sobre la "reformatio in peius"", en "Estudios sobre el proceso civil", p. 301; Buenos Aires, 1961.

¹⁰ Límites de los recursos y prohibición de "reformatio in peius" en materia penal y civil, De la Rúa, Fernando Publicado en: LA LEY 1982-B , 102

¹¹ Fallos 234:270

¹² Fallos 302:718

¹³ Fallos, 329:1447

¹⁴ Fallos T. 320, P. 2690

¹⁵ Fallos, t. 247, p. 447

parte del órgano revisor del “carácter condicional” de una inhabilitación para dotarla de cumplimiento efectivo, era perjudicial para el imputado y resultaba violatoria del derecho a la defensa consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Y en “Capristo Jonathan y otros”¹⁶ predicó que resultaba violatoria del principio de la *reformatio in peius* la sentencia que sin mediar recurso de la parte acusadora confirmaba las penas impuestas, pero corrigiendo la calificación de los hechos de tal modo que derivara en un agravamiento de las condiciones de ejecución de las condenas al someter a los inculcados a un régimen más severo.

El Código Procesal Penal de la Nación establece que cuando una resolución hubiere sido recurrida solamente por el imputado a su favor la Cámara de Apelaciones no podría modificarla en su perjuicio.

Está claro que la *prohibición de la reformatio in peius* prevé que el órgano jurisdiccional llamado a tomar una decisión a instancias de un recurso del imputado tiene vedado agravar su situación cuando no ha mediado recurso de la acusación, so pena de vulnerar una garantía de raigambre constitucional.

Debemos concluir que la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín implicó, lisa y llanamente, una vulneración de la *prohibición de la reformatio in peius*. Es que aún cuando derivó en el sobreseimiento parcial de “D. S.”, no dejó de colocarla ante una hipótesis delictiva más severa. No cabe otra conclusión. Su acusación estaba constituida por exteriorizaciones sucesivas de un único designio criminal: **un solo hecho delictivo** en sentido jurídico¹⁷. Así lo había decidido la jueza de instrucción; resolución que había consentido el fiscal y quedado firme. A partir de la decisión de la Cámara pasó a estar integrada por **cincuenta y dos**. Y esto no es una cuestión meramente teórica o relacionada con la calificación jurídica aplicable. Se trata de una modificación ontológica del objeto procesal (uno o varios hechos) con una consecuencia práctica sumamente perjudicial para la imputada: una expectativa de pena significativamente más grave.

Julio Chiappini señala que la *reformatio in peius* no puede producirse ni en orden a la agravación de la pena impuesta o a una pena eventual¹⁸; mientras que Fernando De la Rúa sostiene que “...el cambio de calificación legal del hecho sin que medie recurso fiscal no constituye ‘reformatio in peius’ si mantiene el monto de la pena impuesta en la anterior instancia”¹⁹.

¹⁶ C. 529. XLIII, 24-05-2011.

¹⁷ Conf. Zaffaroini Raúl E., Alagia Alejandro, y Slokar Alejandro, “Manual de Derecho Penal”, Ediar, 2005, Pag. 669. Estos autores agrupan al *delito continuado* dentro del catálogo de casos de *unidad de conducta* previstos por el artículo 54 del Código Penal.

¹⁸ La “reformatio in peius” en un caso penal, Chiappini, Julio Publicado en: LA LEY 1980-C , 227

¹⁹ Fernando De La Rúa, “Teoría General del Proceso”, Buenos Aires, 1991, p. 212

Desde este lugar, y toda vez que la decisión de la Cámara recayó a instancias de un recurso de apelación interpuesto por la defensa, sin que medie impugnación de la fiscalía, escollo insalvable para agravar la situación de la imputada, entendemos que vulneró la *prohibición constitucional de la reformatio in peius*. Al respecto, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal tiene dicho que “La competencia funcional de la alzada está delimitada por los motivos invocados por el recurrente en su presentación de lo que no puede apartarse sin incurrir en una manifestación de la *reformatio in peius*”... pues la falta de recurso resulta un obstáculo insalvable para empeorar la situación del impugnante”²⁰.

Una consideración final. El argumento que permitió a los integrantes de la Sala II de la CFASM revocar la decisión de la jueza de instrucción reposó en que la acusación diagramada en contra de la imputada no se encontraba constituida por un único hecho delictivo, sino por varios, autónomos e independientes. Esto había sido definido en el auto de procesamiento y no había sido impugnado por las partes.

De tal modo, se ocuparon de una cuestión que no había sido puesta en disputa (si la imputada había cometido uno o varios delitos), al tiempo que modificaron de oficio la base fáctica del juicio. En otras palabras, sobrepasaron el planteo de la parte y se entrometieron en una tarea exclusiva del acusador: establecer y delimitar el objeto procesal.

En primer lugar, porque el código procesal prevé expresamente que el recurso atribuirá al tribunal de alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio. En suma, las partes delimitan en la etapa recursiva el ámbito de actuación de la Cámara. De ahí que se haya dicho que *el agravio es la medida del recurso*, además de fijar el *thema decidendum*. En segundo lugar, porque deriva del modelo de enjuiciamiento criminal establecido por la Constitución la estricta separación entre la función de acusar (en cabeza del Ministerio Público Fiscal) y la de juzgar (a cargo del juez). Cualquier intromisión del órgano jurisdiccional sobre la causa persecutoria y, por ende, en el ámbito de actuación, excluyente, de la fiscalía, constituye una trasgresión a la regla *ne procedat iudex ex officio*, así como a la garantía de los justiciables de ser juzgados por un juez imparcial. Incluso en el marco del código procesal federal. Sin perjuicio de las facultades *inquisitivas* que se encuentran en cabeza de los órganos jurisdiccionales (sobre todo durante la etapa preliminar), lo cierto es que aún así, por expresa veda constitucional, no puede pronunciarse o actuar como representante del interés persecutorio ni asumir la tarea requirente.

De ahí que aún cuando la jueza de instrucción tenga a su cargo la recolección de las pruebas, se trate de una labor que debe realizar sobre la base de los hechos y los límites estrictamente delineados por el Ministerio Público Fiscal en ocasión de requerir la instrucción y/o expresar motivadamente el interés persecutorio durante el desarrollo del proceso. Del mismo modo, la

²⁰ CFCP, Sala II, “Morrone, Patricia V. s/ rec. de casación”, rta. 11/04/2001.

Cámara de Apelaciones no puede inmiscuirse en las funciones de la fiscalía y modificar ontológicamente el objeto procesal de la causa. Es decir, no puede –como ocurrió aquí- actuar como representante del interés persecutorio y sostener que la acusación estaba integrada por más hechos de los que se había *agraviado* el fiscal.

IV. Palabras finales. ¿Una defensa ineficaz?

La decisión de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín vulneró la *prohibición constitucional de la reformatio in peius*. A instancias de una impugnación que había sido promovida a favor de la imputada, y sin que medie pretensión alguna de la fiscalía, la colocó ante una hipótesis delictiva más severa. Además, sobrepasó el ámbito de actuación que le cabía al tribunal de apelaciones, puesto que trató una cuestión que excedía el *tema decidendum*; y se inmiscuyó en una función propia del Ministerio Público Fiscal, por cuanto modificó -de oficio- la plataforma fáctica establecida en la acusación. Se trata entonces de un fallo judicial dictado *sin jurisdicción* (CSJN, Alvarez).

Frente a este panorama, si los camaristas tenían alguna objeción con relación a cómo había quedado delimitado el objeto del proceso o, en especial, con que la jueza de instrucción hubiere agrupado las *cobranzas* ilegales bajo la figura del *delito continuado*, quizás la salida más adecuada hubiese sido dejar a salvo su opinión, consintiendo la resolución de primera instancia. Este tipo de resoluciones genera justificada angustia y *temor de apelar* a los imputados, sometiéndolos a un dilema irrazonable e inaceptable: consentir una sentencia desfavorable o recurrirla, a riesgo de que su situación empeore tal como ha dicho la CSJN en el ya citado fallo Olmos.

Por lo demás, donde aparece la vulneración de una garantía constitucional y el deber de acatar la resolución de la Cámara de Apelaciones, la única salida posible para la jueza de instrucción para no exceder su jurisdicción, no podría ser otra que consentir la extinción de la acción penal de las cobranzas alcanzadas por la prescripción, pero dejando en claro que los supuestos restantes siguen constituyendo un solo hecho en sentido jurídico. Es ésta la alternativa que encontramos de manera de ponderar ambas obligaciones jurisdiccionales: la de no consentir la vulneración palmaria de una garantía constitucional y la de acatar las decisiones de un tribunal de apelaciones. En definitivas, podría decirse que la decisión de la Cámara tan sólo habría aminorado la gravedad del injusto.

Finalmente, no deriva de los considerandos del fallo de la Cámara que el defensor haya instando la extinción de la acción penal *apelando a la ocurrencia de varios hechos* en los términos del artículo 55 del Código Penal. Damos por descontado que así no sucedió. Con todo, no modifica las conclusiones de este trabajo, ya que no puede agravarse la situación del imputado ante la

ausencia de una impugnación del fiscal. Sobre todo cuando se consintió la existencia de una plataforma delictiva menos severa (un solo hecho). Sin embargo, en el caso que hubiere sucedido así, los jueces deberían haber evaluado seriamente si al cuadro de vulneración de derechos verificado en el proceso, se imponía agregar la lesión del derecho que le cabe a todo imputado a ser defendido eficazmente, ordenando el apartamiento de la defensa técnica para ser sustituida por otro defensor. Pero esta cuestión excede al ámbito de este trabajo.