

María Inés Piñeiro Bertot.

Publicado en "Las nulidades y los medios de impugnación en el proceso penal" (Carlos Alberto Chiara Diaz coordinador), Ed. Delta 2004. p.192/210

LA NULIDAD COMO "GARANTIA DE GARANTIAS".-

I-INTRODUCCION.-

Tanto el art. 172 del C.P.P.N como el art. 207 del C.P.P.B.A. establecen bajo el título de "Efectos de las nulidades" que el órgano que las declare ordenará, cuando fuere necesario y posible, la renovación, ratificación o rectificación de los actos anulados. Si bien resulta cierto que la doctrina y la jurisprudencia son prácticamente pacíficas en cuanto a que la nulidad, como sanción de invalidez a un acto procesal, impide la preclusión de la etapa procesal en que éste se hubiere desarrollado, no menos cierto es que una de las principales tareas de la actividad académica es la de analizar, eventualmente cuestionar y en lo posible re-formular aquellos principios y criterios que sólo de esa forma pueden evolucionar, especialmente cuando esta evolución es en un sentido de mayor respeto a los derechos y garantías fundamentales del individuo, teniendo fundamentalmente en cuenta la marcada tendencia político-jurídica a una creciente restricción de éstos so pretexto de una mayor eficacia del sistema penal.¹⁻

¹ "La persecución penal debe ser efectuada dentro de ciertos límites, debiendo arribarse a la verdad por un itinerario lícito, no sólo porque hay de por medio un principio ético en la represión del delito, sino porque la tutela de los derechos del individuo es un valor más importante para la sociedad que el castigo del autor del delito" (CNFed. Crim. y Correc., Sala II, 6/10/1988, LL 1989-A-483)

Así, se ha llegado a una interpretación *in malam partem* de las nulidades -a pesar de ser, en rigor, tan solo un medio de hacer valer garantías acordadas a favor del imputado- y entonces éstas se han vuelto en su contra.

Será entonces necesario dar un nuevo alcance a los términos utilizados por la norma procesal, analizando si resulta *legal y constitucionalmente posible* retrogradar el proceso a etapas ya superadas cuando una nulidad no atribuible al imputado lo perjudica dilatando la definición de su situación procesal.-

II-LA NULIDAD Y EL PERJUICIO AL BENEFICIARIO.-

La introducción doctrinaria y jurisprudencial del concepto de “perjuicio” como requisito *sine qua non* para toda declaración de nulidad en base al criterio de la Corte Americana denominado “harmless error”² tiene una doble lectura.-

Por un lado, puede llegar a considerarse como una restricción inadmisibles en el sistema de protección de garantías constitucionales porque en todos aquellos casos de violación directa a normas constitucionales el daño al interés protegido (perjuicio) bien puede presumirse.³ Pero en otro sentido, la noción de “perjuicio” puede llegar a impedir se utilice la nulidad que se pretende declarar por inobservancia de las formas que protegen las garantías del imputado para perjudicar su situación.

El “perjuicio” resulta de utilidad en el concepto de “nulidad absoluta” que desarrolla el Dr. Pessoa puesto que para su dictado se requiere:

1) Que el acto procesal irregular **lesione una regla constitucional consagrada a favor de la persona sometida a proceso (garantía como límite al poder punitivo estatal)** .-

² Sustenta este criterio el Dr. Sergio Torres “Nulidades en el Proceso Penal” Ed. Ad Hoc, pg. 36/9.-

³ Binder entiende, aún más, que deberá probarse que no ha causado ningún tipo de perjuicio, “El incumplimiento de las formas procesales”, Ed. Ad-hoc, pg. 30.-

2) Que tal acto procesal **cause a la persona sometida a proceso penal una situación jurídica lesiva, comparando con la situación jurídica existente antes del acto procesal en cuestión (perjuicio).**⁴-

La práctica de retrotraer el proceso a etapas anteriores ya precluidas para reparar un vicio, generalmente perjudicando el derecho del imputado a una pronta resolución que ponga fin a la acusación, es un claro ejemplo de la utilización de las garantías del imputado como argumento para en verdad perjudicar su situación.⁵ En tales situaciones el requisito del “perjuicio” para la declaración de toda nulidad debe ser entendido como “perjuicio para el imputado” para entonces no ser utilizado perversamente en su contra, debiendo entonces analizarse si el perjuicio causado por el vicio no resulta en verdad menor a aquel causado con la nulidad que es su consecuencia. Sin embargo no debe confundirse el concepto de “perjuicio” con su contrapartida: el “beneficio”. No se trata de permitir que el particular se “beneficie” con el accionar inconstitucional del Estado sino de evitar que se perjudique con él.-

III-LA DOCTRINA DEL FALLO “MATTEI”.-

Este “leading case” es de vital importancia para el tema que nos ocupa porque delineó criterios que daban una generosa interpretación de las garantías constitucionales que luego, y para desgracia de la jurisprudencia argentina, fueron restringidos en fallos posteriores. Sin perjuicio de ello y a fin de reivindicar una lectura lo más amplia posible de los límites al *ius puniendi* del Estado, es que corresponde volver a analizar estos principios. Para ello habré de transcribir las partes pertinentes de los considerandos por cuanto de ellos derivan algunos principios que,

⁴ Pessoa Nelson, “La nulidad en el proceso penal”, Ed. Mave, pg. 124 y 138.-

⁵ “La práctica, en mengua pero aún no abandonada totalmente, de retrotraer el proceso a etapas anteriores, supuestamente para “reparar” defectos formales de la declaración o de algún otro acto similar (defectos que, por otra parte, se podrían sanear en el debate) cuando en realidad con esa “reparación” se le causa un grave perjuicio al imputado, que afecta mucho más profundamente su situación” Binder, op.cit., pg. 89.-

bien aplicados y llevados hasta las últimas consecuencias, habrían dado origen quizás a una jurisprudencia más feliz de aquella que lo sucedió.-

En el importante precedente “Mattei”⁶ nuestra Corte Suprema de Justicia -tras equiparar a sentencia definitiva los pronunciamientos que por su índole y consecuencias pueden llegar a frustrar el derecho federal invocado acarreado perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior- afirmó que la nulidad del fallo de primera instancia por parte del tribunal de alzada, de oficio, en la inteligencia de que el instructor no había agotado la investigación y no por omisión o vicio de formas esenciales del juicio violaba un derecho federal.

Se estableció que:

Consid. 8vo. :“*el proceso penal se integra con una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o de condena; y por ello, cada una de esas etapas constituye el presupuesto necesario de la que subsigue, en forma tal que no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que le suceden...*”

Consid. 9no. :“*...el principio de progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, porque también **debe considerarse axiomático que los actos procesales se precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, es decir salvo supuesto de nulidad.***”

Consid. 10mo. :“*Que tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable (...) pero además (...)obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respecto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una*

⁶ “Fallos” 272:188.-

sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal”.

Consid. 11vo. :... *porque en definitiva la garantía del debido proceso legal ha sido arbitrada fundamentalmente a favor del acusado, no cabe admitir que la posible deficiencia de la prueba de cargo constituya causal de nulidad (...) sobre todo si se tiene presente que el Estado cuenta a través de sus órganos específicamente instituidos al efecto –en particular el Juez de Instrucción y el Fiscal- con todos los medios conducentes para aportar los elementos de juicio que estima útiles...”*

Consid. 12vo. :“... *elevada la causa a plenario el Juez debe observar una actitud equidistante ante las partes, ya que de otro modo se violarían los principios de bilateralidad e igualdad entre aquellas que deben regir durante el contradictorio (...) y tal sería la situación si se acepta el derecho de los jueces del plenario a invalidar actuaciones precluidas, so color de falta de producción de diligencias probatorias en el período de instrucción.”-*

Consid. 14vo. :“...*debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”.*

Consid. 15vo. :“...*tal derecho a un juicio razonablemente rápido se frustraría si se aceptara que, cumplidas las etapas esenciales y cuando no falta más que el veredicto definitivo, es posible anular todo lo actuado en razón de no haberse reunido las pruebas de cargo, cuya omisión solo cabría imputar a los encargados de producirlas, pero no por cierto al encausado. Todo ello con perjuicio para éste por cuanto, sin falta de su parte, se lo obliga a volver a soportar todas las penosas contingencias propias de un juicio criminal, inclusive la prolongación de la prisión preventiva; y con desmedro, a la vez, del fundamento garantizador –como tal de*

raigambre constitucional- que ha inspirado la consagración de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal vinculados con el problema en debate, cuales son el del “non bis in idem” (lo remarcado me pertenece).-

De este fallo podrían extraerse varios principios generales –más allá del caso en particular para el cual fue dictado- y ellos son:

- 1- La preclusión operaría salvo casos de nulidad por violación de formas esenciales del juicio (acusación, defensa, prueba y sentencia), sin perjuicio de que la garantía del debido proceso ha sido establecida fundamentalmente a favor del imputado.-
- 2- A partir de la acusación fiscal, existiría un derecho a obtener una sentencia dentro de un plazo razonable, dada la situación de incertidumbre y restricción a la libertad que importa el enjuiciamiento penal.-
- 3- El riesgo a una doble condena penal por un mismo hecho configurarías violación al principio del “ne bis in idem” (double jeopardy del derecho anglosajón).⁷-
- 4- El imputado no debería de soportar las consecuencias desfavorables de una falencia del Estado a través de sus órganos judiciales.-

Cada uno de estos principios sentados por este fallo se analizarán separadamente tanto en el alcance que le ha dado la posterior jurisprudencia como en aquel que pretendo otorgarles.-

Debe destacarse que, a diferencia de lo acontece en otros fallos donde las nulidades de actos procesales obedecen a verdaderas causales de invalidez (por ej. defectuoso relato del hecho materia de imputación⁸, insuficiente detalle de las

⁷ Algunas de estas conclusiones son señaladas por Alejandro Carrio, “Garantías constitucionales en el proceso penal” Ed. Hammurabi, pg.396., quien toma como referencia el derecho anglosajón, por ejemplo, para la primera de las conclusiones. El “double jeopardy” abarca no solamente la posibilidad de ser condenado dos veces por el mismo hecho sino el solo hecho de soportar una múltiple persecución penal por éste-

⁸ Al respecto véase “La nulidad por indeterminación del hecho imputado” Marcelo A. Sancinetti Ed. Ad Hoc.-

pruebas de cargo, condena por un hecho que no fue materia de intimación o de acusación⁹, etc.), en este caso la nulidad se fundaba en una causal –a mi juicio- insuceptible de configurar nulidad: la insuficiencia probatoria de la acusación en la inteligencia de no haberse agotado la instrucción.¹⁰-

IV-LA NULIDAD DE FORMAS ESENCIALES Y EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTIA DEL IMPUTADO.-

Varios años después de “Mattei”, en el fallo “Weissbrod”¹¹ la mayoría de la Corte consideró que la sentencia del *a quo*, en cuanto declaraba la nulidad de todo lo actuado, invalidando la acusación, la defensa y la sentencia absolutoria y retrotrayendo el proceso hasta el sumario, no implicaba violación al “ne bis in idem” en tanto existían vicios esenciales en el procedimiento: el no habérselo indagado por la totalidad de los hechos investigados. Sin embargo, la minoría conformada por Petracchi y Bacqué consideró que tal nulidad no respondió a la inobservancia de formas sustanciales del proceso sino más bien al interrogatorio deficiente del órgano jurisdiccional, incurriéndose en excesivo rigor formal al retrogradar el proceso a la etapa sumarial cuando la causa se encontraba en condiciones de ser fallada.-

En el sentido de la minoría se expresó la Corte en el Fallo “Polak”,¹² en el cual el problema radicaba en establecer si el tribunal de la instancia había podido invalidar todo lo actuado pese a haberse sustanciado el juicio cumpliendo las formas esenciales, esto es acusación, defensa, prueba y sentencia o debía aplicarse la doctrina sentada a partir de “Mattei” según la cual no cabe retrotraer un proceso penal a

⁹ Con relación al asunto y del mismo autor citado en la nota precedente “Análisis Crítico del Caso Cabezas Tomo II el Juicio” pp. 1150 y s.s. Ed- Ad-Hoc.

¹⁰ Dicha nulidad confundía la forma de realización de un acto con la eficacia probatoria del mismo. La acusación existía y, aunque carente de pruebas, era respetuosa de los requisitos que le otorgaban validez. De consagrarse el criterio adoptado por aquél Magistrado se podría nulificar una rueda de reconocimientos por la sola circunstancia de que la misma diera resultado negativo, lo cual por cierto no corresponde hacer conforme a derecho.

¹¹ “Fallos” 312:597.-

¹² Fallo publicado en LL 1999-I-334.-

etapas ya superadas cuando dichas formas han sido cumplidas, inclinándose por esta última postura.-

También en “Bartra Rojas”¹³ entendió la Corte que ante la inexistencia de vicios esenciales no debía anularse el fallo absolutorio, invirtiendo inadmisiblemente el sentido de las garantías constitucionales que se invocaban.

Sin embargo en “Turano”¹⁴ -caso en el cual el Tribunal había absuelto al procesado por no contener la acusación una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho que fue nulificada- el Dr. Petracchi en un interesante voto disidente afirmó que la defensa en juicio impone que en el proceso penal se sucedan acusación, defensa, prueba y sentencia pero que: ***“...resultaría contrario a la garantía que se pretende proteger si, so pretexto de asegurar la defensa en juicio se autorizara a que el Estado, a través del Ministerio Público Fiscal, pudiera corregir sus errores funcionales a expensas del derecho del imputado a procurar y obtener un pronunciamiento que defina su situación”*** y que ***“...frente a una nulidad y a fin de juzgar la legitimidad del reenvío, resulta ineludible dar respuesta a la cuestión de cuál es el fundamento de la invalidación del acto y cuál es el interés cuya tutela se procura, para que se pueda saber, de este modo, si se trata de un acto sustancial- que debe reproducirse- o si, en el caso, se trata de una pura forma tendiente a ordenar el procedimiento...”*** .-

Agregó que: ***“...lo que se encuentra en discusión son justamente, las barreras constitucionales a las normas procesales cuyo efectos sea retrotraer el juicio una vez que se ha producido un cierto avance cualitativo en el proceso (por ejemplo, cuando ya ha tenido lugar la acusación), o bien, cuando se trata de una nulidad que no compromete intereses de rango constitucional o cuya declaración los perjudicaría en lugar de beneficiarlos...”***.-

Como vemos la Corte ha efectuado una distinción entre la nulidad por inobservancia de formas sustanciales del procedimiento y la invalidación sobre la

¹³ “Fallos” 305:913

¹⁴ Fallo Publicado en LL 1991-II-545.-

base de consideraciones rituales insuficientes que no autoriza –como sí lo hace la primera- a prolongar el proceso. Así se ha consentido en la reedición de la acusación fiscal cuando ésta resultó inválida pero no sucedió lo propio cuando la nulidad afectaba a la declaración indagatoria ¹⁵ por considerarse que este no resultaba ser un acto esencial del proceso. Lo cierto es que este criterio no tiene –a mi humilde entender- mayores fundamentos. En primer lugar, si bien la declaración indagatoria no configura el “juicio” propiamente dicho, es el acto de defensa por excelencia de la instrucción y en tal sentido es una formalidad esencial de esta etapa procesal. En segundo lugar, aún dando por cierto que solo la acusación, la defensa, la prueba del plenario y la sentencia son las formas esenciales del juicio, no llega a comprenderse por qué su invalidez autorizaría a retrotraer el proceso cuando justamente son la máxima expresión de la garantía del imputado al debido proceso. ¿Por qué razón el imputado no se perjudicaría con una indagatoria deficiente en cuanto al relato del hecho materia de la imputación y sí debería perjudicarse con tal deficiencia detectada en la acusación?.-

El voto del Dr. Petracchi transcrito en un párrafo anterior no aclara para nada el panorama, pero introduce algunas ideas que –a mi juicio- resultan fundamentales, no para distinguir entre una y otra situación, sino para concluir que aún cuando la inobservancia sea de las formas esenciales del proceso y aunque la garantía del “debido proceso sea erigida también en favor de la Sociedad o del Estado”,¹⁶ no debe perderse de vista que se la ha arbitrado “fundamentalmente” a favor del acusado.-

¹⁵ C.N.Crim y Correc. Sala IV, noviembre 29-988, “Berón, Abel”. Se afirmó que “...en el estado de la causa, cuando se alcanzaron a cumplir las etapas esenciales del proceso, a saber: prisión preventiva, clausura del sumario, acusación, defensa y sentencia de primera instancia, arribando a este tribunal para ser resuelta en definitiva; la declaración de nulidad de la indagatoria de fs. 25/27 y de todo lo actuado en su consecuencia importa retrotraer el trámite del proceso a la etapa inicial del sumario, en detrimento del justiciable, que es ajeno al defecto nulificante...la única alternativa del fallo, habiéndose observado naturalmente las formas esenciales del debido proceso, es condenar o absolver” y se decidió por mayoría en este último sentido.

¹⁶ “El régimen de nulidades, si bien tutela al imputado, no se legisla en su único beneficio, sino en el interés de toda sociedad para garantizar el debido respeto a los derechos fundamentales” (CS, LL 29-5-98, T 97.211) citado por el Dr. Binder, op cit, pg. 29. C.N.C.P. , Sala I, “Ferreya” 14-4-94 “El juicio

Por ello, si el Estado en la realización de un acto procesal esencial para el proceso penal no ha cumplido con los requisitos que hacen a su validez como garantía del imputado, no puede enarbolar dicha garantía para subsanar sus defectos en detrimento del individuo.

El debido proceso es un derecho del individuo y un deber del Estado, entonces, en caso de colisión de intereses, debe resolverse siempre *favor rei*, aún en desmedro del interés del Estado en salvaguardar las condiciones de legitimidad del *ius puniendi*¹⁷ puesto que *“El concepto de garantías no es aplicable a la defensa de los intereses de la víctima (derecho a la tutela judicial) y menos aún a la defensa de la actividad del Estado, es decir, del Ministerio Público. No existen derechos fundamentales (humanos) del Estado o de la sociedad en su conjunto. Y tampoco es función de las nulidades, en tanto protegen al imputado, conciliar los intereses de la sociedad y el imputado...”*¹⁸ porque *“...las condiciones de legitimidad del proceso penal configuran un criterio de solución de conflictos cuando el interés concreto del imputado prefiere la situación de irregularidad.”*¹⁹

V-DERECHO A UN PRONUNCIAMIENTO PENAL RAPIDO.

El art. 14 inc. 3 aptdo. C) de la Convención de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. Y no cabe dudas de que la vuelta a etapas ya precluidas del proceso por causa de nulidades fruto de errores judiciales no imputables al acusado es una dilación indebida del proceso penal-.

previo es una garantía de justicia para el individuo y la sociedad y la garantía consiste en la necesidad irrefragable de que un proceso legalmente definido preceda toda sanción” citado por Nelson Pessoa, op cit, pg. 42.-

¹⁷ Según Binder “rige un principio de protección del imputado, que obliga a resolver esos conflictos siempre a favor suyo...” pues “...el Estado no puede usar argumentos de protección del imputado para construir soluciones que lo perjudiquen en concreto (falso paternalismo del proceso, tan común en la jurisprudencia de nulidades)”. Pg. 51/3.--

¹⁸ Binder, op. cit, pg. 70/1.-

¹⁹ Op.cit., pg. 102.-

A su vez, el art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona detenida “tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable...” y al respecto, la Comisión Americana de Derechos Humanos ha establecido que “... el fundamento que respalda esta garantía es que ninguna persona puede ser objeto de sanción sin juicio previo que incluye la presentación de cargos, la oportunidad de defenderse y la sentencia. Todas estas etapas deben cumplirse dentro de un plazo razonable. Este límite de tiempo tiene como objetivo proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como de seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado. El Estado debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema. La declaración de culpabilidad o inocencia es igualmente equitativa siempre y cuando se respeten las garantías del procedimiento judicial. La equidad y la imparcialidad del procedimiento son los objetivos finales que debe lograr un Estado gobernado por el imperio de la ley. Por lo tanto, el principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad. De conformidad con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad”.²⁰

Del precedente “Mattei” puede deducirse que, al referirse a restricción de la libertad personal del imputado, la Corte no solo hizo alusión a los casos de privación de la libertad sino que también incluyó a las libertades caucionadas. Es por ello que el informe antes transcrito bien puede hacerse extensivo a aquellas causas donde el imputado si bien no se encuentra detenido, no por ello está excluido de la protección constitucional e internacional a una rápida definición de la situación

²⁰ Informe nro. 12/96 (Caso 11.245 de la Rep. Argentina) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

procesal teniendo en cuenta el principio de inocencia que lo ampara hasta la sentencia que establezca el juicio de culpabilidad.-

De la lectura del fallo Mattei podría concluirse también que la Corte ha establecido el principio básico de que la acusación importa para el acusado el nacimiento del derecho a que su proceso avance hasta la sentencia definitiva.-.

Y una de las circunstancias que llevó a la Corte a expedirse favorablemente con relación a la imposibilidad de retrotraerse a etapas precluidas del proceso penal fue el largo tiempo transcurrido en algunos de los casos en que debió expedirse. En el fallo “Mattei” desde el procesamiento hasta el fallo de la Corte habían transcurrido cuatro años y nueve meses aunque el imputado no se encontraba en prisión preventiva. Sin embargo en otros fallos –entre ellos “Pileckas”²¹ y “Mozzati”²²- el alto Tribunal dió un paso más allá y dictó sentencia, teniendo seguramente en consideración la tercera nulificación del fallo en el primero de los casos y la desmesurada duración del segundo (más de un cuarto de siglo).-

Lo cierto es que estos casos se destacaron porque la duración del proceso y la consiguiente restricción a los derechos de los imputados habían excedido de aquella que deriva del regular trámite legal. Sin embargo, no resulta claro cuál es el término razonable que debe soportar el imputado con la incertidumbre derivada de la indefinición procesal y a tales fines no resulta de mayor ayuda el criterio del “regular trámite legal”, sino que por el contrario parece indicar que se trata de un tema de análisis de cada caso concreto.-

En tal sentido afirmó la Corte en el fallo “Frades”²³ - en el cual la Cámara entendió que la acusación fiscal era nula y confirmó entonces la sentencia absolutoria- que el tribunal ha aplicado su doctrina en “casos excepcionales”, apartándose de ella en aquellos en que la restricción de la libertad personal que el procedimiento importa no exceda de la que deriva de un regular trámite legal, dando

²¹ “Fallos” 297:486.-

²² “Fallos” 300:1102

²³ Fallo publicado en LL 1990-C-300.-

claramente a entender que solo en casos como Pileckas o Mozzatti la duración del trámite era excesivo o éste resultaba irregular.-

La primera conclusión a que se arriba es que las garantías recién son reconocidas cuando las circunstancias son de tal gravedad que rozan el escándalo jurídico, cuando en verdad su reconocimiento debería ser la regla y no la excepción. Es decir, más allá de la duración del proceso, el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento rápido implica siempre la imposibilidad de reiterar actos procesales, especialmente aquellos esenciales y constitutivos del debido proceso penal, porque tal reiteración y la consecuente retrogradación del proceso implican un retardo anormal del trámite procesal.-

Así también lo ha entendido la Corte de los E.E.U.U. en el Fallo “Benton vs. Maryland”,²⁴ estableciendo que *“el interés del Estado en condenar a quienes infringen la ley se ve enteramente satisfecho por un juicio justo que finalice en una absolución, y que el derecho del acusado a una resolución debe entonces tener prioridad, es indudablemente un principio de justicia tan enraizado en las tradiciones y conciencia de nuestra gente que debe considerarse como fundamental”*.-.²⁵

Yendo un paso mas allá, en el caso “Arizona vs. Washington”²⁶ la Corte de E.E.U.U. afirmó que *“ el interés público en la finalización de un juicio criminal es tan fuerte que un imputado absuelto no debería ser re-enjuiciado aun cuando la absolución estuviese basada sobre una extraordinariamente errónea fundamentación ”* y que *“ello incrementa la carga económica y emocional del acusado, prolonga el período en el cual es estigmatizado por una irresoluta acusación de delito e incluso acrecienta el riesgo de que un inocente pueda ser condenado. El peligro de tal injusticia al imputado existe cuando un juicio es*

²⁴ 395 U.S. 784

²⁵ “The States interest in convicting wrongdoers is entirely satisfied by one fair trial ending in an acquittal, and that the accused’s interest in repose must thereafter be given precedence, is indubitably a principle of justice so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental”

abortado antes de ser completado. Consecuentemente, como regla general, el fiscal tiene una y solo una oportunidad de llevar a un acusado a juicio” ²⁷ (la negrita me pertenece).-

VI-ALCANCE DEL “NE BIS IN IDEM”.-

Una concepción limitada de esta garantía incluida expresamente en nuestra Constitución Nacional a través de los Pactos Internacionales incorporados en la reforma de 1994, únicamente garantiza que una persona no sufra la reacción penal (pena) en más de una oportunidad. Pero una concepción de más vasto alcance y generalmente aceptada por la doctrina, impide el riesgo de una persecución penal simultánea o sucesiva.-

Sin mayor esfuerzo se colige entonces que esta última interpretación de la garantía debe tender a evitar que un mismo proceso penal retroceda a etapas ya superadas, duplicándose y hasta a veces triplicándose ²⁸ el riesgo de una condena.

La Corte Nacional sostuvo en “Weissbrod” una concepción muy limitada de la garantía, entendiéndola que no se violaba en tanto no existieran dos “fallos” que juzgaran un mismo hecho. Manifestó que, caso contrario, el recurso de nulidad contemplado en los códigos procesales carecería de todo sentido en tanto jamás se podría condenar al imputado sin que se lesionase el non bis in idem y dado que la sentencia anulada carece de efectos solo hay una que puede considerarse válida. –

Con anterioridad a dicho fallo ²⁹ y, afortunadamente, también con posterioridad (y con nueva integración) el más alto Tribunal consideró en el caso

²⁶ 434 U.S. 497

²⁷ “The public interest in the finality of a criminal judgment is so strong that an acquitted defendant may not be retried even though the acquittal was based upon an egregiously erroneous foundation...It increases the financial and emotional burden on the accused, prolongs the period in which he is stigmatized by an unresolved accusation of wrongdoing and may even enhance the risk that an innocent defendant may be convicted. The danger of such unfairness to the defendant exists whenever a trial is aborted before it is completed. Consequently, as a general rule, the prosecutor is entitled to one, and only one, opportunity to require an accused to stand trial”

²⁸ Ver fallo Pileckas antes citado.-

²⁹ “Ganra de Naumow” “Fallos” 299:221.-

“Tausig”³⁰ que la prohibición de la doble persecución penal “...no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante **un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo haya sufrido por el mismo hecho. El solo desarrollo del proceso desvirtuaría el derecho invocado, dado que el gravamen que es materia de agravio no se disiparía ni aún con el dictado de una ulterior sentencia absolutoria..**” (Consid. 4to.)-

En “Polak” la Corte agregó que ello es así por cuanto “...**no es posible que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aún siendo inocente, sea hallado culpable**”.-

Ese mismo alcance ha asignado a la cláusula en examen la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en distintos precedentes, en los que sostuvo que la cláusula del “doble riesgo” de la Quinta Enmienda protege al imputado en un proceso criminal contra múltiples castigos o repetidas acusaciones por la misma ofensa.³¹ -

VII-LAS GARANTIAS EN CONTRA DEL IMPUTADO Y LA DESIGUALDAD ENTRE LAS PARTES.-

Nadie discute que una de las características del proceso penal –como derecho público- es que las partes en disputa –individuo vs. Estado- no se encuentran en igualdad de condiciones y es por ello que adquieren especial relevancia las garantías individuales en resguardo del particular y como límites al poder del Estado. Así pues, por definición, la concreta aplicación de alguna garantía del imputado no

³⁰ Fallo publicado en L.L. 1991-E-33.-

puede redundar jamás en su perjuicio, así como tampoco ello puede suceder con las nulidades que son nada más y nada menos que la “garantía de las garantías”. Es decir, las garantías son límites impuestos al Estado en su relación con el individuo sometido a su persecución penal.-

El distingo realizado por la Corte entre “nulidades bien y mal decretadas”³² no empece a que en ambos casos sea igualmente irrazonable para el imputado tener que soportar la prolongación del proceso por una defectuosa actividad procesal que no le es imputable. Con el criterio del Alto Tribunal Nacional el Estado, a través de su órgano acusador, podría editar y reeditar sus pretensiones indefinidamente y someter entonces al justiciable a una casi eterna persecución penal solo limitada por la prescripción de la acción y ello se da de patadas con el derecho a un pronto pronunciamiento.-

Se trata entonces de una cuestión que afecta el principio de igualdad de armas de las partes (acusador – acusado) puesto que se le permite al primero en detrimento del segundo –e incluso al juzgador en los casos de nulidad de sentencias- el intentar y reintentar las veces que sea necesario la condena del individuo sospechado y se le permite lógicamente en cada intento mejorar su “performance” hasta lograr el nivel adecuado.-

Es sabido además que en derecho “Nadie puede alegar en su beneficio su propia torpeza” y es por la doctrina de los actos propios y del comportamiento coherente (también aplicable al Estado) que se impide que éste pueda beneficiarse con sus errores, tanto a través del Ministerio Público Fiscal como del Juez.³³

Entonces, ¿ puede una “garantía de garantías” como lo es el instituto de la nulidad perjudicar al sujeto en cuyo favor se establece?. Para responder a esta pregunta la metáfora de las “púas del puercoespín” resulta de suma utilidad y

³¹ United States vs. Dinitz (424 U.S. 600) “The double jeopardy clause of the Fifth Amendment protects a defendant in a criminal proceeding against multiple punishments or repeated prosecutions for the same offense”.-

³² En terminos de Carlos Borinsky, “El derecho constitucional a una pronta conclusión del proceso penal”, LL 1990-C-300.-

demuestra cómo las garantías deben operar como corazas frente a posibles excesos del Estado y que solo resguardan hacia fuera pero en modo alguno pueden lesionar a quien se vale de ellas.³⁴

Como bien afirmó la Corte Americana en el precedente “Oregon vs. Kennedy”,³⁵ el “Estado no tiene derecho a un nuevo juicio cuando es él quien origina esos errores, porque la situación se equipara al supuesto en que ha fallado al presentar el caso. Así también ha dicho esa Corte que el Estado con todos sus recursos y poder no debería poder hacer repetidos intentos para condenar un individuo por supuestos delitos y entonces sujetarlo a la vergüenza, a los gastos, a someterlo a ordalía y obligarlo a vivir en un constante estado de ansiedad e inseguridad, así como también acrecentando la posibilidad de que aún inocente sea hallado culpable” (Green vs. United States).³⁶ Es de destacar asimismo la apreciación de ese Alto Tribunal Americano en cuanto el “*ne bis in idem*” impide los re-enjuiciamientos en los cuales la mala fe de fiscales o jueces amenazan la persecución de un imputado a través de sucesivas acusaciones o declaraciones de nulidad de juicio para lograr una más favorable oportunidad de condenar al acusado.³⁷

VIII-LA NULIDAD COMO RECURSO Y LA “REFORMATIO IN PEIUS” COMO LIMITE.-

³³ Binder, op.cit, pg. 133/39.-

³⁴ Jose I. Cafferata Nores, La prohibición de la reformatio in peius en el juicio de reenvío (las garantías constitucionales y las púas del puercoespín), Cuaderno del Depto. De Derecho Procesal y Práctica Profesional, pg. 25/6.-

³⁵ (456 U.S. 667,1982) citado en el Fallo “Polak”.-

³⁶ 355 U.S. 184, 187, 188 “The State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity, as well as enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty”

³⁷ United States vs. Dinitz (424 U.S. 600) “It bars retrials where bad-faith conduct by judge or prosecutor threatens the harassment of an accused by successive prosecutions or declaration of a mistrial so as to afford the prosecution a more favorable opportunity to convict the defendant”

La prohibición de la “reformatio in pejus” obedece básicamente a los siguientes fundamentos:

1- La imposibilidad de resolver más allá de la pretensión (*ultra petita*). El Tribunal de alzada debe limitarse al “*thema decidendum*” que le trae la parte (principio de congruencia).-

2- No existe jurisdicción para empeorar la situación del imputado, si la misma no ha sido provocada al Tribunal por un recurso en tal sentido.³⁸-

3- Una condena mayor afectaría el derecho adquirido en la instancia inferior a que su sanción no se aumente.-

5- La actividad impugnatoria de la defensa colocaría al imputado en la disyuntiva de consentir una sentencia que considera injusta o correr el riesgo de empeorar su situación.³⁹-

En el *leading case* “Sixto Gomez, Mario”⁴⁰ la C.S.J.N. resolvió que “...*tan desprovista de soportes legales resultaría una condena de primera instancia sin acusación, como una condena de segunda instancia sin apelación...*”. Este criterio, se ha aplicado para los casos en que no hay recurso del fiscal de grado, o cuando el Fiscal de Cámaras no mantiene el recurso o realiza un dictamen manifestando su conformidad con el fallo apelado.

Dentro de la concepción amplia del concepto de “impugnación”, puede perfectamente incluirse a la nulidad. De hecho, fue legislada como tal en el Código Jofré de la Pcia. De Bs.As. (arts. 305/9).-

Es que el planteo nulificante no es otra cosa que una petición de la parte tendiente a la revisión de un acto procesal, la verificación de un defecto y su subsanación. Abona esta postura el amplio alcance que se le ha dado al término por referirse “tanto al poder y actividad de las partes en el proceso —excepcionalmente

³⁸Fallos 234: 367 C.S.J.N. “Monzon”

³⁹Fallos C.S.J.N. 248:125 “Basseler”

⁴⁰Fallos 234:270

también de terceros- tendiente a conseguir la revocación de un auto dictado sin sustanciación (recurso de reposición), para que el tribunal que lo dictó la sustituya por otro, o complementación de un acto o aclaratoria del mismo mediante instancia de aclaración, cuando se ha omitido un elemento que debió ser consignado, o la oscuridad no permite su comprensión; que se deje sin efecto un acto concreto por contener vicios que lo afectan y producen su nulidad: los recursos en general son los medios por los cuales se atacan las resoluciones jurisdiccionales en los casos previstos por la ley para que un tribunal jerárquicamente superior revea el fallo ya sea para revocarlos, aplicar correctamente la ley sustantiva o subsanar los defectos o vicios...la noción es más restringida que aquella, más amplia de la impugnación...el recurso constituye una especie de un género más amplio que denominamos impugnación”.-⁴¹

Ya se han alzado voces reclamando la aplicación del principio que prohíbe la *reformatio in peius* cuando, recurrida una sentencia exclusivamente por el imputado al haberse vulnerado su derecho de defensa en juicio, no resulta posible en el juicio de reenvío dictar una condena más severa que aquella que diera motivo al recurso triunfante.⁴² Así también se ha dicho que “En caso de ausencia de recurso fiscal no puede llegarse mediante nulidad a reparar una omisión en perjuicio del procesado”.⁴³

Pero dentro de la línea argumental que vengo desarrollando este principio debiera llevarse un poco más allá y prohibirse de plano la posibilidad de tal juicio de reenvío, al menos llegado el proceso a determinada instancia. Entonces, concluiríamos que el Juez no debería, solo en el marco de un recurso propiamente dicho sino también frente al pedido de nulidad de la defensa, retrotraer el proceso a etapas anteriores perjudicando así la situación del imputado sino que por el contrario debería proceder, según el caso, a su sobreseimiento o absolución. -

⁴¹ Avalos Washington, “ Derecho Procesal Penal”, T III, pg. 379/81, citado en “Los medios de impugnación en el Código Procesal Penal de Buenos Aires”, del Dr. Carlos Chiara Diaz.-

⁴² Cafferata Nores, op cit.

CONCLUSIONES

Autores poco ortodoxos y rotulados como “garantistas” –quizás en forma peyorativa por algunos⁴⁴- pero en forma elogiosa en lo que a mí respecta- han ya escrito sobre el tema.-

El Dr. Alejandro Carrió ha entendido que: “ Lo que no está bien es que, si por falta de atención o por desidia de quien ejerce la pretensión punitiva, vicios de aquella entidad no son detectados al momento de acusar, sea el imputado quien con la causa ya concluida y en condiciones de ser sentenciada vea cómo se decreta una nulidad de todo lo actuado sin culpa de él. Y si por medio de esa nulidad se pretende que quien padece los avatares de un juzgamiento penal sea llevado nuevamente a juicio a través de una nueva acusación y un nuevo plenario, la garantía contra el doble juzgamiento debería poder ser invocada por el imputado, como único remedio para esta anómala situación”.⁴⁵-

En similar sentido, el Dr. Carlos Borinsky es crítico de aquellos procesos en que “ el acusado no pueda liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito y tampoco de las restricciones a la libertad personal que supone el enjuiciamiento penal y se lo obligue a soportar las contingencias del juicio cuando sin culpa suya y por violaciones atribuibles a la acusación o a los jueces se considere que el proceso debe retroceder a una etapa anterior. Si la acusación con que se abrió el plenario ha sido defectuosa, importa un claro desconocimiento de la garantía constitucional de la defensa en juicio que se resuelva anular el proceso para que se formule una nueva requisitoria, paradójicamente con el argumento de que la omisión “habría dificultado el ejercicio de la defensa”; tesis que desconoce la propia doctrina del Tribunal según la cual “los preceptos

⁴³ (Cam 3° L.P. S-I-1973. Reg. 279).-

⁴⁴ Los mismos que “reclaman garantías constitucionales” cuando son el centro de una imputación penal.

⁴⁵ Op, cit., LL. 1990-D

adjetivos se presumen sancionados en salvaguardia de los derechos fundamentales de los justiciables insertados en los mandatos de la Constitución Nacional. La regla de Mattei debe invertir sus alcances para aplicarse a todos los casos en que, llegada la oportunidad de dictar sentencia, se advierta un defecto en las etapas previas del proceso, atribuible a la acusación o a los propios jueces. En tales supuestos, de todos modos el proceso deberá concluir, no podrá retrogradar, sea con la absolución del acusado si las fallas han dificultado el ejercicio del derecho de defensa, sea con la condena –obviamente en la medida en que los elementos de convicción lo justifiquen- si este derecho de todas maneras ha podido ejercerse. Es el Estado –y no el justiciable- quien debe soportar las consecuencias de no llevar adelante con eficacia el proceso penal, sin perjuicio de la responsabilidad de los órganos por esa conducta que afecta gravemente el derecho de la comunidad de defenderse del delito. Se obtendrá así el beneficio adicional de que fiscales y jueces habrán de ser más cuidadosos en el desempeño de sus funciones con la consiguiente disminución de los procesos de trámite deficiente.”⁴⁶-

¿Qué más puede agregarse a estas reflexiones?. Quizás pueda adunarse la visión de otro “garantista” como lo es el Dr. Alberto Binder quien apunta a la solución de sanear aquella actividad procesal defectuosa a través del restablecimiento del principio constitucional lesionado, aunque no necesariamente de la forma (por ej. la indagatoria o el requerimiento fiscal defectuosos deben ser restaurados durante el debate sin provocar el reenvío a la etapa de instrucción) puesto que en muchas ocasiones el restablecimiento de ésta vuelve a configurar una nueva violación del principio o el agravamiento de la violación inicial.⁴⁷-

En definitiva, se trata de encontrar soluciones a las violaciones de garantías constitucionales que no impliquen una mayor violación sino una subsanación de esta situación perjudicial para el imputado, ya sea impidiendo la

⁴⁶ LL 1990-C-312

⁴⁷ Op.cit., pg. 98/9.-

continuación del proceso penal defectuoso o bien reparando el defecto de forma tal que su situación procesal sea restablecida pero nunca empeorada. -

A modo de conclusión, de *lege ferenda* y re-elaborando los principios que he analizado en el presente trabajo, considero que un acto procesal que fue declarado nulo podrá ser renovado siempre que no se hubiere superado la etapa procesal en la cual el mismo se desarrolló. Es decir que, pese a tratarse de nulidades absolutas, debería existir una regulación legal (al estilo de aquella que regula las nulidades relativas en los arts. 170 C.P.P.N y 205 C.P.P.B.A.) que establezca la oportunidad procesal en la cual los actos declarados nulos puedan reeditarse.-

A modo de ejemplo, una declaración indagatoria que fuera nulificada solo podría ser renovada si esta nulidad se declarara antes de la clausura de la etapa de instrucción con la requisitoria fiscal de elevación a juicio. Pero si se decretase la nulidad con posterioridad, debería entonces procederse al sobreseimiento o a la absolución según la etapa de que se trate,⁴⁸ salvo que se acuerde sobre la posibilidad de sanear dicha falencia durante la etapa de juicio (ver supra).-

Así entonces, los actos de la instrucción que fueran declarados nulos solo podrían ser renovados hasta la clausura de dicha primera etapa.-

Del mismo modo, si la nulidad afectara algún acto del juicio propiamente dicho, éste solo podría renovarse hasta que los autos pasaran a dictar sentencia, esto es hasta que esta etapa fuera clausurada. Es decir que, en caso de declararse la nulidad del juicio corresponderá la absolución.⁴⁹-

⁴⁸ El Dr. Carrió entiende que la acusación importa para el acusado el nacimiento de su derecho a que el proceso avance sin que sea lícito retrotraerlo aun a etapa ya precluída, sin que exista con anterioridad a ésta ningún impedimento constitucional para que la nulidad funcione como instituto procesal. (LL 1990-D-486/7.-

⁴⁹ En la obra antes citada, el Dr. Carrió entiende que si el vicio esencial es advertido recién en la oportunidad de sentenciar y el mismo no ha sido causado por el imputado, la garantía contra el doble juzgamiento hará que no sea lícito declarar a esa altura una nulidad y el tribunal actuante deberá pronunciarse con lo que tiene. En tal línea argumental, el Dr. Garibaldi promueve “de lege ferenda” impedir las posibilidades de reenvío por parte de los Tribunales Orales a los Jueces de Garantías de la investigación penal preparatoria y limitarlas a los casos en que la requisitoria de elevación a juicio contiene un hecho típico pero descripto en forma confusa a fin de no vulnerar la defensa en juicio, quien sostiene además que en ningún caso debiera haber reenvío a ésta desde la Cámara de Casación

En cuanto a la nulidad de aquellos actos que implican la clausura de alguna etapa procesal (requisitoria fiscal de elevación a juicio como clausura de la instrucción, auto jurisdiccional de elevación a juicio como clausura de la etapa intermedia, sentencia como finalización del proceso) obviamente otro es el criterio a aplicar. En caso de declararse la nulidad de tales actos, siendo éstos reveladores de la voluntad estatal de perseguir penalmente a un individuo y siguiendo el criterio según el cual desde la acusación nace el derecho a obtener un pronunciamiento penal rápido, considero que resultaría contrario a tal derecho, constitucionalmente reconocido, poder renovarlos en perjuicio del imputado. Entonces, en caso de decretarse la nulidad de la requisitoria de elevación a juicio, del auto de elevación, del alegato fiscal de acusación o de la sentencia, corresponderá el sobreseimiento o la absolución, según el caso, por haber fenecido la posibilidad de ejercitar el *ius puniendi* del Estado.⁵⁰

(“Algunas observaciones al nuevo sistema de enjuiciamiento penal”, Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Depto. Judicial de San Isidro, nro. 6, pg. 319.)-

⁵⁰ “Corresponde la absolución del procesado y no la anulación del fallo o de lo obrado en consecuencia de actos inválidos, puesto que no puede volverse sobre actos correspondientes a otras instancias para salvar fallas del órgano jurisdiccional en desmedro del legítimo interés del justiciable de llegar, en un lapso razonable, a la conclusión de una situación que afecta sus derechos individuales” (CNFed. Crim. y Correc. Sala II, 11-3-1987 “R.J. y otros” LL, 1987,E,247)

Si bien las conclusiones aquí esbozadas pueden considerarse un poco radicales, son la lógica contrapartida de la “conservadora” jurisprudencia que entiendo debe ser modificada, aún en forma paulatina, en el sentido que aquí propugno.-
