

“K , Y S s/casación”

S.C. K. 121; L. XLIV.-

Suprema Corte:

—I—

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal anuló la absolución dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Luis respecto de, entre otros, Y S K (fs. 3559/3559 vta. y 3563/3579 vta.) así como la resolución de fs. 2810/2812, y dispuso el reenvío de la causa a otro tribunal para la realización de un nuevo juicio (fs. 4000/4012).

Este pronunciamiento fue dejado sin efecto por V.E. en virtud del recurso de hecho interpuesto por la defensa del imputado, oportunidad en la cual se ordenó al *a quo* que tratara el agravio planteado por esa parte vinculado con la supuesta violación del principio *ne bis in idem* derivada de aquella decisión (Fallos: 330:2265, agregado a fs. 4428/4429).

Como consecuencia de esta resolución, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal dictó nuevo fallo en el que rechazó los recursos de casación de la querella y del Ministerio Fiscal dirigidos contra la absolución (fs. 4473/4482 vta.).

Ello condujo a la articulación de la apelación federal por parte del Fiscal General a fs. 4487/4503, la que fue concedida a fs. 4524/4525.

—II—

Cabe destacar que en el fallo cuestionado originalmente, el tribunal de juicio había advertido falencias en la prueba instrumental que impidieron alcanzar el grado de certeza necesario para arribar a una condena, aun cuando a fs. 2810/2812 - al proveer respecto de la instrucción suplementaria solicitada por la fiscalía- había entendido que las medidas probatorias propuestas, precisamente dirigidas a subsanar dichos extremos, excedían las facultades otorgadas por el artículo 357 del Código Procesal Penal de la Nación, además de que eran ajenas a la plataforma fáctica y probatoria del debate.

En tales condiciones y sobre la base de esta contradicción, se estructuró oportunamente la crítica que dio fundamento a la anulación de ambas resoluciones al advertir que “el mismo Tribunal ha sido el responsable de la ausencia de la prueba que él luego calificó como dirimente” (fs. 4000/4012).

Sin embargo, como ya se dijo, el *a quo* censuró la posibilidad de una retrogradación del juicio, en virtud de la presunta transgresión a la regla *ne bis in idem*, y rechazó los recursos de los acusadores (fs. 4473/4482 vta.).

En la impugnación extraordinaria, el apelante sustentó su reclamo en la doctrina de la Corte sobre arbitrariedad de sentencias, al entender que se había otorgado a dicha garantía constitucional una extensión impropia que desvirtuaba la finalidad y alcance de las normas que la consagran. De esta manera y luego de un análisis pormenorizado de cada uno de los votos que conformaron la mayoría, cuestionó la afirmación de que, en el caso, el juicio de reenvío implicaría un *bis in idem* prohibido, en atención a que las reglas establecidas a partir del precedente “Mattei” (Fallos: 272:188) no eran aplicables al supuesto en el que la naturaleza de los vicios atribuidos a la sentencia no firme, no imputables al Ministerio Público Fiscal, impedían considerar superadas las cuatro etapas esenciales del proceso de modo tal que pudieran operar los principios de preclusión y progresividad.

En este sentido, dirigió sus objeciones contra la interpretación y alcance que se asignó a la garantía constitucional del debido proceso e intentó demostrar que se incurrió en un apartamiento inequívoco de las disposiciones legales aplicables, en especial de las que establecen las facultades y funciones de control que, por medio del recurso de casación, ejerce el Ministerio Público Fiscal para evitar que se confirmen sentencias absolutorias arbitrarias que afectan la legalidad, cuya defensa debe proteger por mandato constitucional (artículo 120 de la Constitución nacional, ley 24.946 y artículos 456 y 458 del Código Procesal Penal de la Nación).

–III–

Cabe recordar que la doctrina invocada por el apelante tiende a resguardar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias comprobadas de la causa (Fallos: 311:948, 316:2718; 319:103; 321:1909 y 328:4580, entre otros).

También creo oportuno recordar que la Corte ha considerado que todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por el artículo 18 de la Constitución nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante; ya que en todo caso

media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución, puesto que ella garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento -civil o criminal- de que se trate (Fallos: 331:2077 y sus citas).

En este sentido, soy de la opinión que el recurso debe prosperar por la deficiente fundamentación que presenta la decisión, en tanto no se ajusta a la doctrina de V.E. acerca del alcance que cabe atribuir al principio constitucional de *ne bis in idem*, lo que configura causal de arbitrariedad (cf. doctrina de Fallos: 318:2060 y sus citas).

En efecto, estimo que la afirmación por parte del *a quo* de que la prohibición de la múltiple persecución penal por un mismo hecho impide, a partir del recurso acusatorio, la revisión de una absolución y la consecuente realización de un nuevo juicio, no ha atendido al criterio del Tribunal en cuanto descarta la violación a tal precepto constitucional cuando la decisión de retrotraer el proceso obedeció a la existencia de vicios esenciales (Fallos: 312:597, citado precisamente en uno de los votos que conformaron la mayoría, y 326:1149), tal como ocurre en el *sub judice* en el que se cuestionó aquel pronunciamiento por deficiencias en su fundamentación originadas en el contradictorio análisis del tribunal de juicio sobre el mérito y la oportunidad asignados a la prueba solicitada por el acusador público.

Al respecto, ha establecido V.E. que “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 estas fases constituye el presupuesto necesario de la que le subsigue, en forma tal que no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que le suceden”.

“Dentro de este itinerario, el respeto a la garantía de debido proceso, invocable tanto por la persona que se encuentra sometida a juicio como por los demás actores del proceso (Fallos: 306:2101, considerando 15) consiste en la correcta observancia de estas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia”.

“Y es aquí donde estos principios encuentran su límite: es axiomático que los actos procesales precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, salvo supuestos de nulidad” (Fallos: 326:1149, acápite III del dictamen de esta Procuración General, a cuyos fundamentos y conclusiones remitió el voto de la mayoría del Tribunal, y sus citas, en especial, del precedente “Mattei”; en el mismo sentido, Fallos: 305:1701).

De esta manera y dado que una sentencia anulada, según el régimen descripto, carece de efectos, mal puede afirmarse que existan dos fallos que juzguen el mismo hecho pues, como ha establecido V.E., en estos casos, hay sólo uno que puede considerarse válido (Fallos: 312:597 y 326:1149).

Con tales antecedentes, y de acuerdo con la interpretación expuesta por el Tribunal en “Verbeke”, ya mencionado, es posible afirmar que en los fallos “Mattei” y “Polak” (Fallos: 321:2826) citados por el *a quo* en sustento de su decisión, la Corte ha vedado la renovación de actos del proceso sólo “cuando la declaración de nulidad no se encuentra dirigida a evitar la restricción de garantías esenciales de la defensa en juicio o algún otro derecho (Fallos: 323:929), lo que constituye la esencia y finalidad del instituto de la nulidad procesal” (*loc. cit.*), tal como sucedió en esos casos en los que la impugnación del debate y la realización del nuevo juicio, se habían basado, en el primero de esos fallos, en la insuficiencia de las pruebas logradas en la instrucción por parte del fiscal, y en el segundo, en la incompetencia del tribunal.

En ese sentido, se ha establecido con referencia a la aptitud de los precedentes que siguieron a “Mattei”, en los que se negó la anulación y consiguiente reedición de diferentes actos del proceso (Fallos: 298:50 y 312: 300:226 y 1102; 305:913; y 306:1705, entre otros), que “estaba circunscripta a aquellas hipótesis en que, habiendo sido observadas las formas sustanciales del juicio, se decretó la invalidación de las actuaciones sobre la base de consideraciones rituales insuficientes, lo que equivaldría a transformar la actividad jurisdiccional en un conjunto de solemnidades desprovistas de su sentido director cual es la realización de la justicia. En cambio, esos mismos precedentes no podían regir los supuestos en que las nulidades dispuestas respondieran a la inobservancia de las formas sustanciales del juicio” (Fallos: 312:2434, considerando 4º, con cita de Fallos: 305:1701, considerando 5º).

S.C. K. 121; L. XLIV.-

De tal manera, la retrogradación no está constitucionalmente prohibida cuando se orienta a reeditar actos afectados por vicios que comprometen las garantías del debido proceso legal y la defensa en juicio, pero sí lo está, en principio, cuando su objetivo es cubrir meras deficiencias probatorias o de preceptos adjetivos; en otras palabras, defectos cuya naturaleza no altera la sustanciación del debate en la forma que asegura el artículo 18 de la carta fundamental.

Sobre esa base, y considerando que tanto la resolución desincriminatoria como la que se pronunció respecto de la instrucción suplementaria solicitada por el fiscal -que fue considerada por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal como su antecedente necesario- ostentaban vicios que las descalificaban como tales (detallados a fs. 4000/4012) soy de la opinión que no pudieron resultar amparadas por los principios de preclusión y progresividad, de modo que resulte prohibida su reedición como consecuencia del recurso del acusador, tal como sostiene el *a quo*. Por el contrario, ése es precisamente el sentido del instituto de la nulidad, previsto en todos los códigos procesales, que persigue la nueva realización de los actos viciados, pero ya bajo las formas legales, actividad que no puede, en estos términos, considerarse violatoria de la garantía que impide el *bis in idem*.

En este sentido, resulta fundamental analizar que, a diferencia del caso “Mattei”, la naturaleza de los defectos señalados en el *sub lite* impide afirmar que se hubiera desarrollado un juicio en los términos asegurados constitucionalmente, en particular en lo que se refiere a las etapas de prueba y sentencia, y aleja al caso de la protección constitucional que se invoca. Considero que ello es así pues, mientras en dicho precedente los supuestos vicios se relacionaban con deficiencias probatorias, lo que aquí se cuestiona es la arbitraria fundamentación de diferentes decisiones del tribunal de juicio que, aunque vinculadas con la prueba, condujeron a la descalificación de actos esenciales del proceso.

A pesar de que esta cuestión resultaba determinante para la solución del caso, en el decisorio impugnado se desconocieron tales extremos y sólo se invocó dogmáticamente la aplicación de la garantía, sin atender al alcance que le asignó la jurisprudencia de V.E., razón por la cual considero que, en este aspecto, el fallo impugnado no satisface las condiciones de validez de las sentencias judiciales.

En similar dirección, en el recurso extraordinario se objetó la afirmación del *a quo*, basada en el precedente “Polak” ya citado, en cuanto a que la prohibición constitucional impedía la realización de un nuevo juicio cuando el vicio proviniera de un error causado por el propio Estado (tanto fuera por la actuación del tribunal como por la del fiscal) que no pudiera ser adjudicado al imputado.

Advierto que, en este aspecto, la decisión también posee una fundamentación defectuosa que la transforma en arbitraria. Considero que ello es así pues el criterio expuesto no se ajusta a los términos del fallo sobre el que pretende apoyarse, según el cual los principios que “obstan a la posibilidad de retrogradación del proceso, son aplicables en la medida que, además de haberse observado las formas esenciales del juicio, la nulidad declarada no sea consecuencia de una conducta atribuible al procesado” (*in re* “Polak”, considerando 13), ni a la jurisprudencia del Tribunal en la materia.

En efecto, como ya he expuesto, la operatividad de la prohibición requiere básicamente la comprobación del cumplimiento de las formas sustanciales del proceso que la ley establece para poder considerar los actos que lo componen como válidamente precluidos, de modo tal que sólo se pueden reeditar si se comprueban vicios u omisiones esenciales.

En este contexto, y salvo la mejor interpretación que de sus propias sentencias puede hacer V.E., la mención final que se realiza en el fallo citado respecto de la conducta procesal del acusado está vinculada a que, en tanto el principio *ne bis in idem* ha sido consagrado fundamentalmente en su favor, no podría oponerse por quien ha causado el defecto, pues así podría aprovecharse de su propio error. En tal sentido, se ha establecido que no es posible invocar la violación de garantías constitucionales cuando el perjuicio sufrido deriva, precisamente, del propio proceder (Fallos: 310:884; 315:369 y 317:655, entre otros).

Lo hasta aquí reseñado, permite concluir que tales reglas no autorizan a fundar la procedencia de la garantía a partir de la mera verificación de que tales defectos no son responsabilidad de la defensa, tal como sostiene el vocal preopinante por la mayoría en cuanto a que la protección constitucional impide que el imputado sea obligado a soportar un nuevo riesgo procesal que ya había superado “cualquiera

fuera la naturaleza de los errores que el Estado hubiera cometido en su intento anterior de provocar una condena” (fs. 4479 vta., con cita de la disidencia del doctor Petracchi en Fallos: 323:929).

Por el contrario, la doctrina del Tribunal que hasta aquí se ha analizado refuerza la idea de que la naturaleza e importancia del vicio condicionan la válida progresión de cada uno de los actos del proceso y, con ella, la extensión de la imposibilidad de su renovación. En este ámbito, la responsabilidad del Estado -en cuyo concepto el *a quo* incluye tanto la actuación del fiscal como la de los jueces- en su producción parece sólo incidir en el respectivo examen que merece la contribución del imputado en la nulidad cuyo saneamiento persigue el reenvío, y frente al cual pretende ampararse. Por esa razón, considero que no puede ser concebida, en forma autónoma, como indicador de la transgresión de la garantía constitucional en sí.

En mi opinión ésta es la interpretación que mejor recoge la doctrina de la Corte que surge, entre otros, de Fallos: 305:1701; 312:597, 2434; 321:1173 y 323:929, en los que se privilegió la nueva realización de los actos viciados con defectos esenciales, sin que la circunstancia de no haber sido generados por la defensa haya sido considerada, en tales supuestos, un elemento descalificante para su renovación.

En este sentido, en el precedente “Polak” sobre el que el *a quo* basó su decisión, el Tribunal ha concluido en la imposibilidad de retrotraer el proceso ante la comprobación de que el vicio sobre el que se estructuró la necesidad de un nuevo debate se vinculaba al incumplimiento de normas adjetivas como son las de competencia de los magistrados, razón por la cual no impedía el válido desarrollo de cada una de las etapas del juicio que se hallaban protegidas por los principios de progresividad y preclusión.

Frente a esas condiciones, el análisis que también se realiza en el fallo sobre la actuación defectuosa del fiscal y el tribunal, sólo puede entenderse en el contexto de la valoración acerca de si la conducta procesal del imputado ha causado o no la nulidad (cf. considerandos 13 y 14) y, con ello, si puede ampararse en las reglas que proscriben la realización del nuevo proceso, en un contexto en que reitero, a diferencia del *sub lite*, se trataba de un juicio en el que se habían observado sus formas esenciales.

No escapa a esta parte que el *a quo* sustentó su decisión, en ese aspecto, en la cita que en dicho precedente se realizó de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, a partir de la cual se estableció que “si bien el imputado no tiene un derecho a la absolución cuando el reenvío del juicio se funda en errores ordinarios del procedimiento (“Lockhart v. Nelson”, 488 U.S. 33.38, 1988; “Oregon v. Kennedy”, 456 U.S., at. 685; “Tibbs v. Florida”, 457 U.S. 31, 40, 1982) ello no debe hacer perder de vista que el gobierno -en nuestro caso el fiscal- no puede manipular el primer juicio para evitar una posible absolución y mantener abierta la chance de un nuevo juicio al imputado (“Jorn”, 400 U.S. at. 484), de modo que también se ha incluido en el fundamento de la cláusula que 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 (“Oregon v. Kennedy”, 456 U.S. 667, 1982)” (considerando 18).

Recuérdese que en este último se analizó la posibilidad de realizar un nuevo juicio, luego de la declaración de un *mistrial*, es decir, un supuesto de nulidad del debate que, de esta forma, culmina sin veredicto, generalmente a pedido del acusado o consentida por él, y que suele dar lugar a su reedición pues se entiende que no es violatorio de la cláusula conocida como *double jeopardy* que surge de la V Enmienda de la Constitución de aquel país (“United States v. Dinitz”, 424 US 600, y “United States v. Scott”, 437 US 82, entre otros).

Cabe destacar que lo relevante de este caso estuvo dado por el hecho de que la anulación había sido propugnada por la defensa a partir de un vicio que obedecía a la inconducta del acusador. En tales condiciones, se entendió que la prohibición constitucional impide al fiscal manipular las reglas de nulidad con el objeto de evitar probables absoluciones y conducir a la defensa en forma maliciosa y deliberada (lo que no incluye su conducción negligente) a formular la impugnación y renunciar a la posibilidad de oponerse luego a la realización del nuevo juicio.

Sentado lo expuesto, soy de la opinión que la aplicación de tales principios al caso “Polak” tiende a rechazar que le sea atribuida a la defensa la nulidad de alguno de los actos del proceso y que, con ello, pierda la protección constitucional cuando, como en el caso, la retrogradación se basa en normas de

orden público que se pretendieron oponer a esa parte, en tanto la actuación del fiscal (detallada en el considerando 14) hubiera implicado una manipulación de esas reglas.

En tales condiciones y aun cuando la comprobación de este extremo se orienta a descartar la participación del imputado en la nulidad lo cual, en el caso, no tiene incidencia alguna pues, como he expuesto *ut supra*, no se ha cumplido la primera condición vinculada con el debido proceso legal, considero relevante señalar que, de todos modos, el *a quo* se ha limitado a su invocación sin probar que en autos se verifiquen esas condiciones. Por el contrario, se advierte de la lectura del expediente que en reiteradas oportunidades la representante del Ministerio Público Fiscal propugnó la realización de las medidas cuestionadas (tal como se detalla a fs. 4008/4008 vta.) a fin de evitar, precisamente, la solución que ahora se impugna.

-V-

Otra de las críticas contenidas en la apelación federal se dirigió contra la interpretación y alcance que se asignó a la garantía constitucional del debido proceso que, como se dijo, también ampara a este Ministerio Público. En tal sentido, el recurrente se agravió de la exégesis irrazonable realizada por el *a quo* de las normas que establecen y regulan la función de control que ejerce el acusador público para evitar que se confirmen sentencias absolutorias arbitrarias que afectan la legalidad cuya defensa le es exigida constitucionalmente (artículo 120 de la Constitución nacional, ley 24.946 y artículos 456 y 458 del Código Procesal Penal de la Nación).

En efecto, soy de la opinión que la decisión que, aun cuando no cuestionó en sí la capacidad del acusador para impugnar, impidió la nueva realización de un juicio en el que se habían verificado vicios esenciales que impidieron por su naturaleza el desarrollo del proceso en la forma que asegura la Constitución nacional, vació de contenido la facultad otorgada a este órgano del Estado para cumplir con aquel cometido. Ello pues, en las condiciones dadas en el *sub examine*, no se entiende qué sentido tendría el ejercicio de tal derecho (reconocido por la mayoría del Tribunal en “Arce”, Fallos: 320:2145) si no es para sanear el defecto que generó la nulidad, de modo de recomponer el debido proceso legal, de acuerdo con la solución establecida en el artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación.

Lo contrario implicaría que el representante del Ministerio Público, ante una decisión judicial que se estimó carente de fundamentación, deba abstenerse de

ejercer las atribuciones que la propia carta fundamental le reconoce y de acuerdo con la forma establecida en la ley ritual que reglamenta su ejercicio, lo que lo conduciría a actuar en contra de los objetivos que se le han confiado, es decir, controlar la racionalidad de ese acto de gobierno y promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses de la sociedad (artículos 1º y 120 de la Constitución nacional).

En tales condiciones, el *a quo* se ha limitado a invocar la transgresión al mandato que impide la múltiple persecución penal, sin analizarlo en relación con tales funciones y los requisitos que, con igual base constitucional, debe reunir toda decisión judicial para ser considerada tal, en especial, y como se expuso en el acápite III de este dictamen, la de ser derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias comprobadas de la causa.

Por las razones dadas, la regla adoptada por el *a quo* que establece un supuesto de *ne bis in idem* que impide el reenvío contenido en el artículo 451 del Código Procesal Penal de la Nación cuando el defecto que generó la absolución fuera consecuencia de un error del Estado, se aparta del “principio primario de sujeción de los jueces a la ley, con arreglo al cual no deben sustituir al legislador para crear excepciones no admitidas por la norma ni efectuar una interpretación que equivalga a su prescindencia, en tanto no medie una concreta declaración de inconstitucionalidad” (Fallos: 329:4688, considerando 6º, y sus citas).

Por otro lado, debe también advertirse, tal como lo hace el Fiscal General, que el *a quo* ha omitido examinar tales reglas dentro del marco de operatividad de la garantía que prohíbe el *bis in idem* a partir de la firmeza de la decisión. Al respecto, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.4) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.7) establecen la protección cuando la persona ha sido absuelta por una sentencia firme, extremo que no se ha configurado en el *sub examine* pues, precisamente, la fase recursiva aún se hallaba abierta tanto para el fiscal como para la querella en defensa de sus intereses.

En similar sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la expresión “sentencia firme” del artículo 8.4 de la Convención Americana no debe entenderse en un sentido restrictivo, es decir, “limitada al

S.C. K. 121; L. XLIV.-

significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados”, sino como “aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiriera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada” (caso 11.006, Informe N° 1/95 sobre Perú, del 7 de febrero de 1995, acápite V.B.3).

En tales condiciones, la afirmación que surge del voto del vocal preopinante por la mayoría en cuanto a que “la no convalidación de la sentencia absolutoria como consecuencia del recurso fiscal implicaría para el imputado un nuevo riesgo procesal que ya había superado válidamente con éxito” (fs. 4479 vta.) ha desatendido el valor que cabe otorgar a la facultad de recurrir del acusador público, así como la influencia que el reconocimiento de esa función por las normas procesales traería aparejado respecto de las garantías ya mencionadas.

-VI-

Por todo lo expuesto, considero que la sentencia debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido, pues se sustenta en afirmaciones dogmáticas y en fundamentos aparentes, todo ello con grave menoscabo de los derechos constitucionales invocados, que no se muestra como una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias comprobadas en la causa, motivo por el cual resulta viable su impugnación con base en la alegada doctrina de la arbitrariedad.

Finalmente, creo conveniente señalar que, en tales condiciones, la convalidación de una sentencia arbitraria absolutoria “es más grave aún si se tiene en cuenta que esa anomalía, en las particulares circunstancias del caso, evidencia la omisión del ejercicio de facultades propias del tribunal concernientes a la mejor averiguación de los hechos que se reconocen de interés para la apreciación de la responsabilidad del imputado (Fallos: 314:1447); sin perjuicio de recordar la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, la cual reconoce raíz constitucional” (Fallos: 321:1385, considerando 8°).

Por ello, y los demás fundamentos expuestos por el Fiscal General, mantengo el recurso extraordinario interpuesto a fs. 4487/4503.

Buenos Aires, *17* de febrero de 2010.

ES COPIA

ESTEBAN RIGHI