

Tanto la querrela unificada A.M.I.A.-D.A.I.A. y Grupo de Familiares como el Ministerio Público Fiscal, indicaron que a lo largo del debate el Tribunal había reproducido la totalidad de la prueba obtenida en la instrucción.

Es preciso hacer aquí una salvedad, pues si bien es cierto que el Tribunal, con la disidencia del Dr. Gordo, ordenó medidas probatorias en función de lo dispuesto por los arts. 357 y 388 del código de forma, no puede soslayarse que en su gran mayoría fueron requeridas por las partes.

Ahora bien, corresponde examinar si la "reproducción de la totalidad de la prueba" en el debate, resulta suficiente para sanear aquellas actuaciones viciadas, en su raíz, por la falta de imparcialidad del juez instructor con la consecuente afectación del derecho de defensa.

A dicho efecto cabe traer a colación que en el precedente del Tribunal Constitucional español antes citado (Sala: Pleno, Sentencia del 17/3/01, referencia 69/2001, ponente don Guillermo Jiménez Sánchez, publicación BOE: 20010406 [BOE NÚM. 83]), ante el planteo de parcialidad del juez de instrucción, recordó que el Tribunal Supremo designó a un magistrado de su sala penal, para que realizara una nueva instrucción. Que el juez designado continuó la instrucción e hizo repetir ante él todas las declaraciones prestadas y volvió a practicar la mayor parte de las diligencias sumariales encaminadas a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, la culpabilidad de los partícipes y a preparar el juicio que se iba a desarrollar ante el pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Por ello sostuvo el Tribunal Constitucional que "conforme al orden normal del proceder, todas las diligencias probatorias obrantes en el sumario fueron reproducidas y sometidas a contradicción en el acto de juicio oral".

No por obvio debe resaltarse que los vicios de la instrucción, en el caso que se juzga, no fueron saneados, dado que la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, hizo lugar a la recusación del juez federal

Galeano, avanzado ya el juicio oral.

A ese fin debe quedar en claro que no todos los actos del proceso son reproducibles, sólo algunos pueden renovarse, es decir, cumplidos nuevamente (D'Albora, ob. cit., pág. 326).

Asimismo, que no es lo mismo la nulidad de un acto concreto que establecer esa sanción procesal a partir de la parcialidad del juez, dado que la demostración de ese vicio de la voluntad, no surge de una actuación particular, sino, por el contrario, de un cúmulo de medidas o de omisiones, que permitan verificarla.

Al abordar el Tribunal constitucional español, en el precedente de referencia, la validez de las actuaciones, sostuvo: "el principio de conservación de las actuaciones (art. 242 LOPJ), fundado, no sólo en razones de economía procesal sino en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sólo permite considerar viciadas de nulidad aquellas decisiones en que la intervención del recusado hubiese sido decisiva, que hubiesen causado un perjuicio en los intereses legítimos de la parte recusante o que hubieran podido ser influidas por la causa determinante de la recusación, pero no aquellas que aparecen practicadas ante un órgano judicial revestido de la necesaria imparcialidad".

Por tanto, lo que se debe determinar es a partir de qué momento de la pesquisa puede establecerse, de manera fehaciente, que el magistrado obró de modo tendencioso, dado que en la especie un solo juez estuvo a cargo de la pesquisa.

Sobre el particular, sostiene Binder que "existen principios propios del Estado de derecho y hoy plasmados con generosidad en todas las constituciones y pactos internacionales de derechos humanos que protegen a todo ciudadano que es sometido a juicio **desde el inicio de la preparación** hasta el final de los actos de control y ejecución de la decisión tomada en ese juicio" (ob. cit.,

pág. 72).

Es por ello, que la mera renovación de actos procesales no tiene la virtualidad de sanear el proceso. Sostiene Binder que "lo principal es la restauración del principio afectado y no el restablecimiento de la forma. Si ese principio no puede ser restaurado de inmediato, se busca una declaración clara de la inutilidad de ese acto. *Mediante este mecanismo se ha "garantizado" la vigencia del principio*"(ob. cit., pág. 172).

Está fuera de discusión que no pueden ser saneadas o subsanadas las nulidades de carácter absoluto (cfr. Clariá Olmedo, ob. cit., T. IV, pág. 241), máxime cuando afecta el derecho de defensa del imputado. Asimismo, que resulta imposible restaurar o sanear la voluntad viciada del juez; es decir restablecer su imparcialidad.

Por su íntima relación con el tema cuadra citar nuevamente al Tribunal Constitucional español, en cuanto sostuvo que "con arreglo a nuestra reiterada doctrina, la presunción de inocencia se viola cuando la prueba de cargo se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales sustantivos. En nuestra STC94/1999 (fundamento jurídico 6º), donde abordamos un asunto similar al que ahora nos ocupa, recordamos el fundamento de la prohibición constitucional de la admisión como prueba de cargo de toda aquella obtenida con infracción de un derecho fundamental. Decíamos allí que esa prohibición es una regla jurídica objetiva, que si bien no está recogida en precepto constitucional alguno (aunque sí legal, art. 11.1 L.O.P.J.), ni en rigor deriva del derecho a la presunción de inocencia (art. 242 C.E.), se desprende ineluctablemente de la dimensión objetiva de todos y cada uno de los derechos fundamentales, que, en cuanto reglas objetivas básicas de todos los procedimientos seguidos por el Poder Público en el Estado democrático de Derecho y en particular de los judiciales, les impone su debida observancia, de forma que esos procedimientos, bien de creación de normas o de su aplicación, quedan privados de toda legitimidad constitucional se transcurran al margen o

sin respetar los derechos fundamentales, o si amparan sus menoscabos. Y esta exigencia derivada de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales posee una particular incidencia en los procesos penales donde su observancia debe ser aún más rigurosa y severa, si cabe, que en lo restantes, ya que dicho proceso es el cauce formal a través del cual se apela y, según el caso, se somete al individuo al uso más intenso y extremo del ius puniendi del Estado (STC81/1998, fundamento jurídico 2.º)” (ver Sala Primera STC 239/1999, del 20 de diciembre de 1999, Recurso de amparo 352/95, BOE nº 17).

Agregó el máximo Tribunal español que “ese fundamento de la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, dada su posición preferente en el Estado democrático y social de Derecho y su cualidad de derechos inviolables inherentes a la persona (art. 10.1 C.E.), que impone la inexcusable necesidad de tutelarlos en todo caso, provoca la radical nulidad de todo acto jurídico contrario a los mismos. Por ello, y en la medida que los órganos judiciales son los llamados por la Constitución para regular y ordinaria protección de los derechos fundamentales (art. 53.2 C.E.), deben rechazar en empleo de pruebas en los procesos de los que conozcan, obtenidas en infracción de derechos fundamentales, y muy en particular si dichas pruebas lo son de cargo en los procesos penales; lo que también podrá hacer valer el interesado aunque el derecho fundamental menoscabado sea el de un tercero, siempre que esa lesión suponga también una singular restricción o una vulneración sin más de los suyos (SSTC 11\$/1984, 81/1998/, 49/1999, 94/1999; STEDH, caso Schenk, de 12 de julio de 1988)”.