Caso ‘Maradona’ ¿Puede el Ministerio Público Fiscal impulsar la realización de un nuevo juicio?

Por Juan Carlos Ustarroz (*)

Sumario: 1.-Introducción; 2.- La causa de la nulidad del juicio; 3 Es posible un nuevo juicio sin violar la garantía del ‘ne bis in ídem’?; 4.- ¿Sostiene la Argentina un concepto más amplio de la prohibición de la doble persecución Penal que el que sostienen los Organismos de DDHH?; 5.- ¿Que aprendimos de estos fallos?; 6.- Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En el curso de un juicio oral, al cual se llegó luego del cierre de la Investigación Penal Preparatoria (IPP - CPP 344), deducidas las oposiciones (CPP 338) y resueltos los recursos, se elevó la causa a juicio por la muerte del famoso futbolista Diego Armando Maradona, ocurrida el 25 de noviembre de 2020. Al juicio se llegó con siete personas a los cuales el acusador público imputaba la causación dolosa (por dolo eventual) de la muerte del mismo. Al acusador público se sumaban las acusaciones de los particulares damnificados (hijos del futbolista), representados por sus respectivos abogados.

Sorteado –con varias singularidades- el Tribunal que iba a entender en la causa (el Tribunal Oral en lo Criminal –TOC- n.º 3 del Departamento Judicial San Isidro), se realizaron las audiencias de prueba (CPP 338) y, luego de varias demoras, se inició en marzo de 2025 el debate oral en los tribunales de dicho Departamento Judicial1.

Transcurridas más de veinte audiencias en donde la acusación desarrolló su prueba, fundamentalmente testimonial pericial y documental, el juicio debió ser suspendido y,

(*) Ingeniero y Abogado. Trabaja en el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires como Ayudante Fiscal en el Partido de Adolfo Gonzales Chaves. Mail: justarroz@mpba.gov.ar

1 Como la muerte del astro se había producido en la localidad de Tigre, Provincia de Buenos Aires, por el principio ‘locus delicti commissi’ le corresponde a los Tribunales del Departamento Judicial de San Isidro (que incluye la mencionada localidad) entender en esta causa.

posteriormente, se dictó su nulidad ante la recusación de uno de los tres jueces del Tribunal pedida tanto por la acusación pública como los abogados de los particulares damnificados. La recusación fue pedida y aceptada- por la supuesta participación de la jueza Julieta Makintash (curiosamente, la única jueza que no formaba parte del TOC 3 sino que subrogaba por vacancia de una de las vocalías de dicho Tribunal) en un documental que estaba siendo grabado sin autorización, supuestamente con conocimiento y apoyo de la jueza recusada

En este breve texto abordaré la cuestión que responde la pregunta sobre si el Estado (en la forma del Ministerio Público Fiscal) tiene la facultad de intentar una nueva acusación si el debate por el cual se intentaba probar la primera imputación fue anulado por exclusiva responsabilidad de ese mismo Estado. Intentaré demostrar que el impulso del nuevo juicio es posible, pero NO por la vigencia de la prohibición del ‘non bis in ídem’ que aquí no tiene aplicación, como veremos, sino por el derecho del Ministerio Público y de las querellas a un debido proceso, atento a que la nulidad que hizo necesaria la realización de un nuevo juicio no fue provocada por los imputados ni por el Ministerio Público Fiscal

2. LA CAUSA DE LA NULIDAD DEL JUICIO.

Según la teoría de las nulidades, la participación de la jueza Makintash en un documental como figura central deviene en una nulidad ‘insalvable’ por afectar la garantía constitucional (y supraconstitucional)² de la imparcialidad del juzgador. Analizaré este aspecto más abajo.

Primero los hechos: En una audiencia donde la jueza Makintash intentó ocupar – curiosamente- la presidencia del debate, se inició un incidente en donde uno de los abogados de la defensa mencionó la existencia de la grabación de un documental, que sería realizado por conocidos de la jueza. Esa situación ameritó la suspensión del debate y el inicio (por impulso de algunos abogados de la querella) de una nueva IPP en donde se investigó dicho hecho. Los fiscales asignados a dicha IPP actuaron con celeridad y durante el breve plazo de la suspensión del debate produjeron prueba que –más allá del encuadre típico de los hechos que salieron a la luz- provocó que –inusualmente- todas partes (defensores y querellantes) solicitaran la

² CNN, CADH art, 8 inc 3, PIDHyP art, etc.

recusación de la jueza, y ante la copiosa prueba obtenida en la IPP, la misma fue aceptada por el presidente del TOC 3 y la otra vocal del juicio. La jueza Makintash fue apartada del juicio.

La recusación se basó en los art. 50 y concordantes del ritual provincial, pues por la prueba acumulada en la IPP se verificó no solo la existencia del proyecto de dicho documental, sino que además este estaba siendo realizado por conocidos de la jueza Makintash y –más importante- el mismo se estructuraba en torno a la participación de la jueza en dicho debate. Todas las partes entendieron que **esa situación ponía en jaque el requisito de la jueza de ser imparcial frente al hecho juzgado.**

El tema no es menor: la garantía de imparcialidad del juzgador se ha constituido en uno de los pilares más importantes de un sistema de administración de justicia republicano. En nuestro derecho interno, se trata de una ‘mega garantía’ pues sin la vigencia de este principio de nada valdrían los demás asertos constitucionales. Comenzaremos anotando que la garantía de imparcialidad en nuestra cultura jurídica se refiere a quien ‘**no es parte**’, es decir que quien decide no tenga parte en el asunto.³

La regla ha sido plasmada en los pactos supraconstitucionales que adoptó la nación (CN 75 inc. 22) en 1994, (DUDH art. 10, DADH art 26. II, CADH art. 8. 1, PIDCyP art. 14.1, CPDH y LF art. 6.1) y –frente a esta situación jurídica, la doctrina nacional ha cristalizado esta megagarantía en tres corolarios importantes que apuntan al mismo ideal: Que quien juzga o decide no sea parte, no tenga interés en aquello que se resuelve. Estos principios son a) **Principio del juez natural**; b) **Imparcialidad en el caso concreto**, y c) **Ausencia de presiones sobre el juzgador.**

De los tres aspectos mencionados, la existencia del documental es **la imparcialidad en el caso concreto** el motivo central de la recusación aceptada (más allá que -en lo personal- pienso que la inexistencia de un sorteo para la designación de Makintash para subrogar la vacancia del TOC 2 podría ser vista como una violación al principio del juez natural)

³ No ignoro, sin embargo, que el término ‘imparcial’ conlleva una carga semántica de significado cultural (el juez inquisidor del Medioevo era considerado imparcial, por ejemplo) ...

Este aspecto de la imparcialidad prescribe que el juez debe ser equidistante de las partes en disputa (acusador y acusado). Esto, para algunos, ‘pulveriza’ la concepción inquisitiva de combinar en una sola figura las funciones de acusador y juez (aunque históricamente e incluso en algunos Códigos Procesales en vigencia (como el Código ‘Levene’) se consideraba “imparcial” a un juez inquisidor dotado del poder de investigar y juzgar a la vez)⁴. Como dice MAIER “*Se trata de la **imparcialidad** frente al caso, la que semánticamente refiere a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales cabe decidir, y que intenta preservarse colocando en la función de juzgar a una persona que garantice la mayor objetividad posible al enfrentarlo*”⁵

En la audiencia donde se finalmente se apartó la jueza, se fundamentó en que su participación en dicho documental cuestionaba su imparcialidad atenta a la incompatibilidad de sus funciones como juzgador y su intervención en un documental que tenía un guion a seguir y en el que –dato no menor- su condición de figura central podría condicionar su conducta como jueza⁶.

En estas condiciones, los otros dos jueces del TOC 3 aceptaron la recusación de la jueza Makintosh solicitada por las partes y declararon la nulidad de todo lo actuado desde el 3 de marzo de 2025 (día en que la jueza ocupó el lugar vacante del TOC 3 para quedar así finalmente conformado el Tribunal del juicio que comenzaría unos pocos días más tarde).

La causa enfrenta ahora los preparativos de la realización de un nuevo juicio con el sorteo de un nuevo Tribunal. Los alcances de la nulidad cubren además las audiencias de prueba (CPP 338) que deberán ser reeditadas, así como –obviamente- las cuestiones preliminares de recusación de los nuevos jueces, si las hubiera⁷.

4 Alliaud A., ‘Principio acusatorio. Estudio histórico comparado de su génesis y evolución’ en Hendler (comp.) *Las garantías penales y procesales*, Bs.As, Del Puerto, 2001, pág. 222. Cabe aclarar que nuestro CPPN también sigue esa mística ya que permite que el fiscal por ejemplo interponga recursos en favor del acusado.

5 Maier, J., *Derecho Procesal Penal*, T.I, Ed. del Puerto, 1986, ps. 739, 752 y sig.

6 Como parece confirmar la pretendida intención de la juez recusada de ocupar la presidencia del TOC para lograr así un mayor protagonismo durante el debate.

7 Cabe aclarar que no parecía posible la incorporación de un nuevo juez que ‘analice’ la prueba ya producida en las más de veinte audiencias sin violar el principio de inmediación: Para este nuevo juez todas esas pruebas se incorporarían por lectura. De cualquier manera, se debían reemplazar los tres jueces, pues los otros dos Integrantes del TOC 3 (en su conformación original) se excusaron de seguir entendiendo en el juicio, seguramente viendo la posibilidad cierta que ellos también sean recusados, atento a la poca claridad de todo el proceso y a la pasividad que mostraron frente a la conducta de la jueza Makintosh.

3. ¿ES POSIBLE UN NUEVO JUICIO SIN VIOLAR LA GARANTÍA DEL ‘NE BIS IN ÍDEM’?

En este punto, es interesante preguntarse si la realización de un nuevo juicio que reedite uno que fue anulado **por exclusiva responsabilidad del estado** no viola alguna garantía de los imputados, por ejemplo, la garantía de la doble persecución penal. Además, y en el mismo sentido, puede preguntarse si el Ministerio Público atiende al orden constitucional al solicitar la conformación de un nuevo Tribunal, que se reedite el ofrecimiento de prueba y se produzca la misma, violando, no solo la mencionada Garantía sino además el principio de ejemplo, la de los actos procesales.

Como veremos, parece claro que el estándar del ‘ne bis in ídem’ tal como lo entienden los Pactos de DDHH o, en otras palabras, la prohibición del doble juzgamiento, garantía que veda la doble persecución penal y que está expresamente reconocida en los art 8.4 (CADH) y art 14.7 (PIDCyP), se refiere a **sentencias firmes** (por lo que en el caso que estamos tratando de un nuevo juicio que reedite prueba en un debate ni siquiera llegó a sentencia parece claro que no habría violación a dicho principio). Veamos cada caso:

- a) En el Sistema Europeo de DDHH, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no contiene en su articulado básico **ninguna referencia** a la garantía del ne bis in ídem y la prohibición en cuestión fue expresamente recogida en el **Protocolo Adicional n.º 7, art. 4**, y esta norma, según el mismo Tribunal Europeo, debe ser también leída en el conjunto de las garantías del debido proceso. En el mencionado art. 4 concretamente se dispone el “Derecho a no ser juzgado o castigado dos veces”, que se expresa de la siguiente manera: *“Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiera sido ya absuelto o condenado por **sentencia firme** conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.”* La negrita es mía, y expresa que la prohibición rige para persecuciones penales luego que hubiera recaído sentencia firme en la cuestión. Si el acusador tiene legalmente. No solo eso, el Convenio Europeo también tiene excepciones: Así, en el mismo art. 4º dice *“...no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones nuevas, o cuando un*

vicio esencial en el procedimiento anterior pudiera afectar a la sentencia dictada...". Esto es, el Sistema Europeo de DDHH **permite –bajo ciertas condiciones, una nueva persecución penal, aun con sentencia firme**, en aras de preservar la legalidad⁸.

- b) En otros sistemas de DDHH diferentes al europeo, figura la prohibición a la doble persecución, aunque con diferentes matices: En la Convención Americana de DDHH (CADH) figura en el art. 8.4 una fórmula taxativa que no permite- en principio- excepciones: *“el inculpado absuelto por una **sentencia firme** no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”*. Si bien no se admiten excepciones (que fueron construidas jurisprudencialmente como veremos) al igual que el sistema europeo, la prohibición opera sobre **sentencias firmes**.
- c) En el sistema de la ONU de DDHH, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) aparece tratada la prohibición del nuevo juzgamiento en el art. 14.7 donde se dice: *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado **por un delito**9 por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una **sentencia firme** de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”* Como en los demás sistemas la prohibición rige contra sentencias firmes, pero más allá de ello, el Comité de Derechos Humanos de la ONU (órgano de aplicación del Pacto) ha sostenido que es aceptable “la reanudación de un proceso justificada por circunstancias excepcionales”.

Resumiendo, en los tres sistemas de DDHH existen varios puntos en común con respecto a la prohibición de la doble persecución: a) en todos se la menciona, a veces directamente o veces con Protocolos adicionales; b) en todos los casos se admiten excepciones, a veces normativamente, a veces con construcciones jurisprudenciales; c) en los tres casos, **la prohibición rige sobre sentencias firmes**.

Con esto queda claro, a mi entender, que un nuevo juicio en el caso ‘Maradona’ no violaría la garantía de la doble persecución penal, **pero no queda cerrada la discusión, pues**

⁸ Ottaviano S., “Las excepciones al ne bis in ídem en el Derecho Internacional”,

⁹ Observemos que el PIDCyP al referirse a la prohibición del doble juzgamiento en el art- 14.7, se refiere a ‘*mismo delito*’ mientras que, en la CADH, en el art. 8.4 se refiere a “*mismo hecho*”, lo que le otorga –en principio- un alcance más amplio. No obstante, ello, como veremos, La Corteldh entiende que los recursos en un mismo proceso no constituyen un doble juzgamiento...

algunos doctrinarios sostienen que en la Argentina hay un estándar ‘ampliado’ de dicha prohibición.

Por ejemplo, Julio Maier sostiene en su obra “Derecho Procesal Penal” que el ‘ne bis in ídem’ equivale a la prohibición del ‘*double jeopardy*’ norteamericano, que postula que la garantía no solo se viola con un nuevo juicio con la triple identidad¹⁰, sino con el *riesgo* que el imputado absuelto pueda ser condenado como resultado de una revisión de la sentencia.

En esta posición el Estado tiene solo UNA oportunidad para someter al imputado a una consecuencia jurídico- penal y carece de otra, porque esa nueva oportunidad implicaría una renovación de la persecución y un nuevo riesgo de condena. Los que sostienen esta teoría, objetan -por ejemplo- cualquier recurso de la parte acusadora contra una sentencia absolutoria, ya sea en primera o en segunda instancia. Obviamente, esta corriente no aceptaría un nuevo juicio en estas condiciones, en que el estado intentó juzgar y falló.

4. ¿SOSTIENE LA ARGENTINA UN CONCEPTO MÁS AMPLIO DE LA PROHIBICIÓN DE LA DOBLE PERSECUCIÓN PENAL QUE EL QUE SOSTIENEN LOS ORGANISMOS DE DDHH?

Como vimos, una corriente doctrinaria que sigue los postulados ya expuestos de Maier y Binder, sostiene que en Argentina se ha desarrollado jurisprudencialmente un “*estándar más protector de derechos que el que surgiría de una interpretación literal del texto del artículo 8.4 de la Convención sobre la non bis in ídem*”. **Identificaré esta posición en a lo largo de este artículo, como la prohibición ‘ampliada’ del ‘bis in ídem’.**

Los partidarios de esta corriente, citaron, para avalar su posición, los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Mattei” (Fallos 272: 188), “Alvarado” (Fallos 321:1173), disidencia de los jueces Petracchi y Bossert, “Polak”, Federico G, (Fallos 321:2826), “Sandoval” (Fallos 333:1687) (considerando 17 del voto del Juez Petracchi), “Kang” (K.75.XLII), entre otros fallos (314:377, 319:43; 320:374)¹¹.

¹⁰ ‘Eadem re, eadem persona, eadem causa petendi’...

¹¹ En el ya caso ‘Mohamed’, ventilado ante la Corteldh, los Representantes de Mohamed mencionaron estos fallos, pero, al ofrecer la prueba en el escrito de Ofrecimiento de Prueba, en el acápite titulado “3. Prueba documental”, los representantes no presentaron una lista de las sentencias internas que ofrecían como prueba,

En el caso **Mattei**¹² la CSJN prohibió un nuevo juicio de reenvío decidido por la Cámara de Apelaciones, invocando que no se habían violentado las formas esenciales del juicio como para justificar la excepción a la preclusión. En ese caso, la **Cámara de Apelaciones quería rehacer el juicio por deficiencias en la prueba recogida durante la instrucción**. Si bien menciona el derecho al juzgamiento en plazo razonable (y –como obiter- a la vigencia del plazo razonable del proceso y la prohibición del ‘ne bis in ídem’), **el fundamento de la decisión de la CSJN fue que no cabía allí la nulidad del debate como proponía la Cámara, pues esta lo había decidido por entender que había deficiencias probatorias en el sumario**¹³. La CSJN entendió que la acusación fue defectuosa. No se podía intentar acusar de nuevo. Se trataba de no violar la preclusión de actos procesales, no de una supuesta violación al ‘ne bis in ídem’ aunque después se lo interpretara (erróneamente) de tal manera.

En **Gamra de Naumow**¹⁴ citado comúnmente, no se habla de una prohibición ‘ampliada’ del ‘ne bis in ídem’. **Se habla de un ‘ne bis in ídem’ tradicional**, pues María Gamra había sido sometida a proceso por apropiación indebida (una forma de la estafa) y a otro proceso por el mismo hecho por estelionato (otra forma de la estafa), con sujetos pasivos diferentes. Es obvio que la sustanciación de dos procesos (uno por estafa y otro por estelionato) lesionaría la prohibición del ‘ne bis ídem’¹⁵, **lo que fue sostenido de hecho por el mismo Procurador General en su dictamen**. La CSJN adhirió sin más al dictamen del PG. ordenando se resuelva la litispendencia para hacer un solo juicio. Por lo tanto, no hay aquí, como se dice erróneamente, ejemplos de una prohibición ‘ampliada’ del ‘ne bis in ídem’. La CSJN -adhiriendo al dictamen del PG.- falló en contra de una prohibición del ‘ne bis in ídem’ como lo entiende la teoría tradicional. Lo que confundió a la doctrina es que la CSJN dijo que no podía someterse a Gamra a ‘un nuevo peligro de condena’ porque los dos juicios se estaban sustanciando en paralelo.

sino que de forma general indicaron “*se agrega, como prueba documental, en los Anexos 2 a 8 una enorme cantidad de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”. Sin embargo, al proceder la Corte a la revisión de los 2204 folios de sentencias internas aportados como Anexos 2 a 8 del escrito de solicitudes y argumentos, **no se encontró incluida ninguna de las sentencias de la Corte Suprema a que hicieron alusión los representantes al referirse al principio de ne bis in ídem**. En sus alegatos finales escritos, al presentar sus argumentos relativos al “alcance que debe acordarse a la garantía contra la doble persecución, los Representantes solo mencionaron el fallo “CSJN, K. 121. XLIV. Kang, Yoong Soo s/ rec. Extraordinario”

¹² CSJN, Fallos 272:188, “*Mattei Ángel s/Contrabando de importación en Abasto*”, 29 de noviembre de 1968

¹³ Recordemos que en esa época estaba vigente el Código de procedimientos en Materia Penal, de neto corte inquisitivo.

¹⁴ CSJN, Fallos 299:221, “*Gamra de Naumow s/Recurso de hecho*”, 29 de noviembre de 1977

¹⁵ La triple identidad del ‘ne bis in ídem’ no incluye a los sujetos pasivos...

En **Weissbrod**¹⁶, citado como ‘un retroceso’ por los partidarios de la doctrina de la ‘prohibición ampliada’ pasó lo siguiente: Weissbrod había resultado absuelto en el primer juicio en orden al delito de lesiones leves en forma reiterada. Apelada la absolución por el Fiscal, la Cámara aceptó los agravios de la acusación referentes a que no se había indagado (recordemos que la indagatoria en el Código ‘Levene’ la hace el juez, no el MP.) a Weissbrod sobre la totalidad de los hechos investigado. Por ello, la causa fue reenviada la causa a la etapa de instrucción. En esa instancia la defensa no presentó agravios. Posteriormente, se dictó una nueva sentencia, condenando al imputado, la que fuera confirmada parcialmente por los miembros de la Cámara, y contra ese pronunciamiento la defensa de Weissbrod interpuso recurso extraordinario.

La mayoría conformada con los votos de Caballero, Belluscio y Fayt rechazó el agravio referente al ‘ne bis in ídem’, toda vez que a su entender la sentencia de absolución, a causa del progreso de la nulidad –que consideraron bien declarada- carecía de efectos, por lo que no podía sostenerse que al haberse dictado una nueva haya dos fallos que juzguen el mismo hecho, pues hay sólo uno que puede considerarse válido. Además, consideraron que la defensa no había interpuesto oportunamente el REX cuando la causa fue reenviada a un nuevo sumario.

La disidencia en cambio, con los votos de Petracchi y Bacqué, (citada frecuentemente por los partidarios de la ‘prohibición ampliada’) consideró que la nulidad decretada no respondió a la inobservancia de las formas sustanciales del proceso, sino más bien, al incompleto interrogatorio, el que según los magistrados de la Cámara, no abarcó todas las circunstancias vinculadas al hecho incriminado, por lo que, retrotraer el procedimiento a la etapa del sumario, cuando la misma ya se encontraba en condiciones de ser definitivamente fallada, resulta violatorio de la garantía constitucional de defensa en juicio.

Observemos lo siguiente: La discrepancia entre la mayoría y la disidencia se basa fundamentalmente en diferentes posiciones sobre la procedencia de la nulidad que permitió retrotraer el juicio a etapas pasadas. No se trata –pues- de una discusión de ‘ne bis in ídem’, sino de ‘debido proceso’.

En el año 1998 en el fallo ‘**Alvarado**’¹⁷, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de

16 CSJN, Fallos 312:597, “Weissbrod, Pedro s/Recurso de hecho”, causa n° 6062”, de fecha 25 de abril de 1989.

17 CSJN, Fallos 321:1173, “Alvarado Julio s/av. Infracción art. ley 23771 (ANSES)”, 7 de mayo de 1998

Comodoro Rivadavia había declarado la nulidad de lo actuado en la causa a partir de la denuncia de la A.F.I.P. y, por tanto, absolvió al imputado en orden al delito de retención y omisión de aportes provisionales (art. de la antigua ley tributaria, n° 23.771)¹⁸. Recurrida la absolución por el MP., la CSJN entendió que los fundamentos para la anulación no eran una derivación razonada de los hechos de la causa y dispuso la realización de un nuevo juicio. Aquí la disidencia de Petracchi y Bossert se fundó en decir que se habían respetado las formas esenciales del juicio (acusación defensa prueba y sentencia). En sus palabras “...sólo mediante una declaración de nulidad fundada en la inobservancia de alguna de las formas esenciales del proceso es posible retrogradar el juicio sobre actos ya cumplidos, más sólo en la medida de la nulidad declarada. Por lo tanto, si –como ocurre en el sub examine- lo que se pretende invalidar es la sentencia en virtud de vicios intrínsecos de éstas, no es posible, en razón de ello, reanudar actos que, al dictarse la sentencia que se reputa inválida, ya habían sido adecuadamente cumplidos” (considerando n° 9) [...] una sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria. Una decisión diversa significaría otorgar al Estado una nueva chance para realizar su pretensión de condena, en franca violación al principio constitucional del non bis in ídem y a sus consecuencias, la progresividad y la preclusión de los actos del proceso” (considerando n° 13).

Nuevamente, como en ‘Weissbrod’, el problema de fondo no es el ‘en bis in ídem’ y su supuesta violación: En cada caso, lo que se discute es si una nulidad en un acto procesal puede ser corregida con un nuevo juicio. A pesar que todos los ejemplos que estamos analizando terminaron en sentencia, sin sentencia (como en el caso ‘Maradona’), la discusión es la misma. Exactamente lo que nos planteamos en este artículo. Y adelanto mi hipótesis que en todos estos casos un nuevo juicio fue posible cuando la nulidad que obliga al nuevo juicio fue provocada por el Estado en cuanto acusador, no al Estado en cuanto decadente.

Sigamos. En el mismo año 1998, la CSJN fallo en el caso ‘Polak’¹⁹. En esa ocasión, el

¹⁸ Lanzón R. “Los alcances de la regla constitucional del *ne bis in ídem*. Comentario al fallo *Kang, Yoong Soo s/Rec. Extraordinario*

TSJ de la Provincia de Río Negro anuló la sentencia absolutoria -y el debate precedente- realizado en el juicio correccional seguido a Federico Gabriel Polak. La jueza había dictado sentencia absolutoria respecto al delito de violación de los deberes de funcionario público. El fiscal interpuso recurso de casación y solicitó la nulidad del fallo y la incompetencia del juzgado correccional. El Superior Tribunal, a pesar de reconocer las contradicciones de la requisitoria fiscal y el desorden en la exposición de los hechos, hizo lugar a la pretensión del fiscal. Por ello anuló el debate y la sentencia, y remitió la causa a la Cámara Criminal (sostuvo de oficio la incompetencia del fuero Correccional) a los efectos de la celebración de un nuevo juicio oral cuyo objeto fuera también la investigación del delito de administración fraudulenta, delito por el cual el MP. no había acusado.

La CSJN, luego de aceptar el recurso extraordinario expuesto por la Defensa, dijo “...*Que, con arreglo a la narración de los hechos que dieron origen a la nulidad decretada, contenida en los considerandos 1° al 6° de la presente, cabe concluir en que tal sanción no ha tenido por causa un obrar del procesado, sino que ella se debe a la **contradictoria conducta asumida por el agente fiscal durante el pleito** y a la concepción restrictiva de las garantías constitucionales expuesta por el a quo para anular todo lo actuado...*” (considerando 14, la negrita es mía).

Este fallo, quizás por la confusa alusión de los votos de los Jueces a la doble persecución penal (que siempre lo hacen de manera lata y no en sentido estricto) fue visto como un ‘hito’ por los partidarios de la prohibición ampliada, **cuando lo que hizo la Corte aquí es simplemente rechazar una nulidad de sentencia por causas que no eran atribuibles al imputado sino al acusador, lo que dijo claramente.**

Veremos ahora el fallo “**Sandoval**”²⁰, expuesto también por la Defensa en la Corte Idh en “Mohamed”: En Sandoval, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro había resuelto anular parcialmente la sentencia y el correspondiente debate con relación a David Andrés Sandoval, quien había sido absuelto en orden al delito de homicidio agravado por

19 CSJN, Fallos 321:2826, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Federico Gabriel Polak en la causa Polak, Federico Gabriel s/ violación de los deberes de funcionario público s/ casación -causa N° 174 - 4/95-", 15 de octubre de 1998

20 CSJN, Fallos 333,1687 "Recurso de hecho deducido por la defensa de David Andrés Sandoval en la causa Sandoval, David Andrés s/homicidio agravado por ensañamiento -3 víctimas-, Sandoval, Javier Orlando s/encubrimiento, causa No 21.923/02", resuelta el 31 de agosto de 2010

ensañamiento –tres víctimas-; ordenando el reenvío de la causa al tribunal de origen para que, con distinta integración, dicte un nuevo pronunciamiento. El motivo del reenvío, que aceptó el recurso de la parte querellante, fue que en el debate se mostraron peritajes contradictorios²¹ que el Tribunal de primera instancia tomó como de consideraciones dudosas haciendo vales el principio ‘in dubio pro reo’. El TSJ entendía que el Tribunal de primera instancia debería haber realizado un análisis crítico de tales peritajes y haber llamado a un nuevo peritaje.

Mas allá que llama la atención el impulso oficioso del TSJ en un procedimiento acusatorio como el de la Provincia de Rio Negro, lo cierto es que, como consecuencia del reenvío, en el nuevo juicio Sandoval fue condenado como coautor del delito de homicidio calificado por alevosía reiterado –tres hechos-. Llegado el caso –en queja ante la CSJN, en voto mayoritario, integrado con los votos de los Dres. Lorenzetti, Fayt, Petracchi y Zaffaroni, termina resolviendo que la cuestión planteada con relación al ne bis in ídem era sustancialmente análoga a la examinada en el voto en disidencia de los jueces Petracchi y Bossert en el fallo “Alvarado” y el considerando 17 del voto del juez Petracchi en “Olmos”, por lo que se remitieron a lo allí expuesto, fallando en consecuencia, hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

Interesante, para la hipótesis que propongo en este artículo, es el voto del Dr. Zaffaroni, algunos de cuyos considerandos reproduzco: “...*ciertamente, de no haber mediado una hipótesis de marcada disparidad entre los peritajes efectuados sobre un punto tan trascendental para la solución del caso (la presencia del imputado en el lugar de los hechos en ocasión del triple crimen), no habría sido necesario reconocer de manera tan concluyente la necesidad de realización de uno nuevo, por cuanto la duda podría haber sido despejada a partir de un correcto e íntegro examen de las pruebas producidas durante el debate, lo que hubiera evitado que el fallo absolutorio mereciera la crítica basada en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias... Sin embargo, el tribunal a quo no parece haber reparado en que ni el acusador particular ni tampoco el público solicitaron al tribunal de juicio la realización del nuevo peritaje, cuando correspondía precisamente a ellos demostrar, [...] la culpabilidad del imputado unto a desentrañar resultaba de suma trascendencia para la solución del litigio...*”

²¹ Concretamente, las pericias de la Gendarmería señalaban que había huellas digitales de Sandoval en el lugar de los hechos mientras que las de la Policía Federal señalaban que no se podía afirmar que el hombre hubiera estado presente en la escena del crimen.

(considerandos 11,12 y 14, la negrita es mía)

En suma, Zaffaroni sostuvo que tanto el principio de progresividad como el de preclusión obstan a la posibilidad de retrogradación del proceso, y que estos principios son aplicables en la medida en que, además de haberse observado las formas esenciales del juicio, **la nulidad declarada no sea consecuencia de una conducta atribuible al procesado (y -yo agregaría- al acusador público)**

Y ahora el fallo “Kang”²². Este fallo tuvo un largo derrotero antes de su firmeza, y lo describiré brevemente: Un TOC de la Justicia Nacional (juzgando con el inquisitivo Código Levene) absolvió a Kang del delito de contrabando. El MP. y la querrela interpusieron recurso de Casación y la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal anuló la absolución y dispuso el reenvío de la causa a otro tribunal para la realización de un nuevo debate.

Al contrario de lo que ocurrió en “Mattei” o “Polak”, por ejemplo, donde la Defensa se agravio por el ‘ne bis in ídem’ recién al dictarse una segunda sentencia condenatoria, aquí la Defensa interpuso el Recurso Extraordinario ante la Corte contra la decisión de reenvío de la Sala III (el “primer Kang”). La CSJN dispuso que otra Sala debía tratar la cuestión vinculada a la supuesta violación al principio *non bis in ídem* derivado de esa decisión de reenvío. En consecuencia, la Sala I de la Cámara de Casación se expidió sobre el punto e hizo lugar a ese agravio de la defensa, lo cual motivó el recurso extraordinario federal del MP. ante esta instancia (el “segundo Kang”).

La jueza Argibay consideró que el recurso era inadmisibile (art. 280 CPCC).

El juez Maqueda rechazó el recurso por falta de fundamentación suficiente del remedio federal del fiscal.

La mayoría, (Lorenzetti, Fayt y Petracchi) votaron por la desestimación del recurso extraordinario del fiscal por falta de fundamentación suficiente y con remisión al precedente “Sandoval”.

²² CSJN, causa K.121, libro XLIV, “Kang, Yoong Soo”, del 27 de diciembre de 2011

Los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni, con remisión al dictamen del Procurador General Esteban Righi, sostuvieron que no había violación alguna a la citada garantía y se inclinaron por hacer lugar al recurso fiscal.

Demostraré ahora que este fallo es totalmente congruente con la hipótesis que propondré para explicar las posiciones encontradas en torno a este asunto y que el Recurso no fue rechazado por una violación al ‘ne bis in ídem’ sino por **violaciones al debido proceso**. Y por las mismas razones, dictaminó la disidencia (interpretando de manera diversa a la mayoría lo que había pasado en el primer juicio):

El fondo de la cuestión de la absolución de Kang fue, como se dijo en el “primer Kang”, las deficiencias probatorias que habían provocado su absolución. En ese sentido, es un hecho idéntico a lo tratado en “Polak” y Sandoval”²³. En resumen, si el acusador había acusado mal, no puede pedirse al imputado un segundo juicio dándole al acusador una oportunidad de “mejorar” su acusación. Eso es lo que entendió la mayoría. **Eso es debido proceso, no ‘bis in ídem’.**

Y la disidencia, conformada por Zaffaroni y Highton de Nolasco entendió que las deficiencias probatorias no fueron debidas a la acusación, pues la misma -en el confuso e inquisitivo proceso federal- había pedido ampliaciones de prueba que el juez no concedió. **Por ello, aceptó el reenvío dispuesto.**

Estas dos posiciones en el mismo proceso ilustran la hipótesis que propongo como explicación: La mayoría, entendió que el error fue debido a la acusación y el reenvío no era procedente, la minoría entendió que el error era del TOC y el reenvío era, pues, procedente.

Ninguno de los cinco jueces vio violaciones al ‘ne bis in ídem’ con el reenvío (minoría) o evita el mismo por esa causa (mayoría).

5. ¿QUE APRENDIMOS DE ESTOS FALLOS?

A poco que comencemos a revisar estos antecedentes, vemos que *en ninguno de estos fallos se estaba –realmente- discutiendo el ‘ne bis in ídem’ sino la forma y oportunidad que en un*

²³ Si bien los jueces de la mayoría se refirieron al considerando 17 de Petracchi en el fallo “Olmos” que no trataba este tema y en el que Fayt había votado en forma diferente a Petracchi, sin que explicara su cambio...

juicio se pueda dar por no cumplidas partes del mismo, en otras palabras, la forma y oportunidad en que es posible considerar la excepción que el proceso penal se conforma con etapas sucesivas, cada una de las cuales precluye para dar lugar a la siguiente.

Observaremos que en “Mattei”, “Gamra de Naumow”, “Weissbrod”, “Polak”, “Alvarado”, “Sandoval”, “Kang” las diferentes soluciones de dichos fallos **no muestran un andar errático de la CSJN, sino que son sistemáticas a poco que se la mire con la óptica que lo que el Tribunal Cimero definió en cada caso, no fueron excepciones o no a un non bis in ídem ampliado, sino excepciones al principio de progresividad y preclusión.**

Visto así, **todos estos fallos son armónicos**, pues promueven que los siguientes principios que se mantienen desde “Mattei”:

a) **La regla en el proceso penal es la progresividad, de la cual la preclusión de los actos procesales es una condición necesaria**²⁴;

b) **Pueden aceptarse nulidades de actos procesales que alteren la preclusión, pero estas –en principio- deben cumplir dos condiciones: b.1) deben tener entidad suficiente para poder sostener que se ha vulnerado las formas esenciales del proceso (descartando así meras observaciones de rigorismo formal); b.2) deben salvar la violación de garantías constitucionales**

c) **Las nulidades que cumplan las condiciones anteriores solo proceden si no han sido provocadas por el imputado (lo cual es obvio) ni por el acusador (el MP.).**

6. CONCLUSIÓN

El Estado –en cuanto a acusador (Ministerio Público)- no puede pretender ‘una segunda oportunidad’ si se equivoca en la acusación o esta resulta insuficiente (“Mattei”, “Polak”, “Sandoval”, “Kang”). El fundamento de ello es el ‘debido proceso’ al justiciable, nunca el ‘ne bis in ídem’.

Pero, si el error se produce por el Estado como decidente (Juez o Tribunal) (“Weissbrod”, “Alvarado”, “Kang (minoría) ese mismo ‘debido proceso’ le aplica al Estado como acusador y su pedido de nuevo juicio debe ser atendido. Baste recordar lo dicho la

²⁴ Aunque no suficiente, como vimos...

CSJN en Otto Wald²⁵ (1992), “... *Todo aquél a quien la ley le reconoce personería para actuar un juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal, consagrada por el art. 18 de la CN sea que actúe como acusador o acusado, demandante o demandado...*”²⁶.

Creo particularmente importante distinguir la diferencia entre el Estado como acusador y el Estado como decadente. Las voces que se alzan en doctrina penal en nuestro país, se han habituado a un sistema de procedimiento donde el Ministerio Público no juega un rol diferenciado del Juzgador. Esto se debe a la ‘inercia cultural’ del sistema procesal inquisitivo que rige en el sistema Federal (vigente aún hoy en día, y que está siendo reemplazado por un sistema acusatorio con lentitud exasperante).

Es decir, **aunque el Poder Judicial como decidente y el acusador Público pertenecen al Estado, no son lo mismo.** Un error del Estado en cuanto acusador no debe ser soportado por el imputado, pero un error del Estado en cuanto decidente (como ocurrió en el caso ‘Maradona’) tampoco debe ser soportado por el acusador ni por las querellas (que también están consideradas en el fallo ‘Otto Wald’ mencionado más arriba).

Por lo expuesto, sostengo que, en este caso, **el Ministerio Público Fiscal puede impulsar la realización de un nuevo juicio, pero no porque ceda la vigencia del ‘ne bis in ídem’ (que aquí no se aplica) sino por el derecho al debido proceso (“Otto Wald”) que tienen el acusador, las querellas y los mismo imputados, cuando – como en este caso- la nulidad que obliga a la realización de ese nuevo juicio no fue causada por ninguno de ellos.**

25 Fallos 268:266

26 Más tarde, en nuestra Provincia, la Sala III de Casación habría de expedirse en julio de 2009 en idénticos términos en las **causas 34650, 34658 y 34653**, “..... *la garantía de defensa en juicio establecida en el artículo 18 de la Constitución Nación ampara a toda persona a quien la ley reconoce legitimación para actuar en juicio en defensa de sus derechos, sea que asuma el carácter de actor, demandado, reconvincente, querellante, particular damnificado, acusado, o tercero con **interés suficiente**, pues no se justifica un tratamiento distinto a quien postula el reconocimiento de un derecho, así fuere el de obtener la imposición de una pena o el de quien se opone a ello..” (la negrita es mía)*