



XUMEK

*Asociación para la protección y promoción de los
Derechos Humanos*

AMICUS CURIAE

**CAUSA N° 23554/2002, "IÑIGO, DAVID GUSTAVO, ANDRADA, DOMINGO
PASCUAL Y OTROS S/ PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD Y
CORRUPCIÓN"**

EXCMA. CORTE SUPREMA
DE TUCUMÁN:

Lucas J. G. LECOUR, D.N.I. 28.137.330 e **Ignacio G. PEROTTI PINCIROLI**, D.N.I. 31.827.811, en nuestro carácter de Presidente y Secretario General de la **Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos XUMEK**, respectivamente, con personería Jurídica N° 1158/07 otorgada el 08 de junio de 2007 por la Dirección de Personas Jurídicas del Gobierno de la provincia de Mendoza, según las constancias estatutarias y assemblearias que en este acto acompañamos, con domicilio social en calle 25 de mayo 685, Godoy Cruz, Provincia de Mendoza, República Argentina, teléfono (0261) 458-2192, en la **causa N° 1837/11** en trámite ante este Tribunal Supremo, nos presentamos y venimos a decir:

I.- OBJETO:

La Asociación Civil Xumek viene a expresar opinión sobre algunos de los aspectos que serán aquí debatidos y decididos por este Excmo. Tribunal, esperando sea tomada en consideración por los señores Jueces y contribuya a la mejor resolución de la cuestión. En particular, intentaremos aportar algunas reflexiones en torno a la garantía constitucional de *non bis in idem*, principalmente sobre el camino que, entendemos, debe transitarse a los fines de evitar que por una eventual decisión en esta instancia se proceda a la vulneración de la misma.

II.- PERSONERIA:

La presentación es suscripta por los actuales Presidente de la Asociación, Lucas Lecour y Secretario General de XUMEK, Ignacio G. Perotti Pincirolí, circunstancias que surgen de los estatutos sociales y acta de asamblea cuyas copias aquí se acompañan a los efectos pertinentes.

III.- LEGITIMACIÓN DE ASOCIACIÓN XUMEK PARA EFECTUAR ESTA PRESENTACIÓN. ANTECEDENTES:

Es pertinente indicar que XUMEK es una entidad civil, sin fines de lucro, integrada por personas de diferentes ámbitos, entre los que se encuentran abogados, Lic. en Psicología, Lic. en Ciencias Políticas, trabajadores sociales y estudiantes universitarios de la provincia de Mendoza, cuyos principales objetivos son la promoción, el respeto y resguardo de los derechos humanos en general, en el ámbito de Argentina, en general, y de Mendoza, en particular. Asimismo, uno de los fines primordiales de nuestra asociación tiene que ver con la realización de tareas de tipo científicas, entre las que se destacan la publicación del Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Mendoza (publicado por primera vez en 2004), la realización de proyectos de investigación en Derecho y los procesos de formación y capacitación a distintos operadores del medio (jueces, fiscales, abogados, operadores del sistema judicial, estudiantes, Servicio Penitenciario, etc.)

En este sentido, cabe remitir a cuanto surge del estatuto social de Xumek, en concreto de su artículo 2, en el que se fija el objeto social, dentro del cual podemos destacar:

“3) Participar activamente en el ámbito provincial, nacional e internacional en la promoción y protección de los derechos humanos; (...) 9) Propender a la realización de actividades tendientes a fomentar estudios y trabajos de interés sobre temas relacionados con la problemática de los derechos humanos”.

Asimismo, en lo que hace a la actuación de la Asociación en el ámbito judicial, debemos señalar entre las más destacadas las siguientes tramitaciones:

- *Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: casos N° 1231/04 (Penitenciarías de la provincia de Mendoza), caso que*



XUMEK

*Asociación para la protección y promoción de los
Derechos Humanos*

logró dictado de medidas cautelares y provisionales por parte de la CIDH y de la Corte IDH respectivamente y finalizó con un acuerdo de solución amistosa con la República Argentina.; denuncias ante el SIDH sobre los denominados casos de “Gatillo Fácil”, entre los que se encuentran los casos “Morán-Frías-Sosa” y el caso “Oros”.

- *En el ámbito judicial local:* como antecedente inmediato de las tramitaciones judiciales de nuestra Asociación, cabe poner de resalto el Expediente P-8552/11, caratulado “Fiscal c/ Núñez Aciar Germán y otros”, iniciado en 2011 a raíz de una denuncia presentada por Xumek por torturas ocurridas dentro del Complejo Penitenciario “San Felipe”, ubicado en la localidad de Cacheuta, Luján de Cuyo, Mendoza. Allí, Xumek se constituyó en querellante y la causa se encuentra a la espera de juicio oral y público.

IV.- HECHOS:

De acuerdo con el auto de elevación a juicio, fechado el 30/6/05, *“el 3 de abril del 2002 a la mañana personas indeterminadas, en la intersección de calles San Martín y Paso de los Andes de esta ciudad, suben a María de los Ángeles Verón, en contra de su voluntad, a un automóvil Fiat Duna, presuntamente conducido por Víctor Ángel Rivero, trasladándola a casas de Barrio FEPUT y de calle Remedios de Escalada de Yerba Buena, donde Daniela Natalia Milhein, Alejandro José González, María Jesús Rivero y Víctor Ángel Rivero la mantienen privada de su libertad y la envían a la ciudad de La Rioja con fines de prostitución a los locales Candy, Candilejas y el Desafío. Donde Juan Humberto Derobertis, María Azucena Márquez, Lidia Irma Medina, José Fernando Gómez (“Chenga”), Mariana Natalia Bustos, Cintia Paola Gaitán, Carlos Alberto Luna, Domingo Pascual Andrada y Gonzalo José Gómez (“Chenguita”) la mantienen privada de su libertad y la obligan a ejercer la prostitución; sin que a la fecha, María de los Ángeles Verón sea habida’*

Casi siete años pasaron desde la fecha de elevación a juicio hasta que efectivamente el debate oral diera comienzo, lo que finalmente aconteció en el año 2012, y se prolongó durante once meses, habiéndose dictado sentencia definitiva en diciembre de ese mismo año. En dicho decisorio, la Sala 2ª de la Excma. Cámara en lo Penal de Tucumán se ha decidido por la absolución de la totalidad de los imputados en la presente causa.

Contra dicha sentencia, tanto el Ministerio Público Fiscal como la parte querellante, así como una de las defensas, han interpuesto

Recursos de Casación e Inconstitucionalidad a los fines de revocar dicha decisión jurisdiccional.

Asociación Xumek, en carácter de amigo del tribunal, pretende arrojar algo de claridad en relación a una institución tan antigua como difícil de desentrañar, y cuyos contenidos y alcances en ocasiones han sido confundidos, lo que ha generado su frecuente conculcación por parte de los Tribunales. Esta Asociación entiende que es posible la revocatoria de la resolución atacada sin que ello lesiones el *non bis in idem*, y a ello dirigiremos nuestras próximas líneas argumentales.

V.- FUNDAMENTOS:

a) Acerca de la garantía del *non bis in idem*:

No resulta necesario indagar acerca del contenido y presupuestos que caracterizan a la institución del *non bis in idem*, ya que dicha tarea, de indudable interés académico, excede a los asuntos que en el caso de marras deben ser decididos. A los fines que interesan, resulta suficiente con afirmar que, ante todo, el *non bis in idem* es una *garantía de la persona*, que pretende erigirse como una barrera que impida a los órganos estatales *sancionar* (vertiente material) o bien *enjuiciar* (vertiente procesal) dos veces a un mismo sujeto por un mismo hecho.

En nuestro país ha sido positivizada con la reforma constitucional de 1994 que, a través del art. 75 inc. 22° de la Carta Magna, ha incorporado a su derecho constitucional interno numerosos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que contienen a la garantía¹. También ha sido objeto de regulaciones expresas en otros tantos instrumentos regionales y universales de protección de derechos humanos², así como de numerosos pronunciamientos jurisdiccionales por parte de órganos internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante CDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

¹ Así, en el art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), se lee: "El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos"; y en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCyP), que dice: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito 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"

² Como el art. 4 del Protocolo 7 adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y arts. 54 y sgtes. de los Convenios de aplicación del acuerdo Schengen de la Unión Europea.



XUMEK

*Asociación para la protección y promoción de los
Derechos Humanos*

Formando parte entonces de nuestro derecho interno, es menester proceder con extremas precauciones ya que de lo contrario se corre el riesgo de someter a los imputados de autos a una doble persecución penal por unos mismos hechos. Ello no quiere decir que no pueda revocarse el decisorio atacado, lo que está permitido por la normativa vigente³, sino más bien que, en caso de que esa sea la decisión del Tribunal, se deben tener en cuenta ciertos parámetros para evitar incurrir en un *bis in idem* prohibido por ley. Hablamos principalmente de evitar la realización de un nuevo debate oral, lo que entendemos está vedado de acuerdo a la más reciente jurisprudencia de la CSJN. Hacia allí vamos ahora.

b) El Juicio de reenvío en la visión de la CSJN.

¿Podrán las víctimas y los imputados tolerar un nuevo debate oral?:

En Argentina, el tópico que viene ocupando el debate referido al *non bis in idem*, desde hace más de 30 años, es el vinculado a la presencia de la garantía ante sentencias absolutorias y la potestad (o no) del órgano de acusación de retrotraer la causa a estadios anteriores mediante la activación de mecanismos recursivos o anulatorios. Es lo que comúnmente se denomina *juicio de reenvío*, que tiene lugar cuando un Tribunal superior decide anular o casar una sentencia absolutoria de grado y ordena la reedición de un debate oral, poniendo nuevamente en riesgo de ser condenado al imputado. De ese modo se somete al sujeto procesado (inocente aún) a sufrir los padecimientos y la estigmatización que un nuevo debate oral implica para él.

Desde la perspectiva señalada, de acuerdo a los fallos de la CSJN, pareciera que el *non bis in idem* ha sido considerado en todo momento como una garantía con rango constitucional⁴: antes de la reforma constitucional de 1994, como un derecho no enumerado (art. 33 CNA); luego de ella, incorporada vía art. 75 inc. 22 CNA, que jerarquiza diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, que, como hemos dicho, sí la llevan expresamente incorporada. La doctrina coloca al fallo *Mattei*⁵, de noviembre de 1968,

³ Arts. 468, 469, 471 y sgtes. y concs. de la norma ritual tucumana.

⁴ Así, Hendler Edmundo, "Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem", citada, , p. 132.

⁵ CSJN, Fallos 272:188, *Mattei, Angel*, del 29 de noviembre de 1968. Es recurrente, en algunos precedentes jurisprudenciales, que se cite otro antiguo precedente, *in re Justiniano Pereyra*, como el primero que habla de *non bis in idem*, pero como bien indica Edmundo Hendler, en realidad en él nada de interés se dice de la garantía, sino que más bien es el Dictamen del Procurador el que hace dicha referencia. Dictamen que, dicho sea de paso, no es tenido en cuenta por el Tribunal. Puede verse la opinión del autor en su trabajo ya citado: "El "Ne Bis in idem" en la Jurisprudencia de la Corte Suprema (En busca de coherencia ¿Juzgamientos múltiples o sólo "uno"?)", en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=65.

como el primero en señalar al *non bis in idem* como integrante del acervo constitucional argentino.

Como se dijo, el primer antecedente en jurisprudencia lo constituye el caso *Mattei*. En él, como bien enseña el profesor Hendler⁶, estrictamente no se efectúa un tratamiento acerca de la garantía, sino que más bien parecería que se la incluye dentro del cúmulo de otras tantas garantías previstas a favor del acusado (*plazo razonable, principio de preclusión y progresividad, in dubio pro reo, non bis in idem*), que en caso de retrotraer la causa a estadios anteriores por nulidades que el acusado no ha generado, serían violentados por parte de los operadores judiciales.

Interesa distinguir tres ideas centrales del fallo. La primera es que el tribunal expresa una verdadera declaración de principios, incluyendo al *non bis in idem* dentro de las *garantías del debido proceso*⁷ del acusado. Esa primera idea enlaza con la segunda, muy importante, referida al fundamento que se le asigna a la garantía, esencialmente dirigida a salvaguardar la *dignidad de la persona* sometida a proceso penal⁸.

Luego tenemos la tercera idea, que viene dada por el hecho de que, una vez que se ha desarrollado un juicio oral válidamente, esto es, con adecuado cumplimiento de las etapas de acusación, defensa, prueba y sentencia, los principios de progresividad y preclusión hacen imposible que la causa se retrotraiga a instancias anteriores, *salvo nulidad por vicios esenciales*⁹.

La jurisprudencia de la CSJN permite, para el caso de que se constaten vicios esenciales de procedimiento, incluso la realización de un juicio de reenvío. La frecuente muletilla *vicios esenciales del procedimiento* adolece de una vaguedad que ha sido criticada, a nuestro juicio con acierto, por parte de la doctrina más calificada¹⁰.

Como más adelante argumentaremos, estamos frente a un caso particular, ya que no sólo la protección de la dignidad de los sujetos sometidos a proceso, sino también la dignidad de las propias víctimas de autos, así

⁶ Hendler, Edmundo, "El "ne bis in idem" en la jurisprudencia de la Corte Suprema (en busca de coherencia ¿Juzgamientos múltiples o sólo "uno"?), ya citado, http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=65.

⁷ CSJN, Considerando 11º, *Mattei*, citado.

⁸ CSJN, Considerando 10º, *Mattei*, citado.

⁹ CSJN, Considerando 15º, *Mattei*, citado.

¹⁰ Así, vgr., Pastor Daniel, "¿Nuevas tareas para el principio ne bis in idem?", en *La Cultura Penal, Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Anitua y Tedesco (Comp.), Ed. Del Puerto, año 2009, p. 505.



XUMEK

*Asociación para la protección y promoción de los
Derechos Humanos*

como de las numerosas jóvenes que han declarado como testigos en este largo proceso, y que revisten la calidad de *víctimas-testigos* de una sombría red de trata de personas, deben disuadir a V.E. de la inconveniencia de la realización de un nuevo debate oral, ya que ello implica un nuevo sometimiento y estigmatización para los sujetos indicados.

De tal manera, aún cuando se constaten vicios esenciales de procedimiento (que según la CSJN daría lugar a un nuevo debate oral), no debería someterse a un nuevo juicio a las partes, siendo lo aconsejable, desde el punto de vista procesal, que esta Corte Suprema revoque el decisorio y ordene que una Cámara del Crimen con nuevos jueces, dicte nueva sentencia conforme a derecho. De ese modo, asimismo, se podrá garantizar el doble conforme para las partes, para que un tribunal superior entienda y pueda revisar plenamente y conforme a los criterios del fallo "Casal" independientemente de cual fuere el resultado de la nueva sentencia y presuponiendo que la misma se pronuncie respetando tanto las reglas de la sana crítica racional en la merituación de la prueba como el derecho aplicable al caso. Pero volvamos a los pronunciamientos de la CSJN.

En tal sentido, otro antecedente que no puede dejar de mencionarse es *Ganra de Naumow*¹¹, del año 1977, en el que se hace lugar a un recurso extraordinario ante la Corte en un incidente de *litis pendencia*. Lo atractivo del decisorio constituye la expresa mención a la *vertiente procesal* de la garantía:

"Al vedar dicha garantía no sólo la nueva aplicación de una pena por el mismo hecho... sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo ha sido por el mismo hecho"¹²

Más adelante tenemos el caso *Weissbrod*¹³, en el cual, si bien se hace lugar al planteo del sujeto procesado, lo cierto es que ello fue así por motivos diferentes a la protección del *non bis in idem*, que no se consideró infringido. Se dice en el considerando 3° de tal fallo:

"Que en primer lugar, por la circunstancia de que se haya anulado la primer sentencia dictada en primera instancia, que había absuelto al

¹¹ CSJN, Fallos 299:221, *Ganra de Naumow*, del 29 de noviembre de 1977.

¹² Del dictamen del Procurador General que la Corte luego hace suyo, CSJN Fallos 299:221.

¹³ CSJN, Fallos 312:597, *Weissbrod*, del 25 de abril de 1989.

imputado, por la existencia de vicios esenciales en el procedimiento..., no puede entenderse que la causa fue juzgada dos veces, ni que se produjo la retrogradación del juicio... La nulidad declarada no implica violar dicho principio, ya que de ser así la nulidad —recurso contemplado en los Códigos Procesales— carecería de todo sentido en cuanto jamás se podría condenar al imputado sin que se lesionase el "non bis in idem", razonamiento que resulta inaceptable. Por el contrario, dado que la sentencia anulada carece de efectos, no puede decirse que al dictarse una nueva haya dos fallos que juzguen el mismo hecho, pues hay solo uno que puede considerarse válido.”¹⁴

No hay referencia a ninguna de las dos primeras ideas que sustentaron el asunto *Mattei* (*dignidad de la persona y garantía del debido proceso a su favor*), mientras que la tercera idea (*vicios esenciales en el procedimiento*), por la propia vaguedad ya indicada, es utilizada para rechazar que haya habido un supuesto de *bis in idem*. El nivel de salvaguarda de la garantía disminuye, al admitirse la posibilidad de anular sentencias absolutorias cuando se constaten vicios de tal entidad que afecten al procedimiento, sin importar quien los genera y sin que las primeras dos ideas funcionen como valladar a la potestad estatal. De este caso surge, asimismo, uno de los principales argumentos de quienes consideran que no hay vulneración de la garantía: el de que, por tratarse de una sentencia anulada, mal puede hablarse de *dos juzgamientos por el mismo hecho*.

Al respecto, Alejandro Carrió efectúa una certera crítica, diciendo que del lenguaje del fallo “... parece sugerir que la garantía del “non bis in idem” respondería tan solo a la necesidad de evitar ser condenado dos veces por el mismo hecho, lo cual no habrá de ocurrir si una primera sentencia es anulada, y hay sólo una segunda válida”¹⁵. Esto lleva al autor a concluir diciendo que la Corte se contradice con la decisión recaída en *Ganra de Naumow*, al desconocer en *Weissbrod* la manifestación procesal del *non bis in idem*.

Haciendo un salto en el tiempo y en la misma línea de *Weissbrod*, el antecedente que se debe mencionar es *Alvarado*¹⁶, y más

¹⁴ CSJN, Considerando 3º, *Weissbrod*.

¹⁵ Carrió, Alejandro, ob. cit., p.616.

¹⁶ CSJN, Fallos 321:1173, del 7 de mayo de 1998, *causa Alvarado, Julio s/Av. Infracción art. 3º ley 23.771 (ANSeS)*”.



XUMEK

*Asociación para la protección y promoción de los
Derechos Humanos*

concretamente el voto disidente de los jueces Petracchi y Bossert, ya que allí es donde se conecta con el *non bis in idem*, constituyendo al mismo tiempo un antecedente muy valioso para la doctrina posterior del supremo tribunal argentino. En este voto minoritario (en su considerando 10°), se lleva a cabo una remisión al párrafo citado *supra* de la sentencia *Ganra de Naumow*, el que es identificado ni más ni menos como el precedente que enlaza, en la jurisprudencia argentina, con la doctrina norteamericana del *double jeopardy*, emanada principalmente de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica. Dicho instituto procesal es desarrollado *in extenso*¹⁷ en tal voto.

Pocos meses después de *Alvarado*, se dicta sentencia en el asunto *Polak*¹⁸, en el cual la Corte entendió que la anulación de una absolución, basada en defectos originados en la etapa de la citación a juicio, no podía generar efectos adversos para el imputado. Aquí la CSJN inicia su razonamiento, en su considerando 11°, manifestando que el juicio de primera instancia se había desarrollado válidamente (de acuerdo a los parámetros fijados en *Mattei*), en lo que resulta un verdadero anticipo de lo que será su decisión. A renglón seguido se reiteran las otras ideas centrales fijadas en *Mattei*, y, como argumento agregado, se menciona la falta de provocación de la nulidad por parte del imputado¹⁹. Del mismo modo, se repite la consideración del *non bis in idem* como uno de los *pilares básicos* del ordenamiento penal²⁰. Con menciones expresas a sentencias de la Corte de Estados Unidos, la CSJN aporta valiosos argumentos para un correcto entendimiento del *non bis in idem*²¹.

Pasado otro intervalo importante en el tiempo, y con un Tribunal prácticamente renovado, fijamos la atención en el caso *Garrafa*²², en donde se hace lugar al Recurso de Queja planteado por un individuo que había sido absuelto y luego dicha sentencia liberatoria anulada, para ser posteriormente

¹⁷ Primordialmente los considerandos 11°, 12°, 13° y 15° de la disidencia citada de Alvarado.

¹⁸ CSJN, Fallos 321:2826, CSJN, "Recurso de hecho en Polak, Federico Gabriel s/ violación de los deberes de funcionario público s/ casación", del 15 de octubre de 1998.

¹⁹ Así, en el considerando 13° se lee: "Que tales principios, que, como ya se señaló, obstan a la posibilidad de retrogradación del proceso, 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..."

²⁰ Considerando 15° caso *Polak*.

²¹ Se puede leer en el Considerando 18°: "...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)". Luego en el Considerando siguiente continúa: "...dicha garantía tiene vigencia para el imputado a partir de que éste adquirió el derecho a que se lo declarase culpable o inocente del hecho por el que se lo acusó".

²² CSJN, Recurso de Hecho en autos *Garrafa, Carlos Francisco y otro s/ lesiones culposas*, del 31 de Octubre de 2006, causa N° 1622/92C, G. 911. XXXVI.

condenado. Si bien el recurso prospera por motivos diferentes a la prohibición de *non bis in idem*, el juez Petracchi remite a su voto anterior en *Alvarado*, así como el juez Maqueda desarrolla un voto en donde menciona lo que, para él, ha constituido una vulneración de la garantía estudiada.

Durante el año 2007 se dictan dos precedentes muy importantes, con un mes de diferencia entre ellos, inadmitiendo, el primero de ellos²³, un Recurso directo de Queja por considerar, la mayoría de los integrantes de la CSJN, que no se estaba ante una sentencia definitiva o resolución equiparable a tal. El segundo de los fallos²⁴, por su parte, posee la particularidad de que dos de los jueces que, en el Recurso mencionado más arriba, habían integrado la mayoría para inadmitir el mismo, pusieron su firma ahora en el sentido contrario, pasando a integrar una nueva mayoría junto con los jueces antes disidentes.

Para clarificar, el voto que a continuación se transcribe y que es disidencia en *Garófalo*, pasa a ser, con idéntica redacción, mayoría en *Kang*:

“Esta regla constitucional, no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho sino también, "la exposición al riesgo de que ello ocurra" (Fallos: 314:377, 319:43, 20:374, 321:1173, disidencia de los doctores Petracchi y Bossert, 321:2826, entre otros) por lo que la decisión recurrida resulta equiparable a definitiva, pues en ese aspecto la garantía en cuestión está destinada a gobernar decisiones previas al fallo final. En efecto, llegado el momento de la sentencia definitiva, aun siendo absolutoria, resultaría inoficioso examinar el agravio invocado por la defensa, pues para aquel entonces "el riesgo" de ser sometido un nuevo juicio ya se habrá concretado.”

El menú de sentencias se completa con los dos últimos decisorios jurisdiccionales de nuestro Supremo Tribunal, comenzando con el fallo *Sandoval*²⁵, de 2010, que sin dudas posee varias aristas dignas de ser analizadas. Se trata ante todo de un caso en donde se discutían graves hechos delictivos (triple homicidio con alevosía), en los que existían dos peritajes de organismos oficiales contradictorios entre sí, lo cual hizo que el Tribunal de Instancia

²³ CSJN, *Recurso de Hecho en autos Garófalo, Franco y otro s/ robo agravado por el uso de armas*, del 10 de abril de 2007, causa N° 5420, G. 1870. XLI.

²⁴ CSJN, *Recurso de Hecho en autos Kang Yong Soo s/ causa N° 5742*, del 15 de Mayo de 2007, K. 75. XLII.

²⁵ CSJN, *Recurso de hecho en Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado por ensañamiento*, del 31 de agosto de 2010, causa n° 21.923/02. S. 219. XLIV.



XUMEK

*Asociación para la protección y promoción de los
Derechos Humanos*

dictara la absolución del encausado por aplicación del *in dubio pro reo*, decisión que fue recurrida y anulada por el Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro.

Llegada la causa a la CSJN, se dictó un pronunciamiento que, en el voto de la mayoría, reenvía a los votos disidentes de los precedentes *Alvarado* y *Olmos*²⁶, y genéricamente a casos similares, haciendo lugar, en consecuencia, al recurso interpuesto por la defensa.

El Ministro Dr. Raúl E. Zaffaroni, emite un voto particular, pronunciándose, por un lado, en términos similares a los que venimos manteniendo, pero también aportando un enfoque más orientado a los vicios procedimentales vinculados con lo que, a su modo de ver, constituyó un quebrantamiento de las pautas que emanan del *modelo acusatorio* de procedimiento penal imperante en Argentina, que se materializa fundamentalmente en la etapa crítica del proceso.

Con cita a Ferrajoli²⁷, manifiesta que la visión que del juzgador subyace en el fallo del Tribunal Superior de Río Negro, obedece a un temperamento netamente inquisitivo, por oposición al modelo acusatorio elegido por el constituyente argentino, caracterizado "... por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa mediante la refutación de la acusación"²⁸.

Dice el Profesor Zaffaroni:

"Que, cuanto mucho, si el nuevo juicio se dispuso sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, debió entonces haber versado

²⁶ CSJN, Fallos 329:1447, O. 136. XXXVII., "*Olmos, José Horacio; De Guernica, Guillermo Augusto s/ estafa*", del 9 de mayo de 2006.

²⁷ Quien, acerca de la diferencia entre los modelos de enjuiciamiento acusatorio e inquisitivo, señala que "es útil para designar una doble alternativa: ante todo, la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial y, en consecuencia, entre dos figuras de juez; y, en segundo lugar, la que existe entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contrapuestos y, por tanto, entre dos tipos de juicio. Precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la larga carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral, público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa" (cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 564).

²⁸ Considerando 25° del voto del Juez Zaffaroni, *fallo Sandoval*.

exclusivamente sobre la prueba ya ofrecida y proveída, sin retrogradación del proceso a la etapa de citación a juicio la cual, por cierto, no había sido alcanzada por la aludida anulación”²⁹.

Aparentemente, el párrafo en cuestión deja abierta la puerta para que, en caso de que no se produzca un vicio (*esencial*) como el acontecido en la causa *Sandoval*, se admitiría la realización de un nuevo juicio luego de una absolución, dejando de lado en tales casos el *non bis in idem*.

Lo dicho nos permite entroncar con el precedente más reciente de la CSJN en la materia, *in re Kang*³⁰, la misma causa que había sido decidida en 2007 y a la que hemos hecho mención párrafos atrás. En esta segunda oportunidad llega a la Corte Nacional mediante un recurso extraordinario incoado por el representante del Ministerio Público Fiscal, luego de que, por vía casacional, se hiciera lugar a un planteo de la defensa basado en la garantía *non bis in idem*.

El entonces Procurador General ante la Corte Suprema de Justicia emitió un dictamen en el cual, teniendo en cuenta los antecedentes de hecho de la causa, planteaba la inexistencia de un *bis in idem*, ya que no se había constatado en el caso error alguno por parte del Ministerio Público Fiscal, sino que más bien había sido el propio Tribunal de juicio el órgano que habría incurrido en dicha falta procesal. De tal modo, a criterio del Procurador, no se daban los extremos exigidos en *Mattei* para considerar que se estuviese en presencia de un juicio válido, esto es, con sus cuatro etapas cumplidas (acusación, defensa, prueba y sentencia).

Es decir, descartada la presencia de vicios imputables al acusador público, y más allá de que tampoco se le pudiesen atribuir los mismos al sujeto imputado, se debe descartar la existencia de un “*error estatal*” que implique conculcación de la garantía *non bis in idem*. Entiende el Procurador que la circunstancia de no permitir que el Ministerio Público Fiscal ejerza las atribuciones que el ordenamiento procesal establece para la impugnación de decisiones que lo perjudican, sin declarar la inconstitucionalidad de tales normas procesales, transforma a los jueces en legisladores, trastocando su rol y el del propio acusador. Más aún teniendo en cuenta que se trataba de una decisión (la absolución), que no constituía sentencia firme. Desde su óptica, parecería que el *error estatal* es visto como sinónimo de *error del Fiscal*.

²⁹ Considerando 30° del voto del juez Zaffaroni, *fallo Sandoval*.

³⁰ CSJN, K. 121. XLIV., caso *Kang, Yoong Soo s/rec. extraordinario*, del 27 de diciembre de 2011



XUMEK

*Asociación para la protección y promoción de los
Derechos Humanos*

De tal modo, nada impedía que el Fiscal, a los efectos de sanear los vicios procesales, activara los mecanismos procesales previstos a su favor, para obtener la nulidad del debate y con ello la realización de uno nuevo.

La mayoría de los integrantes de la CSJN desechan la tesis propuesta por el Procurador, aunque con una escueta argumentación que, sustancialmente, remite al voto mayoritario recaído en *Sandoval* y a argumentos adicionales vinculados con el *plazo razonable*, garantía que, prevista a favor del procesado, obedece no obstante a razones bien diferentes a las que sustentan el *non bis in idem*.

Como no hay mayor argumentación en los últimos precedentes, parecería que la Corte argentina, en su constitución actual, aceptaría como excepción al *non bis in idem*, la que proviene de la existencia de *vicios esenciales del proceso*, no habiendo acuerdo, entre ellos, en la determinación de cuáles actos poseen tal característica.

Como hemos visto, es común encontrar menciones al instituto americano del *double jeopardy*, al que dedicaremos unas breves líneas. El asunto *Green v. United States* constituye el precedente señero en la jurisprudencia, y quizás el más citado, tanto en Norteamérica como en Argentina, configurando quizá su principal aporte el que vendría a ser, a nuestro criterio, el principal fundamento del *double jeopardy*:

“... that the State with all its resources and power, shall 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...”³¹

Es decir, que se parte de la presunción de que es el Estado el que, con toda su maquinaria y recursos, posee una relación de superioridad en relación al imputado. Esta presunción es real y no puede ser discutida en la generalidad de los casos. Ahora bien: ¿Se trata de una presunción que no debe admitir prueba en contrario?

³¹ Phillip E. Johnson, en *Cases and Materials on Criminal procedure*, American Casebook Series, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1988, p. 798.

La pregunta es pertinente ya que, si prestamos atención al presente caso, parecería que la situación de impunidad, en torno al delito de trata de personas, en la Provincia de Tucumán, vendría a constituir la regla, y que la presencia de esta oscura red de trata de personas que viene siendo objeto de discusión desde hace más de 10 años, incluye la connivencia de altas esferas del poder, político y económico, y en tal lógica, los siempre complejos entramados del poder podrían hacer presumir que tal desequilibrio de poderes no estaría del todo claro en el presente caso.

Y hablamos de manera potencial ya que es sabido que se ha iniciado un juicio político en contra de los jueces que decidieron la sentencia que ha sido objeto de impugnación, ante lo cual se desata una nube de incertidumbre en relación al resultado de dicho procedimiento: ¿Cuál será el escenario si dicho procedimiento constata irregularidades con culminen en la destitución de los magistrados? Y aún más: ¿Cuál será el escenario si se constata que dichas irregularidades han contado con la connivencia o participación de alguno de los sujetos imputados?

Se trata, por supuesto, de meras elucubraciones que no deben ser tenidas en cuenta a los fines que aquí deben tratarse, pero en todo caso sirven para poner sobre la mesa una cuestión que suele ser muy tenida en cuenta cuando se habla de la garantía del *non bis in idem*: una de las cuestiones que se busca es solventar y poner en igualdad de condiciones al imputado en relación a la acusación.

Dicha premisa se haría pedazos en caso de que se demuestre que el imputado ha sido protegido por el sistema judicial, y en tal caso el *non bis in idem* quedaría solo como una garantía nominal, desprovista de contenido alguno, y solo quedaría subsistente la figura de las víctimas de esta red de trata de personas que coincide con muchas de las testigos que debieron declarar en autos. En todo caso, no debe perderse de vista que las víctimas también han debido padecer las numerosas irregularidades reconocidas en la propia sentencia, las víctimas han sufrido una estigmatización al tener que concurrir a declarar y dar su verdad a lo largo de un desgastante proceso, cuya duración ha excedido largamente cualquier margen permitido en el estándar de los más altos tribunales internacionales.

Pueden aquí traerse, en ayuda de la argumentación precedente, los criterios que la Corte IDH ha desarrollado alrededor de la noción de *cosa juzgada fraudulenta*, en diversos pronunciamientos dictados por



XUMEK

*Asociación para la protección y promoción de los
Derechos Humanos*

dicho tribunal³². Si bien dicha noción debe ser tomada con sumo cuidado, por iguales consideraciones que la idea de *vicios esenciales del procedimiento*³³, su correcto entendimiento puede servir de ayuda al caso.

En tal sentido, estimo oportuno traer aquí las consideraciones emitidas, en su voto concurrente en el caso *La Cantuta*, por parte del Juez Sergio García Ramírez, quién a mi enfoca muy bien la cuestión, al afirmar:

“10. La sentencia es el resultado del proceso, es decir, constituye la desembocadura de una serie de actuaciones perfectamente reguladas y sujetas a un orden garantista que establece los presupuestos del proceso y las condiciones de validez de los actos centrales que integran éste, y en consecuencia acreditan la legitimidad del proceso mismo como sustento de la sentencia...”

11. No hay debido proceso --y por lo tanto no hay definición plausible de derechos y deberes-- cuando se ausentan las garantías judiciales previstas en el artículo 8 CADH. Y si no hay debido proceso, tampoco hay verdadera sentencia, ni cosa juzgada, ni espacio para la operación del principio *ne bis in idem*.”³⁴

El autor argentino Manuel Garrido razona de modo parecido a García Ramírez, cuando manifiesta que:

“Sólo excepcionalmente cabría apartarse de este principio (el de la cosa juzgada) y ello podría ocurrir en casos de corrupción judicial en

³² Que se ha ido desarrollando en numerosos pronunciamientos del Tribunal Interamericano, de los que puede citarse, entre otros: Corte IDH, Series C, N° 33, *Caso Loayza Tamayo v. Perú*, Sentencia de fondo del 17 de setiembre de 1997; Corte IDH, serie C, N° 117; asunto *Carpio Nicolle y ots. v. Guatemala*, sentencia de fondo del 22 de noviembre de 2004, Corte IDH, serie C, N° 154, asunto *Almonacid Arellano v. Chile*, sentencia de fondo del 26 de setiembre de 2006; Corte IDH, Series C, N° 162, asunto *Escher y Otros v. Brasil*, sentencia de fondo del 6 de julio de 2009.

³³ Ambas nociones comparte la características de su vaguedad, que encierra un peligro evidente si no se toman los recaudos del caso al aplicarlas. En este sentido, el iusfilósofo español Manuel Atienza enseña: “... *El lenguaje del Derecho y el de la Ciencia del Derecho es un lenguaje natural tecnificado en el que existen amplios márgenes para la vaguedad, aunque siempre cabe hacer algo para reducirla a límites tolerables: además de ser conscientes del problema, las definiciones de los términos y de los conceptos están en general encaminadas a eliminar en lo posible las imprecisiones. A este respecto, merece la pena reparar en que las definiciones son convencionales..., pero no deben ser arbitrarias. En principio, los legisladores o los juristas teóricos pueden asignar a las palabras el significado que juzguen oportuno, pero de manera que las definiciones resulten útiles, fecundas*” (Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 6° edición, 2010, p. 56)

³⁴ Corte IDH, voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrafos 10 y 11, asunto *La Cantuta v. Perú*, series C, N° 162, con sentencia de fondo el 29 de noviembre de 2006. También se completa el razonamiento con los párrafos 9, 12 y 13, a los que se remite en honor a la brevedad.

los que el beneficiario o beneficiaria de la decisión cuestionada se halle involucrado o involucrada –y siempre y cuando no haya precedido a aquella decisión un proceso auténtico y serio -.

Semejante conclusión debe extenderse a aquellos procesos sobre violaciones a los derechos humanos que evidencien falta de seriedad o connivencia con los imputados o imputadas, o bien se inscriban en un contexto político orientado a la impunidad o bien de falta de independencia o imparcialidad judicial”³⁵

Las citas referidas pueden son claramente demostrativas de los graves vicios que deben afectar a un acto jurisdiccional como para considerarlo inválido, pero en todo caso, aún en tales supuestos, y retomando la pregunta que daba título a este acápite, la *dignidad* de las víctimas y de los imputados (en caso de que no se demuestre la veracidad de las denuncias que sobre ellos pesan) hacen que no sea aconsejable que se lleve a cabo un nuevo debate oral, ya que ello implicará una clara revictimización para quienes han declarado en calidad de *testigos-víctimas*, como una conculcación del *non bis in idem* para los imputados.

c) ¿Es posible condenar, sin juicio de reenvío, y sin que ello afecte el *principio de inmediación*?

Brevemente debemos responder por la afirmativa a la pregunta planteada. En tal sentido, es la misma CSJN la que nos da una clara respuesta, en uno de sus precedentes más importantes de los últimos tiempos, *in re* “Casal”³⁶, del que estimamos oportuno extraer algunas de las consideraciones vertidas por el entonces Procurador de la Corte, que luego el tribunal hace suyas. Comienza el análisis con los alcances que, a juicio del Procurador, debe tener la revisión consagrada en la norma ritual nacional (aplicables *in totum* al Código de Procedimientos de Tucumán):

“22) Que la “inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad” abarca la inobservancia de las normas que rigen respecto de las sentencias. El art. 404 establece que es nula la sentencia a la que

³⁵ Garrido, Manuel, “La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada”, en *Revista electrónica Pensamiento Penal*, Argentina, publicado el 13 de junio de 2006, p. 5. El link del artículo es el siguiente: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/aplicacion-ambito-interno-republica-argentina-decisiones-organos-interamericanos>.

³⁶ CSJN, caso Núm. 1681, “Casal, Matías Eugenio p/Recurso de hecho”, del 20/9/05.



XUMEK

*Asociación para la protección y promoción de los
Derechos Humanos*

*faltare o fuere contradictoria su fundamentación. El art. 398 establece que **las pruebas deben ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica. Una sentencia que no valorase las pruebas conforme a estas reglas o que las aplicase erróneamente carecería de fundamentación. Por ende, no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta...*** (lo resaltado nos corresponde).

Luego de afirmar qué es lo revisable, el dictamen analiza entonces qué es lo que sería no revisable en esta visión amplia de la Casación:

*“24) Que formulada esta teoría, se impone preguntar qué es lo no revisable. Conforme a lo expuesto, **lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación [...]** Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto **exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral.** Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso...”* (el resaltado nos corresponde)

Finalmente, y en lo que entendemos medular en relación al caso de marras, el Procurador de la Corte hace mención a la aparente incompatibilidad entre los principio de inmediación y de revisión (amplia) de la sentencia que se termina consagrando en “Casal”:

*“25) Que se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, **no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc. En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación...”***

De lo expuesto, cabe colegir, a modo de conclusión, que el Tribunal de Casación tiene habilitada la jurisdicción para revisar de la manera más amplia posible, tanto los hechos como el derecho aplicable, lo que incluye los criterios aplicados por el Tribunal sentenciante al absolver, así como la merituación de toda la prueba (con las limitaciones impuestas por la inmediación y en los estrictos límites que la CSJN ha enseñado en “Casal”) producida en el debate oral, así como si hubo o no una correcta aplicación de las reglas de la sana crítica racional y, principalmente, si ha habido una adecuada argumentación entre las premisas de las que se parte y las conclusiones a las que se arriba, controlando en tal sentido las inferencias lógicas a las que el tribunal de juicio echó mano. Finalmente, nada impide que se controlen la totalidad de los aspectos que vienen contenidos en una adecuada argumentación y que exceden al mero silogismo judicial³⁷

³⁷ En tal sentido, es dable traer también aquí a colación los valiosos aportes que en tal sentido aporta Atienza, en la obra citada, pp. 258-259, en relación a los diversos aspectos y concepciones de lo que constituye una adecuada argumentación y que exceden al silogismo lógico, involucrando cuestiones formales, materiales y pragmáticas.



XUMEK

*Asociación para la protección y promoción de los
Derechos Humanos*

d) Conclusiones:

Por todo lo expuesto, entendemos que existen argumentos de peso para que este Excmo. Tribunal, al resolver, y si decide hacer lugar a las casaciones interpuestas, proceda a enumerar las irregularidades que estime y ordene, en consecuencia, que un nuevo tribunal dicte directamente sentencia en el caso de marras, sin que sea necesario la reedición de un nuevo debate oral, por las consideraciones expuestas.

El respeto de las barreras impuestas en Casal van a permitir que este Excmo. Tribunal pueda resolver, con amplitud y sin violentar el principio *non bis in idem*, la presente causa sometida a su decisión. La dignidad de las víctimas impide que sean sometidas nuevamente a interrogatorios que las ponen en evidente situación de indefensión y de vulnerabilidad.

Es que no puede negarse que, en el terreno de la realidad, en el presente caso han sido las víctimas quienes han visto vulnerados sus derechos humanos de la manera más intensa posible, aún de manera más intensa que los imputados, y eso no puede ser dejado de lado por V.E. al decidir la presente vía recursiva.

VI. PETITORIO

Por las razones enunciadas, solicitamos que se tenga a la Asociación para la Promoción y Protección de Derechos Humanos, XUMEK, presentada como “amigo del tribunal”, como así también que los argumentos aportados sean utilizados para la resolución del caso.

Ignacio G. Perotti Pincioli
Secretario
DNI 31.827.811

Lucas J. G. Lecour
Presidente
DNI 28.137.330