En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los 9 días de septiembre de dos mil trece, se reúne el Tribunal integrado por la **Dra**. **C. E.**, en su carácter de Presidente y los jueces de Cámara, **Dra. Nelly GARCÍA y Dr. Omar Florencio MINATTA**, a los efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del C.P.P. en el marco de la causa "L., E. A. s/ homicidio r/v S. A. H., en concurso real con lesiones gravísimas r/v S. F."(Carpeta Judicial N° 3397 Legajo fiscal N° 29.675 de Comodoro Rivadavia), en la que tuvieron debida participación por el Ministerio Público Fiscal el Dr. **Marcelo Crettón**, el Sr. Defensor Particular Dr. **G. I.** y el imputado **E. A. L.**.-

Y CONSIDERANDO

Que el día 26 de agosto del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del C.P.P., la que fue presidida por la Dra. C. E., en la que el Dr. G. I., en su calidad de defensor de E. A. L., ratificó los fundamentos de la impugnación ordinaria sostenidos en su expresión de agravios (fs. 259/ 287 de la carpeta judicial) contra la sentencia de pena dictada por el tribunal oral colegiado de fecha 24 de mayo de 2013, integrado por D. A. A., J. R. y M. A. C., que le impuso una pena de once años de prisión efectiva, por haber resultado autor material y penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con lesiones graves agravadas por el uso de armas de fuego

(arts.45,55,79,90, 41 bis del C. Penal).

En su escrito de impugnación, el Defensor efectúo una reseña del caso y plantea como primer agravio, la nulidad del juicio, en virtud de que los jueces del mismo, han valorado la existencia del acuerdo de juicio abreviado preexistente al resolver la prisión preventiva, por lo que se puede presumir que lo tuvieron en cuenta al momento de resolver la cuestión de fondo, ya que las constancias de dicho acuerdo no fueron retiradas de la carpeta judicial, que cada jornada, el tribunal tenía la carpeta ubicada en los estrados y a la vista de todos, por lo que se contaminó con ese conocimiento, de que su defendido se había declarado culpable, y se apartó de las reglas de la sana crítica, se afectó el debido proceso y la imparcialidad, lo que motiva la invalidez de todo lo actuado y la reedición de un nuevo debate, en virtud de lo normado por los arts. 18 y 75 inc 22 de la Const. Nacional, art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantizan al imputado el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial.

En forma subsidiaria sostiene que los jueces valoraron erróneamente la prueba, el testigo F. dijo que vio a F. con el arma y a H. con un cuchillo, que L. desarma a F., que coincide con la declaración de su pupilo, que se opone a la versión de los tres testigos amigos de las víctimas. La veracidad de ambos se aprecia al comparar sus dichos con los elementos

secuestrados, una lata de cerveza, rastros papilares, dos proyectiles cuyo calibre debía determinarse, cuatro cartuchos calibre 38, uno calibre 22 y lo dicho por el Comisario A., que los cartuchos 38mm y 22 mm no fueron disparados y los dos plomos calibre 357 mágnum sí fueron disparados.

Sostuvo que, para que el tribunal se aparte de estos dichos, no es suficiente la trilogía de los otros testigos aludidos, se debe aplicar en tal caso las reglas del dubión acerca de quién colocó en el lugar del hecho, el arma en cuestión.

Por lo que la construcción de los hechos desde la prueba producida deviene arbitraria y sin sustento.

A su juicio se debe aplicar el art. 34 del C. Penal o bien en el peor de los casos el art. 35 del C. Penal y en ningún caso el art. 41 bis del C. Penal, existe la certeza que un grupo de seis personas que se dirigían hacia él, en una actitud pendenciera o de increpar, lo que no deja duda de la intimidación o violencia contra él ejercida, que motivara su defensa. En este estado de cosas, aun suponiendo que el arma la portaba su defendido resulta nítida que la agravante no se aplica puesto que las víctimas no han actuado con temor, todo lo contrario.

Por último solicita al tribunal que se aparte del mínimo legal, por aplicación del principio de culpabilidad, ajustando la pena conforme los principios de razonabilidad y proporcionalidad, proponiendo

que para el caso de mantenerse la calificación legal, la pena justa no debe superar los seis años de prisión.

Para finalizar solicita se revoque la sentencia con los alcances pedidos.

En la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del C.P.P. el Dr. G. I., ratificó el contenido de su escrito de impugnación y dijo que tenía un motivo nuevo para plantear, porque al día de la fecha, está agotado el plazo del art. 146 del C.P.P.-

Sostuvo, que el hecho ocurrió el 1 de agosto de 2010, y el 5 de agosto de 2010, se realizó la audiencia de apertura, y que a partir de esa fecha su defendido estuvo cuatro meses con prisión preventiva, que acordó con el Fiscal, ya sin la intervención de la querella, un juicio abreviado, que fue rechazado, planteó la revisión de la decisión en la impugnación ordinaria y posteriormente el extraordinario que fue rechazado, por lo que fue en queja al Superior Tribunal de Justicia.

Alega, que no se puede descontar el tiempo que la causa estuvo en el Superior, porque la queja no suspende y el Superior no se avocó a tratar el tema, el 14 de noviembre desestimó la protesta.

Dijo que el Superior requirió a la Oficina Judicial que envíe un informe o las actuaciones, y no sabe por qué motivos la Oficina remitió la causa, debió en todo caso enviar un informe y fijar la fecha de

debate.

Por lo que el plazo máximo de duración del proceso está cumplido y en consecuencia solicita el sobreseimiento y la inmediata libertad de su defendido.

Volviendo al planteo central, dijo que la existencia del acuerdo en la carpeta en violación al art.355 del C.P.P., no es una irregularidad que se soluciona sacando dicha carpeta, tenía exigencias para cada parte, que ellos desconocían que estaban los antecedentes, después del juicio de responsabilidad y a los cinco días, cuando se realiza la audiencia de cesura y pide el Fiscal la prisión preventiva, los jueces salen a deliberar y regresan en cinco minutos y el Presidente del debate Dr. C., dijo que había tenido presente que en el juicio abreviado, se le imponía una pena de 8 años de prisión y resolvió si estaba bien o no imponerle la prisión preventiva.

Sostuvo, que no lo leyeron en los cinco minutos cuando salieron a deliberar, presume que lo leyeron antes y esto se proyecta sobre lo que han resuelto, ante esta irregularidad, no fueron objetivos, debieron inhibirse y darle intervención a otros.

El Superior Tribunal de Justicia en el caso Pichiñán, en las mismas circunstancias, dispuso la nulidad y la remisión para que se haga un nuevo juicio.

En este proceso, su imparcialidad se vio afectada y se trata

de una garantía reconocida por el Convenio de Roma, las Reglas de Mallorca y los Pactos de Derechos Humanos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, reconoció los alcances de la garantía en el caso Llerena.

Finalmente sostuvo, que esto no debería haber pasado, y que cuando se interpreta lo obvio, pasan estas cosas, el Tribunal ha resuelto, como lo hizo contaminado por el abreviado.

Continuó en su alegato, afirmando que estaban dados los presupuestos para darle significación jurídica a la legítima defensa, necesidad de defenderse de una persona armada con arma blanca y un grupo de personas que iban detrás de él, estaba en juego no sólo el derecho a la vida, el derecho a transitar y otros derechos más, que sufren el ataque, para los objetivistas tiene que ponderar los males, para los subjetivistas, el mero ataque habilita el ataque sin controlar el resultado, ya que nadie está obligado a tolerar el injusto.

Solicita que se valore el temperamento tranquilo de L., según informe que exige el art. 206 del C.P.P., que se conecta con lo que dijo Davies, que es una persona del barrio que ha podido superarse a diferencia de otros, que se dedican al delito o hacer esquina.

No existió provocación de parte de L., en cuanto a la racionalidad del medio, utilizó la que estaba en el lugar, lo atacaban con cuchillo y con arma de fuego. Dijo que, estamos frente a un caso de legítima

defensa que elimina la punibilidad, no hay antijuricidad, o a lo sumo será el exceso del art. 35 del C. Penal, por el menor contenido del injusto. Advierte que el abreviado ha contaminado todo y solicitó que se modifique la calificación jurídica.

Continúo con el anteúltimo planteo, la aplicación del art. 41 bis no es automática, deben darse los requisitos de la intimidación previa por parte del usa el arma, él fue reclamado, fueron hacia él, con lo cual el agravante por el arma no debería haberse aplicado, así se resolvió en esta Jurisdicción, en el caso Soria, Jorge (4185) en el que participó.

El último planteo es el requerimiento de perforar los mínimos, hay antecedentes de Casación Penal, debieron considerar como tope la pena del acuerdo como si fuera un reenvío indirecto, ya que ellos trajeron la existencia del abreviado.

Para finalizar concretó sus planteos, primero vencimiento del plazo razonable, segundo nulidad, tercero reencuadre jurídico, por legítima defensa o exceso, cuarto perforación del mínimo.

En todos los casos, la inmediata libertad de su defendido.

Emplazado el Ministerio Público Fiscal, contestó la impugnación el Dr. Marcelo Fabián Cretton.

En cuanto a la nulidad propiciada, dijo que efectivamente cuando el Tribunal declaró la responsabilidad del imputado, el MPF solicitó

la prisión preventiva por el peligro de fuga y es verdad que el Tribunal mencionó, que el imputado se ha sometido al proceso en todas sus instancias, incluso en alguna instancia donde se cernía sobre él una la posibilidad del cumplimiento efectivo de una pena importante, cuando en su momento firmó un juicio abreviado y también se sujetó al proceso en esa instancia, pero lo hizo a favor del imputado con lo que da por tierra, que los jueces se hayan contaminado y esta circunstancia en nada condicionó a los jueces al resolver la cuestión de fondo. Respecto de la agravante del arma de fuego sostuvo que resulta claro que L. estaba armado con la clara intención de que si encontraba a F. y a H. la emplearía, esto sin dudas pone en cabeza del mismo cierta premeditación previa, de hecho apenas iniciada la discusión con F., extrajo el arma y disparó contra la humanidad de F. primero y de H. después, reconociendo incluso en su descargo que disparó hasta que se le acabaron las balas. En definitiva afirmó que los considerandos son fruto de la sana crítica racional y solicitó que se rechace el planteo de la defensa en todas sus partes.

En la audiencia el Dr. Cretton ratificó los fundamentos esgrimidos al contestar los agravios.

En cuanto al nuevo planteo del plazo razonable dijo que no está cumplido el plazo del Art 146 del C.P.P. ya que hay que descontarle el tiempo que demandó resolver el recurso extraordinario, lo interpuso el 5 septiembre de 2012, el 11 de septiembre la Cámara lo rechaza, el 2 de

octubre interpone la queja, toda la carpeta fue al Superior el 27 de noviembre de 2012, el Superior devuelve la carpeta el 1 de febrero del corriente y la Oficina fija fecha para el debate, se debe descontar todo ese tiempo, además hubo actos dilatorios por parte de la defensa, como los días que solicitó por presentar el recurso in pauperis.

Con relación a la mención del juicio abreviado aclaró que no fue en la cesura, sino el mismo día de la declaración de responsabilidad, cuando solicita la medida de coerción por peligro de fuga por expectativa de pena, ya había finalizado el debate, que se hizo con todas las garantías.

Dijo que como concluyeron los jueces quedó probada la teoría del caso de la fiscalía con los testimonios de B., C. y F. Que L. ya venía armado y dispuesto, dijo que tenía una remera, pero M. V. dijo que tenía una campera y en la campera guardaba el arma. Tampoco se dijo, ni en el abreviado que H. tenía un cuchillo, según E. O. G., no habían armas en el lugar, ni arma blanca ni de fuego. En cuanto a la nulidad planteada dijo que no se debe declarar la nulidad por la nulidad misma, hay que estar por la conservación de los actos, salvo que se pruebe un perjuicio real y concreto para la parte. Citó jurisprudencia. Sostuvo que ese conocimiento no ha afectado la valoración de los tres jueces, que fueron contestes y coherentes.

Advirtió que F., es un testigo de concepto, estaba en la audiencia preliminar sobre qué puntos versaría su declaración, de pronto

recordó circunstancias y declaró, pero su testimonio tiene varias fallas, como vio el contenido de la caja si estaba a siete metros, no recuerda la ropa, le parece que tenía una chomba, vio que le sacó el arma, pero no quién disparó.

Continuó su alegato, afirmando que no hubo legítima defensa ni exceso. Que no hay agresión ilegítima por parte de F. ni de H., conforme los testimonios de F., B. y C..

Todos dicen que se ponen a discutir, que H. venía más atrás a unos 4 o 5 metros, que L. saca el arma y dispara, que es la única persona armada y la emplea hasta que se le acabaron las balas, por lo que no habilita tampoco exceso. En cuanto a la aplicación del Art 41 bis. del C. Penal, dijo que la intimidación previa se da, al salir armado en un lugar, donde se conocían y salió para tomar venganza por el robo a su suegra. En este caso hubo premeditación previa, con clara intención de usarla cuando los encontrara. El caso no autoriza perforar el mínimo, por el daño causado, la edad de las víctimas, son dos hechos gravísmos.

Finalmente solicitó que se rechacen todos los planteos de la Defensa.

Dada la palabra al Dr. I. para efectuar la réplica, dijo que no es posible que el ejercicio de un derecho, como presentar un recurso in pauperis, sea valorado en contra de su defendido.

Que quedó probado que le fueron a agredir la casa, con los

testimonios de los policías M. y C., por lo que el grupo de las víctimas tenían la posibilidad de conseguir armas.

Aclaró que se leyó el informe de F. G. que entrevista a A., y éste le había dicho que H. tenía un cuchillo, que el Cabo Primero G., no vino al juicio, porque estaba en otra jurisdicción.

Que en agosto de 2010, no estaba la última reforma y la Defensa podía ofrecer prueba en la audiencia preliminar y así lo hizo, lo ofreció a F. como testigo.

Seguidamente la Sra. Presidente concedió la palabra al imputado E. A. L., quien dijo que nunca ha portado armas, que la tenía F., que estaban alcoholizados y drogados, ellos lo interceptaron, que vive a media cuadra y los otros a tres cuadras. Que en el hecho hubo más armas, que su casa fue tiroteada enseguida y los parientes de F. y H. alzaron todo, que él se hace cargo de F. nada más.

A continuación se le dio la palabra a M. L. V., esposa de S. A. H., dijo que tiene una hija de siete años, que le ha quedado un trauma por la muerte de su padre que no puede superar, que siempre pregunta por el juicio, que ella le dijo que estaban presos, pero que ahora no sabía que sucedería, que tenía que ir de nuevo al tribunal, solicitó que confirmen la sentencia, para que se termine esta pesadilla.

Corresponde entonces dar respuesta a las cuestiones que

fueron objeto del recurso, como lo ordena el art. 331 del C.P.P. y a esos fines el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver: 1) ¿Debe admitirse o rechazarse la impugnación interpuesta por la Defensa de E. A. L.? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329 C.P.P., se estableció el siguiente orden para la votación: García, E. y Minatta.-

La Dra. Nelly García dijo: A fin de tratar el primer agravio, el vencimiento del plazo razonable de duración del proceso, previsto en el art. 146 del C.P.P., le asiste razón al Fiscal, se debe sumar el tiempo que insumió el recurso extraordinario, desde que lo interpuso, el 5 de septiembre de 2012, le fue rechazado por la Cámara que realiza el control formal de la admisión, el 11 de septiembre de 2012, interpuso la queja el 2 de octubre de 2012, el 15 de octubre de 2012 el STJ requirió el envío de las actuaciones, el 14 de noviembre de 2012, desestimó la protesta y el 15 de febrero de 2013 se recibieron las actuaciones en la Oficina Judicial y se fijó el 8 de mayo de 2013, para realizar el juicio oral, por lo que al tiempo que insumió el proceso debe sumarse cinco meses y nueve días más.

El Superior Tribunal de Justicia ha interpretado con criterio amplio, lo que se debe entender por trámite de los recursos extraordinarios en varios precedentes, y así lo explicó el Dr. Panizzi en el caso “ARANDA, Celia s/ Dcia. Abuso Sexual – Autor Rosendo Cárdenas s/

Impugnación",(Expediente N° 21790 – Folio 155 – Tomo II - Año 20, sentencia N° 24-2013), el artículo 146 del digesto adjetivo local, en su parte pertinente, dispone que "todo procedimiento tendrá una duración máxima de tres (3) años improrrogables contados desde la apertura de la investigación... No se computará el tiempo necesario para resolver los recursos extraordinarios, local y federal...". Por razón de la letra de la ley, por un lado, la extensión del procedimiento se contabilizará a partir del decreto de apertura de la investigación y, por el otro, de ese cómputo, quedará exento el lapso que demande la tramitación y resolución de los remedios extraordinarios.

Por lo tanto, de acuerdo a la reiterada doctrina sentada por este Cuerpo, el tiempo en el cual el caso esté instalado ante estos estrados, debe sustraerse del cómputo a que se refiere el artículo 146 del Código Procesal Penal".

Por lo que este primer agravio debe ser rechazado, todavía no ha operado el plazo de tres años.

Pasando al tratamiento del segundo agravio la nulidad del debate, por violación a la garantía de la imparcialidad.

Advierto que, tal como lo refiere el Sr. Defensor el art 355 del C. Penal establece que en caso de que el acuerdo de juicio abreviado sea rechazado debe desaparecer de la carpeta todo vestigio del mismo. Además,

en el mismo sentido el art. 300 del C.P.P. al establecer la preparación del juicio, al final dice que en ningún caso el tribunal podrá tomar conocimiento previo de las actuaciones.

Son normas procesales objetivas que resguardan la garantía de la imparcialidad del tribunal y que hacen a la esencia del proceso acusatorio, que coloca en el centro al Juez, equidistante de las partes en conflicto.

En este caso considero que está fuera de discusión que los antecedentes del acuerdo de juicio abreviado quedaron en la carpeta judicial y que los jueces después de dar el veredicto de responsabilidad, al tener que resolver sobre la prisión preventiva lo mencionaron, tal como lo reconoce el Fiscal, valorándolo favorablemente, al decir que también en esa circunstancia había estado a proceso, compareciendo a todas las audiencias.

El Defensor sostiene que los jueces estuvieron influidos por el conocimiento de que L. había reconocido en ese momento, los hechos de la acusación fiscal, que por ello valoraron mal la prueba y en consecuencia construyeron erróneamente los hechos que tuvieron por probados.

En su libro "Juicio abreviado", Diego Del Corral dice que: "En resguardo de la garantía de la imparcialidad del juzgador, que hace a la más amplia del debido proceso, la mayoría de los códigos prescriben que en el juicio ordinario a llevarse a cabo deberá actuar un tribunal distinto al que

desestimó la aplicación del trámite simplificado aludido… El modo que por lo general se ha elegido, a los efectos de intentar evitar que dicho antecedente directamente incriminador –o al menos con improntas de tal carácter- surta algún efecto en el marco del futuro juicio y en la sentencia que se dicte, fue el de prohibir mediante la inclusión de reglas legales específicas y expresas, que la admisión y la confesión brindada dentro del acuerdo truncado pueda ser utilizada de modo alguno en contra de los intereses del acusado. Algunos códigos como el de Río Negro (art. 325 bis, inc 5° b in fine), a tales fines, establecen que el acuerdo no podrá arribar al estrado del nuevo tribunal, debiendo ser desglosado de las actuaciones que fueran a remitirse. De todos modos, impedir que el conocimiento de la existencia de un intento frustrado de juicio abreviado llegue hasta los integrantes del nuevo tribunal, o de aquél que esté a cargo del juzgado correccional, es difícil de concebir". (pág 283 obra citada).

En igual sentido, me animo a afirmar que en jurisdicciones chicas como las nuestras es fácil que los integrantes del colegio de jueces, por diversos canales de información tomen conocimiento de la existencia de un juicio abreviado rechazado.

El Código Procesal hace efectiva la garantía de la imparcialidad del Juez al establecer las causales de excusación y recusación, que permite apartar al juez sospechoso de parcialidad y en todos los códigos

procesales argentinos es causal objetiva de apartamiento haber intervenido en el mismo proceso, en el nuestro, conforme lo establecido por el art. 77 C.P.P., el Juez deberá apartarse del conocimiento de la causa, inc. 1. Si intervino en ella como acusador, defensor, representante, perito o consultor técnico, si denunció el hecho o lo conoció como testigo, etc.. En el inc 2. Si pronunció o contribuyó a pronunciar sentencia en la misma causa o dictó el auto de apertura del debate, no podrá intervenir en el procedimiento de reenvío, etc..-

Asimismo, creo oportuno aclarar, que la imparcialidad es un criterio de justicia que se basa en decisiones tomadas con objetividad. Esto quiere decir que la persona a cargo de juzgar o dirimir una cuestión debe mantener la imparcialidad y no dejarse influir por prejuicios o intereses, que lo lleven a tratar de beneficiar a una de las partes.

"El TEDH ha desarrollado, respecto al concepto de imparcialidad, un doble abordaje, adoptado posteriormente por el sistema regional americano: se trata de un test subjetivo y objetivo, que aplica tanto a jueces técnicos, como cuando se trata de los tribunales de jurados. Ambos casos parecen ser abarcados por el desarrollo doctrinario de nuestro país (que alcanza también al concepto de independencia) mencionado en los pactos. El TEDH ha sostenido, respecto del test subjetivo, que existe una presunción de que el juez es imparcial hasta que se demuestre lo contrario, mientras que en el caso del test objetivo, basta que haya habido una duda legítima. Es

evidente que los fallos analizados entran en la constelación de la imparcialidad objetiva, algo que el TEDH ha definido con la máxima: "No sólo debe hacerse justicia, sino también se debe mostrarlo".

También la CIDH ha adoptado este doble abordaje subjetivo y objetivo, ha manifestado que "lo decisivo no es el temor subjetivo de la persona interesada con respecto a la imparcialidad, que debe tener el tribunal, que se ocupa del juicio, sino el hecho de que en las circunstancias pueda sostenerse que sus temores se justifican objetivamente…" informe Comisión IDH 82/98, caso "Gustavo G. López c/ Venezuela.

En el caso Herrera Ulloa c/ Costa Rica, la CIDH se opuso a los argumentos de Costa Rica en el sentido de que la revisión del caso de Ulloa se había producido "sólo" para corregir errores in procedendo, y afirmó que los jueces intervinientes no se limitaron en su primer examen del caso a cuestiones puramente formales, sino que, al menos en parte, analizaron el fondo de los agravios planteados en el recurso de casación. Así para la CIDH, un tribunal que se puede ver obligado a admitir que se equivocó, no puede aparecer libre de sospecha (y pasar el test objetivo) pues no deja de tener un interés (o podría tenerlo): el de ocultar los posibles defectos o errores de la instrucción que él mismo realizó. En este punto y con relación a la importancia de que un tribunal, además de ser imparcial, ofrezca objetivamente tal imagen frente a la opinión pública en un estado

democrático, la Corte Interamericana, al remitir a la jurisprudencia del TEDH, hizo referencia a la estrecha relación que existe entre el concepto de imparcialidad, en su aspecto objetivo y el de independencia judicial (conf. Caso "Herrera Ulloa", párr. 170, nota 119, con remisión a los casos del TED "Pabla Ky vs. Finlandia", del 26/6/2004 y "Morris vs. Reino Unido" del 26/2/2002).

En los casos citados, fue la acumulación de roles investigativos con la posibilidad de influir sobre la sentencia de condena, el elemento que el Tribunal Europeo consideró necesario examinar críticamente a fin de constatar la posible violación al art. 6.1 CEDH yLF" (citas de la revista "El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos. Director Daniel Pastor ED. Ad-Hoc, pág.437/ 439).

En consecuencia este caso, si bien podría encajar en una causal objetiva de parcialidad, donde la mera sospecha ya es suficiente para apartar a los jueces, el conocer cierta información, no es lo mismo que tener una convicción sobre la culpabilidad del imputado. Por lo tanto no estamos ante un motivo absoluto de impugnación formal referido a la integración del tribunal, a la designación y/o capacidad de los jueces que lo integraron.

La Defensa alega, que por tener un preconcepto de autoría por los delitos imputados, los jueces valoraron mal la prueba, violando los

principios de la crítica racional y por ende construyeron erróneamente los hechos que tuvieron por probados.

Entiendo, que el razonamiento correcto, en este punto, es que si a raíz de esta contaminación, que se podría presumir, efectivamente fallaron mal y la sentencia es arbitraria, entonces la nulidad se justificaría por la arbitrariedad de la sentencia, conforme los casos previstos por el art. 372 del C.P.P.-

El Dr. I., cita en apoyo de sus argumentos el caso "Brusain, Alejandro s/violación de domicilio (Expte. 20.922-B 299-2007) del Superior Tribunal de Justicia, en el cual se declaró la nulidad del debate por arbitrariedad de la sentencia, por lo que resultaría aplicable a este caso, si existiera tal arbitrariedad.

También cita lo resuelto por el Superior Tribunal de Justicia en la causa "Pichiñán, Luis Oscar" (Expte. 21.064 F 28 T II letra P, año 2007), se trata de una cuestión análoga, en este caso había un preacuerdo de juicio abreviado y en la audiencia el imputado se arrepintió, el Juez dejó sin efecto la propuesta, abrió el debate y lo condenó, es el mismo juez que escuchó la confesión, que una vez concluido el juicio dictó sentencia.

Es similar a los casos de la Corte Interamericana, y le da a la garantía de la imparcialidad del juzgador el mismo alcance, es el mismo Juez del acuerdo que a continuación hizo el debate, insisto tener convicción

sobre algo, no es lo mismo que tener información.

La noción de convicción suele confundirse con la idea de creencia. Puede decirse que una convicción es una creencia de la que un sujeto considera que tiene evidencias suficientes para considerarla cierta. No importa si dichas evidencias son científicas, racionales o subjetivas: la persona cree que son suficientes para sostener su idea. La creencia, en cambio, es más bien una suposición o una cuestión de fe, ya que el individuo no puede justificar su veracidad.

A mi criterio hay que expedirse primero, si efectivamente hay arbitrariedad en la construcción de la sentencia, y sólo en ese caso se nulificaría el debate, por lo que la nulidad de la sentencia como cuestión previa, debe ser rechazada y así lo voto.

Pasando al segundo agravio, la arbitrariedad de la sentencia por la errónea valoración de la prueba, tendré en cuenta la declaración del imputado que comienza calificando negativamente a las víctimas, que andaban drogados, que viven robando en el barrio, que H. tenía un homicidio como antecedente, que los vecinos los sindicaban como los autores del robo a su suegra, acaecido la noche anterior, que fue a la Despensa de V., compró una cerveza que tomó en el lugar y se llevó otra, que compró pan y fue a comprar carne a un mercado cercano, que cuando volvía fue interceptado por F., que venía con dos personas más, que le quisieron

sacar la caja con la carne, que lo trataron de vigilante y buchón porque había denunciado a H., que lo querían limpiar, que F. sacó un fierro y él se lo quitó y gatilló en dirección a la humanidad de F., hasta que se le terminaron las balas, que atrás venía H. con un cuchillo en la mano, pero que a H. no le tiró, que sintió mucho miedo, que todo fue en cuestión de segundos, que tiró el arma en el lugar y salió corriendo, que no alcanzó a llegar a su casa que ya iban detrás suyo, que le apedrearon la casa, le tiraron tiros y le rompieron todo.

El testigo S. Leonardo F., dijo que estaba esperando el colectivo que vio pasar a L. que entró en el comercio de V. a comprar una cerveza, que salió y fue a lo de Marcusi y salió con una caja con carne, entró de nuevo a la despensa y compró otra cerveza y ahí se cruza con F., que a F. lo conoce del barrio, a los otros no, que más atrás venía H., con otro más, uno robusto grandote, ahí vio que F. sacó un arma de fuego y lo apunta, que L. desarmó a F., sacándole el arma de fuego, pero que no vio quién tiró, se armó un revuelo y vinieron los A., que se fue corriendo y tomó el colectivo en la Roca.-

De la versión del imputado surge que fue F. con otros dos, los que se le acercaron y no en forma amistosa, sino que recriminándole por la denuncia de un robo. Si efectivamente lo desarmó a F., podría haber explicado mejor como lo hizo y una vez que lo desarmó cesó el peligro para

su vida, por el alto poder letal de un arma de fuego, que le permitía tomar distancia de sus agresores, en clara ventaja con relación a H. si traía un cuchillo, pero así, estando desarmado F., a quemarropa le pegó tres tiros en zonas vitales del cuerpo, ya no hay legítima defensa, ni puede haber exceso de una defensa que nunca empezó.

Tampoco resulta lógico lo que hizo después, les tiró el arma, en el mismo lugar de la reyerta, sabiendo que por lo menos habían cuatro personas más del grupo, los dos que se acercaron con F. y H. que venía con otro más, cualquiera podría cargar el arma y repeler la agresión, si se había defendido saliendo intacto de la encrucijada, cómo es posible que deje tan débil la retaguardia, el sentido común impone otra forma de actuar.

Niega haber tirado a H., pero no sabe quién le tiró, su testigo tampoco lo vio, no da ninguna explicación, ensaya una débil duda, llegaron dos A. a separar, aparentemente amigos suyos y un tal Mansilla que se suicidó tiempo después.

Apoya su versión en el testimonio de F.. La Dra. A. efectúa una correcta valoración de la veracidad de este testigo, fue cuestionado por el fiscal ya que fue ofrecido como testigo de abono y resultó ser testigo presencial y el mejor testigo de la Defensa, si bien el tribunal consideró que fue un error por la confusión con el testigo Díaz. Hemos escuchado el audio de la audiencia preliminar y el Defensor fue interrogado

varias veces por la Dra. Suárez, para que aclare sobre qué puntos versaría su testimonio y dijo que era amigo de L., que se conocían de chicos, que hablaría sobre este conocimiento, igual que Díaz, quien además era testigo de parte de los hechos, porque estaba en la casa de L. cuando fueron a tirotearle la casa.

Además, si fue un error del acta de la audiencia preliminar, no se le podría pasar por alto, se hubiera quejado en el momento, ya que lo dejaban sin testigo, pero como los jueces del juicio, con un criterio demasiado amplio que excede las reglas del acusatorio le permitieron el interrogatorio, dio pie para que diga lo que dijo, pero evitando comprometerse demasiado. Sin entrar a valorar la pertinencia o no de su testimonio, porque correspondería al recurso del fiscal, por lo menos su credibilidad queda afectada, reforzada por sus incongruencias, como pudo ver que entró en el mercado de Marcusi, si desde el lugar donde estaba parado no se ve, cómo pudo ver el contenido de la caja si estaba a siete metros, como vio que lo desarmó y no que tiró, si fue la acción inmediata.

Se puede inferir fácilmente, a partir de su amistad con L. desde la niñez, que se entrevistó con él, que le contó su versión de lo sucedido, le dijo que lo ofrecería como testigo, y vino al debate a contar lo que el imputado le dijo.

La versión de L., tampoco está corroborada por las otras

pruebas que cita el Defensor, así el Comisario A., explicó las pericias efectuadas sobre los proyectiles secuestrados, pero no se levantaron en la calle donde ocurrió el hecho.

El oficial E. Ortiz G., hizo la inspección ocular, fue uno de los primeros en llegar al lugar, ya habían traslado a las víctimas al hospital en un vehículo particular y procedió al secuestro de una caja con comida, una lata, una botella de gaseosa y realizó el levantamiento de manchas hemáticas, y fue claro al responder preguntas, que en el lugar no habían armas de fuego ni blancas, ni vainas ni municiones.

El imputado dijo que ese día vestía pantalón de gimnasia y una chomba, sin campera, pero M. A. V., dueño de la despensa, que es un testigo ajeno a cualquier interés, afirmó que ese día L. tenía una campera, no recordando si la tenía abierta o cerrada.

Tampoco acreditó, para dar sustento a su temor, la extrema peligrosidad de los que resultaron sus víctimas, y menos aún que H., tenía el antecedente de un homicidio, que por ser circunstancias relevantes, para su versión, debió reforzar.

Al respecto el Oficial Diego M. que prestaba servicios en la Brigada de Investigaciones explicó que H. y F. eran conocidos en el ambiente policial ya que estaban vinculados a delitos contra la propiedad y recordó que F. estuvo detenido.

En igual sentido, el Oficial Pablo C., también fue preguntado sobre los antecedentes de las víctimas y dijo que conocía a H. por investigaciones judiciales en hechos de robo, pero que desconocía si fueron o no con armas de fuego.

Por último M. A. V., dueño del comercio en cuyo frente ocurrió el hecho, dijo que los conocía a todos por ser del barrio, que a F. y a H. los conocía de chicos, desde su participación en la unión vecinal, pero que desconoce si tenían causas o si estuvieron detenidos.

Por otro lado, si Héctor y S. A. eran testigos de la defensa, y si le interesaba el testimonio del policía F. G., tendría que haberse ocupado de hacerlos comparecer o solicitar que se los compulse, por lo que se infiere que desistió de los mismos como parte de su estrategia defensista.

Tiene más logicidad la versión de los tres testigos, B., C. y F., F. discutió con L., el arma la traía L., tiró dejando heridos a F. y a H. y huyó llevándosela, y por eso no la entregó en Comisaría cuando se presentó tres días después del hecho cuando se enteró que lo andaban buscando.

El testigo S. B. fue identificado y ubicado inmediatamente cuando llega la policía, si hubiera estado muy drogado o muy ebrio, el policía que lo entrevistó hubiera dejado constancia de estas circunstancias. Este testigo dijo que alrededor de las 13:30 salieron a comprar y que F. se cruza y discute con L., quien estaba solo en la esquina de Cayelli y Marinero López,

y que él venía con H. más atrás, que cuando se acercan L. extrajo un arma de fuego color negro y disparó contra F., que F. le dijo que no saque arma que nadie estaba armado y que cuando H. quiso interceder le disparó también a H., que ellos no tenían armas y que los A. estaban allí y que uno de ellos se metió en la discusión.

Aunque era amigo de las víctimas, dijo que fue F. el que se cruzó con L. y que H. se acercó e intentó interceder, circunstancias que podría haber callado o negado, además al describir el arma, describe un revólver, lo que coincide con el resultado de la inspección ocular, que no se encontraron vainas servidas, ya que el revólver no expide las vainas al exterior como la pistola.

Por lo que no advierto ninguna animosidad para perjudicar a L. o favorecer la situación de las víctimas.

Estos dichos coinciden con lo manifestado por Héctor Damián C., quien dijo que entre las 13 y 14 hs. iban a comer un asado y salieron a comprar, que se cruzaron con L. que llevaba una caja marrón, que L. y F. comenzaron a discutir por un robo, que la discusión subió de tono y comenzaron a empujarse, interviniendo en ese momento H., que L. sacó un arma de fuego y disparó a pocos metros primero a F. y después a H.. Que vio que L. estaba acompañado por los hermanos A. y que no sabe si su intervención fue para separarlos o no.

De sus dichos no se advierte que se trate de una declaración armada para favorecer la posición de las víctimas, no hubiera dicho que se empujaron, que H. intervino, que los A. se acercaron.

El testigo Juan Ignacio F., refirió todo lo que hicieron esa noche y quienes estaban en la casa del cuñado de H., también menciona que cerca del medio día salieron todos a comprar para hacer un asado. En cuanto al hecho en sí también dijo que S. F. se cruzó con E. L. y comenzaron a discutir, que él estaba a un costado con C., que S. H. y S. B. estaban más atrás, que si bien no vio cuando L. sacó el arma, si lo vio disparar a corta distancia contra F. primero y después contra H.. Que discutían acaloradamente y que él intentó calmar a S. H..

No cualquier versión del imputado es suficiente para generar la duda, debe ser una versión, posible, seria, convincente, de alguna manera probada, tal como lo dijo el Dr. Pflejer: “Creo que es un error pensar que la mera alegación de una circunstancia por el imputado habilita a creerle sin más, cuando un todo sólido lo desmiente. No se vulnera ningún derecho si se concibe una versión exculpatoria como un esfuerzo dirigido a construir una defensa material que al menos mitigara la responsabilidad.

Es más, es factible que la explicación que aparece mendaz se transforme en un indicio de mala justificación capaz de ser fuente de cargo”. (caso "CHÁVEZ, Héctor Fabián s/Homicidio Simple" (Expte.

20.802 - CH - 2007).

En cuanto al alcance del principio in dubio pro reo, sólo cuando no se arriba a la certeza, ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, se puede acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.

A mi criterio los magistrados valoraron correctamente la prueba y descartaron la versión del imputado por endeble, no se corresponde con las pruebas, ni con la lógica preponderante, tampoco surgen datos que permitan dudar de la veracidad de los otros testigos, no resultando suficiente para descartarlos, el hecho de ser amigos de las víctimas, no advierto error ni arbitrariedad, en la argumentación de cada uno de los jueces, por lo que este agravio debe ser rechazado.

Con relación a la crítica efectuada sobre la calificación legal dada por el tribunal, sosteniendo la Defensa que se daban los requisitos de la legítima defensa (art. 34 inc 6 del C. Penal) o en su defecto el exceso en la causal (art. 35 del C. Penal), por su claridad expositiva y la analogía de los

hechos, voy a citar al Dr. Jorge Pfleger, en el caso "Provincia del Chubut c/ ALMENDRA, Fabricio Oscar -imputado-Rodríguez, Víctor Hugo s/víctima" (Expte. 21.008 - Folio 18 - T° II - P – 2007 Sentencia N°41-2008 STJ), en el que refirió: ”Que sobre el tema he dicho, en numerosos precedentes de esta Sala, que la legítima defensa es esencialmente una permisión limitada, pues el Estado posee el ejercicio monopólico de la fuerza y sólo la delega en los particulares en las estrictas condiciones establecidas en la ley. No en vano los teóricos giran sus definiciones en torno a que ésta es: "...la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada..." (Soler) o "...la acción típica realizada por el autor con el fin de rechazar la agresión ilegítima contra sí o contra un tercero, cuando aquélla es el medio racionalmente adecuado para evitar la destrucción o menoscabo de los bienes jurídicos a los que ésta amenaza..." (Creus) o "...la legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla..." (Jiménez de Azúa)- ver la compilación en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial" (David Baigún -Eugenio Zaffaroni- Dirección Ed. Hammurabi T 1 pág. 714/ 715)”.-

Continúa el Dr. Pfleger: “Luego, el instituto del art. 35 del C. Penal, presupone la existencia de las mismas condiciones que demanda el

permiso pues, a mi juicio, para ocurrir exceso la acción debió comenzar justificadamente y concluir antijurídicamente”… “Tal como lo enseña el Dr. Zaffaroni, en su obra Derecho Penal Parte General, pág. 584, "la cuestión que plantea la legítima defensa no es, pues de tolerancia- frente a la agresión ilegítima, sino de racionalidad respecto de los límites de derecho, tal como deben plantearse en todos los ejercicios de derechos (omissis) Cuando la acción defensiva causa una lesión de una intensidad inusitada, cesa la legitimidad de la acción defensiva por su falta de racionalidad" y propone definir la racionalidad como la ausencia de una desproporción insólita y grosera entre el mal que se evita y el que se causa. Y en esa línea de análisis señala que la defensa deja de ser legítima cuando el empleo necesario para evitar el resultado tiene por efecto la producción de un resultado lesivo concreto que, por su inusitada y escandalosa desproporción respecto de la agresión, provoque más inseguridad jurídica que la agresión misma. Tales consideraciones, incluidas las citas doctrinarias elegidas, resultan alineadas con la solución que estimo correcta, y ello es así porque la mera alegación de una causa de justificación, en este caso la legítima defensa, no encuentra andamio que la sostenga en vista de las características de la lesión cuya producción ha sido establecida con certeza, no enmarcándose en el instituto cuya aplicación se propone o a un uso excesivo del permiso por él concedido”.

Por lo que, volviendo a nuestro caso, entiendo que es correcta la forma en que los jueces han descartado la causal de justificación y su exceso y que el encuadre jurídico que corresponde es homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con lesiones graves.

El Defensor, también esbozó en el debate un error de prohibición indirecto con relación a la causal de justificación, por error creyó actuar amparado por la legítima defensa.

Entiendo que también fue correctamente descartada, el Dr. C. dijo: "por lo demás mal puede entenderse en el caso, la creencia del imputado de encontrarse ante una necesidad de defenderse, frente a una discusión, que aún acalorada y a empujones, no lo habilitaba ex ante a suponer que F., H. y el grupo tuvieran intenciones de matarlo o lesionarlo, toda vez que la discusión en ambas teorías del caso, se ha centrado sobre el móvil de un robo. Aún suponiendo que el imputado se encontraba en ese estado, de las pruebas arrimadas al proceso y de sus propios dichos, no ha justificado el temor ni esa falsa suposición."

La Dra. A., dijo: "En otro orden, y en relación al planteo de legítima defensa putativa, considero que es incorrecto derivar de los elementos acreditados, la existencia de un error de prohibición indirecto, pues la creencia del imputado de encontrarse ante una necesidad de defenderse, frente a una discusión,… sus propios dichos no respaldan la existencia de un

temor que cimiente la falsa suposición. El mismo al declarar ha dicho "gatillé hasta que no quedaron más balas", siendo su declaración por demás elocuente sobre su conocimiento de la situación en la que se encontraba y de los testimonios ha surgido, que momentos previos al hecho B. explicó que le pidieron a L. que no sacara el arma porque nadie estaba armado".

Considero, que efectivamente cuando se alega un error, hay que plantear el estado subjetivo y la base fáctica que lo sustenta, para que se puedan valorar conforme las circunstancias, si era esencial o no, vencible o invencible. En este caso, no justifican ningún error, los propios dichos del imputado, que fue fácil desarmarlo a F. porque estaban repasados de droga y alcohol, que gatilló hasta que se le terminaron las balas, y tiró el arma en el mismo lugar y huyó di lo que dijo el imputado, estamos en el ámbito de la culpabilidad, que implica un reproche por lo que hizo y para que no le sea reprochable debe tratarse de circunstancias especialmente graves, por lo que decir que sintió temor, no es suficiente.

En cuanto a la aplicación del art. 41 bis del C. Penal, que establece una agravante genérica por el uso de arma de fuego.

El Dr. Alejandro Panizzi en la sentencia N° 78 año 2012, caso "HERNÁNDEZ, Elías s/ Homicidio R/ Víctima s/ Impugnación" (Expediente: N° 22675 – Folio 101 - Año 2012) dijo que: "En lo tocante a la agravante contenida en el artículo 41 bis del Código Penal, señalaré que esta

Sala tiene dicho que en los tipos penales (incluido el homicidio) cometidos con armas de fuego, la agravante genérica, es correcta y legítima.

En aras a la brevedad, me remito a los fundamentos brindados al fallar en la causa "DIAZ, Darío Alejandro s/ homicidio simple" (Expediente N° 20.083–D-2005). Allí me pronuncié –integrando la mayoría– a favor de la aplicación del artículo en cuestión cuando el autor comete el delito con un arma de fuego aumentando el poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas".

Considero que ésta es la interpretación del alcance de la norma que efectúa el máximo tribunal de la Provincia, que la acato sin reservas, aunque en dos oportunidades, una vez como tribunal de juicio y otra como Cámara Penal, me expedí en contra de la aplicación automática del art. 41 bis al homicidio como agravante genérica, dependiendo del caso concreto si corresponde agravar la pena o no, como no se trata de una inconstitucionalidad ya está cerrada la discusión.

Sin perjuicio de ello, voy a aclarar que cuando el art. 41 se refiere a delitos cometidos con violencia o intimidación contra las personas, se refiere a violencia física o violencia moral y el fundamento de la agravante se halla en el hecho de haberse valido su autor de un medio como el arma de fuego, con alto poder letal o lesivo, que lanza proyectiles a distancia con sólo presionar le gatillo con un dedo, lo cual priva a la víctima de la posibilidad de

defenderse a diferencia de otros medios que se utilizan cuerpo a cuerpo y además por las circunstancias del hecho, en la calle, al mediodía, día domingo pero con comercios abiertos con atención al público en las cercanías, se generó un peligro extra para terceros, que agrava el disvalor del injusto, haciendo su conducta más reprochable, por lo que igualmente llegaría al mismo resultado.

En cuanto a la posibilidad de perforar el mínimo legal, considero que no se han probado circunstancias extraordinarias de la capacidad del autor que disminuyan su culpabilidad, a un grado tal que dicho mínimo resulte desproporcionado e irracional.

A fin de regular los honorarios del Defensor Dr. G. I., en esta instancia tengo en cuenta el resultado obtenido, y entiendo razonable el 25% de lo que se regule en primera instancia, (art. 14 Ley XIII N°4).

La Dra. C. Paola ESTEFANIA, dijo:

I.-ANTECEDENTES DE LA IMPUGNACIÓN PLANTEADA.-

Conforme los antecedentes reseñados en el voto de la Sra. Magistrada que preside este acuerdo, Dra. Nelly García, se ha puesto a consideración y resolución de este Tribunal, la impugnación ordinaria interpuesta por el Sr. Defensor Particular del imputado E. A. L., Dr. G. I., ratificada en todos sus términos por éste al abrirse la audiencia respectiva en

esta instancia (art. 385 del C.P.P.), contra la sentencia de responsabilidad y penas dictada por el Tribunal de Juicio Colegiado de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, a Cargo de los Dres. D. A. A., J. R. y M. Ángel C., de fecha 24/05/13 (Prot.N° 5502/13), la que, declarara al imputado autor material y penalmente responsable de los delitos de Homicidio Agravado por el Uso de Arma de Fuego, en Concurso Real con Lesiones Graves Agravadas po4r el uso de arma de fuego (arts.79, 90, 41 bis, 45 y 55 del C. Penal), imponiéndole la pena de ONCE AÑOS de prisión, de cumplimiento efectivo, con accesorias legales y las costas del juicio (arts.12 y 29, inc. 3° C. Penal), por los hechos acaecidos el 1° de agosto de 2010, en aquella ciudad, y que damnificaran a S. H. y S. F., respectivamente.-

Pretendió el impugnante, en el marco del primer agravio propuesto, se nulifique la sentencia cuestionada, en razón de que los Magistrados que integraron el Tribunal de Juicio, al valorar la prueba, no lo pudieron hacer libremente debido a que estaban contaminados por el conocimiento de un acuerdo que formularan las partes en el marco de un fallido y pretérito juicio abreviado, en el cual éste se declarara autor responsable de los ilícitos imputados por la acusación, desde que las constancias de dicho acuerdo no fueran separadas de la Carpeta Judicial de esta causa, la cual se mantuvo en los estrados del Tribunal durante las jornadas que insumiera la tramitación del debate y que inclusive los Jueces

valoraron al momento de resolver la prisión preventiva requerida por el Fiscal, luego de haberse dictado el veredicto de responsabilidad.

Por tales circunstancias, entendió el recurrente que el se afectó el debido proceso y la imparcialidad del Tribunal, debiendo por ello nulificarse todo lo actuado y reenviarse la causa a la OFIJUCR para que se realice un nuevo debate sin tales vicios, tal como resulta de la aplicación de la normativa constitucional pertinente que garantizan al imputado su juzgamiento por un Tribunal imparcial (arts. 18 y 75 inc. 22 CN y 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP).- Citó precedentes de la Sala Penal de nuestros Máximo Tribunal Provincial que se habrían pronunciado en el sentido pretendido (casos "Brusain", C.20.922-B 299 – 2007, y "Pichiñán", C.21.064, F°28, T° II, Letra "P", año 2007).-

En segundo lugar, y en forma subsidiaria, fustigó el criterio y la forma en que los Jueces seleccionaran y valoraran la prueba producida en el debate, prefiriendo, -a su juicio arbitrariamente-, las aseveraciones que sobre la secuencia central del episodio investigado dieran algunos testigos cercanos a las víctimas por sobre las referencias de otros –en especial el aporte del testigo Fontañez- coincidentes con la versión aportada por el imputado –particularmente sobre las circunstancias por las que llegara el arma letal a las manos del imputado antes de dispararla, acaecidas luego de un pleito con las víctimas y sus amigos que no buscó ni generó, y por la

verificación de algunos elementos hallados en el lugar del hecho, luego de acaecido, conforme se certificara en autos-.

Insistió el impugnante, que tal preferencia sólo puede entenderse merced a una valoración arbitraria de la prueba realizada por el Tribunal "a quo", que resulta indicativa de la sospecha de parcialidad antes referida. Agregó a todo evento, y en esa línea que si bien en ningún caso el "…argumento de la existencia del acuerdo abreviado…puede servir de análisis,… si se emplea…" debió servir al menos "…para analizar la pretensión punitiva del MPF…" –allí propuesta-, "…sensiblemente menor a la impuesta; más aún, de toda las actividad procesal encaminada a debatir la homologación del acuerdo abreviado, surge la certeza que la víctima H. portaba un cuchillo (informe de G. de las entrevistas de Nacho y Cheko) empleado para argumentar en el sentido propuesto (conf. audios)…"(fs.306 cta. CJ cit.).- Hizo notar, sin embargo que a pesar que en "…el derrotero del juicio abreviado hubo consenso respecto de la existencia de un cuchillo en poder de H.…", ello no fue receptado en el pleno por el Tribunal "a quo", cuando debió haberlo hecho, "…teniendo en cuenta la valoración y el conocimiento que del mismo efectuaron…" (conf. fs.306 cta. CJ cit.).-

Y luego de repasar la forma en que los Jueces merituaran parte de la prueba rendida para responder a la acreditación de la materialidad ilícita y a la significación jurídica del accionar que atribuyeran a L.,

transcribiendo algunos párrafos de sus votos en los que fue marcando su discrepancia con el criterio concordante que siguieran los jueces al respecto, concluyó afirmando "…que la construcción de los hechos desde la prueba producida, deviene arbitrara y sin sustento…" pues se tomó partido por una versión –la del MPF- desechando las evidencias que avalaban la otra –del imputado, avalada por el testigo F. y otras evidencias-,discrepancias éstas que imponían la aplicación a favor del imputado del principio "in dubio pro reo", reiterando que ello ha obedecido a que los Jueces indudablemente "…han contaminado sus decisiones con el conocimiento del abreviado…", lo que "…por cierto ha condicionado la respuesta al segundo interrogante vinculado con la significación jurídica aplicable al caso…", juzgando que, entre otras cosas, fue determinante al respecto, la decisión sobre quien colocara el arma de fuego en el escenario de los hechos (fs.310 vta. CJ cit.).-

Agregó que justamente, respecto de la calificación legal asignada al hecho juzgado, el Tribunal mantuvo la propuesta por el MPF –con la agravante del art. 41 bis, tanto respecto del homicidio de H. como de las Lesiones Graves de F.-, cuando en el caso, y en función de los elementos que refiriera –en especial la actitud intimidatoria y pendenciera previa adoptada respecto al imputado por las víctimas y su grupo, que configurara una situación de necesidad de defensa de aquél-, se estaría frente a un supuesto de aplicación de la causal de justificación de Legítima Defensa (art.

34, inc. 6° C.Penal), o en el peor de los casos, frente a un supuesto de defensa excesiva (art. 35 C.Penal), no debiéndose aplicar en ningún caso la agravante del art. 41 bis del C.Penal, aún suponiendo que previo al hecho, el arma de fuego la portara su defendido.- Esto último, por aplicación al caso de la excepción prevista en el último párrafo de dicha norma, citando en su respaldo precedentes de esa Jurisdicción que se habrían expedido en tal sentido (casos: "Soria, Jorge s/Homicidio r.v." CJ 4181-LF 34511, y en especial "Cria. Secc. Sexta s/Homicidio r.v. Quiñimil, Rodolfo" LF 23743).-

Finalmente, el impugnante cuestionó el monto de pena impuesto a su pupilo, advirtiendo que en el caso la respuesta punitiva que juzgó justa y proporcional al accionar imputado, debe hallarse debajo del mínimo legal previsto, por aplicación de los principios "…de culpabilidad - razonabilidad de la pena conminada para el delito en abstracto- y de proporcionalidad, que indica que el Juez no puede desentenderse de la individualidad de la persona juzgada…" (fs.312 CJ cit.), citando jurisprudencia y doctrina atinentes a tal tesitura, así como normas directrices de los Tratados Internacionales de DDHH, hoy de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) que a juicio del impugnante resultarían aplicables, entendiendo en base a ello que en el caso y conforme "…las particularidades que emergen de la prueba producida…" y aún en el supuesto de que "…la calificación legal se mantenga, la pena dosificada no puede superar los seis

años de prisión…", difiriendo la mayor fundamentación de tal aserto al momento de explicitar y mejorar sus agravios en esta sede (art. 385 CPP).-

En dicha oportunidad, el impugnante explicitó una serie de argumentos intentando ratificar sus pretensiones y agravios, todo lo cual fuera correctamente receptado y transcripto en el voto de la Dra. García, y agregó un agravio, cual fue, solicitar el vencimiento del plazo razonable, fijado en el art. 146 del CPP, por entender que en el caso no debía descontarse el tiempo en que la causa fue al STJ, considerando, que la carpeta judicial fue enviada por decisión de la OFIJU y no por que el STJ la haya requerido y en segundo lugar, porque la queja no fue admitida por el Máximo Tribunal, concluyendo que la causa nunca se radicó en términos reales ante dicho Tribunal. A fin de no ser reiterativa, doy por reproducido aquí todo lo por ella indicado, que tendré en cuenta al analizar más abajo el pedido de sobreseimiento y demás agravios del recurrente.-

Igualmente consigno aquí que los agravios de la Defensa, fueron contestados por el Sr. Fiscal General Dr. Marcelo Fabián Crettón, primero en su escrito glosado a la CJ citada (fs.318/322), y luego en esta instancia. Los fundamentos y alcances de ambas réplicas del MPF fueron claramente expuestas en el voto precedente por la Dra. García, por lo que aquí las reproduzco en su totalidad "brevitatis causa".-

II.-TRATAMIENTO DE LOS AGRAVIOS

RESEÑADOS.-

II.1.- Abordando entonces el tratamiento del pedido de sobreseimiento del Señor Defensor, por considerar que el plazo previsto en el art. 146 del CPP, venció el 6 de agosto de 2013, es decir tres años después de la audiencia de control y apertura de la investigación, cuyo acta se encuentra agregada a fs. 2 de la Carpeta Judicial.

Con ese propósito señaló el recurrente que no se debía descontar el plazo en el que la Carpeta Judicial fue remitida a la Sala Penal, para el tratamiento de la queja interpuesta por la Defensa, ante el rechazo por inadmisible, de un recurso extraordinario, por parte de la Cámara en lo Penal.

Ello, porque a su criterio la carpeta fue remitida por comodidad de los funcionarios de la OFIJU, toda vez que la Sala en lo Penal sólo había requerido un informe y porque además el recurso no había sido admitido, de modo que nunca la causa se había radicado ante dicho Tribunal.

Al responder dicho agravio, sencillamente, me auto-limitaré a establecer dos cuestiones. En primer lugar, que el Defensor tergiversa los hechos objetivos adunados a la Carpeta Judicial, toda vez que el decreto firmado por el entonces Presidente de la Sala Penal el 15 de octubre de 2012, Dr. Javier Panizzi –que obra a fs. 210-, da cuenta, que contrariamente a lo por él sostenido, la Oficina Judicial Penal de Comodoro

Rivadavia, cumplió con lo solicitado. Nótese que a través de dicho decreto se requiere "… a la oficina Judicial de Comodoro Rivadavia la carpeta Judicial Nro. 3397, Legajo Fiscal Nro. 29.675… si su estado lo permite, o en su defecto, la remisión del informe que prevé el art. 388 del C.P.P. Ley XV Nro. 9".

La respuesta entonces, debe ceñirse a señalar como lo dije, que la Oficina Judicial Penal de Comodoro Rivadavia, cumplió con lo requerido por el Presidente de la Sala Penal, pues no había razón procesal alguna que impidiera su remisión o que habilitara el envío del informe, solicitado en forma subsidiaria.

Como segunda respuesta, considero que del hecho de que el recurso de queja haya sido rechazado por la Sala Penal del S.T.J., no se puede derivar lo pretendido por el Defensor, esto es que el tiempo que demandó el trámite no se compute. El código no hace sujeta el descuento de los plazos a los resultados de la actividad recursiva, simplemente establece que el tiempo que demande la tramitación de los recursos extraordinarios no deben ser computados.

De modo, que no hay razón alguna, para no descontar del plazo procesal el tiempo que insumió el trámite del recurso extraordinario interpuesto por la Defensa ante la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia el 5 de septiembre de 2012 (fs. 136/140) y del recurso de queja

presentado ante la Sala Penal el 2 de octubre de 2012, que motivó que el Máximo Tribunal requiriera las actuaciones el 15 de octubre de 2012, siendo recepcionadas nuevamente en la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia el 15 de febrero de 2013 (fs.219 vta).

No debe computarse dentro del plazo razonable, el tiempo transcurrido entre el 5 de septiembre de 2012 hasta el 15 de febrero de 2013, (5 meses y 9 días) tal como lo dispone el art. 146 del CPP, citado por el Defensor para fundar su planteo. Consecuentemente, no debe hacerse lugar al dictado del sobreseimiento requerido, en virtud que el vencimiento de dicho plazo opera el 15 de febrero de 2014 (contado a partir de la audiencia de apertura celebrada el 6 de agosto de 2010).

II.2.Pasando al planteo de nulidad del debate propuesto por la Defensa, trataré de confrontar los fundamentos sobre los que pivotea la pretensión nulificante de la Defensa, con los que dan soporte a la sentencia cuestionada, tarea en la que pondré particular atención en una de las contingencias procesales producidas en el debate, que fuera materia de preocupación central del impugnante, esto es, la incidencia producida luego que el "a quo" dictara el veredicto de responsabilidad penal de L., y en la que dictara, a instancias del MPF, la prisión preventiva del imputado (el 10/05/2013, conf. const. acta debate, fs. 240 vta. CJ cit), revisada y confirmada luego por dos Jueces Penales, según lo indicara el recurrente en

su escrito.

Como lo adelanté, el recurrente ha fundado su pretensión nulificante, básicamente en que la decisión condenatoria del Tribunal "a quo" está viciada de parcialidad, desde que el análisis que realizaran los integrantes del mismo de toda la prueba colectada, está, para el Defensor, indudablemente contaminada con el conocimiento previo que tenían los jueces acerca del reconocimiento que de su autoría y responsabilidad penal en el hecho juzgado realizara el imputado en el acuerdo que diera marco al frustrado juicio abreviado que referimos "supra". Tal conocimiento previo, lo infiere del tenor del acuerdo que le diera origen y que obviamente contiene aquél reconocimiento, al que tuvieran acceso indudable los jueces del juicio desde que las constancias del pretérito y frustrado juicio abreviado, habrían integrado el material obrante en la Carpeta Judicial de esta causa, la que estuviera en los estrados del Tribunal, a disposición de éste y "…a la vista de todos los presentes…" durante las jornadas que insumió el desarrollo de la audiencia de debate (conf. 305 vta. CJ cit.).

Asimismo, la certeza que aquél acuerdo no fuera retirado de la citada Carpeta Judicial y que por ello fuera conocido por los integrantes del Tribunal, la funda en que al momento de resolver la medida de coerción citada contra su pupilo, los integrantes del mismo "…han valorado la existencia del acuerdo de juicio abreviado preexistente…", al igual que lo

hicieran los dos Jueces Penales, Dres. Solís y Juárez al revisar y confirmar dicha medida, lo cual, según sus palabras, "…impone asumir como cierto que lo han tenido en cuenta al momento de resolver la cuestión de fondo ampliamente debatidas en el pleno…" (fs. 305 vta./306, CJ cit.).

Tal sospecha de parcialidad, a criterio del recurrente, es el fundamento de su derecho a requerir la nulidad del debate y propiciar el reenvío de la causa a la OFIJUCR para la realización de un nuevo juicio, siguiendo el criterio adoptado en los precedentes jurisprudenciales locales que como vimos más arriba, citara ("Brusain" y "Pichiñán").

Quiero dejar sentado, antes de entrar en el análisis concreto del agravio, que poco interesa en el caso, el momento en que el Defensor advirtió que el Tribunal conocía la existencia del acuerdo – que sabemos fue cuando los Jueces se refirieron al abreviado al resolver la prisión preventiva requerida por el Fiscal al conocer el veredicto de responsabilidad dictado por el Tribunal, una vez finalizada la primera parte del Debate-. Ello, porque si bien fue en ese momento en que los Jueces exhibieron tal conocimiento, no hay discusión que las resoluciones rechazando el juicio abreviado, dictadas por el Juez de la EPP, la Cámara en lo Penal y la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, se hallaban (y se hallan) agregadas a la Carpeta Judicial (fs. 74/219).-

Conociendo la práctica judicial, he de suponer que los

magistrados, en cumplimiento de su deber, al momento de aceptar la integración del Tribunal Colegiado, revisaron dicha carpeta judicial para verificar si se presentaba alguna/s de las causales que pudieran impedir su intervención como tal y en su caso, formular la inhibición. En esa tarea, seguramente han conocido los avatares procesales previos, relacionados con el acuerdo de juicio abreviado, que como dije no habían sido desglosados y que ocupaban gran parte del contenido total de la Carpeta en cuestión.

Dicho esto, corresponde hacer un análisis conglobado de las normas constitucionales y procesales que protegen la imparcialidad del Tribunal, para entonces, poder determinar si el conocimiento exhibido por el Tribunal de la existencia de un acuerdo para darle a la causa el trámite de juicio abreviado, (al mencionarlo a favor del imputado, al resolver el pedido de Prisión Preventiva, como una demostración de su voluntad de someterse al proceso a pesar de existir una posibilidad cierta de cumplir una pena efectiva), es suficiente para nulificar el debate, en el entendimiento que el razonamiento del Tribunal, estuvo contaminado.

Diversas normas del Código de Procedimiento, en sintonía con la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales que la integran, protegen el derecho a un Juez imparcial.

El Derecho Procesal Penal no es más que reglamentación del Derecho Constitucional, y la Constitución Nacional y los Tratados

Internacionales de esa jerarquía (art. 75 inc. 22 CN) adoptan un sistema de enjuiciamiento acusatorio. Diversos tratados consagran la garantía de ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial (arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 14 nro. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 nro. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Como enseña Julio Maier, además de la independencia, es condición necesaria colocar frente al caso, ejerciendo la función de juzgar a una persona que garantice la mayor objetividad posible al enfrentarlo. A esa situación del juez en relación al caso que le toca juzgar se la llama imparcialidad ("Derecho Procesal Penal", tomo 1, Fundamentos, pág. 752).

La garantía de imparcialidad entronca con el principio del juez natural y hace a la existencia del debido proceso, sin que el apartamiento del juez, cuando se basa en su intervención en la etapa penal preparatoria, signifique ningún reproche personal ni afecte su honorabilidad, sino que se debe a un motivo estrictamente objetivo, tratando de preservar la transparencia en la adopción de la decisión final de un caso, eliminando toda sombra que haga suponer que conciente o inconscientemente interfieran prejuicios producto de la intervención en la etapa investigativa que pudieran hacer dudar de la neutralidad exigida constitucionalmente al juzgador.

En este sentido, las Reglas de Mallorca, Comisión de Expertos de la ONU, 1990 y 1991, establecen que "...especialmente no podrá formar parte del Tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa" (regla 4. 2).

Que en nuestro ámbito regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que "...la imparcialidad objetiva requiere que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el caso" (Informe 5/96, caso 10.970, "Mejía vs. Perú"). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha sostenido que "Se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática" (CIDH, Serie C, nro. 107, caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sent. del 2/07/04; también "Castillo Petruzzi y otros vs. Rep. del Perú" del 30/05/99).

En la jurisprudencia nacional lentamente se fue abriendo camino la postura que juzgamos correcta desde una visión constitucional, en una cuestión que como señala el citado Prof. Maier, es obvia o más que evidente en países civilizados; se trata de un problema cultural y político antes que jurídico, que muestra el atraso cultural de nuestra administración de

justicia (ob. cit., pág. 763).

El panorama jurisprudencial cambió sustancialmente a partir del trascendente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Llerena" del 17/05/05. en este caso los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco sostuvieron (consid. 13) que "...existe una idea generalizada en torno a que la persona que investigó no puede decidir el caso, toda vez que esta acumulación de funciones no sólo se contrapone con el principio republicano de división de poderes expresado en el principio acusatorio, sino porque puede generar en el imputado dudas razonables acerca de la posición de neutralidad de quien lo va a juzgar en el caso...".

El sistema procesal chubutense, ha reconocido la necesidad de que el acusado debe hallarse efectivamente ante un tribunal de juicio imparcial, que, evidentemente, no puede ser aquel que ha intervenido activamente, disponiendo diferentes medidas jurisdiccionales y resolviendo planteos, y que evidentemente ha formado convicción antes del juicio y la ha tenido que expresar y fundamentar para la toma de sus decisiones previas.

Con ese objetivo, el legislador de Chubut ha incluido las causales objetivas de excusación o recusación. El art. 77 del C.P.P., enumera las causales que imponen el apartamiento del Juez, estableciendo en la última parte el inc. 2° que aquel que "pronunció o contribuyó a pronunciar el auto de apertura del debate o alguna decisión anterior a ese debate no podrá

integrar el tribunal respectivo".

Analizando la causal, se ha dicho que el impedimento se funda en el adelantamiento de opinión por parte del magistrado, y se ha estimado, a partir de la letra de la ley, que es indispensable que el juez haya emitido o concurrido a emitir un pronunciamiento concreto sobre la situación procesal del imputado o sobre su posible participación en el hecho.

No bastaría para su inhibición, una mera intervención en una etapa previa o mejor dicho, no seria suficiente que el magistrado haya cumplido interinamente algún trámite de la E.P.P., si su labor no contenía valoración alguna.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha fijado criterio con relación a este punto, indicando en el caso "Hauschildt vs. Dinamarca", que no cualquier actividad previa relacionada a la prisión preventiva, de quien luego integra un Tribunal de apelación de juicio puede dar lugar a en un sistema netamente acusatorio a la recusación (1989). Años más tarde, en 1996, dicho Tribunal, en el precedente "Balut c/Austria", confirmó que la intervención durante el período instructorio, recibiendo declaración a dos testigos no podía arrojar ninguna duda razonable sobre la imparcialidad del magistrado, en tanto de tal actividad no se desprendía ninguna opinión del magistrado respecto de la culpabilidad del imputado.

Dicho esto, paso a analizar la prohibición fijada en el

último párrafo del art. 300 del CPP, que dice “En ningún caso el Tribunal podrá tomar conocimiento previo de las actuaciones” y con relación directa al tema en análisis, el párrafo cuarto del artículo 355 del Código Procesal Penal de la provincia de Chubut establece que cuando la solicitud del procedimiento abreviado fuere rechazada “el rechazo no constara en el auto de apertura y nada se dirá sobre ella en el acta de la audiencia. En ese caso, se labrara acta por separado en la que consten los motivos del rechazo y el Fiscal reemplazará la acusación anterior, por eliminación de todo vestigio sobre el acuerdo previo”.

Los arts. 300 y 355 del CPP, contienen prohibiciones, que han sido redactadas con frases que de su interpretación literal, debieran ser consideradas absolutas, pues en el primer caso comienza diciendo “En ningún caso…”, y en el segundo “por eliminación de todo vestigio…”.

Sin embargo, en el análisis no puede soslayarse, que ambas disposiciones, se inscriben, a mi criterio, en las denominadas “normas reactivas” (Dr. A. Binder) necesarias para cambiar el funcionamiento de la justicia penal que no se produce por la sola circunstancia de cambiar un código procesal por otro. Se trata de introducir mediante aquellas normas, en el campo de la justicia penal nuevas prácticas “reactivas” a la tradicional inquisitorial, absolutamente contrarias.

En el caso, me refiero a una práctica generalizada,

mediante la cual, en el sistema mixto los jueces de juicio, distintos de la instrucción, recibían el "expediente", que contenía todas las evidencias/pruebas que se reproducirían en el debate, muchas de ellas con su simple lectura. Indudablemente, luego de la lectura de todos los antecedentes que integraban aquel "expediente", formaban una opinión, con la que se presentaban en el debate, y ejerciendo un rol activo interrogaban a los testigos y peritos, con el objeto de obtener información que corrobore aquella decisión previa.

Sin embargo, en el sistema actual, ello no es posible que ocurra, porque el Legajo Fiscal, en el que agregan las evidencias recolectadas en la E.P.P. no integra la Carpeta Judicial, que es la que el Juez de Juicio recibe cuando se lo notifica de la integración de un Tribunal. De allí, es posible sostener que en nuestra provincia, debe apartarse aquel que de algún modo tomó conocimiento de las actuaciones, interpretando que el término se refiere a las evidencias que contiene el Legajo Fiscal (art.300 CPP) y no la Carpeta Judicial, que se integra con los diferentes pedidos jurisdiccionales que realizan las partes, las actas de las sucesivas audiencias, en la que constan las resoluciones, entre las cuales, en el caso, se agregaba la de rechazar el juicio abreviado.

Entiendo que, con relación a protección legal del derecho del imputado de ser juzgado por un Tribunal imparcial, debe establecerse, vía

interpretación, su real alcance, pues, no obstante los mayores recaudos que el sistema judicial adopte para mantener impoluta su imparcialidad en la toma de decisión, es imposible o porque no utópico pensar que el Juez del Juicio sólo conocerá aquello que ocurrirá en el debate.

Por un lado, existen obligaciones legales, tales como cumplir con el deber de apartarse si se encuentra alcanzado por alguna causal de excusación, para lo cual es absolutamente necesario que el Magistrado revise –sólo con ese propósito- los antecedentes que obran en la Carpeta Judicial.

En esa tarea, es probable, que conozca, como ya lo mencioné, los pedidos de las partes, entre los cuales, podría existir algún anticipo jurisdiccional de prueba, cuyo resultado puede o no ser ofrecido como prueba.

Demás está decir, que en los casos como el presente, el Tribunal que interviene, al aceptar su integración, verifica porqué se le ha dado intervención, y en esa tarea analiza si es correcto el apartamiento del Tribunal original, conociendo necesariamente que los jueces que se han inhibido, lo han hecho por haber intervenido en la sustanciación de un pedido de juicio abreviado, que denegaron.

Por el otro, y a modo de ejemplo, es de público y notorio que existen numerosas situaciones mediante las cuales le llega al Juez, dentro

o fuera de su ámbito laboral, algún tipo de información acerca del caso o de algún aspecto del mismo, que luego le toca juzgar. No puede omitirse en este análisis, que los hechos delictivos, en el contexto social actual, forman parte de la noticia diaria que los medios de prensa publican, brindando información, que obviamente llega, hasta involuntariamente, al conocimiento del Juez, el que probablemente luego deba ser quien deba juzgarlos.

Con ello pretendo poner de resalto, que más allá de la intención del legislador al redactar las normas en juego, la obligación del Juez de desconocer absolutamente todo vestigio de las actuaciones producidas o, como en el caso, de la existencia de actuaciones vinculadas a un juicio abreviado frustrado, resultaría, en la práctica, de imposible cumplimiento.

Sin ir más lejos, el caso bajo análisis, revela la imposibilidad a la que me refiero. Los integrantes de ésta Cámara, al aceptar su designación, conocieron y consideraron correcto el apartamiento de los tres integrantes de la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia, que se habían excusado por haber confirmado, previamente, un rechazo de juicio abreviado. De considerar que ese conocimiento inhabilitaría su actuación, ingresaríamos en una cadena de apartamientos sin fin, que pondría en crisis cualquier sistema judicial, lo cual se enfrentaría con otro derecho constitucional que el Estado argentino se ha obligado a garantizar, el acceso a

la justicia.

En esta misma línea de análisis, llevando al extremo el razonamiento sobre el que se asienta el pedido de nulidad en tratamiento, podría llegar a sostenerse que este propio Tribunal de impugnación debiera inhibirse de resolver el recurso articulado por la Defensa, desde que para ello, ha conocido previamente, a través del memorial de agravios del recurrente, y en especial, el referido al pedido de nulidad del debate, la existencia del pretérito juicio abreviado frustrado y con ella el reconocimiento de autoría y participación en el hecho que debió necesariamente haber efectuado el imputado en el acuerdo respectivo, desde que como ya lo he dicho, tal reconocimiento es presupuesto indispensable para resolver el conflicto penal por dicha vía (conf. art. 355,1er. Párr. 2da. parte CPP), lo que en la línea argumental del impugnante, contaminaría inevitablemente la imparcialidad de este Tribunal al decidir sobre los agravios planteados. No hace falta decir que aceptar tal temperamento, amén de generar la cadena de apartamientos que referimos, contribuye a afectar gravemente la razonabilidad que debe nutrir toda decisión judicial ajustada a derecho, constituyendo un verdadero desatino que no puede -ni debe- receptarse.

Por otro lado, pongo de relieve que, como lo ha citado la Dra. García, es el propio Diego del Corral, autor de la obra "Juicio Abreviado", quien ha reconocido que "impedir que el conocimiento de la

existencia de un intento frustrado de juicio abreviado llegue hasta los integrantes del nuevo tribunal o de que el que esté a cargo del juzgado correccional es difícil de concebir". (pág. 283, Ed. Astrea). El mismo autor propone, que en todo caso, debiera reformarse el instituto, eliminado el requisito de la aceptación de la responsabilidad.

Ello no implica, que en la medida de lo posible, deba trabajarse hacia dicho objetivo, buscando que el Juez de juicio sea con relación al hecho el más ignorante de todos. El Código de Procedimiento vigente desde el año 2007, ha sido diseñado como un instrumento eficaz en el reconocimiento irrestricto de los derechos y garantías fundamentales, e implicó un cambio radical del sistema anterior y requirió –como lo requirieran los Ministros de la Sala Penal del S.T.J. en el caso Pichiñan-, un profundo compromiso por parte de los actores del derecho para que presten mayor atención y diligencia en la utilización de las nuevas herramientas procesales, a fin de evitar un cercenamiento de aquéllos preceptos de orden superior.

Para no volver, digo sobre dicho precedente, citado por el Defensor, que el defecto procesal advertido por la Sala Penal, no es el mismo al ocurrido en este caso, porque allí, el juez del juicio previamente había rechazado el juicio abreviado. Obviamente, que luego no podía intervenir en el juicio, pues había opinado sobre la cuestión de fondo, la misma, sobre la

que debía resolver al finalizar el debate.

A seis años de la implementación del nuevo Código, no ocurren situaciones como la que se presentó en el caso Pichiñán. Sin embargo, muchas son las decisiones que se han debido adoptar en materia de recusaciones, en virtud de la prohibición contenida en el último párrafo del art. 300 del C.P.P., mediante las cuales se ha ido estableciendo el verdadero alcance.

En el caso de autos, el Tribunal de juicio no intervino en el rechazo del acuerdo, sino que conoció de su existencia, pues, si bien no formaba parte del auto de apertura como lo ordena el art. 355 del CPP, ni del acta de la audiencia preliminar, la resolución por la que se lo rechazara, se encontraba agregada en la Carpeta Judicial.

Lo que se impugna es que, por no haberse cumplido con la confusa manda procesal prevista en la última parte de dicho artículo, que reza "por eliminación de todo vestigio sobre el acuerdo previo", el Tribunal de juicio lo supo, mencionándolo, aunque a favor del imputado, al tomarlo como un dato que demostraba su voluntad de someterse al proceso, aún cuando de haberse homologado dicho acuerdo, debía cumplir una pena de prisión efectiva.

Los efectos del rechazo del juicio abreviado, son materia de cuidado, en virtud de que el trámite requiere, a diferencia de la suspensión

del juicio a prueba, una confesión o admisión de la responsabilidad por parte del imputado o un reconocimiento de la existencia del hecho imputado y su participación en él.

Por ello y por lo general, para evitar que ese reconocimiento surta algún efecto en el futuro juicio y en la sentencia, se ha establecido que esa declaración no pueda ser utilizada de modo alguno en contra de los intereses del acusado.

Conforme el doble abordaje, desarrollado por el TEDH, adoptado por el sistema regional americano respecto al concepto de imparcialidad, mediante la utilización de un test subjetivo y objetivo, tanto para los jueces técnicos como cuando se trata de los tribunales por jurado, el caso se inscribe en el primero de los mencionados. En estos supuestos, el apartamiento procede cuando exista una duda legítima de su parcialidad.

Sin embargo, considero que, el mero conocimiento de la existencia de un acuerdo de juicio abreviado, no puede provocar la separación automática del Juez o Tribunal, ni considerarse, que en todos los casos, sea constitutivo de una sospecha razonable de temor de parcialidad.

Tal como lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Gustavo G. López c/Venezuela", lo decisivo – para el apartamiento- "no es el temor subjetivo de la persona interesada con respecto a la imparcialidad que debe tener el tribunal que se ocupa del juicio, sino el

hecho de que en las circunstancias pueda sostenerse que sus temores se justifican objetivamente…" (inf. 82/98 Comisión IDH).

En consecuencia, no sería correcto sostener, que en los casos en que el conocimiento por parte del Tribunal de Juicio, de dicho trámite frustrado (como es el caso de autos), se verifique luego de la resolución, esta deba, sin ningún otro análisis, ser nulificada. Para resolver el planteo del Defensor, no se debe partir de un apriorismo o prejuicio, y menos aún puede ser el motor, de un razonamiento jurídico que pretenda tener mínima seriedad, generalidad y objetividad.

No estamos ante un supuesto en el que se verifique un defecto en la integración del Tribunal, en su designación ni en su capacidad para decidir y por ello no es viable la declaración de nulidad por tales razones. (art. 376, 1) párrafo del C.P.P.).

Lo que corresponde, es verificar que el Tribunal de Juicio, no haya apreciado en contra del imputado, directa o indirectamente, una confesión que fue efectuada en el marco del juicio abreviado intentado. En definitiva, de comprobarse, que el Tribunal ha valorado arbitrariamente la prueba, por la razón que fuere, corresponderá el dictado de nulidad de la sentencia y es este el análisis que corresponde efectuar exhaustivamente en el caso (Art. 372 inc. 3) C.P.P.).

II.3. Una cuestión con ciertas particularidades se plantea

con relación a la autoría del imputado en el hecho, pues no ha sido una cuestión invocada por el Defensor en la expresión de agravios, pero ha sido manifestada por el imputado en su declaración ante este Tribunal negando haber sido el autor del disparo que le produjera la muerte a H..

Reconoció el imputado L. haberle disparado a S. F., hasta que el arma no disparó más y luego, habría salido corriendo, dejando el arma en el lugar, -manteniendo su declaración en el juicio, oportunidad en que detalló, que para entonces ya habían intervenido en la pelea los hermanos Isasmendi y Mansilla, quienes, cuando él se va, estaban trenzados con H.-.

Sobre este punto, sintéticamente diré que ha sido correcta la decisión del Tribunal de Juicio de descartar en la versión de L., que no encuentra apoyo probatorio en ninguno de los elementos traídos al juicio, ni siquiera en la declaración del testigo F. traído por la presente, que dijo haber estado presente cuando ocurrieron los hechos.

Lo probado es que L. le disparó varias veces a S. F. -4 tiros- y después a H., que estaba un poco más alejado, pero que participaba de la discusión que F. tenía con el imputado, por un robo ocurrido en la casa de la suegra, la noche anterior al 1 de agosto de 2010.

Se queja el recurrente en la forma en que el Tribunal ha valorado la prueba testimonial, por considerar que no es correcto asignarle mayor valor probatorio a los dichos de V., Brunialti, F. y C., (amigos de las

víctimas) desoyendo la versión de su pupilo, que se encuentra acreditada con los dichos de F..

Vale aclarar, que el principal aspecto de disenso entre ambas versiones es, que según L., F. portaba el arma de fuego y que cuando este la extrajo del interior de su chaleco, lo desarmó y que H. portaba un cuchillo, mientras que los otros testigos mencionados, integrantes del grupo de las víctimas, refieren que el arma de fuego la traía el imputado y que no es cierto que H. portara un cuchillo.

La importancia del desacuerdo radica en la relación que tiene esta circunstancia con la existencia o no de la causal de justificación -que invoca el imputado-, por entender que actuó amparado en una legítima defensa o en su defecto en exceso en dicha justificante.

Comparto con los jueces de juicio la valoración que han efectuado de los testimonios de las víctimas, los que más allá del grado de amistad que han manifestado tener con H. y F., han descrito los hechos, del modo que ellos lo percibieron, incluyendo en su relato situaciones que podrían ser valoradas en contra de sus amigos.

Nótese que todos ellos reconocen que fue S. F., el que interceptó a L., que venía solo y F., incluso, mencionó que la discusión que mantuvieron tenía que ver con un robo. Textualmente dijo “S. y S. estaban enojados porque decían que lo habían culpado de algo que le habían robado a

L.. Que él andaba culpándolo…". También declaró que H. intervino en la disputa después que L. le disparó a F. y fue entonces cuando recibió el disparo. Por su parte V., honestamente, reconoció no haber presenciado el momento en que se produjeron los disparos, porque había ingresado al Kiosco de M. V., donde previamente había estado el imputado, ubicado a poco metros del lugar de los hechos.

La Dra. A., dijo con relación a estos testimonios " … más allá de algunas contradicciones del testigo F., soy de la opinión que las declaraciones de Brunialti, C., Oscar V., son coincidentes, coherentes y espontáneas en cuanto a los momentos previos y posteriores a los hechos y en especial, brindan certeza sobre el accionar del imputado, pues todos ellos han sido testigo presenciales de los hechos". Agrega, que "…evaluando con sumo rigor la circunstancia de tener una relación de amistad con las víctimas, no puedo dejar de poner de resalto que na sido contestes que es F. quien se acerca a L., que comienzan una discusión por un presunto robo…".

En su voto el Dr. R., también mencionó que "la circunstancia de ser amigos de las víctimas, no descalifica el valor de sus dichos, habida cuenta que los mismos guardan coherencia con la versión aportada por otros testigos no directos, como Mallén, G., C., Oscar V. y M. Ángel V.. Asimismo la verosimilitud de los testigos de cargo, surge de su comparación armónica con lo expresado por el Perito en Criminalística

Christian A. y las pericias médicas, respecto de la distancia existente entre autor y víctimas, y demás circunstancias acerca del modo, lugar y elementos utilizados". Finalmente agrega que "…al ser escrutados, en excurso del debate por la Fiscalía y la Defensa, contestaron airosamente cada interrogante. Concurren los extremos de coherencia interna y coherencia externa que otorgan plena validez a estos testimonios". Con cita al Expte. 22628 del STJ.

Pretende el Defensor contrarrestar dicho cuadro cargoso con la declaración de su pupilo, como dije, sostenida, según su parecer, por el testigo F..

Sin embargo, adelanto que la versión de L., no sólo se presenta huérfana de pruebas, (como la define el Dr. C.) sino contradictoria con la prueba producida y así lo ha valorado el Tribunal a quo.

Vamos por paso. L. no pudo probar:

a) que sea F. quien traía el arma y que él lo desarmó. (Por un lado, todos los testigos presenciales dicen lo contrario, con excepción a F., -sobre el que me expediré más adelante- y por el otro, no pudo dar precisiones de como hizo para desamarlo, ni explicar que hacían los dos amigos de F., que venían con él, mientras lo desarmaba);

b) haber estado vestido sólo con una chomba y un pantalón de gimnasia –con el fin de explicar que con esa vestimenta es

imposible llevar un arma oculta-, cuando V., el dueño del kiosco, con quien estuvo en dos oportunidades esa mañana, sostuvo haberlo visto con campera;

c) que las víctimas y sus amigos estaban drogados y/o alcoholizados (Según L.: "...estaban todos pasados, habían tomado merca, tenían las narices blancas; …tomando vino en la madrugada… cajas de vino tiradas en la calle… la tiraban en la calle"). El Oficial C. que entrevistó a Brunialti, pocos minutos después, cuando este todavía se encontraba en la esquina escenario de los hechos, nada dijo al respecto, ni tampoco el defensor lo interrogó sobre este punto. Es una circunstancia que seguramente al policía, por su vasta experiencia en su trabajo, de haber sido como lo dice L., no le habría sido indiferente; también afirmo que es poco creíble que como dijo L. "tuvieran las narices blancas", por consumir drogas, más allá que tampoco ningún testigo dijo haberlo visto; tampoco, durante la inspección ocular, se hallaron cajas de vino en la calle, sí, en cambio, las mercancías que L. había comprado minutos antes en el kiosco y en la carnicería del barrio;

d) que las víctimas eran peligrosas y que habían estado presos por homicidio. Sobre este aspecto el Oficial C., mencionó trabajar desde hace nueve años en la División de Investigaciones de la Policía del Chubut con asiento en Comodoro Rivadavia, sin embargo, dijo no tener conocimiento que F. o H. hayan estado imputados del delito de Homicidio,

reconociendo al igual que sus pares, que ambos estaban involucrados en delitos contra la propiedad;

e) que lo hayan querido matar. Refirió L. “me la querían dar”. Ni siquiera el imputado dijo que F. lo haya amenazado, en más, sabemos por Brunialti, que S. F. le habría dicho que no saque el arma porque ellos no estaban armados.

Vayamos al testigo F.. Como paso previo, es necesario atender el planteo fiscal, ya invocado en el juicio y reiterado en esta instancia, al defender la valoración negativa que el Tribunal a quo efectúo de sus dichos.

Mencionó el Dr. Crettón, que dicho testigo no había sido propuesto para declarar sobre los hechos, sino que era un testigo de concepto. Pretendió el Defensor, contrarrestar esa circunstancia diciendo que no era así, y que en todo caso había sido una suerte de error de interpretación producida durante la audiencia preliminar, resaltando que para entonces no regía la reforma que impone que la defensa ofrezca prueba en un plazo de ley.

Para resolver el cuestionamiento, fue necesario recurrir a los audios de la audiencia preliminar, advirtiendo que le asiste razón al acusador público y que no existió en aquella oportunidad confusión alguna. Por el contrario, la señora Juez Penal, Dra. Mariel Suárez, correctamente

requirió al defensor que especifique para que ofrecía a cada testigo, es decir sobre que puntos habrían de deponer en el debate. Entonces, el Dr. I., con relación a F. dijo que "… con F., se conocen de chico, son del mismo barrio. Del conocimiento de su defendido en el barrio, como fue su relación con él cuando eran más chicos".

Resulta sugestivo, que un amigo de la infancia, se presente por primera vez en el debate, a deponer, ya no sobre el conocimiento que tuviera de L. desde su niñez, sino del hecho, por haber estado en ese lugar esperando el colectivo.

Considero atinente hacer una digresión, con el propósito de hacer notar porqué es correcta la oposición del Fiscal, en cuanto a que un testigo no deponga sobre un punto para lo cual no fuera ofrecido. En primer lugar, la parte contraria, se ve impedida, de efectuar el control previo del conocimiento del testigo. Y en segundo término, nótese, que el Fiscal, interrogó a todos los testigos sobre quienes eran las personas que estaban en el lugar de los hechos, haciendo especial hincapié en si habían visto a los tres testigos Davies, Vidal Y Pascal, ofrecidos por la Defensa, para declarar sobre el conocimiento del hecho. Nunca pudo preguntar sobre la presencia de F., porque no tenía razón de ser preguntar sobre alguien que iba a deponer sobre el concepto.

No se trata de disciplinar la litigación de las partes con

meras formalidades, sino porque de esta, en muchos casos, depende el ejercicio de los derechos de las partes, que deben ser garantizados por el Tribunal que dirige el Debate.

Pero más allá de esa circunstancia que como dije, no podrá omitirse en el examen del contenido de su testimonio, este ha sido analizado correctamente por los integrantes del Tribunal de Juicio.

Se destaca entre los votos, el minucioso análisis que efectúa la Dra. A., quien hace notar mediante la transcripción, las contradicciones e inconsistencias en que incurrió el testigo. En primer término, sobre el recorrido de L., reconociéndole al Fiscal, que desde donde él se encontraba no se podía ver el ingreso a la carnicería; tampoco pudo explicar como supo que compró una cerveza, si ello ocurrió dentro del kiosco; ni como pudo saber que dentro de la caja llevaba carne; no recordó cuál era la vestimenta de L., deduciendo que por el clima, seguramente llevaba una chomba, sin poder decir cual era el color; y respecto del momento central de los hechos, lo único que dijo haber visto es justamente "cuando F. saca el arma y su amigo lo desarma", sin poder dar precisiones de esa secuencia; finalmente dijo no haber visto quien disparó el arma de fuego, porque, en ese momento se habría ido corriendo hacia la calle Roca, donde tomó el colectivo que estaba esperando; en cuanto a la duración del suceso estimó que fueron diez minutos, cuando todos, inclusive el propio imputado

mencionó que fue todo muy rápido. Así las cosas, debo concluir que el testimonio brindado por F., no ha servido a los fines propuestos por el Defensor, pues no se puede, sobre la base del mismo, tener por probada la versión de L..

Corresponde entonces, contestar al Defensor, que de la circunstancia que dieron a conocer los testigos amigos de las víctimas, respecto que esa noche salieron al boliche y luego se juntaron a jugar a la play station en la casa del cuñado de H., que tenía a su cuidado, y que sin dormir habían salido a comprar carne para hacer un asado en la casa de H., no es un indicio que permita concluir que estaban ebrios y pasados de droga, circunstancia que, según L., le habría facilitado el desarme.

Tampoco puede deducirse, a partir del conocimiento de que las víctimas hayan estado involucradas en robos y que el barrio que habitaban era conflictivo –como lo refirió M. V., vecino del barrio, dueño del kiosco y jefe de la junta vecinal- que ese día F. llevara un arma de fuego y H. un cuchillo y lo hayan interceptado para "dársela".

Más allá de lo expuesto, al analizar el cuadro probatorio, debo analizar la decisión del Tribunal de descartar la legítima defensa. Digo en primer término, que es pacífica la doctrina y la jurisprudencia en tratar la legítima defensa como causal de justificación o de licitud (la diferencia con el estado de necesidad es que este último trabaja con la idea del interés

preponderante). Este instituto autoriza a defender bienes propios atacando bienes jurídicos de quien trata de agraviar aquellos. Creus la cataloga como una acción de repulsa autorizada.

Para Welzel y Jakobs (citados por Zaffaroni) se halla en el principio de que "el derecho no tiene por qué soportar lo injusto". Por su parte, Donna sostiene un doble fundamento: 1) la defensa del bien jurídico en particular, que surge de la propia normativa, en el sentido de que la defensa sólo es permitida en cuanto se trate de la persona o derechos propios o ajenos, esto es, de bienes personales y 2) la necesidad de defensa del orden jurídico, en el sentido de que el derecho siempre debe prevalecer sobre el injusto.

Con respecto a su naturaleza, se la considera un derecho, ya que no es posible exigir a la persona que se defienda ante la agresión ilegítima cuando la misma decide huir o retirarse, siendo su elección, jurídicamente inobjetable.-

Sobre la aplicación de esta causal, en este caso, cabe señalar que no se acreditó, que el grupo integrado por las víctimas, haya agredido a L.. Si es posible que es posible, como lo dije anteriormente, que algún insulto le hayan proferido desde ese lugar, toda vez que le recriminaban que L. los estaría culpando de un robo que afectara la noche anterior a su suegra, pero ello no es suficiente para habilitar una defensa, menos aún de la manera que lo hizo.

Se probó que L., en el medio de dicha discusión, extrajo su arma y le disparó a F., quien se ubicaba a escasos centímetros y a H., a menos de dos metros.

Por otra parte, ninguna prueba aportó la defensa para acreditar que en este grupo, alguno de sus integrantes portara un arma. El único que dice que F. tenía el arma de fuego y que H. tenía un cuchillo es el imputado. Por el contrario, el devenir de los hechos tal como quedaron reconstruidos, dan cuenta, lo contrario.

Además, aún cuando se sostuviera que existía una agresión ilegitima hacia L., para que este se encuentre habilitado a proceder en defensa de sus derechos, es decir para que proceda la excepción, se debe demostrar que no existía otra forma de proteger sus bienes jurídicos amenazados; en otros términos que el Estado por diversas razones, estuviera en ese momento incapacitado para acudir en defensa de sus derechos.

E incluso ante este supuesto, el ciudadano no debe tener la posibilidad de defenderse de otro modo o con medios menos lesivos. En definitiva, L. no debía actuar del modo que lo hizo, esto es extraer un arma y dispararle cuatro tiros a F. y uno a H.. Concretamente Zaffaroni sostiene que el fundamento de la causal en análisis no puede ser otro que el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el Estado no puede proporcionarla en el caso concreto con parecida eficacia. Como todo derecho,

tiene límites, que no son sólo los impuestos por la necesidad sino también los que devienen de la racionalidad. Los límites racionales al ejercicio de un derecho no le privan de su naturaleza sino que lo acotan de modo republicano. (Manual de Derecho Penal, Zaffaroni Alagia, Slokar, cit., p.609).-

Y el destacado jurista, integrante del Alto Tribunal de nuestro país, más adelante acota: "Este límite no implica renunciar al fundamento subjetivista sino reconocer que no existe ningún orden jurídico que admita un individualismo tal que lleve la defensa de los derechos hasta el extremo de hacer insostenible la coexistencia, convirtiendo la vida social en una selva, porque tal extremo no sería otra cosa que su propia negación". Y agrega, que le da "un carácter de subsidiariedad a la causal de justificación analizada. Subsidiariedad en el sentido que el individuo no encontró una respuesta oportuna, cierta y efectiva del estado (o el propio estado es el agresor) y debió, al no quedarle otro medio jurídico para evitar la vulneración del bien, defenderse por mano propia".

Concluyo entonces, que es fundada la decisión del Tribunal a quo, al sostener que el imputado ha dado una versión inverosímil, carente de sustento probatorio, que no resulta suficiente, siquiera para introducir una duda razonable, que habilitara una absolución por aplicación del principio "in dubio pro reo", sobre la base que actuó amparado en la

causal de justificación considerada. Demás está decir que si no se daban los requisitos de la legítima defensa, no es posible la existencia de un exceso.

Por último, efectuaré un responde acotado, pero entiendo suficiente, al posible error en la existencia de una causa de justificación, que subsidiariamente ha esbozado el Defensor, con apoyo en la declaración de su defendido. El planteo se funda en el miedo que dijo haber sentido el imputado cuando se le acercaron F., con otras dos personas y más atrás H. con dos más.

Sin apartarme de las conclusiones previas, en cuanto a que no se ha probado que F. llevara un arma de fuego ni que H. portara un cuchillo y que los nombrados hayan estado involucrados en un homicidio, resolveré, sobre una supuesta hipótesis más favorable a L., que sería que el imputado realmente pensara, por comentarios del barrio, que estos muchachos eran realmente peligrosos.

Sin embargo, adelanto que ello por sí sólo no resulta suficiente para avalar su petición, pues la forma en que ocurrieron los hechos, informaban al imputado que no existía un peligro real para su integridad física o su vida.

Además, el propio L., ha informado una circunstancia, (tampoco acreditada), pero que contradice esa necesidad de proteger sus bienes jurídicos supuestamente amenazados. Me refiero, a que él mismo, para

explicar el expedito desarme que habría realizado, cuando F. habría, extraído el arma, ha dicho que ello fue posible por que las víctimas estaban ebrias y pasadas de droga.

Si esto era así, y él lo advirtió rápidamente, no puede tener acogida favorable su pretensión de que el Tribunal considere que el miedo que habría sentido, producto de la supuesta peligrosidad de las víctimas, lo impulsó actuar en la creencia que estaba amparado por la legítima defensa.

Tampoco, se compadece con esa pretensión, la decisión de L. de haber dejado el arma de fuego en poder del grupo que enfrentaba, el que a su criterio, era sumamente peligroso.

Respecto de la calificación jurídica, se agravia el Defensor de la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 bis del Código Penal. Ya me expedí sobre su procedencia en diferentes casos, tanto respecto su constitucionalidad, como de su aplicación automática.

Cuidadosamente, sobre la aplicación del 41 bis, del CP, la doctrina enseña que dicho artículo es "en verdad una calificante especifica aplicable genéricamente a todas las figuras de la parte especial, a excepción de aquellas que contemplen como parte constitutiva o cualificante los dos elementos propios de dicha norma (violencia o intimidación den las personas conformadas por el uso de arma de fuego) –cfme. Soberano, Marina: El Art..

41 Bis del Código Penal o la venganza del principio de legalidad". Nueva Doctrina Penal, 2002 A Edt. Del Puerto.

También se sostuvo en esta nota de fallo, que "… el art. 41 bis importa una obligación par el juez, una nueva tabulación de la pena privativa de la libertad que debe respetar ante la comprobación objetiva de la utilización de violencia o intimidación en las personas por el uso de armas de fuego"; por lo tanto "Los delitos a los cuales habría de aplicarse esta calificante deben ser aquellos regulados en el Código Penal y leyes especiales (art 4 CP)) que sean perpetrados con violencia o intimidación personal referida mediante el uso de armas de fuego…. Esa violencia o intimidación que debe darse en el curso del delito de que se trate, tiene que incluir el efectivo empleo de un arma de fuego idónea…, en virtud de que el mayor contenido de injusto del hecho deriva del peligro concreto corrido por la víctima…".

En el Expediente N° 22.127 - Fº 10 – Año 2010, Sentencia Nro. 39/2011 en primer término el Dr. Jorge Pfleger ha dicho "Como lo he dicho en otras causas, no veo obstáculo a la aplicación en la especie del art. 41 bis del C.P. Se trata de una agravante genérica que incorpora a la ley de fondo figuras agravadas respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades. Como se enseña en el "Código Penal de la Nación-Comentado y anotado" dirigido por

Andrés J. D´Alessio" (Ed. La Ley, T I, página 658, Ed. 2009) esta calificante tuvo en miras "…el mayor poder vulnerante de las armas de fuego que, por sus condiciones, provocan un peligro mayor para los bienes jurídicos vida e integridad física…", y esto es lo que se ha dado en el bajo examen. No causa perplejidad el texto mismo de la norma, pues lo que ha discutido la doctrina y la jurisprudencia es su aplicación en los delitos en donde el uso de arma ya estaba contemplado, mas no en este delito- el homicidio simple, art. 79 del C.P- que no prevé ninguna distinción en lo que atiende al medio empleado para su comisión. Es la superioridad de medios lo que justifica la mayor severidad punitiva, pues "… el contenido de ilícito aumenta por un criterio valorativo de agravación en función de la mayor indefensión del bien, y la mayor intimidación que se ejerce sobre la víctima y el mayor peligro corrido por ella…" (Ver "Código Penal y normas complementarias" David Baigún y Eugenio Zaffaroni- Directores, Ed. "Hammurabi" T 2, página 92, Ed.2002). El comentario, crítico del debate legislativo y de las razones tenidas en consideración para la sanción del artículo de marras, no es obstáculo para adherir a lo que pareciera el argumento racional, el sentido mismo de existencia del precepto, destinado a recrudecer las consecuencias de las conductas que poseen, en sí, mayor capacidad letal y del otro lado sitúan al activo en una condición de poder que enerva cualquier reactividad en la víctima, puesta en condiciones de labilidad que dan al ilícito un mayor

contenido de disvalor.

A su turno los Dres. Panizzi y Rebagliatti Russel, adhirieron al primer voto y se remitieron al a doctrina sentada respecto a este tema en autos "P., O. y otro s/ robo agravado seguido de muerte" (expediente 21.125-P-2007), en donde el Dr. Rebagliatti Russel sostuvo: ´… la Ley 25.297 incorporó al art. 41 bis del Código Penal una circunstancia de agravación de los tipos penales cuando aquellos se ejecutan con violencia o intimidación contra las personas, mediante empleo de un arma de fuego. De esta manera transfiere lo que antes era valorado como un elemento que permitía aumentar la cuantificación de la pena, por la naturaleza del medio empleado, al nivel de la tipicidad que incorpora aquella circunstancia como elemento objetivo, como una calificante genérica respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades…´.

Por todo lo expuesto, y no advirtiendo que en el caso, la aplicación del agravante, transforme en desproporcional o irrazonable la escala penal aplicable, no corresponde hacer lugar al planteo defensivo, confirmando la decisión del Tribunal a quo.

Respecto de la pena, el Defensor, solicita la perforación del mínimo legal. Sabemos, que el Tribunal aplicó en el caso, luego de valorar agravantes y atenuantes, una pena que apenas supera el mínimo legal.

De tal manera, el punto a analizar, para acceder o no al

requerimiento de la Defensa, es verificar si este se presenta como irracional en el caso concreto o se topa con otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos.

Si bien es cierto, que los legisladores son los que en ejercicio de una función política, cuyo producto lleva instalada la presunción de legitimidad, quienes han de fijar la retribución penal, los jueces deben ejercer el control constitucional y sólo en aquellos casos en que resulte intolerante por inhumana la pena fijada en abstracto respecto de la entidad del delito que se sanciona.

La individualización judicial de la respuesta penal no puede desentenderse de la culpabilidad del agente, pero no al punto de que el juez sustituya al legislador y fije un mínimo flexible según su personal discrecionalidad en cada caso. Es grave que el legislador, como dice la mayoría, sustituya al constitucionalista, pero mucho más grave es que quien no habiendo sido ungido por elección popular, se convierta en representante del pueblo y legisle en nombre de éste.

Luego de lo expuesto, digo que considero que la pena de once años de prisión que se le impone a L. por el hecho que se lo condena, no está incluida dentro de los excepcionales supuestos, que habilitarían adoptar una decisión como la pretendida por la Defensa, la cual debe estar abrazada

por los conceptos previamente expuestos.

Respecto de los honorarios, adhiero sin más a lo fijado por la Dra. Nelly García, que lidera el acuerdo. Así voto.

El Dr. Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia condenatoria en base a varios agravios, de los cuales solo trataremos dos de ellos por las razones que daremos más adelante. El primero, se refiere a la postulación traída en cuanto a que deberá sobreseerse al imputado, al haber transcurrido el plazo de tres años, fijados como duración máxima del proceso en nuestro código. El segundo agravio se relaciona con el pedido de nulidad del debate, pues entiende que los jueces del juicio se hallaban en situación de parcialidad al resolver, al tener un conocimiento previo del rechazo a la tramitación de la causa por las vías del juicio abreviado, postulación efectuada por las partes en etapas anteriores al juicio y que implica la admisión de responsabilidad de su defendido en el hecho que se le imputa.

La razón del tratamiento de estos dos agravios se infiere fácilmente de la naturaleza misma de ellos, pues si alguno o ambos prosperan, es inútil e ilógico, en el segundo caso, entrar a estimar si la sentencia es producto de una errónea valoración de la prueba o si ella es arbitraria. Por ejemplo, como rechazamos que se hay vencido en el caso el plazo máximo de duración del proceso, entraremos luego al segundo agravio,

pero como en este caso haremos lugar a la petición defensista, no trataremos los restantes agravios. En efecto, sería contrario a toda lógica opinar sobre los restantes, cuando estimamos que existió una violación flagrante de una garantía estructural y determinante de la vigencia efectiva de las restantes que conforman el debido proceso legal, puesto que la garantía de la imparcialidad de los jueces es la esencial del modelo o sistema acusatorio, por lo que comprobada ella, es imposible entrar a valorar si la sentencia es o no arbitraria, o si hubo errores en la valoración de las pruebas, u otras cuestiones que son periféricas en relación a la imparcialidad.

2. En cuanto al primer agravio, sabemos que nuestro código regula la garantía del plazo razonable en forma detallada y clara, otorgando a la operatividad de ella una total seguridad en cuanto a sus presupuestos, a diferencia de otras normativas nacionales e internacionales y jurisprudencia concorde, que supeditan la cuestión a cada caso en particular, especialmente a la complejidad de la investigación, responsabilidad del imputado, de los órganos estatales, etc.

Así, nuestro código dispone en forma muy clara – en el artículo 146- que el imputado debe ser sobreseído una vez vencido el plazo de tres años, contados desde la audiencia en la que se comunica la apertura de la investigación preparatoria. Asimismo, se establece que para su determinación, no se deben computar los tiempos necesarios para resolver los

recursos extraordinario, como tampoco el tiempo en que el imputado permaneció fugado, caso éste último previsto como interrupción y no como suspensión.

Tan clara normativa, no resulta aplicable al caso en estudio, toda vez que si descontamos el tiempo en que la causa estuvo en el Superior Tribunal para resolver el recurso extraordinario interpuesto, resulta evidente que no se cumplieron aún los tres años, tal como detalladamente lo ilustran los votos anteriores, a los que me remito por razones de brevedad.

Sin embargo, corresponde contestar al defensor, al sostener que, en realidad, el tiempo en que la causa estuvo en el Superior no puede descontarse, toda vez que la causa estuvo allí por remisión incorrecta de la oficina judicial, agregando, además, que como el recurso extraordinario no fue admitido, no puede tenérselo por resuelto, tal como lo dice el código. Ambas pretensiones no pueden acogerse por lo siguiente. La primera, porque fue el mismo Superior Tribunal quien pidió la remisión de la causa, si ello fuere posible, y la oficina cumplió con el pedido, al no haber ningún obstáculo para ello. A esto agréguese que el código no distingue entre la situación material de radicación, precisamente porque el Superior puede hacer lugar al recurso extraordinario y, de esta forma, todo el trámite ordinario que continuara resultaría inútil. La segunda pretensión, tampoco es de recibo, pues el código no distingue sobre las consecuencias negativas o

afirmativas del recurso extraordinario, lo cual, si bien podría haberse regulado de otra forma más precisa, el legislador tuvo en cuenta ésa solución discutible, pero que no cabe tacharla como contraria a la constitución.

En suma, si se descuenta el plazo en discusión, la operatividad de la garantía hoy tendría vigencia a partir del día quince de Febrero del año 2014, por lo que debe rechazarse el presente agravio. Así lo voto.

3. Entrando al análisis del segundo agravio, adelantamos que lleva razón la defensa, toda vez que se ha afectado gravemente la garantía de imparcialidad, base estructural e indiscutible de todo el modelo o sistema acusatorio adversarial.

Antes de discurrir sobre la cuestión, corresponde explicitar el marco teórico- constitucional dentro del cual desarrollaremos el voto, en aras de estimar su razonabilidad.

En primer lugar, ya desde tiempos remotos, la idea de imparcialidad viene unida a la persona o personas en quienes se delegaba el poder de decidir un conflicto entre intereses encontrados, cuando ellos no lo podían componer, siendo lógico y natural la exigencia de que tales personas no tuvieren ningún interés o compromiso con alguna de las partes, o en determinada solución del caso, ya que de lo contrario la situación sería semejante a la de otorgar tal poder a alguna de las partes o al solo interés del

juez. Como puede observarse, es una idea arraigada desde antiguo, y de allí que puedan observarse históricamente innumerables sistemas normativos para su resguardo, sobre los cuales no corresponde aquí entrar en detalle, sino examinar solo el sistema chubutense, a los efectos de determinar la concepción que preside la cuestión en el nuevo sistema acusatorio adversarial, y de allí inferir las razones de las normas que presiden y regulan la cuestión.

En este camino, debemos partir de la afirmación que pregona a la separación estricta de las funciones de acusar y juzgar, como el elemento constitutivo esencial que define un modelo teórico acusatorio, y que obra como presupuesto lógico y estructural que determina a todos los demás elementos de tal modelo. Esta idea de separación estricta de roles es, ante todo , una exigencia lógica y epistemológica, antes que jurídica, para alcanzar la verdad procesal en un sistema adversarial, pues éste confía alcanzarla como fruto de un contradictorio o debate de las partes, en que el tribunal sea un espectador pasivo y desinteresado, que decida conforme al mejor argumento y prueba, al contrario de la epistemología inquisitiva, que confía en alcanzar la verdad a través de dirección y actividad del juez.. Es por esta concepción distinta del modo de alcanzar la verdad procesal, lo que justifica la señalada separación de roles ,y de la que se deriva, como primera garantía orgánica, la imparcialidad, entendida en sentido amplio, y comprensiva tanto

de la ajenidad del juez respecto de los otros poderes- estatales y fácticos (independencia)-, como de la ajenidad respecto de los otros sujetos e intereses del proceso, sean personales o institucionales- (imparcialidad estricta*).(Cf. Ferrajoli, Luigi; Derecho y Razón, Trotta, Madrid, 1995, pags. 574/583).*

Es por ésa razón que existen previsiones constitucionales y legales que tratan de asegurar que el juez actuante en el caso porte, no solo determinados requisitos personales, profesionales e institucionales que resguarden la imparcialidad genérica frente a cualquier caso, sino también la imparcialidad concreta que se debe expresar en el despliegue de su actividad en el proceso. Es que, como dice el maestro Maier, la palabra " Juez" no se comprende hoy sin el calificativo de imparcial y éste calificativo hace no solo a los requisitos formales para cumplir la función misma, sino también que se utiliza para la descripción concreta de la actividad que le es encomendada, por lo que la imparcialidad es de la esencia del concepto tanto de juez, como del de actividad jurisdiccional .Son estas normas, entonces, las que debemos identificar e interpretar, conforme determinados principios generales expresos y de otros que se infieren del sistema normativo concreto con el que trabajamos.

4. En este sentido, el cambio de un sistema normativo mixto, por uno acusatorio adversarial, impone, a su vez, un cambio de pautas interpretativas, sobre todo cuando hablamos de garantías básicas o madres,

como la imparcialidad. En efecto, si bien nuestro código establece el deber de los jueces de actuar con imparcialidad en sus decisiones (art. 6), tal norma debe llenarse de un contenido y perfil propio, dentro del sistema en que él se inserta. Así, su alcance no será igual en un sistema mixto, que permitía a los jueces una mayor actividad en procura de la verdad, que dentro de un sistema adversarial que impone, como necesidad epistemológica, la figura de alguien pasivo y espectador, especialmente prescindente de los intereses acusatorios, como exigencia de la separación estricta de los roles de acusar y juzgar, exigencia transpuesta jurídicamente en nuestro código procesal penal en el artículo 18, como principio fundamental y garantía procesal.

Todo esto lleva al establecimiento de nuevos patrones de interpretación, que en materia de imparcialidad , ya venía exigiendo la más autorizada doctrina desde hace tiempo. Como ejemplo, puede citarse lo que ocurría en el viejo sistema con las inhibiciones y recusaciones, instituciones concretas que tratan de prevenir sobre sospechas o temores de parcialidad en los jueces, en cuyo marco se consideraba que las causales de inhibición eran de interpretación amplia- se aceptaban así excusaciones de jueces por "violencia moral o razones de decoro"-, en cambio las recusaciones eran interpretadas en forma restringida. Es decir, todo lo contrario al talante que debe primar sobre una garantía, pues éstas deben ser de interpretación amplia, con aplicación de la analogía inclusive, tal como lo impone nuestro código

expresamente en el articulo 31, al regular la analogía y su alcance, cuando se trata del ejercicio de derechos por parte del imputado.

En concordancia con estos nuevas doctrinas y principios de la parte general, nuestro código establece en la parte especial, el derecho del imputado a alegar cualquier motivo serio y razonable que funde el temor de parcialidad, además de aquellos establecidos expresamente en el artículo 77 como deber de los jueces. Es más, son tan amplias las causales que el imputado puede alegar, siempre dentro de lo razonable, que el mismo artículo 76 les permite hacer uso de su derecho cuando se presente un motivo análogo a lo establecido por los jueces. Esto demuestra la enorme amplitud de los motivos que los imputados pueden alegar en el nuevo sistema, en resguardo de la garantía de imparcialidad, lo que justifica así la citada interpretación amplia y aplicación de la analogía. Pero, además, esta interpretación, no solo surge de lo señalado, sino que encuentra sostén legal expreso dentro del mismo código, al permitir que su violación acarree la ineficacia de la etapa o acto llevado a cabo por el juez, a tal punto que ello es un motivo absoluto de absoluto de impugnación formal -un verdadero presupuesto procesal, si se quiere- que ni siquiera exige protesta anterior, pues el mismo afecta la capacidades mismas de los jueces para decidir en los casos concretos (Cfr. , para todo lo dicho, la textualidad de los art. 76, primer párrafo, 77 e inciso uno del artículo 376). Como contrapartida, las causales de de inhibición son

interpretación restrictiva, puesto que los jueces tienen el deber de juzgar, y de aquí que su inhibición debe ser excepcional y taxativa, a tal punto que el mismo código establece en el art. 80, que incurrirá en falta grave no solo el juez que omita apartarse, sino también aquél que lo haga con notoria falta de fundamento. *(Cfr., para todo lo dicho,. Maier, Julio B.J.,Derecho Procesal Penal, T I, Parte General, Editores del Puerto, Bs As, 1996, pags. 739/41 y Tomo II, Sujetos Procesales, Ed. Del Puerto Bs As, 554/62).*

5. Establecidos así los contenidos, alcances y nuevos principios de interpretación básicos de la garantía de la imparcialidad- que ampliaremos cuando apliquemos las normas correspondientes-, dentro del nuevo sistema acusatorio y adversarial, corresponde que vayamos, ahora sí, en busca de las normas procesales específicas que convoca este.

La defensa técnica pide se declare la nulidad del debate, porque entiende que los jueces del tribunal de juicio estaban afectados por sospechas de parcialidad desde el inicio del debate, toda vez que tuvieron conocimiento previo de la admisión de responsabilidad en el hecho por parte del imputado y que éste efectuara en una etapa anterior, en el trámite de un juicio abreviado que, a la postre, resultó rechazado. Siempre según su razonamiento, este hecho contaminó a todos los jueces del juicio e influyó en la valoración de la prueba que llevara a la condena, agregando que ello fue materialmente posible porque las constancias del frustrado juicio abreviado,

en lugar de ser destruídas, quedaron en la carpeta judicial, la que estuvo siempre a disposición del mismo tribunal. Asimismo, sostiene que la certeza de que el trámite no fue desglosado de la carpeta, viene dado por la valoración que los mismos jueces efectuaron del juicio abreviado, cuando dispusieron, luego del veredicto, la prisión preventiva de su defendido, al igual que los dos jueces revisores que confirmaron la cautelar.

Merituando tales afirmaciones, puede decirse, sin dudar, que los jueces del juicio tuvieron la posibilidad real de conocer la existencia del acuerdo de partes en el que el imputado aceptó su responsabilidad penal, puesto que no solamente tuvieron acceso a la carpeta judicial donde consta el acuerdo y su rechazo, sino que lo tuvieron concretamente en cuenta al valorarlo en el dictado de la prisión preventiva después del veredicto. Este hecho es el que debemos considerar para resolver la cuestión, sin entrar a estimar la influencia ejercida por él en la valoración probatoria que llevara a la condena.

Esto es así, porque el temor de parcialidad debe ser apreciado desde un punto de vista objetivo y subjetivo. La primera perspectiva se presentará cada vez que el imputado pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar ni la personalidad, honorabilidad, pero sobre todo sin importar la labor particular del magistrado. El segundo punto de vista se dará, cuando se presente algún

hecho que involucre actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito. En el caso que tratamos, va de suyo que no se trata de lo subjetivo, sino de un vicio objetivo que, tal como lo dijo nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación- recogiendo la opinión del Procurador General de la Nación en "Zenzerovich" Fallos: 322:1941)- faculta al imputado a apartar a los jueces sospechados de parcialidad, facultad que no debe ser confundida con una agresión a la honorabilidad u honestidad de los jueces, pues el temor de parcialidad es un vicio objetivo del procedimiento, y no una mala cualidad subjetiva o personal del juez.

Concretamente, lo que se discute aquí es el hecho objetivo de la probabilidad razonable de que los jueces del juicio hayan tenido conocimiento anterior de la asunción plena de la responsabilidad penal del imputado por el hecho que se lo acusa. No interesa si tal hecho influenció realmente al momento de valorar las pruebas, pues la existencia misma de un vicio objetivo, razonable y serio, ya basta para el temor de parcialidad. La razón última de que un vicio objetivo pueda afectar la labor jurisdiccional, es la desconfianza que tal hecho pueda suscitar en la sociedad, pero sobre todo en el imputado. Todo ello es unánimemente sostenido por la mejor doctrina y jurisprudencia nacional e internacional. Así, enseña el maestro italiano Ferrajoli, que si bien no es imprescindible ni necesario que el juez goce del consenso de la mayoría de la sociedad, sí es determinante que el juez cuente

con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial. *(Cfr. Ferrajoli, ob. cit.; pag. 582).* También en forma clara lo sostiene Roxin, cuando afirma que, cuando pueda producirse en el proceso una sospecha de parcialidad en el juez, deberá apartarse para restablecer la confianza del imputado, como así también la confianza en la imparcialidad de la administración de justicia, que constituye un pilar del sistema democrático *(Cr. Roxin, Claus; Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Bs As, 2000, pags. 41/42.).*

En cuanto a la jurisprudencia internacional relacionada con la perspectiva objetiva, pueden citarse los casos resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en donde específicamente se señalan que, en si en el caso concreto, se presentaron signos objetivos de formación de juicio sobre la hipótesis fáctica, la participación del imputado y culpabilidad, *aunque sea en mínimo grado,* la sospecha de parcialidad generada a raíz de la ejecución de estos actos, da lugar al apartamiento del magistrado. (*TEDH,24/05/198 "Hauschildt"* . Cabe destacar que en ésta materia la Corte Interamericana de Derechos humanos expresamente remite a la interpretación sentada por el tribunal europeo, por lo que sería ocioso aquí su cita detallada, salvo las claras y contundentes palabras expresadas en el caso *" Herrera ulloa vs. Costa Rica" (CIDHU- 02/07/2004), cuando distingue los aspectos*

subjetivos y objetivos de la imparcialidad, sosteniendo que ...” Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrían suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia”.

Por último, entrando en la jurisprudencia nacional, tenemos *el leading case* en la materia- el caso “ Llerena”-, dictado por nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional, en el cual se afirma con prístina claridad, tanto la primacía, en esta materia, del punto de vista objetivo, como sus razones y actividad concreta jurisdiccional a la que debe aplicarse. Así, luego de considerar en el considerando décimo el concepto de imparcialidad objetiva que señaláramos con anterioridad, afirma en el considerando siguiente que***..” podría decirse que para determinar el temor de parcialidad, no se requiere una evaluación de los motivos que impulsaron al juez a dictar dichos actos procesales, ni sus fundamentos en el caso individual. Basta con que se hayan dictado estos actos...para que quede configurado este temor”. (Cfr. Llerena, Horacio L., CSJN- 17/05/2005).*** Este caso fija la interpretación actual y correcta de la garantía de imparcialidad, en un todo de

acuerdo con la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional que citamos anteriormente.

En suma, de todo lo dicho surge con meridiana claridad que el temor de parcialidad debe estimarse en sentido objetivo, esto es, sin entrar a considerar los fundamentos concretos que el juez o jueces cuestionados dieron en sus resoluciones, amén de las razones constitucionales que sostiene esa perspectiva, unánime, por otra parte, en la más autorizada doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, como vimos. Respetuosamente, entiendo que éste es el error en que caen mis ilustrados colegas, puesto que niegan el temor de parcialidad basados en que no existió ninguna errónea valoración de las pruebas en la sentencia, ni ella aparece como arbitraria, cuando debieron analizar antes la capacidad objetiva de esos jueces para juzgar en el caso concreto, lo cual les estaba vedado, a nuestro juicio, por el hecho objetivo del conocimiento anterior de la admisitón de responsabilidad penal por el hecho imputado, que efectuara éste en el juicio abreviado, extremos que les constaban a los jueces antes del juicio, pues no solo fue obraba y obra aún en la carpeta judicial, sino que inclusive fue mencionado por los mismos jueces en el dictado de la prisión preventiva.

En fin, creemos que se presenta en forma muy clara y grosera en este caso la afectación de la garantía de imparcialidad, por la existencia seria y razonable de temor o sospecha objetiva de parcialidad, que

surge del conocimiento anterior al debate sobre la admisión de responsabilidad del imputado por parte de los jueces que efectuaron el juicio. La seriedad y razonabilidad de sospecha de parcialidad, mirada siempre objetivamente, no puede ser de mayor entidad en este proceso, y debería quedar fuera de toda duda, ni bien se piense en el obstáculo central y absurdo que sería declarar en el juicio – o en esta impugnación- que el autor actuó en legítima defensa, cuando antes acepto la autoría del hecho y una pena de ocho años de prisión en el juicio abreviado frustrado. En efecto, en este proceso el imputado, luego de admitir los hechos como homicidio simple y acordar una pena de ocho años de prisión en el trámite de juicio abreviado que fuera finalmente rechazado, alega en el debate que actuó en legítima defensa.. Con este cuadro, entendemos que escapa a toda lógica exigirles a los jueces del juicio- o a los de la impugnación- una imparcialidad que no es humana en tal cuadro, ni conforme a la experiencia común de cualquier mortal y, mucho menos, a las reglas de las ciencias sobre la conducta humana.

6. Probada así la violación de normas internacionales y nacionales supremas que establecen el derecho del imputado a ser juzgado por un tribunal imparcial- arts. 8.1 CADHU, 14 del PIDCyP, 75 inc. 22 CN y 44 de la Const. Provincial- , corresponde ahora considerar las normas procesales concretas de nuestro código que fueron inobservadas y las consecuencias procesales consiguientes.

En esta senda, nuestro código dispone, reglamentando así la normativa suprema en torno de la garantía de imparcialidad, la prohibición absoluta de que el tribunal de juicio tome conocimiento previo de las actuaciones. Sabido es que tal disposición trata de asegurar contra cualquier formación de opiniones sobre el caso que deberán decidir los jueces del juicio, en aras de aventar cualquier mínima sospecha de parcialidad. En concordancia con estas ideas, el artículo 355, también en forma muy clara, establece que, cuando la solicitud de proceder abreviadamente que efectuaren las partes fuera rechazada, tal rechazo no constará materialmente en ninguna pieza del proceso a través de las cuales los jueces de juicio puedan anoticiarse de tal incidente, determinando que nada se dirá del rechazo, ni en el auto de apertura, ni en la nueva acusación que deberá efectuar el fiscal, mandando expresamente a eliminar todo vestigio sobre el acuerdo previo. La explicación de esta norma de mandato es clara, pues se trata siempre de lo mismo, esto es, evitar que los jueces de juicio se formen una opinión sobre la responsabilidad del imputado antes del debate.

Estas dos normas procesales de prohibición y mandato concretas, fueron también las violadas, no siendo necesario discurrir al respecto, toda vez que, como ya lo señaláramos, el acuerdo siguió materialmente en la carpeta judicial que tuvieron los jueces a su disposición, y aún sigue allí, e inclusive fueron valoradas por el mismo tribunal tales

actuaciones al dictar la prisión preventiva, luego del veredicto. De allí que deba presumirse, siempre objetivamente al menos, que los jueces conocieron el acuerdo y, por ende, la admisión de los hechos por parte del imputado, lo cual, objetivamente –repetimos- entraña un temor de parcialidad palmario, serio y más que razonable.

Párrafo aparte merecen las consideraciones de mis colegas en orden a la imposibilidad o utopía de que tales normas se cumplan en la práctica, argumentando que los jueces de juicio necesariamente deben analizar todas las actuaciones para verificar si no existe alguna causal de inhibición. Respetuosamente disiento de ello, pues los jueces deben interpretar las nuevas normas conforme un sentido que las haga operativas, es decir, buscar la forma, modo o manera de que ella se cumpla, que la finalidad o teleología se lleve a cabo, dando a las palabras y mecanismos instaurados una interpretación que las haga aplicable. No puede sostenerse una interpretación de una norma procesal que les quite vigencia y eficacia concreta, sino que se les debe dar un sentido dentro del sistema. En el caso concreto de rechazo de un acuerdo abreviado, el código dispone que no debe quedar ningún vestigio de él, y ello debe interpretarse como que ordena la destrucción material del acuerdo, o el envío al archivo del acuerdo, con constancias totalmente separadas de las actuaciones que llegan al tribunal de juicio. Además, la misma letra del artículo 330 permite que sea la oficina

judicial la que lo disponga, puesto que no solamente es una providencia de mero trámite, sino que establece que es el mismo juez de la audiencia preliminar, en combinación con la oficina judicial, quienes disponen la integración del tribunal que llevará a cabo el debate, por lo que no se vé obstáculo alguno que tales órganos den la debida intervención, acompañando a los fines de eventuales inhibiciones, toda la información que tenga relación con las causales taxativas del artículo 77. Así, los jueces del juicio, recibirían un informe del mismo juez que dicta la apertura, sobre todas y cada una de las causales, señalando los nombres de todos los interesados- sean imputados, víctimas, representantes, y defensores-, amén de individualizar a los fiscales y jueces actuantes con anterioridad que hayan emitido opinión sobre el fondo de la cuestión, omitiendo toda referencia al rechazo de un juicio abreviado. Con esta información en manos de los jueces de juicio, éstos estarán en condiciones más que suficientes como para inhibirse, pues ella llena todas y cada una de las causales por las que tienen el deber de excusarse, no siendo exigible otra información adicional, puesto que los jueces no pueden inhibirse por motivos análogos a ellas, como si lo pueden hacer las partes en la recusación, según ya explicáramos. Entendemos que con esta interpretación de las citadas normas , se ofrece un trámite claro y sencillo, dando operatividad así a las prohibiciones y mandatos señalados, las que, por otro lado, deben ser alabadas al tratar de instaurar prácticas nuevas y desplazar

viejas prácticas judiciales, en cuanto al conocimiento de las actuaciones judiciales antes de las audiencias. Así lo sostiene Binder, al afirmar que el proceso penal no puede ser visto solamente como conjunto de normas, sino que debe abordarse su estudio como un universo de prácticas, orientados por varios sistemas normativos formales e informales que determinan el sentido, la interpretación de las normas jurídicas. Por ello, es importante, si se quiere cambiar de prácticas, tenerlas en cuenta, poniendo como ejemplo, el autor citado , precisamente la practica actual de leer el expediente antes de decidir en la audiencia oral, cuando ello no está ordenado en ninguna norma, sino impuesto por la costumbre de los jueces. De aquí, entonces, la importancia liminar de tener en cuenta la vieja práctica, que se trata de desplazar, con la norma que quiere instaurar una nueva práctica. *(Cf. Binder, A. M.; Derecho Procesal Penal, Tomo I, Hermenéutica del proceso penal, editorial Ad- Hoc- , Bs As, 2013, pags. 38/40).*

Por último nos permitimos, respetuosamente, hacer una pequeña digresión sobre la supuesta utopía legislativa que se alega para no aplicar la norma, y ella reside en que es muchísimo mucho más utópico aún ,pedirle a un juez que analice las pruebas en forma imparcial ,a los efectos de determinar si existió o no legítima defensa- como se discutió en este caso-, cuando sabe perfectamente que el imputado acepto anteriormente la responsabilidad penal sin alegar eximente alguna.

7. En conclusión, puede señalarse que se dan aquí todos los elementos necesarios como para estimar violada la garantía de imparcialidad. Esencialmente, se comprobó el temor o sospecha de parcialidad objetiva en cabeza de los jueces de juicio, extremo que ya los invalidaba en forma absoluta a realizar el debate y decidir. De aquí que todos los actos que realizaron con posterioridad a tal hecho objetivo, son nulos por ese solo hecho que neutralizaba su capacidad para actuar, no siendo necesario analizar si los actos del debate y sentencia consiguiente fueron correctos o no, puesto que se trata de un obstáculo que hace a un presupuesto esencial del juicio, tal como lo demuestra, y así se expresa, el mismo código nuestro, al establecer la irregularidad sobre la capacidad de decisión de los jueces, como uno de los motivos absolutos formales de impugnación. En este marco, corresponde declarar la nulidad del debate y sentencia condenatoria, por lo que así voto.

8. Respecto de los honorarios, adhiero sin más a lo fijado por la Dra. Nelly García, que lidera el acuerdo.-

De conformidad con los votos precedentes, la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1º) RECHAZAR la impugnación interpuesta por la defensa y confirmar en todas sus partes la sentencia de fecha 24 de mayo de 2013, que le impuso a **E.**

A. L., una pena de once años de prisión efectiva, por haber resultado autor material y penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con lesiones graves agravadas por el uso de armas de fuego (arts.45, 55, 79, 90, 41 bis del C. Penal), con costas.---

---

2º) REGULAR los honorarios profesionales del Defensor de confianza Dr. G. I. en el 25% de lo regulado en primera instancia, conforme art. 13 de la Ley XIII N° 4, los que se declaran a cargo del imputado.-------

3º) La presente se remite por correo electrónico con firma digital, ya que los jueces son de extraña jurisdicción, sin perjuicio de su oportuna suscripción material (conf. Art. 331 in fine y 385, 5° párrafo del C.P.P), y su lectura estará a cargo de la Secretaria de la Cámara en lo Penal de la ciudad de Comodoro Rivadavia.----------

4º) Regístrese, comuníquese y notifíquese.----------

Sentencia nº 25/13 de fecha 9/9/13

Fdo. Dres. C. E. Nely García. Omar Florencio Minatta. Jueces de Cámara Subrognates.-