**CAUSA: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/M., M. - (NIC N° 3105 - NUF N°29023).**

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los veintitrés dias del mes de marzo dos mil dieciséis, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, el Tribunal integrado por la Sra. Juez de Cámara, **Dra. Carina Paola Estefanía**, en su carácter de Presidente, el **Dr. Florencio Minatta** y la **Dra. Nelly Garcia** a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de las Causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ M. M. - (NIC N°33105 - NUF. N°29023)**, en la que tuvieron debida participación la **Fiscal General**, **Dra. Fernanda Révori**, en representación del Ministerio Público Fiscal, el imputado **Sr. M. M.** y su defensor **Dr. B. D.**

**Y CONSIDERANDO:**

Que el dia 16 de marzo del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del C.P.P. presidida por la Dra. Carina Estefanía, en ella el Dr. B. D., ratificó los fundamentos de la impugnación ordinaria sostenidos en su expresión de agravios, contra la sentencia condenatoria 28 de octubre de 2015, dictada por el Dr. José Colabelli, en la que le impuso la pena de seis años de prisión por ser autor penalmente responsable de los delitos de: robo simple cometido el 30 de noviembre de 2013 en perjuicio de A. E. B., robo simple, cometido el 24 de enero de 2014, en perjuicio de L. F. C. y D. S. S., homicidio en grado de tentativa, en perjuicio de I. V., abuso de armas en perjuicio de M. Y., C. M. F. y J. N. O., portación ilegitima de arma de guerra, en perjuicio de la administración pública, cometidos el 2 de mayo de 2014 y homicidio simple, cometido el 25 de mayo de 2014 en perjuicio de H. D. L.

La Defensa refirió que el antecedente es el juicio abreviado celebrado el 3 de octubre de 2014 en el marco de la audiencia preliminar. M. M. reconoció los hechos imputados la acusación y en ese momento se le impuso medidas tutelares por el plazo de un año. Las que consistieron en a) fijar residencia en calle I. N° XXXX, V. N. cito de la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, debiendo solicitar previamente cualquier cambio de domicilio-,

b) asistir a un tratamiento psicológico c)continuar sus estudios escolares, d) seguimiento a cargo del Juzgado de Garantía Juvenil de dicha ciudad, e) prohibición de acercamiento a la ciudad de Esquel.

Dijo que cumplido el plazo el 28 de octubre de 2015 se llevó a cabo la audiencia para establecer si había cumplido las medidas y la necesidad de imponerle pena conforme los términos del art. 4 de la Ley 22.278 y su modificatoria 22.803. El Ministerio Público sostuvo que había fracasado el tratamiento porque no había cumplido con su escolaridad y la terapia psicológica en la medida pretendida.

Se agravia el Dr. D. por considerar que el Dr. Colabelli en la resolución atacada hizo un análisis sumamente parcial de los elementos aportados por la defensa, prácticamente justificó la pena en la gravedad de los hechos imputados con finalidad retributiva, exigiéndole excelencia subjetiva en el cumplimiento de las medidas.

El Juez fue insensible al analizar los argumentos de la Defensa y recogió los escasos elementos aportados por el MPF, sin mayor respaldo científico sobre perfiles psicológicos que indiquen la existencia de peligrosidad y en que facetas hubo readaptación y en cuáles no. Citó doctrina y jurisprudencia.

Agregó que el Juez de la sentencia fue el mismo que intervino en las etapas precedentes incluyendo la
preparatoria, en la preliminar se trató el juicio abreviado y en la audiencia del 28 de octubre le impuso pena. Hizo especial hincapié en las inasistencias a la escuela y la falta de asistencia a alguna sesión de psicoterapia.

En el caso se han violado la Convención de Derechos del Niño, arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40. No se ajusta a los principios de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de agosto de 2002.

Concluyó que el fallo además no tiene motivación suficiente.

Hizo reserva de recurso extraordinario. Solicitó que se adecúe la imposición de costas. Ofreció prueba.

Como petitorio final requiere que se revoque la sentencia impugnada. En la audiencia ratificó el contenido de su escrito y preguntado por el Tribunal si se le habia hecho saber al momento de concretar el acuerdo de juicio abreviado, todas las consecuencias del mismo. Contestó que personalmente le hizo saber antes de la audiencia todas las consecuencias. Preguntado si las medidassocio-educativas o tutelares, también hablan sido acordadas y consensuadas. Dijo que fueron propuestas porla Asesoría de Menores y fueronconsensuadas y acordadas. Por último preguntado por el agravio por la participación del mismo Juez en todas las etapas. Dijo que la intervención del Dr. Colabelli la habia consentido y no era un agravio específico, sino un argumento más.

A su turno, la Sra. Fiscal General, Dra. Fernanda Révori, al responder dijo que el recurso debe ser rechazado.

Dijo que contrario a lo que sostiene la Defensa, la sentencia atacada fue el resultado de un proceso donde se cumplieron todas garantías procesales y especialmente la normativa del proceso penal para menores punibles.

No advirtió los vicios que alega en la justificación del Juez Colabelli.

El magistrado entendió junto al MPF que el fin resocializador propuesto en las medidas tutelares no se había cumplido y en este punto había fracasado por responsabilidad del propio beneficiario.

Aclaró que se citaron para abonar la postura resoluciones dictadas en las carpetas 1959 y 1052 y fallos de otros tribunales del país. Sostuvo que no se violó el régimen penal juvenil vigente en nuestro país.

Mencionó que se tuvo en cuenta la multiplicidad de hechos violentos protagonizados por M., por los que se asumió responsable, la magnitud del injusto, la violencia desplegada y la extensión del daño. Fue central su minoría de edad, la ingesta alcohólica y su historia de vida para reducirle la pena como para la tentativa.

Solicitó que se confirme la sentencia.

En la audiencia amplió los fundamentos y dijo que se discutió ampliamente en la audiencia la necesidad de aplicarle una pena y que la resolución del Juez Colabelli se corresponde con la pretensión fiscal.

En definitiva solicitó que se rechace el planteo y se confirme la resolución.

Encontrándose presente en la sala el Dr. H. H. abogado patrocinante de la víctima Sra. M. L. dijo, que por la gravedad de los hechos debería imponérsele pena para hacer justicia como reclama la madre del joven L.,

y considera que en este caso es la Defensa quien debía traer pruebas que acrediten que ya no es un riesgo para la sociedad, como por ejemplo, informes psicológicos.

La Sra. Leiva se dirigió al imputado preguntándole por que había matado su hijo, siendo que eran amigos y que en otras oportunidades lo había asistido llevándolo al hospital. Nadie le va a devolver la vida a su hijo, el que dejó una hija pequeña. Solicitó se haga justicia y que se mantenga la pena impuesta.

Antes de finalizar se invitó al imputado M. M. a expresarse, y dijo que no.

Corresponde entonces dar respuesta a las cuestiones que fueron objeto del recurso, como lo ordena el art. 331 del C.P.P.- A esos fines el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver: Ira.) ¿Debe admitirse o rechazarse la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa del Sr. M. M. contra la sentencia de imposición de pena? 2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° pár., CPP), se estableció el siguiente orden para la votación: **García - Estefanía- Minatta**

**La Dra. García dijo:** Tengo que partir que el acuerdo de juicio abreviado presentado fue homologado por el Juez de la audiencia preliminar Dr. José Colabelli por sentencia del 3 de octubre de 2014, en el cual también se consensuaron las medidas socioeducativas propuestas por el Dr. Contreras en su carácter de representante de la Asesoría de Menores. No hay agravios al respecto, dicho acuerdo ha quedado firme y se cumplió.

En consecuencia se inició el incidente de ejecución penal con el N° 934 relacionado a la NIC 3105 y NUF 29023 dándosele intervención al Dr. José O. Colabelli como Juez de Ejecución y es quien llevó adelante el control de las medidas ordenadas.

Cumplido el plazo de un año el Dr. C. R., funcionario del MPF, solicitó que se fije audiencia en los términos de los arts. 4 y 2 de la Ley 22.278.

Esta vez, según constancias de la carpeta judicial (fs.72) se le dio intervención nuevamente al Dr. José Colabelli, quien llevó a cabo la audiencia del 28 de octubre de 2015, donde se discutió la necesidad o no de imponerle pena y dictó sentencia en el mismo día.

La Defensa se agravia de esta sentencia a la que considera arbitraria porque hace un análisis sumamente parcial de los elementos que aportó y le impuso una pena exigiéndole un nivel de excelencia en el cumplimiento de las medidas.

Cuestionó que el Juez de la sentencia fue el mismo que intervino en las etapas precedentes incluyendo la preparatoria, en la preliminar

se trató el juicio abreviado y en la audiencia del 28 de octubre le impuso pena.

Pero al ser interrogado por este agravio que no había mencionado, aclaró en la audiencia que el cuestionamiento de la intervención del Dr. Colabelli era sólo un argumento más para fundar sus agravios, porque él había consentido su intervención.

Advierto que efectivamente el Juez Colabelli fue el único juez que intervino en todas las etapas, en la preparatorio ordenó registros domiciliarios, realizó la audiencia de apertura, dispuso la prisión preventiva, homologó el juicio abreviado, controló la ejecución de las medidas y por último impuso pena.

En este punto, coincido con la Dra. Estefanía, que el juicio abreviado es una excepción, precisamente se renuncia al juicio previo por un acuerdo transaccional, en el que no hay contradictorio y se supone más beneficioso para el imputado, por ello es que se consiente que el Juez de la audiencia preliminar intervenga en el juicio abreviado.

La audiencia de imposición de pena al menor está fuera del juicio abreviado, hay un contradictorio irreductible entre la pretensión del acusador público y la defensa, y se necesita un juez imparcial para que dirima la cuestión.

Se aplican al caso las reglas del juicio, se trata de una causal objetiva de recusación prevista en el art. 77 inc 2 del C.P.P y el art. 300 última parte requiere que el juez de juicio no tenga conocimiento previo de las actuaciones.

Considero que la integración del tribunal y la imparcialidad del juzgador es una garantía esencial para el debido proceso, que no es disponible para las partes, además está previsto como motivo absoluto de impugnación formal en el art. 376 del C.P.P.

No importa que haya consentido su intervención, es una de las causales de invalidez de los actos procesales que menciona el art. 161 del C.P.P. cuyo defecto' no puede ser convalidado.

Esta Cámara ya fijó su criterio en la causa "Pcia. del Chubut c/ M. G." (NIC 2003 NUF 17118) . En sentencia del 29de julio de 2013, fijóposición en cuanto a la intervención del juez y la garantía de imparcialidad. "La garantía puesta en crisis, intenta proteger el derecho de toda persona sometida a un proceso penal a ser juzgada por un tribunal imparcial, tal como ha sido consagrado de manera expresa en la normativa internacional incorporada a la Constitución Nacional por su art. 75 inc 22 (art. 10 DUDH, art. XXIV DADDH, art. 14 PIDCyP,art. 8 CADH)"

"Por ello, los códigos procesales locales prevén causales de exclusión de jueces referidas a diversas situaciones de hecho que vinculan al juez con el caso concreto, todas ellas bajo el denominador común del llamado- temor de parcialidad. Su inobservancia configura un vicio de carácter general y absoluto, declarable aún de oficio, en cualquier estado y grado del proceso."

El Superior Tribunal de Justicia determinó los alcances de la garantia en la causa "B., G. s/ homicidio en grado de tentativa, lesiones leves-Trelew (Expte N° 100.000- F° 01 - Letra "B"- Año 2014), con sentencia del 16 de diciembre de 2015-

En este caso lo habia planteado el querellante en el recurso, aunque no lo habia recusado en su momento.

El Dr. Jorge Pfleger dijo que la regla que emana del art. 77 inc 2 "puede resumirse en los siguientes términos: el haber dictado sentencia o haber tomado decisiones que importen un hacer mérito provisional {juicio de probabilidad) acerca del hecho objeto de imputación, en sus aspectos fácticos y jurídicos."

En el caso que cito, el Juez Daniel Rebagliatti Russel se apartó del criterio del Dr. Pfleger, que quedó en minoría. Dijo que "surge claro que el magistrado se encontraba comprendido en las prescripciones de los arts. 300 y 385 del C.P.P. en cuanto le mandaba estar ajeno al conocimiento previo de las actuaciones y su violación implica una clara afectación al principio de imparcialidad. Así lo ha sostenido la Corte Federal en el fallo "Llerena" al expresar: Que la garantía de imparcialidad del Juzgador es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso en su vinculación con las pautas de organización del Estado". Por esta razón, el pronunciamiento que aquel concurrió a dictar deviene nulo."

En el tercer voto el Dr. Alejandro Panizzi, dijo que le tocó dirimir la disidencia y se enroló en la posición del segundo votante.

Por lo expuesto corresponde declarar nula la sentencia del 28 de octubre de 2015 y ordenar el reenvío, tal como lo dispone el art. 386 del C.P.P., que desplaza al art. 162 del C.P.P. que se refiere a vicios del procedimiento anteriores a la sentencia.

A ese fin corresponde disponer que en el término de cinco dias se de intervención a un nuevo Juez Penal y se fije audiencia para tratar la imposición de pena en un plazo no mayor de veinte días hábiles, conforme lo dispuesto por el art. 387 del C.P.P. para minimizar los efectos negativos del transcurso del tiempo. Asi Voto.

**La Dra. Estefanía dijo:**

El caso traído a este Tribunal de Alzada, por la defensa del imputado M. M., tal cual lo ha sostenido la Dra. García, en el voto que lidera el Acuerdo, contiene una afectación ala garantía constitucional del debido proceso, que impone la declaración de

nulidad de la sentencia de pena dictada el 28 de octubre de 2015 por el Dr. José Oscar Colabelli, registrada con el Nro. 1864 del año 2015.

Doy razones.

En la Carpeta Judicial Nro. 3105 Legajo Nro. 29023, se advierte que con fecha 25 de mayo de 2014 el MPF requirió al entonces Juez de Garantía en turno, Dr. José Oscar Colabelli, diversas ordenes de allanamiento en el marco de la investigación del homicidio de Hernán Darío López, las que fueran autorizadas por el magistrado citado, (sj. Nro. 14756) En la misma fecha el MPF solicitó la detención de M. F. M., medida que también fue otorgada por el Juez a las 14.25 horas, requiriendo entonces el alojamiento del menor en el COSE. (SJ. 14759)

El 27 de mayo de 2014 se realizó la audiencia de control de detención, oportunidad en el que el magistrado ordenó - previo análisis de los requisitos del art. 220 del CPP- la prisión preventiva del imputado por el plazo de tres meses, en el establecimiento de menores referido.

El 12 de junio de 2014 el Dr. Oscar Colabelli ordenó a pedido del MPF, la pericia de dermonitrotest.

Con posterioridad se unificaron en esta Carpeta Judicial los siguientes legajos: Nro 27314, en la que se investigaba un robo ocurrido el 30 de noviembre de 2013 en perjuicio de A. B., Nro. 28792 en la que se investigaba un hecho calificado como Homicidio agravado por el uso de arma en grado de tentativa en concurso real con portación de arma de guerra, en concurso real con abuso de armas, ocurrido el 2 de mayo de 2015, en perjuicio de I. V., M. Y., C. M. F. y J. N. O. y Nro. 27864 mediante el cual se investigó un hecho de robo ocurrido el 24 de enero de 2014 en perjuicio del local comercial El Progreso.

EL 1 de septiembre de 2014 el MPF presentó la acusación fiscal por los cuatro hechos referidos. El 23 de septiembre de 2014 se llevó adelante la audiencia de control de prisión preventiva en la que las partes manifestaron que existia un principio de acuerdo para arribar a un juicio abreviado y solicitaron se mantenga la prisión preventiva y asi fue dispuesto por el Juez Colabelli.

El 26 de septiembre de 2014 se realiza la "audiencia de juicio abreviado" con el mismo magistrado que venia interviniendo. En esa ocasión las partes presentaron el acuerdo que incluía los cuatros hechos y alli se adelantó cuales serían las medidas que debía cumplir el menor por el término de un año.

El 3 de octubre de 2014 el Dr. José O. Colabelli, dictó sentencia, mediante la cual homologó el acuerdo de las partes.

Impuso las medidas socioeducativas requeridas por el término de un año y dispuso eldecomiso, devolución y destrucción de los elementos secuestrados.

El 23 de octubre de 2014 se formó el incidente de medidas socio educativas Nro. 934.

Surge del incidente que con fecha 27 de octubre de 2014, en virtudque el Dr. Oscar Colabelli oficiaba para entonces de Juez de Ejecución de nuestra circunscripción, aceptó su intervención en el mismo, la que finalizó en 2015, cuando asumió dicha función la Dra. Graciela Anabel Rodríguez.

En el mismo expediente se fueron agregando los distintos informes remitidos desde la Ciudad de Bahía Blanca, lugar en el que se domiciliaba el menor, que eran puestos a consideración del magistrado.

El 1 de octubre de 2015, el MPF requirió se fije audiencia para la imposición o no de pena, en los términos de los arts. 4 y 2 de la ley Nro. 22.278 y sus raod. en virtud del cumplimiento del plazo de un año dispuesto para la realización de las medidas socioeducativas.

Ante dicha petición el Dr. Oscar Colabelli ordenó se remita a la Oficina de Ejecución y luego, la Dra. Rodríguez - Juez de Ejecución- resolvió se remita al área de gestión a sus efectos.

El 13 de octubre de 2015 la Oficina Judicial fijó la audiencia para el dia 28 de octubre de 2015 y remitió la Carpeta al Dr. Colabelli quien se notificó, sin realizar ninguna manifestación el día 15 de octubre de 2015 y el 19 de octubre del mismo año ordenó la entrega de copias a la Defensa, que se había notificado tanto de la fecha de audiencia como de la intervención del magistrado y no había efecutuado objeción alguna, como tampoco lo hizo el MPF.

Finalmente el 28 de octubre de 2015 se realizó la audiencia de imposición de pena cuyo inicio consta a las 8.18 y la finalización a las 11 horas. Cuatro horas más tarde, se reanudó la audiencia y en esa oportunidad el Magistrado dictó la sentencia, mediante la cual impuso la pena de seis anos de prisión efectiva.

De lo expuesto surge palmariamente que en estos actuados - sin perjuicio de la intervención de los Jueces Penales Dres. Javier Allende y Martín O'Connor en el inicio de los legajos que luego fueron acumulados- el mismo magistrado ha intervenido en todas las etapas del proceso: en la EPP, dictó las primeras medidas que incluyeron la orden de detención de M.; realizó la audiencia de control de detención y de apertura de la investigación en los términos del art. 27 4 del CPP; dictó la prisión preventiva; más tarde ordenó pericias requeridas por

el MPF; luego prorrogó la prisión preventiva; intervino en la audiencia en la que las partes manifestaron que presentarían un juicio abreviado; homologó el acuerdo de juicio abreviado; luego intervino en el control de las medidas socioeducativas durante la primera etapa y finalmente fue el Juez que intervino en el juicio de la pena y dictó sentencia.

Lamentablemente, ni el magistrado, ni ninguno de los operadores, puso coto a este anómalo devenir procesal, pues no existe razón alguna que pueda justificar semejante afectación al principio constitucional de imparcialidad del Juez, que involucra directamente la garantía de defensa en juicio y del debido proceso.

La Dra. García interrogó al Defensor Público Dr. B. D., sobre sus manifestaciones escritas en el recurso en ese sentido, mediante las cuales hacía referencia a la intervención del magistrado desde las primeras etapas del proceso. Sin embargo, para sorpresa de este Tribunal, el señor Defensor respondió que tales dichos no constituían un agravio en si mismo sino que debían ser considerados en el marco del agravio por el cual se quejaba del análisis parcial y escueto realizado por el magistrado de todas las constancias del incidente de control de las medidas socioeducativas. Incluso agregó que había consentido la intervención del Dr. Colabelli.

La Dr. Révori, representante del MPF, tomó nota de la pregunta que la Dra. García le realizara al defensor y al respecto dijo que la Defensa no recusó al magistrado y consintió



su intervención.

Enseña Ferrajoli que la imparcialidad y la ajenidad del juez, tiene su origen en el mundo greco-romano y después en la organización medieval (preinquisitiva) de las artes liberales los que fueron redescubiertos por la cultura ilustrada continental, bajo el influjo de la experiencia inglesa.

Para Alvarado Velloso, "...la tarea de ser imparcial es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica neutralidad que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra y señala que el principio de imparcialidad indica que "el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (impartialidad} ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo, debe carecer de todo interés

subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia).

La Corte Suprema de Justicia de nuestro pais trae como fundamentos los antecedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana y desarrolla el concepto de imparcialidad objetiva, la que requiere de un análisis externo e independiente del pensamiento del Juez, se centra en los procedimientos. Para garantizarla las normas no deben establecer institutos procesales que de cualquier manera puedan despertar sospecha de parcialidad.

La actual tendencia doctrinal en materia de imparcialidad se encuentra especialmente descripta en el emblemático caso "Llerena" C:\DocumentsandSettings\u0104759\ConfiguraciÁ³nlocal\ArchivostemporalesdeIntemet\Content.Outlook\ODN3ZBHM\12-8-Q1 12 11 fPM)(2>.rtfFN18 del cual resulta muy importante destacar algunos de sus considerandos:

Que existe cuestión federal suficiente puesto que la defensa pone en discusión el alcance de la garantía de juez imparcial reconocida dentro de los derechos implícitos del art. 33 constitucional, y se deriva de las garantías dedebido proceso y de la defensa en juicio establecidas en el art. 18 de la Constitución Nacional y consagrada expresamente en los artículos: 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa que efectúa el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (confr. Fallos: 326:3842, disidencia de los jueces Maqueda y Vázquez)". "De aquí, que la forma de garantizar la objetividad del juzgador y evitar este temor de parcialidad está estrechamente relacionada con las pautas de organización judicial, en tanto éstas regulan la labor de los distintos sujetos del órgano jurisdiccional, en un mismo proceso".

El voto del Ministro Petracchi hace directa referencia a los antecedentes sobre la materia tratados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y afirma: "31} Que de los precedentes descriptos se desprende la regla general de que un sistema en que la sentencia es dictada con la intervención del mismo juez que tuvo a su cargo la investigación preliminar y la decisión acerca del mérito de dicha investigación, ^en principio, no satisface el estándar mínimo de imparcialidad del tribunal, exigidos por los respectivos tratados internacionales".

Por último en el considerando 36) sostiene "Que, cuando se argumenta en favor de la legitimidad de la acumulación de funciones sobre la base de la posibilidad de que, de todos modos, el juez actúe imparcialmente, se parte de la base de que los jueces son sujetos de una probidad indudable, que estarán dispuestos a abstraerse de todos los esfuerzos que hicieron para acreditar suficientemente la posible responsabilidad del imputado en la comisión del hecho, y que, frente al nuevo examen de las pruebas del debate, llegado el caso, admitirán sin dudar que el imputado es inocente y que todos los sufrimientos que le produjo el sometimiento a proceso nunca debieron haber acaecido. **Es posible que haya muchos jueces que reúnan semejantes virtudes. Pero la pregunta es si es razonable establecer un sistema en el que se exija permanentemente de los jueces tal probidad, y particularmente, de los justiciables, tanta confianza en la disposición de los jueces a resolver el dilema de reconocer sus posibles errores y asumir las consecuencias profesionales y personales que ello pudiera acarrear, siempre en favor del derecho".**(el resaltado me pertenece)

Recientemente el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, en la causa "B. G. s/ homicidio en grado de tentativa, lesiones leves - Trelew" (expíe, nro. 100.000 - Folio 1 - Letra b - Año 2014,) resolvió, con relación a la garantía de imparcialidad del Juez, la nulidad de la sentencia de la Cámara en lo Penal de Trelew, en virtud de que uno de los magistrados había intervenido en la EPP.

El Dr. Daniel Rebagliatti Russell sostuvo en oportunidad de fundar su voto que "Así, sabido que toda persona sometida a un proceso penal tiene derecho a ser oída ante un tribunal imparcial y para su cumplimiento nuestro ordenamiento procesal ha distribuido competencias tratando de preservar esta garantía para el justiciable. Para tal cometido establecido cuales eran las incumbencias penales, tanto en la etapa preparatoria como en la etapa intermedia, separándoles este cometido a los jueces que ulteriormente debian intervenir en la etapa posterior de juicio".

La intervención del mismo magistrado que interviene en la EPP en la tramitación del juicio abreviado "es una excepción tolerada" en virtud de la existencia de un acuerdo de partes, que limita sustancialmente el poder decisivo del magistrado. Pero, en los casos en los que se difiere la imposición de una pena, como ha ocurrido en los presentes actuados, por tratarse de un menor, la decisión respecto de la imposición o no de pena, que ya no es producto de un acuerdo de partes, (por el contrario)

, no puede ser adoptada por el mismo Juez que intervino en todas las etapas previas del proceso.

Finalmente, me resta señalar, que por tratarse de una flagrante violación a una garantía constitucional, no interesa la ausencia de agravio de la defensa técnica por la continua intervención del magistrado, en las diversas etapas procesales, ni tampoco interesa que la parte no haya recusado al magistrado en la etapa procesal oportuna. En consecuencia, corresponde, como lo indica la Dra. Garcia en su voto, la declaración de nulidad de la sentencia de pena dictada por el Dr. José Oscar Colabelli, y ordenar la devolución de la presente Carpeta Judicial a la Oficina Judicial para que en un plazo no superior a los veinte dias hábiles fije una nueva audiencia de pena, para lo cual deberá darle intervención a un magistrado distinto de los que hayan intervenido.

También corresponde, requerir a la OFIJU, en virtud de los graves incidentes ocurridos en la audiencia ante este Tribunal, se adopten las medidas correspondientes tendientes a brindar seguridad a todos los asistentes de la audiencia, solicitando a las fuerzas de seguridad los recursos humanos y materiales que estimen pertinentes. Asi voto.

**El Dr. Minatta dijo:**

1. Resulta superfluo tratar los agravios de la defensa, toda vez que se observa, en el caso, el incumplimiento de un presupuesto procesal o condición de legitimidad constitucional del proceso- la imparcialidad del juez-, que transforma a todo el juicio sobre la autoría e imposición de pena al menor, en inválido, lo que debe llevar a privar radicalmente de efectos a esa secuencia de actos y sus decisiones. Asimismo, adoptaremos tal solución de oficio, y, como consecuencia necesaria- a diferencia de mis colegas-, proponer la absolución del imputado, puesto que no es posible, por mandato constitucional, retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, cuando la invalidez se funda en la violación de una garantía establecida a favor del imputado, solución que expresamente establece nuestro código procesal en el segundo párrafo del artículo 162. Por ello, a argumentar sobre todas y cada una de las afirmaciones anteriores, dedicaremos el desarrollo siguiente.

2. En primer lugar, corresponde explicitar, como siempre lo hacemos, el marco teórico de nuestro voto, que fungirá como motivación del mismo.

Así, sabemos que en doctrina se debate el contenido y alcance del concepto mismo de presupuestos procesales, pues algunos reservan ése nombre a los obstáculos provisorios que impiden una decisión material o de fondo sobre el caso y que llevan a archivar la causa hasta quese supere el

obstáculo, por lo que dan a tal decisión el efecto de cosa juzgada formal. Diferencian, asi, los presupuestos procesales, de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, que pondrían un obstáculo definitivo a la persecución penal y, ergo, a la decisión sobre el fondo del asunto, por lo que no queda otra que clausurar definitivamente el proceso con una decisión desicriminatoria definitiva con efectos de cosa juzgada material, tal como por ejemplo sucede con la extinción de la acción penal por prescripción. Sin embargo, esta distinción pierde su importancia en cuanto a sus efectos, tal como lo explica el maestro Maier, cuando la condición, impuesta como presupuesto procesal, lo está para beneficiar exclusivamente al imputado, sea en abstracto o en concreto- como luego veremos-, pues en estos casos, no permitir una decisión desincriminatoria por afectación de la garantía, implicaría utilizar tal violación para perjudicarlo. En definitiva, siempre en línea con los argumentos del autor citado, sólo cuando el presupuesto o condición no está establecida solo en su favor, ello impide una decisión material que beneficie al imputado, tal como sucede, por ejemplo con la falta de instancia en los delitos de instancia privada, en que el legitimado tiene derecho a hacerlo hasta que prescriba o se produzca un suceso extintivo de la acción penal, por lo que hasta estos momentos, el tribunal no podrá decidir con efectos de cosa juzgada material, dictando el archivo con los efectos de la cosa juzgada formal. No obstante, a nuestro modesto entender, esto último sólo puede ocurrir durante la etapa preparatoria o la preliminar, pues una vez iniciado el juicio y desarrollado por completo, no puede, aún en esos casos, retrotraerse el proceso por invalidez, pero por otros principios y motivos que no corresponde aquí detallar. (Cfr: MAIER, Julio B.J.; Derecho Procesal Penal, Parte General, Tomo II, Sujetos Procesales, Ed. Del Puerto, Bs As, Tomo II, 2004, pags. 95 a 103 y, especialmente, página 121).

3. De todas formas, como en este caso se trata de la falta de imparcialidad, impuesta como presupuesto procesal en garantía del imputado, la cuestión se simplifica, por lo que si demostramos tal punto, la decisión llevará a la excepción señalada por Maier, en cuanto permite, a diferencia de otros presupuestos procesales, una decisión desincriminatoria. A esta falta de imparcialidad, en el caso, dedicaremos este punto.

No está hoy discutido, y expresamente previsto en nuestro código procesal penal en su artículo 77, último apartado, que el juez que pronunció o contribuyó a pronunciar el auto de apertura del debate o alguna decisión anterior a ése debate, no podrá integrar el tribunal

respectivo, en nuestro caso, no podrá integrar el tribunal de juicio. Esta clara solución legal, viene a reglamentar uno de los motivos de sospecha de parcialidad más trabajado en los últimos tiempos en nuestro medio, discusión jurídica que se fortaleció con la consagración expresa en los pactos internacionales y regionales incorporados a nuestra Constitución Nacional y Provincial y en la parte general de nuestro código procesal, del derecho del imputado a un tribunal imparcial. Incluso, obsérvese, que el código procesal penal del Chubut del año 1999- en vacatio legis durante cinco 'años- fue el primero en el país que lo recogió al motivo, porque su creador, el maestro Maier, opina que con ello se trata de evitar que alguien que ya conoció el asunto por su actividad judicial, vuelva a decidir sobre él, pretendiéndose así logar que el juez o jueces que integran el cuerpo de decisión del debate, es decir, el tribunal de mérito, no hayan actuado en una etapa anterior que pueda haberle brindado algún conocimiento .especial. (Cfr. Maier, ob.cit, pags. 570/71)

En suma, se trata de preservar, en el caso, al juez del debate o juicio, de cualquier tipo de prenoción u opinión que pueda provenir de su actuación, aún legal, en las etapas anteriores.. -

Por último, adviértase, siempre siguiendo al citado maestro, que el temor de parcialidad o sospecha, es un presupuesto procesal o condición de legitimidad, que impide cualquier tipo de condena o resolución sobre la necesidad o no de pena, quedando ambas decisiones invalidadas por tal motivo. (Cfr. Maier, ob. Cit., pag.121).

Aplicado tal marco teórico, la solución deviene clara y sencilla, pues el Juez Colabelli decidió, como tribunal de mérito sobre la autoría y necesidad de pena del menor, cuando ya había actuado como juez en las etapas anteriores, tanto en la audiencia de control de detención, como en el dictado de la prisión preventiva, y autorizando en tal carácter, además, distintas medidas coercitivas.

Por todo lo anterior, entiendo- a diferencia de mis colegas- que la invalidez de la actuación del juez Colabelli, debe extenderse, sin más, tanto al juicio sobre la autoría, como a la decisión sobre la pena, puesto que se trata de situaciones idénticas, solo que separadas temporalmente por imposición legal, lo cual no cambia para nada la cuestión de la sospecha de parcialidad en ambos casos.

4. También tendré disidencia con los otros votantes, en punto a la solución' que debe darse el caso, es decir, el contenido de la respuesta judicial frente a la analizada actividad procesal defectuosa. En efecto, la mayoría de los votantes aquí, propone anular y reenviar para que se

renueve el debate sobre la penan, en cambio entiendo que tal solución no es la correcta, puesto que el saneamiento del vicio con tal solución, no solo no restablece el principio constitucional violado, sino que afecta la situación del imputado, prohibida expresamente en nuestro código procesal penal en el artículo 162, segundo párrafo, al prescribir en forma clara y contundente que cuando la invalidez -de un acto o serie de actos procesales- se funda en la violación de una garantía constitucional establecida a favor del imputado, el procedimiento no podrá retrotraerse a etapas anteriores, salvo que así lo pida expresamente el mismo, cosa que aquí claramente no ocurrió. Inclusive, de haber ocurrido tal petición, o interpretarse su conducta de esta manera en forma tácita, la solución de retrotraer tampoco podría prosperar, toda vez que el juez, frente a una actividad defectuosa, si bien lo primero que debe hacer es sanearla, ésta actividad está sujeta a determinadas normas de razonabilidad, es decir, no puede ser arbitraria o discrecional, pues siempre deberá tener en cuenta el interés del imputado, sea abstracto o concreto. Así lo explica uno de los mentores intelectuales de nuestro código, el Dr. Binder, al sostener que cuando se encuentra en pugna la interpretación del imputado respecto de cuál es su interés, con una condición de legitimidad del proceso, debe prevalecer ésta, pues favorece su interés abstracto. Es decir, como dice el citado autor, el imputado no pude obligar al Estado a que realice una actividad procesal que contradice sus condiciones de legitimidad, por lo que éstas van a aparecer como un criterio para resolver el citado conflicto, cuando el interés del imputado prefiere que se mantenga la situación de irregularidad, solución que puede fundarse en la preservación de esas condiciones de legitimidad, es decir, en un interés abstracto del mismo imputado. Asimismo, esto no implica, que se utilice un argumento de garantia para fundar una solución contraria al interés del imputado, sino que se trata de la necesidad politica de resguardar los pilares básicos innegociables del proceso penal, cuya primera exigencia es, precisamente, la imparcialidad del tribunal. (Cfr: para todo lo dicho a: BINDER; Alberto M: El incumplimiento de las formas procesales, Ad Hoc, Bs As, año 2000, pags. 94 a 105, especialmente pags. 101 y 102).

En definitiva, con o sin consentimiento, expreso o tácito, del imputado, la cuestión no puede ser saneada, por lo que deberá prevalecer la nulidad de todos los actos ya señalados, tal como lo prescribe prístinamente el articulo 164 de nuestro rito, como solución de "última ratio".

Tampoco, por expresa prescripción legal del ya citado articulo 162, podemos retrotraer el proceso a las etapas anteriores a esta impugnación, tal como ya lo dijimos. Esto es asi, pues sanear esos actos, ordenando que se renueven-tai como lo hacen mis colegas-, implica restablecer las formas, pero no el principio constitucional, pues con tal solución se configura una nueva violación del principio o el agravamiento de la situación inicial. No hay que olvidar que es un principio central del sistema de nulidades, que protegen los principios del imputado, que no se debe construir una solución desfavorable para el imputado, utilizando argumentos de restauración del sistema de garantías que lo protege, afirmación textual del Código Modelo para Iberoamérica, idea que nuestro código recoge, prohibiendo en el citado artículo 162, la creación de tal situación.

5. Conforme lo anterior, no queda otra solución constitucional y legal, que decidir en forma definitiva en esta instancia la situación del imputado, tomando la única solución procesal, cuál es la desincriminación material, es decir, la absolución. Asi voto.

Por todo ello, por mayoría la Cámara en lo Penal de Esquel;

**RESUELVE:**

**1) ANULAR** la sentencia de imposición de pena del 28 de octubre de 2015, registrada bajo el N° 1864-15 del año 2015, dictada por el Dr. José Oscar Colabelli.

2) **Ordenar al Director de la Oficina Judicial** en el término de cinco días de intervención a un nuevo Juez .Penal y se fije audiencia para tratar la imposición de pena en un plazo no mayor de veinte días hábiles, conforme lo dispuesto por el art. 387 del C.P.P.

3} Protocolícese y comuniqúese.

4} Dejar constancia que el Dr. Florencio Minatta remitió su voto por coreo electrónico con firma digital, sin perjuicio de suscribir el documento con posterioridad.

Sentencia Registrada bajo N° 420/16

Fdo. Carina Paola Estefanía. Nelly Garcia