En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintiocho días del mes de agosto del año dos mil diecisiete, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Alejandro Gustavo Defranco y Roberto Adrián Barrios, con la presidencia del primero, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"M., M. R. psa abuso sexual, coacción y extorsión Trelew" (Carpeta 6262 – Legajo 60207 MPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por la defensa contra la sentencia Nro. 757 Ofiju Tw dictada en fecha 29/03/2017.

Mediante la referida sentencia, el tribunal oral integrado por los jueces penales Dres. Fabio Monti, Sergio Piñeda y Mirta del Valle Moreno, condenó a M. M. a la pena de doce años de prisión de efectivo cumplimiento, manteniendo la declaración de reincidencia, por la comisión, como autor penalmente responsable, del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la utilización de arma, en concurso real con extorsión –dos hechos- (arts. 119 3er. párrafo en función del inciso D del 4to. párrafo, 168, 45 y 55 del CP), por los hechos ocurridos entre los meses de abril y mayo del año 2015 en la ciudad de Trelew en perjuicio del Sr. J. A. C..

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 11/08/17 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado M. M. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos) e intervinieron el Dr. J. A. como su abogado defensor y la Dra. María Tolomei en representación del Ministerio Público Fiscal.

La defensa del acusado argumentó –tanto en su presentación escrita como en la audiencia- como primer agravio, la violación del principio de imparcialidad.

Al respecto señaló que, previo al debate, el Dr. Sergio Piñeda tuvo intervención, como Juez de Garantías, en dos reconocimientos en rueda de personas, oportunidad en que tomó conocimiento, por parte de la testigo, de los hechos de extorsión imputados y próximos a juzgarse. Por ello consideró que la opinión del magistrado, respecto de la culpabilidad

de M. en el hecho a debatir, está comprometida de antemano. Se agravió, asimismo, de la resolución de la incidencia por parte del Tribunal al no hacer lugar al planteo

Como segundo punto de su agravio manifestó que, con las pruebas valoradas por el Tribunal, no es posible llegar al juicio de certeza necesario para condenar, en tanto, además, se ha omitido la valoración de prueba esencial. En función de ello solicitó la absolución de su defendido.

Finalmente y para el supuesto de no considerarse lo antes planteado, solicitó la reducción de la pena impuesta ya que a su entender se han tenido en cuenta, para determinarla, elementos que no tienen conexión con la culpabilidad por el hecho y, en consecuencia, con la pena a imponer.

La fiscal María Tolomei defendió la sentencia en todos sus puntos, dando razones para ello.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Omar Florencio Minatta.

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Arriba este caso a la Cámara revisora de la mano del recurso interpuesto por la Defensa de M. R. M. contra la sentencia registrada bajo el número 757 del corriente año.

En efecto, el Defensor Público, J. A., impugna la sentencia por la cual se condenó a su pupilo procesal a la pena de 15 años de prisión, luego de habérselo encontrado autor penalmente responsable de la comisión de los delitos de Abuso Sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma en concurso real con Extorsión –dos hechos- (de los arts. 45, 55, 119, tercer párrafo y cuarto, inc. d y 168 del Cód. Penal), por los hechos sucedidos entre abril y mayo del 2015 en perjuicio de J. A. C.

2. En lo sustancial, pretende se revoque el resolutorio de marras por tres diversas cuestiones, que se pasan a detallar:

En primer lugar, estima el Sr. Defensor que se ha violado el principio de imparcialidad ya que uno de los integrantes

del Tribunal de Juicio, el Juez Piñeda, "*tuvo previa intervención como Juez de Garantías durante los reconocimientos en rueda de personas realizados sobre la persona de Cinthia S. y de otro ciudadano varón, momento en que además tomó conocimiento de los hechos de extorsión aquí juzgados…".*

Recuerda que así lo solicitó en la audiencia de debate, alegando que constituía el motivo serio y razonable del art. 76, párrafo 1 del rito y que el haber tomado conocimiento previo de los hechos que se juzgaban violaba el art. 300. Además, invoca arts. 76 y 77 del ritual, 44 de la Constitución Provincial y 18 de la Constitución Nacional.

3. Se agravia asimismo de la resolución de la incidencia por parte del Tribunal. En efecto, el Juez recusado "encuadró la situación en el art. 77 del CPPCh y, sin discutir las circunstancias alegadas, manifestó que no veía afectado el principio de imparcialidad por esas intervenciones…".

Al resolver el punto, "*la Dra. Moreno expresó que el planteo debía ser rechazado por extemporáneo, citando los arts. 78, 3er y 4to párr. y 300 del CPPCh"*; el Dr. Monti, por su parte, "*acompañó esos argumentos, agregando que la sospecha de parcialidad de M. no estaba fundada en elementos concretos de la causa... que las circunstancias del caso no se encontraban en las causales del art 77, inc. 2 y que por ello debía rechazarse la recusación".*

4. En concreto, se agravia de la solución dada por los Jueces en dos sentidos. Primero, en que no son equiparables los supuestos previstos en el art. 76 (dirigido a las partes cuando tengan temor de parcialidad) y el art. 77 (dirigido exclusivamente al Juez); y segundo, es erróneo, a su criterio, que la recusación sea extemporánea pues el art. 300 permite efectuarla durante el transcurso del debate.

5. En segundo término, sobre el fondo de la cuestión, argumenta que "con las pruebas valoradas no es posible llegar a un juicio de certeza necesario para condenar", habiéndose omitido la valoración de prueba esencial.

Así, se agravia de no haberse tenido en cuenta los testimonios de E. U. y N. M. quienes, estando alojados junto a víctima y victimario, no sabían nada de los hechos debatidos; tampoco los dichos del personal policial, entre ellos, el testimonio del Oficial C., quien afirmó la existencia de buena relación entre los internos del Pabellón 2, el Sargento P., quien no aporta datos sobre presuntos maltratos a C., J. P. S., que si bien recibió la denuncia no refirió conocimiento alguno de hechos previos, etc.

"*Por todo lo apuntado y razonado, entendemos que no pueden tenerse por probados los hechos descriptos como preparatorios y destinados a lograr el abuso sexual acusado, toda vez que no es concebible que cinco testigos policiales que trabajaban en el lugar y dos internos que compartían el pabellón, no hubieran podido percibir por sus sentidos estos hechos*".

A partir del punto 3) de su escrito, se agravia de que la sentencia dio por probada la existencia de drogas, material pornográfico y elementos cortantes en poder de M., aduciendo que los testigos no refirieron nada de eso en su poder y que, a partir de las explicaciones del Oficial Principal Muñoz en el sentido que las requisas en las celdas eran frecuentes, resulta improbable que no se le haya encontrado nada de ello.

Ataca la conclusión del Tribunal en cuanto a que las improntas encontradas al examen de C. obedecen exclusivamente a una agresión sexual, atento que los propios galenos admitieron la posibilidad de que "la cicatriz pudo darse por un bolo fecal de extremadas dimensiones", lo que es corroborado por el testimonio de la Lic. F., quien al ratificar su informe de fecha 17 de julio de 2015, expresó que la víctima le refirió dolores en el estómago y que no podía ir al baño.

Sobre los hechos de extorsión, no discute "*que, por pedido del denunciante, su hermano J. J. hizo un escrito para que entreguen un caballo a la Sra. S., que fue retirado por la misma en la chacra del Sr. T. y que fueron testigos de*

esto el mencionado y la Sra. P.", pero se agravia de que "*no se acreditó que se hubieran realizado amenazas previas a la entrega para hacerse de este equino.*"

6. Finalmente, sobre la pena impuesta, sostiene que debe ser aminorada "*al considerarse para su determinación elementos que no tienen conexión con la culpabilidad por el hecho y, por ende, con la pena a imponer*".

En concreto, no han sido probados los presuntos golpes, burlas y humillaciones que habría sufrido C..

Que escapa a cualquier reproche posible la especial relación de encierro y su especial vulnerabilidad.

La agravante del uso de armas implica una doble punición ya que está previsto en el tipo penal por el que fue condenado.

El presunto daño psicológico por la comisión de los hechos, es un daño extra típico.

7. Enfocado el análisis en el derrotero del procedimiento en estos folios, a fin de resolver el primero de los agravios, resulta necesario detallar ciertos hitos del mismo.

En fecha 6 de enero de 2016 se realizaron dos ruedas de reconocimiento, cuyas constancias se encuentran a fojas 82 y 82 vta. del legajo de prueba, a efectos de determinar las identidades de los presuntos partícipes en la afectación a la propiedad de C. por parte de M..

Recuérdese que uno de los hechos por los que recibiera acusación el prevenido fue, precisamente, que "*...la madre y sobrina de C., P. C. y P. A. P., fueron quienes entregaron el caballo que J. tenía en la chacra de F. T.... el caballo se llevó S., quien estaba acompañada de... R. C.... C. había escrito un papel para que les entregaran el caballo a los familiares de M....*" (todo ello según Apartado II, d) Las extorsiones, párrafo 5 de la acusación fiscal).

A esos fines entonces, el Juez Sergio Piñeda, en carácter de subrogante de la Jueza natural del caso, se avoca a la realización de las diligencias.

Según puede visualizarse en el registro de video obrante en la Carpeta Judicial, comparece la testigo P., sobrina de C., a fin de identificar a la mujer integrante de la fila –S., esposa de M.–, dando cuenta, además, de algunos detalles del momento en que la compareciente se reúne con uno de los victimarios que, junto a una tercera persona, se hacen del caballo y firman unos papeles.

Materializado el acto, la testigo reconoce, efectivamente, a la esposa del sindicado en estos folios.

8. En la segunda diligencia del mismo día, que luce al reverso de aquella primera, el reconocimiento de Calvo, partícipe en la maniobra, resultó negativo, pero, a estar al contenido del registro fílmico, pudo la esposa de la víctima ahondar en datos relevantes contenidos en la acusación.

9. El procedimiento siguió su curso y la pretensión punitiva continuó su avance; se formuló acusación contra M., teniéndose como uno de sus fundamentos la diligencia de reconocimiento de personas en cuestión; se elevó la causa a juicio oral y público (según consta en resolución de fecha 15 de junio de 2016, fojas 75 de la Carpeta Judicial) y se fijó fecha para el debate.

El juicio oral dio comienzo en la fecha designada sin sobresalto alguno, pero, a las 12:05 del día 7 de marzo, en el momento en que se alistaban los instrumentos necesarios para proyectar las ruedas de reconocimiento que se vienen refiriendo, el imputado solicita la palabra al advertir, por primera vez en el decurso del proceso, que el Juez que había participado en aquellos actos era el mismo que en la fecha integraba el Tribunal de Juicio.

Según sus palabras, "*se encontraba sentado en este lugar cuando ingresó la persona que venía a realizar los movimientos para ver la filmación y se encuentra con que uno de los jueces que participó del reconocimiento es S.S. que hoy en día lo está juzgando. Que el reconocimiento es a su concubina y en este momento está pensando que la persona que lo está juzgando piensa que es él de lo que se lo culpa, por el hecho de que lo ve en la rueda de reconocimiento y ahora*

lo ve sentado juzgándolo, es lo que le planteó a su abogado...".

Su defensor traduce en términos procesales la pretensión de su cliente aduciendo que el magistrado en cuestión debe ser apartado del proceso, que *"este tribunal tal como está integrado no puede proseguir el juicio, porque es justo y razonable pensar que M. piense que el Dr. Piñeda lo considera culpable, ya que lo acusan que hizo toda la maniobra con la Sra. S., éste es el juez que tiene que ver si él lo hizo con S., y S. fue reconocida en el reconocimiento en el que el Juez estuvo, entonces va a tener la convicción de que es culpable, de haber trabajado con ella. Esto tiene que ver directamente con el delito de extorsión, con lo del caballo y de los 10000 pesos. Es un motivo serio, fundado y razonable y es una cuestión que está directamente acreditada con directa incidencia en el trámite de la causa. Que esto violaría además el Art. 300 de que los jueces no pueden tener conocimiento del legajo antes de la realización del juicio. Por ello solicita, que en los términos de los art 76 y 77 del CPP, recusa la conformación del Tribunal respecto del Dr. Piñeda. Esta cuestión debe leerse directamente además en clave constitucional, en función Art. 44 de la CP y 18 de la CN."*

10. Luego de un cuarto intermedio, el Juez Piñeda presenta su informe oral a través del cual rechaza la recusación por entender que *"no ha tomado una decisión al respecto en aquel momento, como lo prevé el art. 77, inc. 2 del CPP, una decisión que hubiera requerido de una valoración de la totalidad de la prueba... que su actuación se limitó pura y exclusivamente a tomar la audiencia de reconocimiento..."*; en cuanto a que *"si bien existió un momento en que la defensa se opone a la realización de dicha diligencia procesal, fue una decisión sobre llevar adelante la misma, se puede decir una decisión menor, toda vez que esa audiencia había sido ordenada por la Dra. G... (y) en cuanto al rechazo había pasado suficiente tiempo para que la defensa lo hubiera planteado al Juez Natural...".*

11. Puestos los integrantes del Tribunal a resolver la cuestión (art. 79 CPP), conforme surge del audio respectivo (pista 08-03-2017.69), coinciden en rechazar la incidencia por su extemporaneidad.

En primer lugar, la Jueza Moreno decidió que *"...no es el momento procesal oportuno... el art. 78 del CPP marca, en el último párrafo, que la recusación debe interponerse dentro de los dos días de conocerse los motivos en que se funda, pareciera ser... que si el motivo ha sido en el día de ayer... al momento de exhibir el video... pareciera ser que está dentro de los cánones que establece el art. 78. Sin embargo... a poco de analizar la carpeta que el mismo defensor en reiteradas oportunidades... ofreció también como prueba, debo advertir que no es así por cuanto al momento en que la Fiscalía... presenta la acusación el mismo Defensor ya advertía, dentro de este ofrecimiento de prueba, concretamente el ofrecimiento de los CD, que faltaba al menos uno, que era el de la Cámara Gessell, y desde allí continuó sus reclamos en ese sentido a los efectos de hacerse de una prueba..."*.

"Es decir –continua- *el Defensor tuvo, se le corrió vista de la acusación... el dia 10 de mayo de 2016...y del mismo modo se corrió vista al imputado... concretamente de la pieza acusatoria... concretamente en la acusación... obra en el punto c, de la foja 29 de la Carpeta Judicial, la rueda de personas de C. S. contenida en la Solicitud Jurisdiccional 19270 y en el punto a-documentales, en el punto 12, obra el acta de reconocimiento que hizo P. P. obrante a fojas 28 vta. y obrantes en el Legajo de Prueba a fojas 82. Esta acta de reconocimiento... la tuvo a su disposición tanto M. como el DR. A. al tener a su disposición todos los elementos de prueba."*

"Concretamente, en esa foja 82... obra que quien realizaba la diligencia de rueda de personas era el Dr. Piñeda... llegamos a la Audiencia Preliminar... en donde estaba presente también M., y con toda la prueba obrante y que formaba parte del legajo de prueba del MPF, y lo ofrecido

por el defensor, y advierto de que en el día de ayer en el momento de exhibirse, el video donde muestra la rueda de persona no puede hacer el detenido como un elemento de sorpresa, o un elemento nuevo que haya sorprendido a las partes de la presencia de dicho magistrado. Porque ya en la audiencia preliminar, el 15 de junio del 2016, a fs 57 y vuelta de la carpeta judicial, el Dr. A. da en el ejercicio de su defensa, una cuenta detallada de toda la prueba rendida, es más alguna de ellas objeta y ninguna de esas pruebas que ha objetado, la documental obrante en el punto 12, de la pieza acusatoria dentro de la rueda de persona. El art 300 del código Procesal dice que una vez que son notificadas las partes de integración del tribunal, ellos podrán interponer en los primeros cinco días, las recusaciones relativa a los jueces que deberán intervenir en el debate, es claro entonces que si tomamos en cuenta la integración original, del 27 de junio del año 2016, obrante en fs. 59, o obrante a fs. 94, de fecha 14 de febrero del año 2017, es claro que este plazo de cinco días, ha sido vencido y no se ha opuesto a diligencia alguna…

12. A su turno, el Juez Monti, luego de compartir las consideraciones de su colega, decide que "*hay una cuestión de fondo por el cual para mi es improcedente, el tema de la recusación, y esto entiendo que no hay sospecha de parcialidad que ha manifestado el señor M., no está fundada en elementos concreto de la causa por intervención del Dr. Piñeda…. En el caso del Dr. Piñeda entiendo que la intervención que tuvo, en el reconocimiento en rueda fue… a los fines de verificar que se respetaran las normativas procesales, que establece el acto en cuestión, para evitar la anulación del derecho, pero de algún otro modo tomo una decisión sobre la prueba en sí, es decir no hizo una valoración de la prueba en si del reconocimiento en rueda si da importancia, sino era importante a los efectos de continuar en el proceso, entonces entiendo que su intervención en dicho acto de modo alguno afecta su imparcialidad como juez en este Juicio. Por ello establezco*

entonces que no hay sospecha alguna de parcialidad por cuanto las causales que están en el art 77, específicamente en el inciso 2do, establece que constituye una causal en la cual el Juez se debe apartar de la causa, si pronuncio o contribuyo, o sea auto de apertura del debate, o alguna decisión anterior a ese debate. En este caso no tomo ninguna intervención, ninguna decisión, que previa al auto de apertura del debate que merezca su apartamiento de la causa".

13. Me he permitido la transcripción de casi todo lo oralizado por los Jueces ya que es necesario su análisis integral y sin perder de vista que, por sobre las formas rituales afectadas, debe primar la vulneración o no del principio constitucional presuntamente en crisis.

Ello así, debo principiar coincidiendo con el Sr. Defensor en punto a que no es extemporáneo el planteo.

Sin perjuicio de las acertadas consideraciones de la Jueza Moreno, en cuanto a las sucesivas notificaciones y conocimiento concreto que tuvo el defensor del trámite del proceso, no puede pretenderse que el imputado, por más conocimiento que hubiera tenido de la pieza acusatoria y de los elementos de prueba, pudiera advertir –o tuviera que hacerlo- del nombre y apellido del Juez interviniente en la diligencia en rueda y que luego fuera nombrado para integrar el debate; el imputado M. advierte la identidad de personas en la filmación, durante el debate, y, en la primera oportunidad que puede hacerlo, manifiesta su temor de parcialidad.

Con esta consideración resulta abstracta, obviamente, la cuestión de si podían o no introducir un nuevo argumento para resolver la recusación.

14. Teniendo en cuenta lo banal de la participación del recusado en el caso es, en definitiva, como debe resolverse la controversia, más allá, repito, de las formas previstas para el correcto trámite de la recusación.

Es que, de detenernos en los errores evidentes que tuvo el trámite, por caso, falta de opinión de la Jueza Moreno sobre el fondo del asunto, más allá de si podían o no mejorar

los argumentos del informante, más allá de su extemporaneidad o no, se perdería de vista el principio constitucional presuntamente atacado tapado por el follaje de los rituales.

Pero volvamos al fondo de la cuestión.

Recordemos, en primer lugar, que modernamente ha mutado la concepción de las recusaciones e inhibiciones hacia una línea de pensamiento que restringe, en mayor medida, las posibilidades del Juez de apartarse (mayor taxatividad de las causales por respeto a la obligación de ejercer la magistratura) y brinda más amplitud al imputado para lograr la recusación bajo el paraguas protector de la "sospecha de parcialidad" y ante situaciones no previstas en el decálogo del rito, pero análogas a ellas.

Como advertía Clariá Olmedo, *"...ese juez competente, no podrá permanecer como tal frente a un proceso penal concreto, si determinadas circunstancias vinculadas al mismo lo ponen en condición sospechosa de parcialidad. Ese apartamiento de quien no reúna las condiciones para ser juez, o de quien reuniéndolas no tiene competencia para entender en un determinado proceso o debe inhibirse a pesar de tenerla, afecta en general a todos los poderes inherentes al ejercicio de la jurisdicción, y a veces sólo al de dictar sentencia;* ***esto último únicamente ocurre en casos de sospecha de parcialidad cuya apreciación queda a criterio de las partes, y en la medida del interés que cada una de ellas pretende hacer prevalecer.****"* (Clariá Olmedo, Jorge A.; "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ediar, 1962, Tomo II, pág. 228).

15. Sobre la amplitud del instituto, ha explicitado Ferrajoli ("Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción", en "Escritos sobre derecho penal"; Tomo 2, Hammurabi, 2014, pág. 357), existen cuatro implicaciones que *"configuran el parámetro y el banco de pruebas del grado de legitimidad de la jurisdicción". "La primera implicación es la imparcialidad del juez... Hay un sujeto, en particular, respecto del que es necesario preocuparse de que los jueces tengan no tanto el consenso, sino la confianza: este sujeto es la parte en*

la causa, y sobre todo el imputado, que en el proceso penal está siempre en conflicto con el interés punitivo del Estado y con sus expresiones políticas. Es sobre la necesidad de esta confianza que se basa ***la más amplia recusabilidad del juez por obra de las partes*** *que en materia penal ha sido siempre un rasgo del proceso acusatorio:* ***de modo que los individuales y concretos sujetos sometidos a juicio no solamente no tengan, sino que ni siquiera teman tener un juez enemigo o de alguna forma no imparcial".***

Nótese la preocupación del maestro cordobés citado en el sentido que *"No ha habido acuerdo sobre si las causales legales son taxativas y rigurosamente estrictas, o permiten un ensanche a situaciones no previstas, pero de las cuales surja la sospecha de imparcialidad. Por de pronto han de quedar excluidas sin discusión, las condiciones generales de los jueces analizadas con anterioridad en cuanto se refieran a las calidades para el desempeño del cargo. Pues la apreciación de ellas pertenece privativamente a otros poderes del Estado. Pero la ley no capta la totalidad de posibilidades o modalidades de causas que ponen al juez en sospecha de parcialidad. No obstante, para la recusación se ha sostenido siempre como regla la imposibilidad de fundarla en una causal no prevista expresamente en la ley procesal penal. El Código nacional es expreso en este sentido: los jueces "sólo podrán ser recusados por las causas enumeradas en esta ley". Dejando a salvo la posibilidad de recurrir "sin causa legal", el Código para Córdoba sienta el mismo principio. La jurisprudencia ha sostenido siempre el criterio restrictivo de interpretación, pero a veces ha dado cabida a causales no expresamente..."* previstas (ob. cit., pág. 243).

16. De hecho, esta preocupación es receptada en el Código del Chubut cuando, mientras en el art. 77 prevé causales taxativas de apartamiento obligatorio para los magistrados, extiende, en el 76, la posibilidad de "invocar un motivo análogo o equivalente en importancia a los de la lista" (párr. 2), siempre que "funde el temor de parcialidad" (primer párrafo, art. 76).

17. Retomando, y más allá de la amplitud reconocida al imputado para solicitar el apartamiento del Juez ante el temor de parcialidad, es necesario precisar que, *"el problema más arduo de resolver entre nosotros… se vincula al ejercicio del oficio de juez en el mismo procedimiento. Se trata de evitar que alguien que ya conoció el asunto por su actividad judicial vuelva a decidir sobre él: ideal sería que un juez, una vez que dictó una decisión sobre el caso, no volviera a intervenir más en él. Pero se pretende lograr, al menos, que los jueces que integran el cuerpo de decisión del debate (tribunal de mérito) no hayan intervenido en períodos anteriores del procedimiento, que los jueces que integran el cuerpo de decisión de un recurso no hayan dictado o contribuido a dictar la decisión impugnada incluso cuando se trata del recurso de revisión, y que los jueces que hayan dictado o contribuido a dictar una decisión anulada (casada), no vuelvan a intervenir en la actividad procesal generada a raíz de la anulación..."* (Maier, J. B.J.; Derecho Procesal Penal; II. Parte General. Sujetos procesales, Del Puerto, 2003, pág. 571).

En definitiva, se trata de analizar, en cada caso, la entidad de la intervención del Juez en etapas anteriores para hacer lugar o no al apartamiento solicitado; no cualquier participación acarrea, sin más, la sospecha de parcialidad.

18. Por caso, el cimero Tribunal Provincial ha dicho en autos **"B. G. s/Homicidio en Grado de Tentativa, Lesiones Leves-Trelew"** (Expediente N° 100.000 - F° 01 - Letra "B" – Año 2014), que *"(e)s menester, entonces, adoptar una regla que fluya de la interpretación escrupulosa que resulte aplicable a un universo que trascienda a la enunciación; regla que 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. Si el Juez participó en misceláneas de la etapa de investigación que no implicaron lo que reclama la segunda porción de esta norma que fluye de la labor*

hermenéutica, el apartamiento no tendrá cabida” (del voto del Sr. Ministro Jorge Pfleger).

En dicho precedente, la mayoría, consideró que al haberse inmiscuido el Juez de la revisión en cuestiones de prueba en etapas anteriores, debía ser nulificado el juicio; ergo, los líderes del acuerdo exigieron, para admitir la recusación, la toma de decisiones, *“asumir una clara posición acerca de la entidad probatoria de los elementos exhibidos y de los que tomó verdadero conocimiento”*, según letra del Ministro Rebagliatti Russell.

19. Este standard no es nuevo. La CSJN, en “Llerena” (fallos…), ha dicho claramente que “*el temor de parcialidad que el imputado pueda padecer, se encuentra íntimamente vinculado con la labor que el magistrado realizara en el proceso entendida como sucesión de actos procesales celebrados previo al dictado de la sentencia… 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 pues marcan una tendencia de avance del proceso contra el imputado para que quede configurado este temor*”
(considerando 12).

“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 al 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, luego de haber recopilado e interpretado prueba en su contra para procesarlo primero, y elevar la causa a juicio después.”

“Esto se explica lógicamente porque en la tarea de investigación preliminar, el instructor va formándose tanto una hipótesis fáctica como una presunción de culpabilidad, en una etapa anterior al debate oral. Por lo tanto, por más que no resulte parcial esta hipótesis, lo cierto es que

podría sospecharse que ya tiene un prejuicio sobre el tema a decidir, puesto que impulsó el proceso para llegar al juicio, descartando hasta ese momento, las hipótesis desincriminantes. Con mayor claridad se evidencia esta idea en las resoluciones de mérito que acreditan prima facie la existencia de un hecho, su subsunción típica por más provisoria que sea y la posible participación culpable del imputado en el suceso" (considerando 13).

20. De todo ello entonces, más allá de la forma en que se hubiera resuelto el trámite de la recusación, lo cierto es que, tomando estos parámetros jurisprudenciales, debe atenderse a la cuestión de si la participación en el proceso anterior al juicio que tuvo el magistrado Piñeda es de tal entidad decisoria, si implicó la toma de posición en la hipótesis acusatoria o significó algún impulso hacia el debate que necesariamente pueda fundar, razonablemente, la sospecha de parcialidad alegada.

La respuesta debe ser negativa.

El Juez Piñeda limitó su participación en la etapa sumarial a la mera dirección de dos reconocimientos en rueda de personas, ordenadas por la Jueza natural de la etapa.

Si bien fue anoticiado de pormenores del hecho y de la identidad de uno de sus partícipes, no tomó decisión alguna que implique formación de voluntad acusadora, o *haber tomado decisiones que importen hacer mérito provisional (juicio de probabilidad) acerca del hecho objeto de imputación*, y, por ello, la sospecha de parcialidad no deviene razonable en el caso, no habiéndose violado el principio de imparcialidad del Juzgador.

21. Es necesario insistir que, de acuerdo a lo que se viene diciendo, conocer pormenores del caso no implica necesariamente la formación en el intelecto del magistrado de una decisión a favor de la acusación –incluso podría preconcebir lo contrario- y tampoco hubo en el caso, decisión de impulso alguna que permita sospechar que por haber tomado conocimiento de aspectos menores del caso –se trató exclusivamente del supuesto de hecho de uno solo de los

delitos enrostrados- hubiera perdido su objetividad. Por ello, el rechazo de la recusación ha sido correctamente resuelto por el Tribunal en pleno, con lo que el primer agravio del recurrente debe ser rechazado.

22. Zanjado ello así, me adentraré en la segunda tanda de agravios, relacionada con la imposibilidad de acreditar la existencia de los hechos imputados.

En este sentido comenzaré la faena resaltando que, los tres magistrados de la sentencia, coinciden plenamente en dar por acreditados los hechos por los cuales recibiera acusación M. y su correspondiente responsabilidad en los mismos, a partir de la credibilidad interna y externa que les merecen los dichos de C..

Los tres jueces del debate coinciden en afirmar que el relato de la víctima, en lo intrínseco, es digno de fiabilidad por cuanto fue posible observar *"el impacto emocional que provocó rememorar los hechos de los que fuera víctima, brindando un claro, sentido y detallado relato de todas aquellas situaciones degradantes… siendo coincidentes y manteniéndose incólumes a lo largo del proceso…"* (del voto de la Juez Moreno, fojas 44 vta. de la sentencia); porque *"para analizar la coherencia interna… debemos acudir al testimonio de la psicóloga forense…"*, por una parte, y tener en cuenta que *"no ha habido variaciones en el relato de la víctima… y no se advierte la existencia de posibles motivaciones para informar en falso por parte del sujeto pasivo…"* (del sufragio del Juez Monti, fojas 167); *"desde el punto de vista interno, tiene que ver con un discurso lineal que siempre se repite, sin fricciones, ni contradicciones… que aun denotaba el dolor y humillación de lo sucedido…"* (voto Juez Piñeda, fojas 175 vta.).

Esto está fuera de duda.

En efecto, de la visualización del momento en que C. declara acerca de lo sucedido, puede percibirse una declaración coherente, rica en detalles (fuerte indicador de veracidad) y que se mantiene en el tiempo.

A la vez, no se ha acreditado –ni debatido siquiera- alguna razón por la cual la víctima hubiera sido capaz de inventar un episodio, que a la postre lo mortificara, que implicó para él incluso la puesta en duda de su virilidad, por el solo hecho de perjudicar a alguien que no conocía.

¿Puede resistir los embates de la lógica más elemental considerar como posible que una persona rudimentaria, criada en el ámbito rural, acostumbrado a domar caballos, pudiera arriesgarse al descrédito y la burla de su entorno –social de origen y de encierro ahora- por el solo hecho de agravar la situación procesal de un desconocido?

La respuesta es definitivamente negativa.

23. También ha de acompañarse el voto unánime del Tribunal, en cuanto a los aportes que hacen a la credibilidad de la víctima, las impresiones recogidas por la Lic. P. F..

En efecto, ha declarado en el debate que "*se temía que esta persona tuviera un intento de suicidio*"; explica que "*cuando el trauma supera la capacidad del psiquismo, empiezan los pensamientos intrusivos, activación neurofisiológica, síntomas, se trata de un cuadro de elevación de la respuesta del organismo al stress relacionado con un cuadro traumático*"; además, "*tenía dolores intestinales, dolores corporales, detrás del cuadro psicosomático estaba el temor de que estaba roto, porque lo habían penetrado*".

Destacó la profesional que "*no podía poner en palabras la situación que había vivido, tenía la fantasía de que su sexualidad se había trastocado por lo que había vivido. Pensaba que su masculinidad no iba a ser la misma. Que los animales se iban a dar cuenta y que no lo iban a obedecer más*".

Remarcó que, desde el punto de vista psiquiátrico, C. es una persona normal, no presentaba alteraciones sensoperceptivas, no tenía un cuadro delirante y que vivía una situación de stress como reacción ante una situación vivida realmente. Concluye que la sintomatología era compatible con una vivencia real.

Poco más resta decir entonces respecto de la credibilidad interna de la víctima C.; a su relato sincero, libre de contradicciones, mantenido en el tiempo y pleno de detalles sobre el suceso, deben adosársele las consideraciones de la experta en la materia que abonan la fiabilidad de su relato.

24. Pero también he de coincidir con los sentenciantes en lo que concierne a que la declaración de C., acreditada su verosimilitud por parte de la psicóloga, resulta validada externamente por otros elementos de convicción.

En ese sentido cobra relevancia el testimonio del médico forense, Dr. A. H. , quien manifestó que se le realizó a la víctima un examen en la región anal donde se detectaron algunos hallazgos, que uno de ellos fue que el ano presentaba una forma infundibular con tono parcialmente disminuido en el esfínter externo y la presencia de los pliegues radiados entre la hora 7 y 5 del cuadrante horario, con borramiento entre la hora 5 y 7. A su vez en esta zona se describe un área levemente hipocrómica de forma triangular con base hacia afuera y vértice hacia el interior.

Estos hallazgos, explica el forense, según la clasificación de Muram y Adams, corresponden a la categoría 2: hallazgos inespecíficos (abuso posible). Agregó que existió una dilatación forzada, porque fuerza la capacidad de resistencia del esfínter, cuya causa más habitual es por penetración de elemento periforme, aunque tampoco puede descartarse la hipótesis de bolo fecal, pero, en este caso, no existían elementos ni estudios clínicos que indicaran la posibilidad de una dilatación por expulsión de adentro hacia afuera.

Que, en lo sustancial, es del todo coincidente con las apreciaciones del Dr. Rodríguez Jacob en la audiencia.

Entiendo que han valorado correctamente los Jueces del debate que el origen de estas lesiones es el que viene siendo referido por C., el accionar de M., razonamiento que no puede ser subestimado, como pretende el defensor, por cuanto, en primer lugar, si bien tales improntas pueden ser producto de alguna patología que ocasionara constipación, debió ser

acreditada su existencia por la Defensa, por tratarse de una hipótesis en competencia con la que sí logró acreditar el MPF. En segunda instancia, la aparición de problemas digestivos aludidos por la defensa son posteriores al hecho, acaecidos ellos como su consecuencia psicosomática, develados a partir del examen psicodiagnóstico (testimonio Lic. F.).

25. Por último, las referencias de sus allegados.

A pesar de no ser testigos presenciales, de conocer los hechos de boca de la víctima y teniendo en cuenta su posible interés en el resultado del juicio, no puede soslayarse que los miembros de su entorno aportan mayor credibilidad a los dichos originarios del paciente, sobre todo en las observaciones que hicieron los testigos acerca de las alteraciones en su carácter, sus miedos y sus angustias.

Han traído al debate claras muestras de lo divertido que él era hasta que sucedió el episodio (declaración de C. C., hermana); de como lloraba como un chico y se sentía humillado (testimonio de J., su hermano).

Ha coincidido en lo sustancial del relato su abogado, A. M., cuando le contó lo vivido en un todo de acuerdo con los hechos aquí ventilados.

26. Por todo ello, no abrigo duda alguna que la declaración de C. se compadece con lo realmente sucedido, la que, repito, se encuentra abonada con todo el plexo probatorio reunido por el MPF y debidamente considerado por los magistrados del debate.

Además, como si no fuera suficiente la prueba rendida, es de hacerse notar que mal puede atenderse el reclamo del defensor quien pone en tela de juicio la imputación ante la falta de conocimiento de los hechos por parte del personal policial del lugar de encierro y de dos internos.

Por un camino contrario al sentido común, pretende negar la existencia de un hecho a partir de la falta de conocimiento que tuvieron quienes presuntamente tendrían que haberlo advertido.

Esta línea de pensamiento no es atendible por dos razones: primero, no es posible afirmar con certeza que las personas indicadas por el defensor no hubieran tenido conocimiento del evento; es tan posible afirmar lo contrario, si tenemos en cuenta los “códigos de silencio” que imperan en instituciones de encierro total como el teatro de los hechos, que aconsejan a los presos no declarar cuanto saben y a los funcionarios la posibilidad de develar sus responsabilidades por negligencia, como mínimo, lindante con la complicidad por abandono de su posición de garante.

En segundo lugar, que no lo hayan visto no significa que no haya existido.

27. Respecto a los hechos calificados como incursos en el delito de Extorsión –art. 168, CP-, consistentes en la entrega de un caballo y la suma de diez mil pesos, lograda mediante el uso de intimidación, entiendo que se encuentra debidamente acreditado a pesar de los embates de la defensa.

Si bien el quejoso admite la entrega de los bienes mencionados, niega que se pueda acreditar la violencia necesaria para lograr la dación de las cosas.

Brevemente diré que los jueces de la sentencia, a través del análisis de la prueba colectada, nuevamente acuden a la declaración de C. y sus parientes, a lo que debe sumarse ahora el testimonio de F. T..

En concreto, C. C. dijo que, en una visita a su hermano en la Alcaidía, vio a M. quien dirigiéndose hacia su hermano le dice "... y?", por lo que J. les pide que hagan un papel diciendo que debía regalar el caballo; que M., dirigiéndose a su madre, le dice que mire bien la cara de su esposa para que no se olvide a quien tiene que entregar el caballo. Que fue su madre y sobrina a la chacra de F. T. a entregar el animal y que en otra oportunidad de ir a visitar a su hermano, éste le dijo que necesitaba $15000, y le decía "hacé lo que te pido, va a ir una persona a la casa de su madre a buscar el dinero". Esta persona fue alrededor de las 22.30 hs. y cuando se presentó dijo que venía por el dinero, de parte de J. y M., pero como no tenía ese monto le entregó $10000.

Por su parte, P. P., sobrina de J., dio detalles de cómo ocurrió la entrega del caballo y a quién, reconociendo a S., esposa de M., en la diligencia de fojas 82.

Además, J. J. C., hermano, dijo que fue quien redactó el papel. La víctima le dijo "tengo que entregar un caballo a un pariente de M.", como que el caballo se lo vendía a M..

28. Con respecto a la existencia de intimidación para lograr la entrega de dinero, aun contra las quejas del abogado A., ha dicho C. en su testimonio, el que ya dije se haya suficientemente validado, que *"mandó gente a casa de su madre, debían entregarle $10000, que fueron como a las 22 hs, estaba oscuro, diciendo que iban de parte de él y que tenían que entregarle esa plata… que para concretar esa entrega, M. le dio su celular desde el cual llamó a su hermana C., para que le entregaran la plata mientras que lo amenazaba con el cuchillo dentro del baño… luego le dice que tenía que darle más plata, poniéndole el cuchillo en la garganta, que esto ocurrió una sola vez. Su familia le entregó $10000 y con eso iba a comprar más drogas… fue la esposa de M. quien fue a la casa de su familia y le dijo a C., su hermana, que dentro de la alcaidía lo estaban cuidando, por lo que preocupados por su hermano le dieron el dinero… que nunca le contó a su familia lo que le pasaba, por temor, estaba amenazado. Como había averiguado todo de su familia, temía por ellos, no quería que les hiciera daño…".*

Respecto a la entrega del caballo, manifestó que *"M. supo que tenía caballos, averiguando cuanto salía y le exigió la entrega de un caballo. Así le hizo firmar un papel que redactó su hermano, J. J. C. haciendo la entrega. Al caballo lo fue a buscar la Sra. de M., y se lo entregó su madre y su sobrina, estaba el dueño de la chacra también."*

29. Que ello así, acreditada la intimidación como razón por la cual C. hizo que entregaran sus bienes a los enviados de M., aún sólo de los dichos de la víctima, pero cuyas circunstancias que rodearon a los sucesos son compartidas por todos los protagonistas (coherencia externa), hacen que

sea correcta la constatación y la subsunción materializada por los sentenciantes.

30. En cuanto a la pena impuesta, a pesar de los embates del impugnante, considero que los Jueces del juicio han evaluado correctamente las agravantes tenidas en cuenta por el MPF, luego de descartar las que consideraron doble valoración.

Así, en primer término, la jueza Mirta del Valle Moreno, detalla, a partir de fojas 161, como pautas que aumentan el reproche que merece M., *"el tiempo de duración del sometimiento del que fuera víctima J. A. C.. En este sentido han sido coincidentes los testigos del sufrimiento y humillación que le provocó los hechos vivenciados. Las burlas, sometimiento, amenazas, intimidación e insultos, se aprecian como una sucesión de hechos despreciables y degradantes…"*, valora *"el aprovechamiento de la especial indefensión en que se encontraba la víctima en situación de encierro por él desconocida…"*, tuvo en cuenta la extensión del daño causado en clave de *"las consecuencias psicológicas que le produjo, el estrés postraumático de característica depresiva, debido al hecho vivenciado, las serias posibilidades de intento de suicidio"*, ello a partir de los testimonios de la Licenciada P. F. y el médico forense Dr. Diego Rodríguez Jacob. Por último, pondera la magistrada *"el alto grado de vulnerabilidad y desprotección de la víctima, que, frente a la violencia física y sexual desplegada, las amenazas constantes, hacen que la gravedad del injusto cometido sea de gran importancia"*.

31. A su turno, el Juez Fabio Andrés Monti, a fojas 171 vta., considera como agravante *"el grado extremo de violencia, sometimiento y humillación a la que fuera sometida la víctima, especialmente como modo de preparación para la perpetración de los hechos de abuso y extorsión. Ello sin lugar a dudas agrava el grado de reproche, puesto que constituyen una sucesión de hechos de crueldad y sometimiento que van aumentando en intensidad generando un aumento innecesario de sufrimiento en C."*, el *"aprovechamiento por*

parte del acusado de la situación de especial vulnerabilidad de la víctima" y, respecto a la extensión del daño, tiene en cuenta la *"afectación psicológica muy fuerte… que aquél presentaba un cuadro de estrés postraumático con características depresivas de carácter grave, requiriendo asistencia psicológica urgente ante la posibilidad de que el mismo intentara autolesionarse… y que el hecho de abuso sufrido fue vivenciado por C. como una afectación irreversible a su masculinidad."*

32. Por último, a fojas 180 vta., el Juez Sergio Cesar Piñeda, tuvo en cuenta para merituar la pena *"las características del hecho, esto es la situación de encierro de la víctima en el lugar de detención a la que no estaba acostumbrada, por su forma de ser y de crianza"*, además, *"la humillación, al decirle cosas, como que era el último indio, sucio, viejo puto, en una degradación constante a su persona delante de los compañeros de celda, además, no solo de amenazarlo, mediante la utilización de facas, sino también de golpearlo" y "se agrega el daño sicológico causado"*.

Finalmente, al igual que sus colegas, tiene en cuenta *"el aprovechamiento de mayor vulnerabilidad"*.

33. Ello así, resulta de toda evidencia que no se ha echado mano al uso de armas para agravar la pena, más allá de tenerla en cuenta al momento de la subsunción del evento principal; no es, como pretende el impugnante, un resultado extratípico el daño psicológico causado, siendo válido recurrir a dicho extremo para medir el grado del injusto, así como es, conforme art. 119 cuarto párrafo, inc. b), parámetro atendible para agravar la figura básica (Cfr. Zaffaroni, 2000, pág.1001).

El mismo autor y en igual página, señala: "*…Así, es incuestionable que el contenido del injusto aumenta en razón directa de la desprotección del bien jurídico no imputable a su titular, sea por la naturaleza del bien o por circunstancias accidentales o infortunios de éste; cuanto mayor sea la indefensión del bien, mayor es el injusto, y viceversa, aunque no se trate de ganado ni de automotores.*

Algo análogo puede decirse respecto de la posición de la víctima: cuanto más vulnerable sea ésta, mayor será el injusto y viceversa, aunque no se trate de alevosía, del infortunio particular en el hurto, ni del incapaz en la circunvención"

También han acertado los jueces de grado al considerar el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, toda vez que, la comisión del injusto en esas condiciones, refleja un mayor grado de reproche por la aberrante motivación de su accionar, lejana, por mucho, al salvamento de bienes jurídicos, motivo por el cual se podría hacer descender los guarismos punitivos.

Así, por las razones expuestas, voto por confirmar en este aspecto la sentencia impugnada.

En cuanto a las costas del proceso y regulación de honorarios, propongo se impongan al condenado y se regulen los honorarios de la defensa, por su actuación en esta etapa, en un 30 por ciento de lo determinado oportunamente por el Tribunal del debate.

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Que corresponde a esta Cámara en lo Penal de Trelew, revisar la sentencia dictada por el tribunal de juicio por la cual fuera condenado M. R. M..

No he de reiterar los antecedentes del caso, que prolijamente han sido enumerados por mi colega pre opinante, por lo que pasaré sin más a analizar los agravios.

2. Supuesta violación del principio de imparcialidad de uno de los integrantes del Tribunal de Juicio.

2.1 Se reclama la vulneración de la garantía del imputado de ser juzgado por un tribunal imparcial, lo que impone indagar por el significado de ese término.

Podemos decir que pese a que la imparcialidad del tribunal es una noción universal que, en nuestro derecho positivo, se encuentra consagrada tanto en la Constitución nacional como en la provincial, en el bloque constitucional federal y en el rito -*Artículos* 18 *de la Constitución Nacional,* 44 *Constitución Provincial, 76 párrafo primero,*

372 *inc. 1ro in fine CPPCH,* en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10), en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (art. 26, 2), en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8, 1), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, 1), no existe una definición legal de esta garantía prioritaria del debido proceso.

En procura de un marco conceptual podemos acercarnos a la idea con lo se ha dicho sobre el punto: *"La imparcialidad del tribunal y la publicidad de las actuaciones son importantes aspectos del derecho a un juicio justo en el sentido del párrafo 1 del artículo 14. La "imparcialidad" del tribunal supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes"* Comité de Derechos Humanos, caso Karttunen c. Finlandia, párr. 7.2. Citado por O' DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidad para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

En nuestra jurisprudencia local, el ministro Jorge Pfleger en su voto en el caso *"L., E. A. s/ homicidio r/v S. A. H. en concurso real con lesiones gravísimas r/v S. F. s/ Impugnación" (Expediente N° 23.224 – Folio 196 – Año 2013 – Letra "L")* dijo que *"…una aproximación primera permite convenir en que la ´imparcialidad´, en sentido vulgar, significa la ´…Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud…´".*

El sistema de procedimiento penal de nuestra provincia, de corte acusatorio, ordena tener muy bien separadas las funciones que hacen a los órganos estatales que intervienen en actuaciones referidas a los delitos penales: la de los jueces de las garantías y la de los funcionarios del Ministerio Público Fiscal, titulares de la acción penal pública.

De allí se colige que si un juez penal en una etapa del proceso, de alguna manera, ha impulsado la acción penal, no podrá integrar el tribunal que ha de juzgar al imputado.

Como bien dice el pretenso en el recurso, existen dos instancias en la garantía, el objetivo y el subjetivo, siendo que su núcleo esencial lo constituye el derecho del justiciable de ser juzgado por un tribunal sin preconceptos que favorezca a alguna de las partes en el juicio.

2.2 De los argumentos del agravio, lo que se reclama es que uno de los jueces ha tenido contacto previo con parte de la materia litigiosa y, con ello, tendría un criterio formado.

Ello así, corresponde evaluar si la intervención del juez Piñeda en la diligencia de reconocimiento en rueda de personas, ha importado un avance de la jurisdicción por sobre la propia actividad de los acusadores.

En otras palabras, si ante la supuesta *contaminación de información* que habría padecido en la etapa preparatoria, subrogando por ese entonces a la juez penal titular de la causa, ha adquirido su intervención entidad suficiente como para sospechar de la calidad de su decisión, lo que tornaría inválida su actuación en el juicio.

Al confronte del caso que nos convoca con la letra de la ley se advierte que este punto, en concreto, no se encuentra expresamente contemplado.

Yendo entonces al supuesto del artículo 76 del CPP tenemos, como requisitos en la manda legal, que el motivo de recusación de la parte que la ejerce debe ser *serio* y *razonable*. Para la solución de este caso me quedo con este último requisito: acusar sospecha de parcialidad, importa acreditar *razonablemente* que el juez Piñeda quedó afectado en su íntima convicción en contra del imputado, tras presidir dos ruedas de reconocimiento. ¿Cómo? Pues, según la defensa, por haber escuchado una declaración y por resolver una oposición.

Ponderada muy profundamente la cuestión, soy de la idea que tener información sobre algo, no es tener convicción.

Para afirmar lo contrario lo que corresponde es ponderar si la información que se obtuvo importó, razonablemente, una toma de posición sobre el punto concreto.

Por lo tanto, debemos poner el ojo en la actuación del juez en la etapa penal preparatoria y, de allí, deducir si es razonable suponer que formó de antemano una convicción en contra del imputado.

Tras agotar el razonamiento mediante esta fórmula, creo que no es posible llegar a esa conclusión.

Como dijo el magistrado recusado, en sus intervenciones no emitió decisión que hubiera requerido la valoración de la totalidad de la prueba; actuó únicamente para resguardar los derechos de las partes y, si bien decidió realizar los actos ofrecidos por la Fiscalía, a pesar de la oposición fundada por la Defensa, fue una decisión menor, no trascendental.

Objetiva y subjetivamente no alcanza, a mi criterio, para inferir que el magistrado tuvo antes del juicio y de la sentencia, animosidad de condenar a M.. Es más, es posible suponer, con el mismo grado de racionalidad, que el juez por esas mismas circunstancias, tenga animosidad de absolverlo.

Su intervención legal importó presenciar dos reconocimientos en rueda de personas, llevando a cabo las formalidades legales que esos adelantos jurisdiccionales tienen previstas en la ley. No tuvo carga de resolver cuestiones inherentes a los hechos, a la calificación, a la autoría, medidas cautelares o cualquier otra incidencia de la que sí, racionalmente, se pueda inferir afectación concreta sobre su deber de imparcialidad.

Creo que la entidad de las intervenciones del doctor Piñeda, en cubrir el cargo de juez penal en dos diligencias de reconocimiento en rueda, e incluso no hacer lugar a una oposición sobre una de ellas, en un tema que tenía que ver con el preconocimiento que el sujeto activo de la diligencia tenía respecto del sujeto pasivo, no constituyen presupuestos que admitan concluir que con ello formó opinión en el caso,

ni mucho menos que esa opinión haya sido en contra del imputado.

Con ello la garantía constitucional no se vio vulnerada, y su integración como juez técnico en el tribunal de condena no justifica, razonablemente, ninguna sospecha de parcialidad como se denuncia.

2.3 Sobre este punto, el pretenso ha dicho también que los vocales del tribunal han introducido un argumento que no fue invocado por la fiscalía al momento de sostener el informe del juez recusado (el de la extemporaneidad), con lo cual alteraron el contradictorio y el proceso, suplieron una actividad que se encontraba exclusivamente a cargo de ese Ministerio, reclamando así la nulidad del rechazo de la recusación efectuada, por violación a las reglas del debido proceso.

Puesto a analizar este punto, es dable reconocer en el trámite que ha tenido el rechazo de la recusación contra el juez Piñeda, ciertas desprolijidades.

La primera de ellas es que los magistrados que integran el tribunal, y que por imperio del rito han evaluado el informe de juez recusado han introducido, en sus votos, la cuestión referente a la extemporaneidad del planteo del encartado.

Sin perjuicio de este reconocimiento, no es como afirma quien recurre que el punto no lo introdujo el Ministerio Publico, sino que fue Piñeda quien no lo incluyó en su informe.

No correspondía a la juez Moreno ni al juez Monti mejorar los argumentos de Piñeda para rechazar la recusación ensayada en su contra, debiendo haberse limitado a ponderar solo los que el rechazante destacó.

De otra parte, también se advierte que Moreno se limitó a considerar esa extemporaneidad como único elemento para sostener la competencia de su colega; mientras que el juez Monti, además de compartir ello, agregó lo que sí expuso Piñeda y con los cuales coincidió.

Estas circunstancias, que como dijera, dan razón a uno de los agravios de la impugnante, merecen resaltarse a efectos de marcar como irregularidad y a fin de ser evitadas en el futuro. En términos más claros: en el proceso de ponderación de un informe de un juez recusado, los jueces que lo reciben y en definitiva la aceptan o rechazan, no pueden exceder los fundamentos del primero, so pena de dictar una decisión irregular.

Como en extenso desarrollara el doctor Alejandro Defranco en una posición que en un todo comparto, no fue extemporáneo el planteo recusador, toda vez que los fundamentos de los jueces Moreno y Monti hablan del preconocimiento que debió tener el letrado defensor de la integración del tribunal y la constancia de actuación de Piñeda en la instancia anterior, cuando en la incidencia no fue el defensor quien provocó el pedido, sino el propio imputado, en la audiencia de debate en donde recusó y fundó acabadamente el momento en el cual advirtió la causal y con ella requirió el apartamiento del juez.

Sin perjuicio de ello, tengo para mí que el nudo central del planteo recusante, esto es la falta de imparcialidad de uno de los jueces del tribunal, se encuentra bien rechazado por el magistrado, como ya vimos.

Las garantías constitucionales por las que debemos velar los jueces, son garantías que se consagran a favor del ciudadano ante el poder del Estado, y en materia de procedimientos penales, incluyen la de ser juzgado por jueces/jurados imparciales.

Ello así, debemos destacar que pese a la irregularidad del procedimiento de la confirmación del rechazo de la recusación impetrada contra el juez Piñeda, la garantía constitucional no fue vulnerada, motivo por el cual no amerita ser declarada nula.

Proceder en contrario, es decir declarar nulo ese procedimiento, sin levantar la vista hacia la garantía presuntamente vulnerada, sería un claro caso de declaración de nulidad por la nulidad misma.

Es imprescindible que la Oficina Judicial tenga la precaución necesaria al integrar tribunales de juicio, por ejemplo, no llamando a jueces que hayan tenido una intervención en alguna etapa anterior del procedimiento. Con ello solamente, se evitaría cualquier cuestionamiento que importe sospechas sobre la calidad de los magistrados y demoras en el proceso.

Con estos argumentos, voto por no hacer lugar al primer planteo de la impugnación ordinaria, que pretendía nulificar la integración del tribunal de condena.

Sigamos con el siguiente punto.

3. Argumentos de la cuestión de fondo.

Entiende la Defensa que, con las pruebas valoradas en la sentencia, no es posible llegar a un juicio de certeza necesario para condenar.

3.1 En cuanto al hecho del abuso sexual acusa que la declaración del denunciante no se corrobora exteriormente, pese a lo cual se tuvo por acreditado sin otra prueba que esos dichos.

He dicho en varios precedentes, que nuestro código procesal establece el sistema de libre valoración de la prueba, que el tribunal puede creer o no a un testigo en particular, aun como en el caso, de un único testigo de un hecho. La carga de los jueces es ponderar lógica y racionalmente el valor de convicción del testimonio, fundando su decisión al momento de redactar el fallo.

Se ha dicho que *"todos los testigos valen"*, pero *"su peso"* dependerá de las condiciones de credibilidad específicas de cada caso.

Por otro lado, no puede ser desconocida la inconveniencia que existe en la comprobación de hechos de abuso sexual, lo que exige la máxima de las prudencias al momento de valorar el material producido a su respecto, por la particular circunstancia de este tipo de delitos que se caracteriza, justamente, por la existencia mínima o casi nula de elementos probatorios que acrediten el injusto. El principal elemento

de prueba es, sin dudas, la declaración de la víctima, y es por ello que toda consideración parte siempre de allí.

Tras analizar la pieza recurrida, tengo para mí que los magistrados han hecho un profuso desarrollo de los elementos tenidos en cuenta para dar crédito a los dichos de la denuncia, y con ello, arribar al estadio de certeza en el que se sienta la condena.

El relato de la secuencia fáctica efectuada por la víctima ha sido sopesado agudamente, tanto desde un punto de vista interno en su contenido, como en el externo, en consideración a otros medios de prueba que corroboraron sus dichos. Una suerte de test de veracidad que pone como objeto al testimonio; el que, es digno reconocer, nuestros jueces chubutenses van empleando con mejor técnica en sus sentencias.

La juez Mirta Moreno, tras describir el contenido de la declaración de J. A. C. en el contexto de una cámara gessel, advirtió el impacto emocional de la víctima que provocó el rememorar los hechos, brindando un claro sentido y detallado relato de todas aquellas situaciones degradantes, *"siendo coincidentes y manteniéndose incólumes a lo largo del proceso."* Agregó más adelante que *"(a)nte la ´notitia críminis´ de una agresión sexual, la firme imputación por parte de la damnificada sumada a la incorporación de indicios relevantes resultan suficientes para sospechar que la posible comisión y participación en el hecho por parte de una persona determinada, pueda tenerse por acreditada."*

Así, tras citar doctrina referente al caso de abusos sexuales, afirmó que la declaración de C. aparece como verosímil, no contradictoria y, referida al agravio que se analiza, "respaldado en un plexo probatorio que permite arribar con certeza al autor del hecho. *Refirió de manera creíble y fiable los hechos de los que fue víctima, sindicando a M. M. como su autor."*

Sumó al testimonio de la víctima, el informe psicológico realizado por la licenciada P. F., quien compareció en el

juicio y dio cuenta de sus conclusiones. También los del doctor A. M., C. C., J. J. C., y los funcionarios, el oficial ayudante J. P. S., la doctora C. M., A. H. y D. R. J. .

No menor fue la exhaustividad del análisis del caso efectuada por los otros dos integrantes del tribunal.

El juez Monti y el juez Piñeda replicaron elementos ponderados en su decisión basados en las mismas evidencias tenidas en cuenta por la primer votante, en coincidente proceso de validación de la declaración de la víctima en ambos aspectos: el interno y el externo.

Tanto es así, que en el punto 15 del voto del doctor Monti se identifica la labor analítica desarrollada en consideración de todo el material que fuera producido, arribando a una conclusión razonable que hizo a la condena, y sostiene la idea con la que principia dicho acápite: que *"…el cúmulo de elementos probatorios reseñados precedentemente y valorados en su conjunto, permiten arribar al estado de certeza tanto en lo que concierne tanto a la existencia del hecho denunciado, como 'la autoría del mismo en cabeza del acusado M.".*

El juez Piñeda utilizó el mismo trayecto argumentativo para sopesar los dichos de la víctima, llegando a idéntica conclusión que los otros dos votantes: que los *"…dichos guardan una coherencia interna y externa que l1evan a considerar como creíble la declaración que brindó."* Analizó así punto por punto los dichos de C., desde su lenguaje, la descripción de una experiencia hasta ese momento nueva para él, como lo es el hecho de estar privado de libertad, que incluye terminología y rutinas que se compadecen con la realidad, y sobre todo, su constatación con otros elementos de prueba que refuerzan la conclusión de que la víctima dijo la verdad.

A la revisión de los votos que integran la sentencia, con faro en el agravio, he de concluir que el tribunal ha sido coincidente en el arribo a un estadio de certeza, tras tener por debidamente acreditados los presupuestos fácticos relatados por la víctima, y que conformaron la teoría del

caso de la fiscalía. La evidencia producida a ese respecto ha sido mencionada y coincidentemente ponderada por los jueces, lo que me determina a no hacer lugar al planteo de la defensa.

Los testimonios de E. U. y N. M., quienes convivían como internos con C. y M., o del Oficial C., S. P. o de J. P. S. nada aportaron a la teoría de la defensa, y en este punto merece destacarse la consideración del juez Piñeda cuando dijo: *"Como en otros casos cuando ocurren ilícitos en lugares de detenciones, resulta dificultoso la recolección de evidencias probatorias, especialmente lograr entrevistas de personas allí alojadas, porque existe el llamado "código de silencio", " ... nadie habla, nadie sabe nada, nadie escuchó ni vio nada ... ", como tampoco es usual que denuncie quien es víctima de ilícitos."*

"Son varias las carencias que existen para que estas cosas sucedan, y tienen que ver con la falta de recursos humanos, en lo atiente a personal policial, encargados de la custodia y son cuatro personas por turno y dos de ellos, el celador y el disponible quienes se abocan al requerimiento y necesidades de los internos. Con esta cantidad de personal policial, es prácticamente nula la posibilidad el control adentro de los pabellones. También por los edificios, la altura de las ventanas y la construcción precaria de los llamados ranchos que impiden la visión de los detenidos. Ellos tienen sus propias reglas de convivencias, donde existen liderazgos o jefes de grupos, encargados de darse protecciones y beneficios."

Sobre este punto, si empleamos las máximas de la experiencia, no puedo menos que coincidir con los jueces en la nula probabilidad que una persona como C., de personalidad tan marcada por su entorno rural, que constituyó su medio y modo de vida, se exponga a radicar una falsa denuncia de vergonzante contenido sexual, contra una persona desconocida, sin aparente retorno que lo beneficie.

En realidad, las consecuencias que se han evidenciado y puestas de manifiesto en declaraciones de su familia, y hasta

de los funcionarios policiales y judiciales que intervinieron en la emergencia, destierran cualquier sospecha que, sobre este punto, se pretenda imponer reforzando con ello la decisión tomada por el A-quo.

3.2 En cuanto a la duda planteada respecto del acceso carnal, creo que debe descartarse, ya que los fundamentos de los integrantes del tribunal desechan cualquier falta de certeza del acaecimiento del hecho respecto a este tópico.

Recordemos que el Tribunal tuvo en cuenta del informe de los medico forenses, el borramiento de pliegues producido por estiramiento de piel en el ano de la víctima, que presentaba una cicatriz blanquecina con lesión triangular con borde hacia adentro, que constituye un indicio inespecífico de abuso sexual.

Fue este resultado específico, constatado por los idóneos en la materia, lo que adunado al testimonio de C., determinó al tribunal a tener por cierto lo allí relatado.

Y es correcto que así se haya tenido en cuenta ya que, las otras posibles causales de esa cicatriz, no fueron referidas ni sugeridas al menos por quien denunció que, en realidad, habló de algo bien distinto.

No olvidemos que el doctor A. H. dijo que ese hallazgo es un indicio de abuso posible en grado 2, *"…que puede haber sido originado como consecuencia de penetración, no siendo un hecho reciente. Es un dato indicativo, que se produce por una dilatación forzada en el esfínter como consecuencia de la introducción o apoyo de un elemento que provoco que se dilatara en forma mayor de lo permitido…".*

Por su parte el doctor D. R. J. dijo que si bien en este tipo de hallazgo no puede determinar la causa concreta, *"…no puede descartarse un posible abuso sexual, ya que en el caso existe un nexo causal entre lo relatado por la* víctima y los signos médicos hallados".

Por ello, el descarte de constipación o afección en la zona anal sugeridos como posibles causales de la lesión, ha sido correcto, y no se ha violentado principio de razón

suficiente alguno, ni se ha omitido la valoración de prueba dirimente, como se acusa en el recurso.

4. De la supuesta falta de certeza sobre la comisión del delito de extorsión.

Denuncia la defensa que los testimonios de C. C., de J. J. C., P. P. y F. T., no evidencian que su cliente hubiera realizado amenazas previas a la entrega para hacerse de este equino ni a la entrega de dinero a un extraño que no se identificó; por lo que no se ha probado el carácter delictivo de la presunta entrega.

Analizado este agravio, al igual que los anteriores correrá la misma suerte.

La juez Mirta Moreno ha desarrollado en su voto, la relación de los dichos de los testigos en testeo de la versión de la víctima que había dicho que todas estas imposiciones de entrega de dinero como de bienes, las hizo bajo amenazas, *"…corriendo riesgo su vida y la de sus familiares si no hacia lo que se le pedía."*

Creo que con acierto la magistrada concluyó que los *"…componentes del delito que examinamos denotan que su núcleo se asienta en la exigencia coactiva formulada por el agente, quien provoca miedo en el damnificado, que es, en definitiva, lo que motiva la realización de lo pretendido por aquél."*

"Todo ello, me lleva a considerar que con tal cuadro probatorio, la existencia de amenazas e intimidación, la utilización de armas impropias como la facas o planchuelas utilizadas para amedrentar a la víctima, la entrega de dinero y bienes propios del damnificado, que existieron en el evento dos hechos de extorsión."

El juez Monti analizó en conjunto toda la prueba producida en el juicio, y tras evaluar los términos defensistas, concluyó que *"Si bien la prueba principal y directa sobre los hechos acusados consiste en la declaración de la víctima, existe una combinación de otros elementos de prueba, cuya valoración armónica y en conjunto, permite arribar a la convicción de que las cosas sucedieron tal cual lo relata el denunciante."*

Específicamente del delito de extorsión enrostrado, dijo que *"…se ven apontocados por los relatos de sus familiares (C. C., P. P., J. C.) y por el de F. T.. A través de estos testimonios escuchamos que C. C. entregó la suma de $10.000 a una persona que le dijo que iba de parte de su hermano y de M. M.. Estos testigos a su vez dan cuenta de los pormenores de la entrega de un caballo de C. a la pareja de M. (C. S.). El hermano de la víctima afirmó que una visita en la Alcaidía se acercó M. a ellos y dijo que había que hacer un papel que plasmara la entrega del caballo, cosa que él hizo. P. P. explicó detalladamente cómo se realizó dicha entrega, mencionó que fueron junto con su abuela a la chacra de F. T. en el auto de la Sra de M. junto a otra persona de sexo masculino. Luego reconoció en rueda de personas a la mujer a quien le entregaron finalmente el animal. El dueño de la chacra (F. T.) donde se llevó a cabo dicha operación, fue conteste con los dichos de P. y relató que ésta hizo un recibo que plasmó la entrega."*

"De las constancias del libro de visitas de la Alcaidía (fs.56 a 81) se desprende que C. S. era pareja de M. M. a la fecha de los hechos. De dicha documental también se desprende que en varios días de visitas (ej: 29/04/15,7/5/15, 10/05/15, 13/05/15) coincidieron en la Alcaidía los familiares de C. con C. S.. En esa época, de acuerdo a los testimonios de los empleados policiales, las visitas se llevaban a cabo por pabellón, es decir que los familiares de los internos coincidían en el mismo espacio y tiempo al momento de las visitas. Ello refuerza los dichos de C. y J. J. C., en cuanto a que en el momento en que este último escribió el papel para la entrega del caballo, estaban presentes M. y su pareja. También apuntala el testimonio de P. P. cuando refiere que vio a la Sra de M. en varias oportunidades en que visitaba a su tío en la Alcaidía."

Adunó a este impecable cuadro de relación de evidencias, el estado anímico que exteriorizaba la víctima luego de su ingreso en el pabellón 2 de la Alcaidía policial, y su actitud cuando le otorgaron el arresto domiciliario y vivía en la

casa de su mamá, en donde dormía en la cocina con la luz prendida.

Por último, el juez Piñeda coincidió en la técnica de analizar conglobadamente el plexo probatorio en prudente forma, y de cuyo análisis, en cuanto al delito que ahora nos ocupa, concluyó que *"…tenemos como acreditado a partir de la declaración de P. P., C. C., J. J. C. y F. T., el secuestro del recibo que realizara P. al momento de la entrega del caballo y la rueda de personas efectuada por esta última a Cintia S., como el familiar a quien debían entregar el animal, de acuerdo a lo ordenado por M.. De todo ello concluimos que existieron dos hechos de extorsión consistente en la entrega de la suma dinero de $10000, por parte de C. y luego la entrega del caballo".*

Considero que los argumentos desarrollados por los sentenciantes que se evocaran en este voto, han concluido acertadamente en tener por acreditada la intimidación efectuada por el imputado M., pese a que, en el contexto de encierro de sujetos activo y pasivo, y la obvia precaución del primero de realizarlo a solas o en secreto, le permitió que C. hiciera entrega de ciertos bienes (un caballo y dinero) a través de terceros.

Que pese a que la versión aflora de los dichos de la víctima, al igual que en el delito de abuso sexual, todas las circunstancias detalladas en la denuncia fueron confirmadas por familiares que intervinieron en la consumación del delito, como así también no existieron fisuras ni contradicciones en el mismo testimonio de C., lo que me determina a no hacer al planteo del recurso.

5. De la pena.

Recordemos que el recurso ataca los agravantes tenidos en cuenta por el tribunal para imponer la pena, puesto que no habrían sido probados los golpes, ni las burlas y humillaciones supuestamente padecidas por la víctima.

Directamente exige que el monto sea aminorado, puesto que para su determinación, los elementos ponderados no tienen conexión con la culpabilidad por el hecho.

Leídos en detalle los votos que integran la sentencia en lo que a la punición en concreto se refiere, en primer lugar he de destacar que la agravante del uso de armas para la intimidación de la víctima y la garantía de hacer cumplir la voluntad del imputado, de modo alguno implicó una doble punición.

La coacción del sujeto activo *(en el caso, efectuada mediante burlas, humillaciones, golpes e intimidación con armas blancas)* se encuentra prevista en la misma figura de abuso sexual y de extorsión, endilgados a M., por lo que su consideración al momento de analizar la calificación jurídica por parte de los jueces es correcta.

Ello no implica que, una vez superada la instancia de análisis que tiene ver con el marco legal, al momento de mensurar el reproche, se tenga en cuenta la cuantía y el perjuicio con que esa coacción fue efectuada, y repercuta en la determinación de la pena, elevando el mínimo legal.

Por otra parte, el daño psicológico tenido en cuenta por el A Quo, encuentra soporte en la norma que habla de la extensión del daño, y que, con razón, aduna más tiempo de detención en la discrecionalidad de los jueces en la elevación de monto punitivo, no siendo por ello admisible tenerlo como un daño extra típico.

En los votos de Mirta Moreno, Fabio Monti y Sergio Piñeda, cuyas partes pertinentes el camarista que votara primero ha transcripto y que en honor a la brevedad me remito, se han evaluado con corrección los parámetros legales para arribar a los doce años de prisión impuestos que, sin perjuicio del embate del recurso, aparece como fundado y justo.

6. Por todo lo dicho, he de votar por no hacer lugar a ninguno de los agravios ensayados por el impugnante, toda vez que los jueces penales han desarrollado en forma explícita las razones por las cuales dieron un sentido a su resolución, que en plausible forma dan razón a la teoría del caso de la fiscalía. Creo que no existe por parte de quien impugna, un ataque concreto que desestabilice sus

conclusiones al extremo de poder considerar el fallo como arbitrario, por lo que voto por el rechazo de la impugnación ordinaria y la confirmación integral de la sentencia venida en revisión en todas sus partes.

En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, coincido con lo propuesto por el primer votante.

Así voto.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa plantea varios agravios, de los cuales solo trataremos la afectación de la imparcialidad pues, como le daremos la razón, los demás devienen abstractos. En esta senda pasamos a explicitar el marco teórico constitucional legal que entendemos debe presidir la solución y que fungirá así como motivación suficiente de nuestro voto.

2. En primer lugar, debe rechazarse la pretensión de extemporaneidad que se trata de endilgar al planteo defensista, toda vez que de su contenido surge con claridad la afectación de una garantía constitucional del imputado que, sabemos, no solo puede alegarse en cualquier instancia y grado del proceso, sino que es un deber de los jueces hacerlo de oficio a los efectos de sanear o bien quitarle efectos jurídicos al acto o secuencia de actos procesales defectuosos.

Lo anterior surge claramente del nuevo régimen aplicable a la irregularidad de los actos procesales establecidos en el libro III, título II de la parte general de nuestro código procesal penal, específicamente, en el artículo 162, primer párrafo al establecer el citado deber jurisdiccional. Inclusive, así lo ha reafirmado en numerosos fallos recientes nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional, al declarar que el incumplimiento en torno a la oportunidad de un planteo que haga a la inteligencia de una cláusula constitucional carece de entidad a los fines de la procedencia formal del pedido, toda vez que cabe apartarse de las exigencias formales cuando se adviertan violaciones a las formas sustanciales que rigen el procedimiento penal, determinando así el tratamiento ineludible de la cuestión por razones de

orden público. *(Fallos:325:2019, ratificado en "Sandoval" 31/08/2010).*

3. Entrando concretamente a la queja defensista en cuanto a la afectación de la imparcialidad, recordemos que ella no solo es una garantía que no ampara exclusivamente al imputado, sino que también es una de las condiciones de legitimidad de un proceso penal, de la cual no puede disponer ni siquiera el imputado, al tratarse de una exigencia sin la cual no puede concebirse proceso penal alguno. Esta situación es lo que en doctrina se denomina presupuesto procesal, constituidos por una serie de exigencias positivas o negativas que impiden al tribunal toda decisión material del asunto, es decir, con efecto de cosa juzgada material, por lo que hasta que el obstáculo no se supere, el tribunal mismo se encuentra impedido de dictar una resolución con tales efectos.

El maestro Maier clasifica estos presupuestos según se refieran a la participación de los sujetos procesales esenciales- juez, acusador e imputado-, o a exigencias propias del objeto procesal que puede ser planteado y resuelto y, por último, aquellos presupuestos o condiciones que hacen a las formas esenciales del procedimiento que caracterizan a un juicio como justo, debido o leal y que se refieren principalmente a la validez general del debate que funda la sentencia, tales como la existencia de una acusación, el debate público y oral, la identidad de los jueces que resuelven con los que presenciaron el debate en carácter de tales y la exigencia de formar su convicción por lo oído y visto durante el debate.

Como se observa, todos ellos forman en definitiva exigencias ineludibles que funcionan de manera diferente y con distintos efectos, pero que tienen la característica común de ser condiciones o reglas de legitimación del ejercicio del poder estatal de juzgar o, para decirlo con las palabras de Alberto Binder, se trata de condiciones surgidas de la necesidad política de resguardar los pilares

básicos innegociables del proceso penal, cuya primera exigencia es, precisamente, la imparcialidad del tribunal.

A esto agréguese que la imparcialidad, sea que la consideremos como presupuesto relativo a la capacidad del tribunal, junto a la competencia, o como una de las formas básicas o esenciales del procedimiento, junto a la publicidad, oralidad y otras que hacen a la validez del debate, es un presupuesto procesal indispensable para la misma existencia de una decisión que expresa la voluntad estatal y en este sentido su falta impide sin más una condena, siendo un obstáculo objetivo y absoluto para dictar una resolución, sin necesidad de demostración alguna acerca de la incidencia del motivo en el resultado del procedimiento, inclusive en el caso de que el juez sospechado de parcialidad no haya votado en sentido condenatorio, sino por la absolución, aunque en éste último caso sí prevalecerá la garantía y no correspondería descalificarla.*(Cfr. Maier, J.B.J.; Derecho Procesal Penal, TII, Pte. Gral., Sujetos Procesales, Editores del Puerto, Bs As, 2004, pags.73/145 y BINDER, Alberto M.; El incumplimiento de las formas procesales, Ad- Hoc, Bs As, 2000, págs. 94/105).*

Por último, tal como lo ha señalado hasta el hartazgo la doctrina y jurisprudencia, no se trata de juzgar sobre la rectitud y probidad del juez desde un punto de vista subjetivo, pues la evaluación se debe hacer sobre cualquier punto o hecho, aún dudoso que pueda señalarlo al juez ante la sociedad y el imputado como simple sospechoso de parcialidad, aún cuando no lo fuera concretamente. En esto vale la frase de que no solo hay que ser imparcial sino también parecerlo, expresado de distintas formas por los tribunales internacionales y locales. Así, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado enfáticamente que la imparcialidad es la ausencia de prejuicios e intereses del juez frente al caso, tanto en relación a las partes como a la materia, sosteniendo que si de alguna manera puede presumirse por razones objetivas y legítimas una mínima duda

acerca de su imparcialidad, debe ser apartado del caso para preservar la confianza de los ciudadanos y sobre todo del imputado en la administración de justicia, agregando que la persona que intervino como juez, aún por imposición legal, antes del debate no puede integrar el tribunal de juicio porque puede generar en el imputado dudas razonables acerca de la neutralidad de quien lo va a juzgar, como sería el caso del juez que antes intervino y decidió en materia probatoria, todo lo cual evidencia objetivamente la sospecha de parcialidad. *(CSJN "Llerena" 18/05/2005).* Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, haciendo alusión a la objetividad con que debe evaluarse la causal, afirma que en materia de imparcialidad también las apariencias deben ser importantes: en palabras de la máxima inglesa no solo se debe hacer justicia, antes bien, también debe parecer que se la hace, en referencia a cualquier mínima duda de parcialidad que pueda existir en el juez que juzga. *(TEDH "De Cubber" 26/10/1984)*

En fin, todo lo anterior nos sirve para constatar, no solo que la imparcialidad es una garantía del imputado que no lo ampara a él con exclusividad sino que, también ella, es una condición de legitimidad o presupuesto indispensable de un proceso penal constitucional que impide al tribunal decidir la cuestión con los efectos de cosa juzgada material, aún con el acuerdo del imputado. Esto último es así, porque, tal como lo dicen ambos autores ya citados, en los casos en que una garantía constitucional del imputado no está prevista solo en forma exclusiva para su protección y sí también como condición de legitimidad, su afectación es un obstáculo insalvable para dictar una resolución de mérito definitiva, por lo que habrá que descalificarla como acto jurisdiccional valido y sanear el vicio, disponiendo su renovación, en caso de ser ello posible. *(Maier, ob. cit., págs. 100 /101 y Binder, ob. cit. págs. 101/102).*

4. Si aplicamos tal marco constitucional-legal y jurisprudencial al caso traído a decidir, deberá efectuarse entonces un nuevo juicio por haberse afectado una garantía

constitucional del imputado que, como dijimos, no está establecida exclusivamente en su beneficio, sino también que ella es una condición de legitimidad o presupuesto procesal de la decisión de mérito de un tribunal de juicio en un proceso penal democrático. A fundar tal afirmación en el caso dedicaremos los siguientes considerandos que demuestran, a nuestro entender, que no se respetó la exigencia de imparcialidad.

En esta senda, uno de los integrantes del tribunal de juicio, el juez Piñeda, había intervenido y decidido en la etapa preparatoria en dos diligencias de reconocimiento de personas peticionado por la fiscalía, actuando como juez controlador de garantías. Por tal motivo, fue recusado por la defensa, alegando que ello era un motivo serio y razonable que funda un temor de parcialidad, sobre todo porque a través de los reconocimientos anteriores tuvo conocimiento de los hechos que luego juzgó.

Entendemos que lleva razón la defensa, en cuanto al conocimiento de los hechos con anterioridad al juicio que plantean, puesto que la situación fáctica que se narra en la acusación como instrumentos para el acceso carnal son también integrativos del delito de extorsión, puesto que el mal futuro, serio, cierto y grave que se blandió como instrumento de éste último delito, entre otros, fue el anunció de abusos sexuales que el imputado supuestamente ya había cometido con C., por lo que la conexión necesaria de los hechos es indudable y mal puede decirse que se trata de hechos absolutamente desconectados. Véase sino la propia narración que de los hechos efectúa la acusación, en el que los abusos sexuales fueron los que más intimidaron y dejaron su impronta en C. y que fueron determinantes para que el mismo acceda a la entrega del caballo y otras exigencias. En fin, de lo que se trata, sin duda alguna, es de afirmar que los abusos sexuales imputados configuraron un tramo inescindible y determinante de la voluntad viciada de C. como víctima de la extorsión, por lo que mal puede decirse que no existe en autos elemento alguno del cual inferir objetivamente que el

juez Piñeda haya tenido noticia de aquellos. Advertimos aquí que no estamos afirmando con certeza que ello hubiese ocurrido, pero tal extremo no es necesario para dar configurada la causal de temor a la parcialidad, pues ésta es, repetimos, de índole objetiva, bastando con la probabilidad de que ello ocurra para tener por refutada la tesis acusatoria sostenida en la audiencia de impugnación.

Si lo anterior es así, entonces cabe declarar que objetivamente existe un motivo serio y razonable de temor a la parcialidad por parte del imputado M., que debió haber sido acogido por el tribunal, puesto que al menos objetivamente el juez Piñeda tuvo dos veces en la etapa preparatoria la posibilidad de conocer también los hechos de abuso sexual que se le venían imputando a M. como integrativos de los medios extorsivos, con clara afectación a la imparcialidad propia para juzgar. Asimismo, como ésta no solo es una garantía establecida con exclusividad a favor del imputado, sino también una condición de legitimidad del proceso penal establecida como presupuesto procesal para dictar una resolución con efectos de cosa juzgada material, y existiendo pedido expreso del imputado en cuanto a sancionar con nulidad la secuencia de actos que llevaron a la sentencia condenatoria, corresponderá hacer lugar a su pedido para ejercer el derecho a tener un nuevo juicio con la integración de un tribunal imparcial, tal como expresamente se lo reconocen los pactos internacionales incorporados a nuestra constitución y que no solo son de aplicación directa, sino que informan toda interpretación de las leyes y determinantes como criterio de validez de los actos del procedimiento penal, tal como lo establece nuestro artículo 1 del Código Procesal Penal (art.8.1 CADH, 14.1 PADCyP y 6 del CPP).

En relación a las costas y honorarios, concuerdo con la propuesta de mis colegas preopinantes.

De conformidad con los votos precedentes, por mayoría, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

I) Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la Defensa Pública en representación del imputado M. R. M.;

II) Confirmar la sentencia Nro. 757/2017 OJTw dictada en fecha 29 de marzo del año 2017;

III) Imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en el 30% del monto fijado en la instancia anterior (arts. 5, 6 bis, 7, 13, 44 y ccdts. de la ley XIII-4, art. 59 y concordantes ley V-90);

IV) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Omar Florencio Minatta

Roberto Adrián Barrios **Alejandro Gustavo Defranco**

Registrada con el Nro. 65/2017 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Pilar Sofía Maza
Secretaria de Cámara