

Expediente I.P.P. trece mil seiscientos veintiocho.

Orden Interno N°:_____

Libro de Interlocutorias N°:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los días del mes de febrero del dos mil diecisiete, reunidos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I-, doctores **Guillermo Alberto Giambelluca, Gustavo Angel Barbieri y Pablo Hernán Sounoulou**, para resolver en la **I.P.P. Nro. 13.628/I, caratulada "F.,E.J. s/tenencia simple de estupefacientes en Pigüé"**, prescindiéndose del sorteo de ley, atento la prevención operada con anterioridad, manteniéndose ese orden de votación **Giambelluca, Barbieri y Soumoulou**, (Magistrado este último que intervendrá en caso que se considere corresponder), resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la resolución de fs. 186/187 ?

2ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: El resolutorio dictado por el Sr. Juez en lo Correccional -Dr. José Luis Ares- de fs. 186/187 que no aceptara la recusación que intentara a su respecto el señor Agente Fiscal, Doctor Jorge Viego a fs. 180/181, fue remitido a esta instancia conforme lo dispuesto por el artículo 51 del C.P.P..

Sostiene el recurrente que en el presente se darían, por analogía, los presupuestos establecidos en el art. 47 inc. 10 del C.P.P. y el art. 50 que hace extensiva las causales del artículo anterior a las causales de recusación.

Concretamente se agravia respecto de la opinión expresada por el Dr. Ares en el propio expediente -fs. 177/178-, donde ha dejado plasmada su postura, al

considerar desacertada la realización de un nuevo juicio por resultar violatorio a los principios de progresividad, preclusión, ne bis in idem y duración razonable del proceso.

Con citas doctrinarias y jurisprudenciales en apoyo de su reclamo, peticiona la recusación del señor juez.

Por su parte el Sr. Defensor Oficial -Dr. Augusto Duprat-, contestando la vista que le fuera concedida, hace saber que no comparte lo solicitado por el Agente Fiscal, entendiendo que dicha petición carece de sustento (fs. 184/185).

A fs. 190/191 vta. el recusante, manifiesta que considera innecesaria la realización de la audiencia oral, conforme lo normado en el art. 51 del C.P.P.

Adelanto desde ahora que el recurso impetrado no ha de prosperar por lo que propondré al acuerdo que el señor Juez A-Quo prosiga con la sustanciación de las actuaciones, no advirtiéndolo, en mi opinión, que haya aquí puntualmente, causal alguna que determine su apartamiento en las mismas.

En efecto, en el supuesto en tratamiento no se encuentra afectada la imparcialidad del juzgador.

La imparcialidad puede observarse desde dos puntos distintos, uno objetivo y uno subjetivo.

El primer enfoque ampara al justiciable cuando éste pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar la personalidad, la honorabilidad, ni la labor particular del magistrado que se trate; mientras que el segundo involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito.

Dice también el Alto Tribunal Nacional en ese sentido que: "...la facultad de apartar a los jueces sospechados de parcialidad, no debe ser confundida con una agresión a la honorabilidad u honestidad de los jueces...el temor de imparcialidad es un vicio objetivo del procedimiento y no una mala cualidad subjetiva

o personal del juez..." (dictamen del Procurador in re "Z. ", Fallos: 322:1941).

Desde este punto de vista objetivo, es una garantía del justiciable y sólo a su favor se puede esgrimir este temor de parcialidad.

Traigo a colación, como lo sostuviera la Corte Federal en la causa "Llerena, Horacio Luis", del 17-05-2005, el temor de parcialidad que el imputado pueda padecer, se encuentra íntimamente vinculado con la labor realizada en el proceso como sucesión de actos procesales celebrados previo al dictado de la sentencia, y por ende debe diferenciárselo de los reproches personales o individuales contra la persona concreta del juez.

En el presente se trata de constatar si se verifica esa parcialidad por el hecho de que el Sr. Juez "a quo" haya dejado sentada su opinión, al no compartir lo resuelto por este Cuerpo.

El Sr. Agente Fiscal, enmarca tal circunstancia en el art. 47 inc. 10 del C.P.P.

No se advierte así que el Dr. Ares hubiera incurrido de modo alguno en alguna de las conductas allí descriptas.

Como bien lo apunta el "a quo", lo manifestado en el presente a fs. 177/178, lo es sobre una cuestión jurídica que ya se encuentra zanjada y precluída, y que por tanto no será objeto de tratamiento por el Magistrado interviniente.

Sostiene también el Dr. Ares que: "... no siento ningún forzamiento moral al tener que tomar intervención en el presente proceso, ni mi imparcialidad se verá condicionada o afectada de ninguna forma ...".

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al interpretar la garantía del art. 8.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sostuvo que: "... la imparcialidad objetiva exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso..." (cfme. informe n° 5/96, caso 10.970, "Mejia

vs Perce).

En función de lo expuesto propongo al acuerdo rechazar el pedido recusatorio formulado por el Sr. Agente Fiscal, votando con ese alcance por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI DICE: He de disentir con el contenido del voto precedente.

Es que entiendo que las manifestaciones vertidas por el Sr. Juez A Quo a fs. 177/178 han despertado un temor de parcialidad por parte del Sr. Agente Fiscal actuante, que amerita -en el caso- hacer lugar al apartamiento.

Recuerdo que en la imparcialidad e independencia del juzgador, como he resuelto en la I.P.P. nro. 12.129/I de fecha 15/05/14, se encuentran las garantías mínimas que debe reconocerse a los intervinientes procesales, entendidas no sólo para el justiciable, sino también para el correcto servicio de justicia (en lo que nada tiene que ver la imagen o jerarquía de los Jueces, ver comentario del Dr. Vázquez Rossi en "Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, pág114).

Es de la esencia del proceso penal, como actividad sustitutiva de la venganza privada, el ser ejercida por un tercero que no es parte y que carece de interés en la contienda, vale decir que sea imparcial; siendo que la misma junto a la independencia configuran las condiciones ínsitas al disfrute del debido proceso (C.S.J.N. Fallos tº 306, pág. 1392).

Igualmente, se explicado que "...La imparcialidad... es el modo de posicionarse frente al conflicto objeto del proceso y a la pretensión de las partes, de manera que sea equidistante de las mismas y distante del conflicto, a fin de poder analizar y concluir con prudente objetividad cuál es la más ecuánime y justa manera de dictar la sentencia..." ("Principios, Derechos y Garantías Constitucionales", Eduardo Jauchen, pág. 210).

Entonces, los mecanismos de recusación y de excusación tienen la doble función de defender el derecho subjetivo del ciudadano a una justicia imparcial, y al propio tiempo, resguardar el prestigio de la administración justicia. Con la positivización de los derechos humanos en el plano internacional, la problemática sufrió una transformación cualitativa: de ser instituto de raigambre exclusivamente procesal, ha pasado a convertirse en una garantía esencial, proyectándose como verdadero presupuesto de validez del proceso. Así lo consagran los arts. 8 de la C.A.D.H., art. 26 de la D.A.D.D.H, art. 10 de la D.U.D.H. y 14 del P.I.D.C.y P.

Tal como ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede sostenerse que la imparcialidad judicial posee diferentes aspectos, que pueden dividirse en uno subjetivo y otro objetivo. La imparcialidad "subjetiva" se refiere a la capacidad intelectual del juez de fallar con ecuanimidad y se presume, mientras no se pruebe lo contrario (T.E.D.H.: "Piersack vs. Bélgica", sentencia del 1/10/82, Serie A, nº 53). La imparcialidad objetiva, en cambio, se compone de una serie de requisitos externos capaces de eliminar toda sospecha razonable de que el tribunal no asumirá en el caso una posición neutral (T.E.D.H. "Piersack vs. Bélgica", citado, y "De Cubber vs. Bélgica", sentencia del 26/10/84, Serie A, nº 86, entre otros).

Siguiendo esa jurisprudencia, entiendo que no basta que un Juez actúe imparcialmente (faz objetiva), sino que es preciso que no exista apariencia de parcialidad, ya que está en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática (ver en el mismo sentido fallo del Tribunal Oral de La Plata, J.A. de fecha 15/3/93 con voto del Dr. Schiffrin). Así también se ha escrito que la ley no se satisface con la real imparcialidad sino que la apariencia de lo contrario es suficiente para el apartamiento del Juez (Luis Darrichon, "Las garantías y la recusación", J.A., 1993-IV, pág. 13).

Esta línea jurisprudencial ha sido seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" (sentencia del 2 de

julio de 2004, Serie C, nro. 107) y luego receptada, con algunas variantes, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Llerena, Horacio Luis s/recurso de hecho" (sentencia del 17 de mayo de 2005, causa nro. 3221), "Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/recurso de hecho" (sentencia del 8 de agosto de 2006, causa nro. 120/02), entre otros.

En este caso entiendo que las manifestaciones vertidas por el Dr. José Luis Ares a fs. 177/178 han despertado un temor de parcialidad por parte del Representante de la Fiscalía (que no poseía al momento de ser anoticiado de la intervención del Juzgado, ver fs. 164/165); ello a partir de la opinión vertida por el Magistrado en el sentido de encontrarse en desacuerdo con la nulidad dictada por este Cuerpo, en particular a partir -según su tesis- de otorgarle una nueva posibilidad al Estado de lograr la condena del justiciable. Ello se advierte al referir: "...Que debo dejar a salvo mi opinión adversa a lo resuelto por la Cámara Departamental en cuanto declara la nulidad del veredicto absolutorio... y dispusiera que con la intervención de juez hábil se celebre nuevo juicio oral y se dicte nuevo pronunciamiento...", citando posteriormente doctrina y jurisprudencia que abona su tesis. Para finalmente agregar "...No obstante lo señalado previamente, conforme lo dispuesto por la Cámara de Apelación y Garantías Departamental RESUELVO... desígnase audiencia... para que se de comienzo al debate público de juicio oral...".

Entiendo que de lo transcripto se acredita el temor de parcialidad advertido por el Dr. Jorge Viego, pues despierta de alguna manera la sensación de obrar bajo obligación, pero con la íntima convicción de que ello es incorrecto; sin dudas un posicionamiento ante el proceso que conlleva una pérdida de objetividad para el tercero observador.

Lo expuesto no significa que el Dr. José Luis Ares efectivamente hubiera perdido la objetividad para continuar actuando, como lo refiere al resolver el pedido de apartamiento a fs. 186/187, pero lo cierto es que en mi entender ha

despertado una sensación a una de las partes -Fiscal- sobre lo que inconscientemente puede influírle la posición que sustenta en sus obras literarias y en sus clases universitarias (tal como expresamente lo refiere a fs. 186 vta. segundo párrafo).

Atento lo expuesto, resultando que en este Dpto. Judicial aún hay dos Magistrados Correccionales a los cuales puede sortearse para intervenir, es que propongo hacer lugar al pedimento fiscal.

Tal es el alcance de mi sufragio.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

Comparto los fundamentos expuestos por el Doctor Barbieri, y voto en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:

Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde -por mayoría de opiniones- hacer lugar a la recusación deducida por el Señor Agente Fiscal, Doctor Jorge Viego, ordenando que el trámite del proceso continúe por intermedio de nuevo juez (arts. 47 inc. 10, 50, 51, 439 y cctes. del Código Procesal Penal).

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Voto en el mismo sentido que el Doctor Giambelluca.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Sufrago como los colegas que preceden.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, Febrero de 2.017.

Y Vistos; Considerando: Que debe hacerse lugar a la recusación interpuesta.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este **TRIBUNAL RESUELVE:** -por mayoría de opiniones- hacer lugar a la recusación formulada por el Señor Agente Fiscal -Dr. Jorge Viego- respecto del Sr. Juez en lo Correccional Nro. 1 Departamental -Dr. José Luis Ares- (arts. 47 inc. 10, 50, 51, 439 y cctes. del Código Procesal Penal), ordenando que el proceso tramite ante nuevo juez correccional.

Remitir sin más trámite la causa al Juzgado en lo Correccional Nro. 1, a fin de que tome conocimiento de lo aquí resuelto, debiendo luego enviar las actuaciones a la Receptoría General de Expedientes a fin de que se desinsacule al nuevo Magistrado Correccional que deberá intervenir en las mismas (sin que tal designación pueda recaer en el Dr. Gabriel Luis Rojas por haberse apartado oportunamente).