

**SENTENCIA N° 121/2014:** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los trece días del mes de noviembre del año 2014, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Señores Jueces **Dres. Mario Rodríguez Gómez, Andrés Repetto y Fernando Zvilling**, con la presidencia del primero, y para dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado **“GONZÁLEZ SAD, Antonio MANCUSO, Norberto s/ adulteración de documento y estafa”**, identificado bajo el legajo OFINQ 650, seguido contra *Antonio Gustavo Daniel González Sad*, de nacionalidad argentina, estado civil casado, profesión abogado, nacido el día 7 de septiembre de 1965, con DNI N° 17.473.338, domiciliado en calle Santa Cruz N° 182 de la ciudad de Cutral Co.

Intervinieron en la instancia de impugnación los Dres. Marcelo Inaudi y Oscar Pandolfi como defensores de confianza del imputado Antonio González Sad y el Dr. Santiago Terán por la fiscalía.

**ANTECEDENTES:** Por sentencia dictada el día 23 de agosto del año 2013, la ex Cámara de Todos los Fueros de la ciudad de Cutral Có, integrada por los señores Magistrados Dres. Alejandra Barroso, Dardo W. Troncoso y Pablo G. Furlotti, resolvió, en lo que aquí interesa: “...I.- Absolviendo al Sr. **ANTONIO GUSTAVO DANIEL GONZÁLEZ SAD**, titular del DNI N° 17.473.338, de demás circunstancias personales referidas en autos, del delito de Adulteración de Instrumento Privado equiparado a Público, tres hechos en Concurso Real (Art. 292 inc. 1° en función del Art. 297 y 55 del C.P.), por aplicación del principio constitucional de la duda (Art. 4 del C.P.P. y C.). II.- Condenando al Sr. **ANTONIO GUSTAVO DANIEL GONZÁLEZ SAD**, titular del DNI N° 17.473.338, de demás circunstancias personales obrantes en el legajo, como autor material y penalmente responsable del delito de Estafa Procesal – Tres hechos, dos en Grado de Tentativa y Uno consumado, en concurso real (Arts. 172, 42 y 55 del C.P.) a la pena de DOS AÑOS Y

CUATRO MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO. III.- **Revocando** la condicionalidad de la pena impuesta a Antonio Gustavo Daniel González Sad por el Juzgado Correccional local Expediente 834 – 1999 mediante sentencia de fecha 12 de mayo de 2003, (Art. 27 del C.P.), y UNIFICANDO la misma con la recaída en las presentes en la PENA ÚNICA, comprensiva de ambas, de DOS AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, manteniéndose las declaraciones de hecho y de derecho de ambos pronunciamientos (Arts. 55 y 58 del C.P.) y la inhabilitación especial para ejercer la abogacía por el mismo término, (Art. 20 bis del C.P.).- IV.- Disponiendo la prisión preventiva del Sr. Antonio Gustavo Daniel González Sad, y en consecuencia ordenando la inmediata captura y detención del condenado, por las consideraciones vertidas, debiendo realizarse las diligencias procesales pertinentes...”.

La sentencia de grado fue impugnada tanto por el Fiscal como por la Defensa del imputado, conforme los argumentos que más adelante se detallarán.

En función de lo dispuesto por el artículo 245 del CPP se convocó a las partes a la audiencia oral en la que se escucharon los argumentos que fundan las respectivas impugnaciones interpuestas, y los contra argumentos que los controvierten.

Habiendo sido escuchadas todas las partes y el imputado, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (Artículo 246 del CPP), por lo que cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los Magistrados, resultó que los Sres. Jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el Dr. Andrés Repetto, en segundo término el Dr. Mario Rodríguez y por último el dr. Fernando Zvilling.

**CUESTIONES:** 1) ¿Son formalmente admisibles los recursos interpuesto por la fiscalía y por la defensa del imputado? 2) ¿Procede

alguno de ellos? y en su caso ¿Qué solución corresponde adoptar? y, por último, 3) ¿A quién corresponde la imposición de las costas?

### **VOTACIÓN:**

I. **A la primera cuestión el Dr. Andrés Repetto dijo:** Ambos recursos fueron interpuestos en término, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, por partes legitimadas para ello, revistiendo el mismo carácter definitivo, pues pone fin a la causa.

Las impugnaciones, además, resultan autosuficientes, porque de su lectura se hace posible conocer cómo se configuran –a juicio de los recurrentes- los motivos de impugnación aducidos y la solución final que proponen.

Por todo ello considero que debe declararse la admisibilidad formal de ambos recursos de impugnación deducidos.

**El Dr. Mario Rodríguez, dijo:** Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la primera cuestión.

**El Dr. Fernando Zvilling, dijo:** Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

### **II. A la segunda cuestión el Dr. Andrés Repetto dijo:**

a) La fiscalía impugnó la sentencia condenatoria porque, desde su punto de vista, en ella se incurrió en un error al considerar que dos de las conductas reprochadas debían serlo en grado de tentativa, en razón de no haberse acreditado la existencia de sentencia de trance y remate en sede civil como consecuencia de la estafa procesal reprochada, es decir por no haberse acreditado la existencia de un daño patrimonial consumado, descartando que el dictado de un embargo

preventivo pudiera ser considerado como un supuesto de disposición patrimonial. A consecuencia de ello, y conforme los fundamentos esgrimidos, solicitó que se haga lugar a la impugnación y se disponga modificar la calificación legal que considera corresponde aplicar al presente caso, siendo ésta la de *estafa procesal, tres hechos consumados, todos en concurso real*.

Se agravió, además, de la pena impuesta por las conductas acreditadas, la que consideró exigua en relación con el daño causado, solicitando se adecue ésta, e imponiendo en consecuencia una pena mayor que la dispuesta por el tribunal de juicio, sin indicar cuál es la sanción por él reclamada.

Todos estos argumentos fueron ampliados in extenso al momento de exponer en la audiencia los agravios ya mencionados.

b) A su turno, la defensa del imputado consideró que la sentencia condenatoria resulta, a su modo de ver, arbitraria por falta de motivación suficiente, contradicción y ausencia de derivación lógica de la prueba existente. Se agravió de la ausencia de racionalidad y motivación de la sentencia, al establecer el modo en que se habría producido el acontecimiento, sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Asimismo consideró que ésta resulta viciada de nulidad, atento las violaciones a las garantías constitucionales de juicio previo, defensa en juicio y debido proceso legal, derivado de la afectación del principio de congruencia, principio de inocencia, derecho al silencio e imparcialidad del Juzgador. Por último fundó su impugnación en la inobservancia y errónea aplicación derecho sustantivo, en orden al art. 172, 40, 41 y 27 del CP.

En relación con el principio de congruencia sostuvo que en la sentencia recurrida se construyó una atribución fáctica diversa de aquella por la cual fuera indagado, requerido a juicio y finalmente acusado

su asistido, constituyendo ello una violación al principio de congruencia. Mientras la acción típica sostenida a lo largo del proceso consistió en haber adulterado un documento para, de esa manera, lograr la estafa procesal, al dictarse la sentencia de condena se afirmó que la acción típica habría consistido en haber usado documentación falsa para lograr la estafa procesal, mutando la adulteración de documentación falsa por el presunto uso de ésta, ampliando así el hecho atribuido, tanto en sus elementos objetivo como subjetivo.

Consideró que la base fáctica se modificó respecto de la acusación original que atribuía un delito contra la fe pública y el tráfico comercial, en razón de la adopción de una calificación legal distinta, - en el caso, estafa procesal – la que involucra una orientación teleológica inmediatamente diversa en el ánimo del autor, de manera que aun, con miras a obtener un mismo resultado final, supone que el autor ha escogido un camino subjetivamente diverso para alcanzarlo, como el delito de estafa procesal que importa un delito contra la propiedad privada.

Concluyó que la disposición subjetiva del autor hacia la comisión del tipo objetivo empleado en la acusación integra la base fáctica. Por ello, si el órgano Fiscal acusó por la conducta de adulteración como medio ardidoso y el Juzgador condenó por la conducta de estafar mediante otro engaño al órgano jurisdiccional, se quiebra la congruencia entre las diferentes piezas que vertebran el proceso. A su modo de ver, ninguna duda cabe que usar un documento ideológicamente falso sabiendo que lo es, es un despliegue conductual, de acción humana, sustancialmente diverso del de adulterar un documento insertando de su puño y letra información falsa, para –valiéndose de ese medio de prueba- engañar al juez.

En función de todo ellos consideró que verificada la mutación del hecho contenido en la imputación penal de la acusación se vio afectando el derecho de defensa en juicio, por lo que solicitó se decrete la nulidad del fallo por quebrantar garantías constitucionales.

En relación con la garantía de imparcialidad sostuvo que al haberse construido en la sentencia una nueva y autónoma base fáctica de comisión del delito de estafa se ha violado la garantía de imparcialidad, toda vez que los juzgadores se apartaron de la hipótesis fiscal, operando una sustitución indebida de roles que lesiona severamente la imparcialidad del juzgador quien deberá dirimir sobre las hipótesis planteadas por las partes, sin introducir nuevas hipótesis, ni suplir a la parte. A su modo de ver, los jueces únicamente deben juzgar el hecho por el cual el Ministerio Público Fiscal acusó; sin embargo, conforme lo sostenido en la impugnación, éstos decidieron ser parte en la contienda y desarrollar su propia teoría del caso condenando finalmente al acusado en base a ello, pese a que tales circunstancias no le fueran oportunamente informadas al imputado. Consideró que en función de este principio constitucional se les impide a los jueces toda posibilidad inquisitiva en punto a vedar toda intervención o actividad persecutoria, tanto objetiva como subjetiva.

Afirmó que la incongruencia señalada antes derivó en la afectación del derecho de defensa en juicio, toda vez que la prueba de la defensa se ciñó a la atribución delictiva oportunamente reprochada. Por ello consideró que la sentencia debió concluir la cuestión en una absolución por el delito de Adulteración de documento. Sostuvo que no tuvo chance el imputado de hacer su defensa de las circunstancias fácticas que por primera vez se le atribuyó en la sentencia, precisamente por aparecer construida la hipótesis ardidosa en la sentencia condenatoria. A su modo de ver, resulta claro que los jueces de juicio condenaron al imputado por un hecho distinto y por una calificación legal

parcialmente diferente, contraria a la que fueran acusados por el Ministerio Fiscal y de la cual nada pudo decir la defensa tanto fáctica como jurídicamente, atento a ser ésta sorpresiva.

En cuanto a la errónea aplicación del derecho sustantivo sostuvo que en la sentencia se aplicó, desde su punto de vista, erróneamente el derecho sustantivo, en razón de que consideró configurada la figura penal de estafa por culpa o dolo eventual, aun cuando se halla referido que habría dolo directo. Sostuvo que conforme incuestionable interpretación doctrinaria y jurisprudencial y de acuerdo a como se sostiene en la sentencia, el delito de estafa solo admite el dolo directo.

A lo dicho sumó que, a su criterio, la sentencia viola el principio de responsabilidad penal subjetiva, pues el acusado fue condenado sin que se haya demostrado la existencia de dolo en la conducta del autor. Afirmó que en la valoración de los jueces operó la presunción de la existencia de este aspecto subjetivo de la conducta ilícita, y no se han aportado pruebas objetivas que permitan afirmar su demostración y necesaria acreditación.

Cuestionó por último la imposición de una pena de efectivo cumplimiento, en razón de encontrarse, conforme afirmó, prescripto el antecedente al que se hace referencia en la sentencia, en razón de haber transcurrido más de diez años, al momento de dictar esta sentencia.

Los Dres. Inaudi y Pandolfi, al presentar en forma oral los agravios contra la sentencia recurrida durante la audiencia señalada, ampliaron los argumentos ya expuestos, agregando la existencia de lo que llamaron un golpe de timó en la acusación, en razón de que la parte acusadora siempre sostuvo que la conducta atribuida consistía en haber realizado maniobras ardidas con el objeto de lograr el dictado de una sentencia injusta, y ahora lo atribuido es haber supuestamente realizado

estas maniobras pero para obtener el dictado de una disposición de embargo, conducta sustancialmente distinta a la atribuida originariamente.

Sostuvo además que en un primer momento se le atribuyó haber adulterado de su puño y letras los pagares que intentó ejecutar, y luego se lo condenó por el uso de esos mismos documentos.

Luego de citar jurisprudencia (in re “Salas” TSJ, “Casal” CSJN) relativa a la posibilidad de las partes de incluir nuevos motivos de impugnación durante la audiencia ante el Tribunal de Impugnación, y que no fueran oportunamente expuestos en el escrito de impugnación deducido (aquí en el *recurso de casación*, por tratarse de un caso juzgado bajo el sistema procesal regido por ley 1677), sostuvieron que ha existido una violación flagrante al derecho de defensa en juicio del imputado en razón de que dos de los Jueces que integraron el Tribunal de Juicio que dictó la sentencia condenatoria, se habían excusado de intervenir por considerarse víctimas del delito que se estaba juzgando (estafa procesal) y por tener un interés indirecto en el resultado del litigio, en razón de haber intervenido como jueces durante la tramitación de los juicios civiles, base fáctica de la imputación.

En definitiva consideraron que el imputado fue sometido a proceso, juzgado y condenado por quienes se consideraban víctimas de su accionar, y quienes expresamente manifestaron tener un interés en el resultado del juicio. En este caso, se preguntó la defensa, ¿Qué grado de imparcialidad pueden tener los jueces que en esas condiciones actuaron en el juicio?

Refiriéndose a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Llerena”, “Dieser y Fraticchelli” y Venezia”), sostuvo la defensa que se vio irremediadamente afectada la imparcialidad de los jueces y por ende el derecho de defensa en juicio del imputado. Manifestaron que, conforme lo sostenido por D’Albora en la 9na. edición

del Código Procesal Comentado, cuando lo que se encuentra en juego es la imparcialidad de los jueces existe una cuestión federal simple, siendo obligación de los Tribunales Superiores de provincia avocarse a resolver aquellos planteos, por lo que la defensa del imputado debió haber insistido en la recusación de los jueces, llevando su planteo hasta el TSJ, siendo ese el motivo por el cual la cuestión corresponde ser admitida en esta instancia, más allá de que la defensa oportunamente no lo haya hecho.

c) Expuestos los agravios de las partes corresponde ingresar al fondo de las cuestiones planteadas.

I. Si bien el Sr. Fiscal expuso sus agravios en primer término, a continuación daré respuesta a los que formulara la defensa, y en particular al vinculado con la violación o no a la garantía de imparcialidad de los jueces que intervinieron en el juicio, toda vez que en el supuesto de que éste fuera procedente, el resto de los motivos de impugnación deducidos devendrían abstractos.

Antes de ingresar al tratamiento del agravio de la defensa (presunta violación a la garantía de imparcialidad), corresponde decir que, por regla general y en garantía del principio de contradicción en el que se sostiene el proceso (Art. 7 CPP), les está vedado a los jueces introducirse en la valoración de planteos que hubieran sido plasmados tardíamente por las partes, luego de vencido el plazo de impugnación ordinaria, siendo sólo competentes en relación a los puntos que motivan los agravios (Art. 229 CPP). Ello en razón de que lo contrario importaría que una de las partes se podría ver sorprendida ante la inclusión de un nuevo agravio de la contraria, en el marco de la audiencia de impugnación, alterando de esa manera la absoluta igualdad procesal que entre ellas debe existir.

Esta regla general, sin embargo, admite como excepción aquellos supuestos en los que se encuentran en juego garantías

constitucionales (Art. 229 in fine del CPP), cuya violación podría importar un perjuicio de tardía o insuficiente reparación ulterior, como resulta ser el caso de autos, en el que se cuestiona la imparcialidad de los jueces que juzgaron el caso y que por su naturaleza exige una consideración inmediata (in re “Llerena”).

En el presente caso, la defensa cuestionó la violación de la mencionada garantía en el marco de la revisión ordinaria de una sentencia de condena en la que se impuso una pena de efectivo cumplimiento al acusado. En dicho contexto, no adentrarnos en la valoración de este agravio importaría –eventualmente- confirmar la violación de una garantía esencial del proceso, como lo es el derecho a ser juzgado por jueces imparciales.

Considero que no se puede eventualmente convalidar una sentencia que impone una pena de efectivo cumplimiento, sin valorar y dar respuesta al agravio sustentado en la presunta parcialidad de los jueces que dictaron la condena, utilizando para ello meros argumentos formalistas relativos a la oportunidad en la que los agravios fueron introducidos por la defensa. Ello, en los hechos, implicaría desconocer el alcance de la garantía de debido proceso y derecho de defensa en juicio, priorizando las formas por sobre el respeto a la imparcialidad de los jueces. En definitiva, bajo el pretexto de garantizar cuestiones relativas al orden cronológico en que deben sucederse ciertos actos procesales, se estaría obviando el tratamiento de una garantía esencial que da sustento a la idea misma de proceso y que, en definitiva, justifica su existencia como método pacífico de solución de conflictos intersubjetivos (Art. 17 CPP).

En función de ello, y en consonancia con los argumentos antes expuestos, corresponde dar tratamiento al agravio introducido por la defensa y relativo a la violación de la garantía de imparcialidad de los

jueces que intervinieron en el debate, sin perjuicio de su tardía inclusión al proceso.

Como fue señalada por la defensa, se ofreció como prueba para ser valorados en esta instancia, sendos escritos presentados por los Sres. Magistrados Pablo G. Furlotti y Dardo W. Troncoso, en los que se excusan de intervenir en el juicio sustanciado en contra del aquí acusado.

El Dr. Furlotti en dicho escrito se excusó de intervenir en razón de considerarse incurso en los supuestos de inhibición previstos en los incisos 1º, 4º y 13º del artículo 47 del código procesal (ley 1677)<sup>1</sup>, por considerarse víctima del delito aquí juzgado, por tener un interés directo en el resultado del presente litigio, y por provocarle violencia moral su intervención, dados los supuestos ya indicados.

Mencionó además que el Tribunal integrado por los Magistrados Leandro Nieves, Liliana Deiub y Alejandra Barroso ya le habían aceptado su excusación en un caso análogo, en el que se encontraban imputados las mismas personas (expediente caratulado “González Sad Antonio – Mancuso Norberto Daniel s/ estafa y otros delitos”, Nro. 270 – Año 12).

El Dr. Troncoso se excusó en los mismos términos y por las mismas razones señaladas, a excepción del supuesto previsto por el inc. 13º del mencionado artículo 47 CPP (ley 1677).

Las excusaciones presentadas fueron resueltas por voto mayoritario de dos jueces subrogantes, con la disidencia de la jueza que

---

<sup>1</sup> Artículo 47 CPP (ley 1677): El juez deberá inhibirse de conocer en la causa, cuando exista uno de los siguientes motivos: 1º. Si en el mismo proceso hubiere pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia; si hubiere intervenido activamente como funcionario del Ministerio Público o actuado como defensor, mandatario, denunciante o querellante; si se hubiere desempeñado como perito, o conocido el hecho como testigo... 4º. Si él o alguno de dichos parientes tuviere interés en el proceso... 13º. Asimismo podrá hacerlo cuando existan otras causas que le impongan abstenerse de conocer en el proceso, fundadas en razones que le provoquen violencia moral.

luego presidiría el debate en el que finalmente se juzgo y se dictó sentencia condenatoria contra el aquí imputado.

El voto de la mayoría sostuvo que, como regla general, *las causales recusaciones y excusación deben interpretarse restrictivamente. Ello no equivale sino a evitar la indebida aplicación de tales institutos, en la inteligencia de que provocaría el desplazamiento de la legal y normal competencia de los jueces y la consecuente alteración del principio constitucional de juez natural, lo que conduce a colegir que las causales que se invocan deben ser interpretadas con prudencia y el rigor intelectual que impone su excepcionalidad*, citando en apoyo de su postura el fallo de la Corte Suprema de justicia de la Nación “Fiscal de Estado Dr. Luís Magín Suárez s/ formula denuncia - solicita jurado de enjuiciamiento y sus acumulados - Juicio Político a los Miembros de la Corte de Justicia de San Juan” (Expte. F. 101. XXI.; 29-12-1987; T. 310 P. 2845).

Citaron también un fallo del Tribunal Superior de Justicia, el que se expide *siguiendo en ello a la Jurisprudencia imperante, que ‘tanto la recusación como la excusación deben ser interpretadas y aplicadas con la prudencia y rigor intelectual que impone su excepcionalidad pues, en virtud de ellas, el magistrado queda sustraído y liberado de la obligación que le da el carácter de la función para la que fue designado, que no es otra que la de administrar justicia’* (R.I. N° 106, Tomo II F° 377/378 vta, Año 1998).

En función del análisis restrictivo antes señalado, el voto de la mayoría consideró que los Sres. Jueces no tuvieron intervención previa en el caso de autos, siendo éste un hecho diferente (aunque con identidad de imputados y de calificación jurídica) de aquel que se juzgara en el expediente 270/11 y respecto del cuál sí se les había aceptado su excusación, en razón de haber intervenido como jueces civiles en los

mismos hechos juzgados (juicio ejecutivo por cobro de pagaré en el que se afirmó se habría cometido una estafa procesal).

Se consideró que al no haber tenido éstos una intervención en los hechos juzgados en el presente caso, no existían razones para aceptar su excusación, por lo *que de aceptar dichas excusaciones importaría un exceso de susceptibilidad tal que conduciría al juzgador primigenio a separarse del proceso, restringiéndose de sus deberes y privando de tal forma del juez natural a las partes.*

El voto en minoría consideró que *el temor de parcialidad, en el análisis de la imparcialidad objetiva, se constituye toda vez que pueda ser previsible que el juez se haya podido formar opinión sobre los hechos o sobre la culpabilidad del perseguido penalmente. En el presente caso, en sentencia de esta Cámara en el caso citado en el voto de la mayoría, los Dres. Furlotti y Troncoso han conocido de ciertas circunstancias fácticas que puedan tener similitud con las presentes, tratándose de las mismas personas (al menos los acusados) y del mismo objeto, en términos generales, aunque en materia civil, por lo cual se argumenta que se ha intervenido en actos que podrían afectar la imparcialidad, pudiendo razonablemente generarse cierta sospecha de parcialidad ya que han adquirido algún conocimiento, si bien no de la culpabilidad, al menos de la hipótesis fáctica en un caso conexo.* También citó en favor de su postura el precedente de la CSJN “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones” Expte. L 486 XXXVI, causa 3221.

En definitiva la mayoría consideró que los Sres. Jueces no habían tenido intervención previa en el caso de autos, aunque sí en otro caso análogo en el que a los mismos imputados se les reprochó la misma conducta, por lo que -sujetándose a una interpretación restrictiva- priorizaron el concepto de *juez natural* por el de *juez imparcial*. En el voto de la minoría, en cambio, se consideró que si bien es cierto que en este

caso los Sres. Jueces no habían intervenido previamente, sí lo hicieron en un caso conexo, por lo que existía el riesgo cierto de que tuvieran un preconcepto en contra del imputado, quizá no respecto de su culpabilidad pero sí de la hipótesis fáctica reprochada.

Es conveniente remarcar, y sin que ello implique un preconcepto o prejuicio en contra del imputado, que en los tribunales de la ciudad de Cutral Có tramitan varias causas en las que se ha imputado a González Sad y Mancuso la misma conducta de estafa procesal que la atribuida en este caso, en el marco de varios juicios ejecutivos por el cobro de pagares, registrando los acusados distintas causas penales con similitud de conductas reprochadas y calificación jurídica (estafa procesal y adulteración de documento equiparable a público) aunque diferentes denunciante.

Considero que este dato resulta relevante en razón de que los Jueces Furlotti y Troncoso manifestaron sentirse víctimas del delito atribuido al imputado y de tener un interés particular en la solución del presente litigio, en razón de haber intervenido como jueces civiles en los expedientes ejecutivos sustanciados con motivo de las presentaciones judiciales de los imputados Mancuso y González Sad para el cobro de pagares. De allí que los Magistrados puedan, legítimamente, considerar que se ve afectada su imparcialidad porque, si bien en sede civil no tuvieron intervención en el cobro de los pagares que se cuestionan en este caso concreto, sí tuvieron intervención como jueces civiles en una gran cantidad de casos idénticos, en los que la conducta atribuida a los imputados es la misma, sin perjuicio de que por razones prácticas se hubieran abierto diferentes causas penales en las que se investigaron y juzgaron diferentes casos puntuales, pero todos identificados entre sí por tratarse de los mismos imputados y las mismas conductas, aunque con otros denunciante.

Aclarado ello, corresponde decir que la garantía de imparcialidad de los jueces es una garantía medular que hace a la esencia del proceso penal, porque es en razón de ella que se puede afirmar la existencia de un “proceso penal”, entendido en los términos de la *teoría general del proceso* sostenida por importantes doctrinarios, entre los que se destaca el maestro Adolfo Alvarado Velloso.

El autor señala que esta garantía constituye un principio medular del proceso, sosteniendo que su existencia implica *que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter* (el de imparcial): *para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)*<sup>2</sup>.

El viejo artículo 47 del CPP (ley 1677) reglamentaba los supuestos de recusación y excusación o inhibición de los jueces, en protección de esta garantía. Así es que establecía en el 1° inciso que debía inhibirse de actuar el juez que hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia, refiriéndose a supuestos de prejuzgamiento por haber tenido una intervención previa en el mismo proceso, o hubiera intervenido como fiscal o defensor (además de mandatario, denunciante o querellante), lo que da cuenta de que hubiera sido parte, concepto que se reafirma en el 4° inciso al disponer la excusación cuando él, o algún pariente suyo, tuviere un interés en el proceso, o cuando existiese otras causas que le impongan abstenerse, fundadas en razones que le provoquen violencia moral -13° inciso- (refiriéndome con ello sólo a los

---

<sup>2</sup> Lecciones de Derecho Procesal, Adolfo Alvarado Velloso, compendio del libro *Sistemas Procesales: garantía de la libertad*, adaptado a la legislación procesal de la Provincia del Neuquén por Jorge Daniel Pasquarelli y Andrés Repetto.

tres supuestos invocados en las excusaciones presentadas en el presente caso).

Lo que en definitiva manifestaron los jueces que solicitaron apartarse del juzgamiento en el caso de autos, es que ellos habían tenido una participación relevante como jueces civiles en otros casos análogos en los que se discutían hechos idénticos, en los que se les reprochó a los imputados haber intervenido, realizando las mismas conductas aquí reprochadas, aunque en contra de otros denunciados. Que en razón de haber intervenido en esos casos se consideraban víctimas (o potenciales afectados) del delito de estafa procesal, siendo esa la razón en la que se sustentaba el interés particular que afirmaron tener en la resolución del presente caso. Es decir que lo que planteaban era que no podían actuar de forma imparcial por tener un interés de parte en contra del imputado.

La exigencia de que hubieran intervenido o no con anterioridad en este caso puntual para justificar su apartamiento, sin importar si intervinieron en otros hechos idénticos constituye, a mi modo de ver, una mera formalidad jurídica, carente de sustento lógico. La norma no pretende proteger la imparcialidad del juez limitando la facultad de excusarse a que haya prevenido en un proceso específico, sino que protege la imparcialidad desde una perspectiva mucho mayor, permitiendo el apartamiento cuando el propio juez es quien considera que su participación puede ser parcial, por haberse armado un preconceito de los imputados a partir de haber intervenido como juez en casos análogos enmarcados en una misma conducta global, presuntamente desarrollada por los imputados.

Si un juez expresa en forma clara y manifiesta en un caso concreto que no se siente en condiciones de juzgar en forma imparcial a un imputado, por considerarse víctima del delito que a éste se le reprocha, no parece lógico denegarle el ejercicio de la facultad de apartarse del

caso con el argumento de que formalmente no intervino previamente en ese caso puntual, aunque sí lo hizo en otros conexos. Debe comprenderse que la garantía de imparcialidad no fue incluida en el cuerpo normativo constitucional para proteger a los jueces, sino para garantizar a los imputados que los jueces que los juzgaran se encuentran libres de todo prejuicio en su contra.

El nuevo código procesal (ley 2784) respondiendo a esta idea mucho más abarcadora de la garantía señalada, ha tomado el camino correcto al disponer en forma mucho más amplia y con una fórmula mucho más sencilla, que *los jueces deberán apartarse cuando existan motivos graves que afecten su imparcialidad* (Art. 40), sin remitirse a un listado predeterminado de casos. Ya no es necesario hacer coincidir un supuesto descrito específicamente en el código con uno de la vida real, es suficiente con verificar si el juez -objetiva o subjetivamente- ha perdido o no la imparcialidad de la que debe estar imbuido para dictar sentencia en un caso concreto, valorando en términos amplios las causas en las que sustenta su solicitud de apartamiento, o los motivos en los que se funda la recusación.

La garantía de imparcialidad se encuentra incorporada implícitamente en el artículo 33 de la Constitución Nacional, y se deriva de las garantías de debido proceso y de defensa en juicio establecidas en el artículo 18 de la Carta Magna. Además se encuentra consagrada expresamente en los artículos 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En todos los casos la garantía está reconocida sin limitación a supuestos de hecho específicos, sino descrita como una garantía formulada en términos amplios, tal como fue incluida en el nuevo código procesal.

La CSJN en el caso “Llerena” delimitó con absoluta precisión cuál es el alcance de la garantía de juez imparcial. Sostuvo que *si bien es cierto que las causales de recusación deben admitirse en forma restrictiva (Fallos: 310:2845 y sus citas), ese principio no puede ser interpretado de modo tal que torne ilusorio el uso de un instrumento concebido para asegurar la imparcialidad del órgano jurisdiccional llamado a decidir una controversia, condición de vigencia de la garantía del debido proceso (Fallos: 321:3504, disidencia del juez Fayt).*

Luego afirmó que los tratados internacionales... *en líneas generales, indican que la persona sometida a un proceso tiene derecho a ser oída por un tribunal imparcial, razón por la cual resulta necesario determinar el alcance de dicha garantía. Que la garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado. Que en este contexto, la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia. Así por ejemplo lo expresa Ferrajoli: "es indispensable para que se garantice la ajenidad del juez a los dos intereses contrapuestos... Esta imparcialidad del juez respecto de los fines perseguidos por las partes debe ser tanto personal como institucional" (Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, trad. Ibáñez, Perfecto Andrés, Trotta, Madrid, 1995, pág. 581)... Puede verse la imparcialidad 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. En este sentido también se ha expedido la Procuración General de la Nación, en*

*tanto consideró 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 in re "Zenzerovich", Fallos: 322:1941). Desde este punto de vista objetivo, es una garantía del justiciable y sólo a favor de éste se puede esgrimir este temor de parcialidad. En ella se sostiene el planteo de la defensa en este caso.*

*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, y por ende debe diferenciárselo de los reproches personales o individuales contra la persona concreta del juez. En este sentido podría decirse que para determinar el temor de parcialidad no se requiere una evaluación de los motivos que impulsaron al juez a dictar dichos actos procesales, ni sus fundamentos en el caso individual. Basta con que se hayan dictado estos actos -pues marcan una tendencia de avance del proceso contra el imputado- para que quede configurado este temor.*

*De aquí, que la forma de garantizar la objetividad del juzgador y evitar este temor de parcialidad está estrechamente relacionada con las pautas de organización judicial, en tanto éstas regulan la labor de los distintos sujetos del órgano jurisdiccional, en un mismo proceso...*

*Con claridad meridiana lo explica Roxin cuando asevera que "En el conjunto de estos preceptos está la idea de que un juez, cuya objetividad en un proceso determinado está puesta en duda, no debe resolver en ese proceso, tanto en interés de las partes como para mantener la confianza en la imparcialidad de la administración de justicia" (Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal, trad. Córdoba, Gabriela y Pastor, Daniel, Editores del Puerto, Bs. As., 2000, pág. 41)...*

*Así, puede afirmarse que "Un juez que no está ya excluido de pleno derecho, puede ser recusado por temor de parcialidad, cuando exista una razón que sea adecuada para justificar la desconfianza sobre su imparcialidad...Para esto no se exige que él realmente sea parcial, antes bien, alcanza con que pueda introducirse la sospecha de ello según una valoración razonable" (Roxin, Claus, op. cit., págs. 42/43). Si ello sucede, corresponde en salvaguarda de la garantía apartar al juez del caso, para eliminar este temor de parcialidad que siente el imputado, y restablecer su confianza en el juicio, como así también la confianza en la administración de justicia de la sociedad (L. 486. XXXVI. RECURSO DE HECHO Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221-). En similares términos "Venezia, Daniel Alberto s/ asociación ilícita..." Expte. V 632 XXXVIII.*

Todo lo indicado precedentemente me lleva a concluir que en el presente caso se vio afectada la garantía de imparcialidad del juez, por lo que considero que corresponde anular la sentencia oportunamente dictada.

II. Si bien la defensa no se explayó respecto de la procedencia o no de un eventual reenvío, en el supuesto de que se hiciera lugar a la declaración de nulidad de la sentencia, corresponde que me expida al respecto.

Tal como ya sostuve en "QUIROZ, Daniel Enrique s/abuso sexual" (legajo 73/14), cuando la declaración de nulidad de una sentencia se dicta por razones ajenas a la conducta procesal del imputado no corresponde disponer el reenvío del caso para la sustanciación de un nuevo juicio, sino disponer su absolución, por aplicación de la garantía contra la múltiple persecución penal, ello en ejercicio del control de constitucionalidad (Art. 229 CPP). Reenviar el caso para la realización de un nuevo juicio importaría afectar la garantía *ne bis in ídem* y los principios de *progresividad* y *preclusión*.

El artículo 2 del código procesal penal establece que *nadie puede ser perseguido penalmente por el mismo hecho más de una vez, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias*. Luego agrega que *no se podrán reabrir los actos fenecidos, salvo los casos de revisión de sentencia a favor del condenado*.

Esta norma reglamente la garantía dispuesta en el artículo 64 in fine de la Constitución provincial, la que establece que *nadie puede ser encausado dos (2) veces por un mismo hecho delictuoso*, agregando que *la sentencia en causa criminal debe ser definitiva absolviendo o condenando al acusado*.

Este conjunto normativo determina un ámbito de aplicación de la garantía contra la múltiple persecución penal aún más amplio que los estándares que surgen de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos incorporados a ésta –artículo 75 inc. 22 CN-.

La garantía *ne bis in ídem* surge de forma implícita del artículo 33 de la Constitución Nacional, y en forma positiva de los artículos 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El alcance de esta garantía (en el marco de ese plexo normativo) se circunscribe a la prohibición de reabrir procesos penales concluidos por *sentencia firme* a excepción, claro está, del recurso de revisión de sentencia a favor del imputado. Es decir que el reenvió se encuentra prohibido en la medida en que exista una *sentencia firme*, o dicho de otro modo, no está prohibido si la sentencia no adquirió el carácter de firme o de autoridad de cosa juzgada.

Como dije, la prohibición de múltiple persecución penal en la provincia del Neuquén tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio porque impide, en primer lugar, que una persona sea *encausada* dos veces por un mismo hecho (Art. 64 Const. provincial) o *perseguida*

***penalmente*** por el mismo hecho más de una vez (Art. 2 CPP). Es decir que lo que se impide es el acto jurídico de sostener -en más de una oportunidad- una acusación por un mismo hecho, sin que se requiera la existencia de una sentencia firme.

Además, y como lógica consecuencia de lo anterior, se dispone que *la sentencia en causa criminal debe ser definitiva absolviendo o condenando al acusado* (Art. 64 in fine Const. provincial), prohibiendo *reabrir los actos fenecidos* (principio de preclusión), con la obvia excepción de los casos de revisión de sentencia a favor del condenado (Art. 2 CPP).

En definitiva, conforme nuestra Constitución provincial y código procesal, para que proceda esta garantía (*ne bis in ídem*) no es necesaria la existencia de una sentencia firme, quedando prohibida la reapertura de los actos procesales fenecidos o -lo que es lo mismo-, retrotraer el caso a etapas procesales ya superadas, como es el juicio en sí mismo.

Considero que no puede cargar con las consecuencias de la nulidad de la sentencia el imputado, en razón de no haber concurrido a causarla, ya que lo contrario implicaría, lisa y llanamente, someterlo a juicio nuevamente, persiguiéndolo por segunda vez por la misma conducta o, si se quiere, encausándolo dos veces por un mismo hecho delictuoso, violando de esa manera la garantía contra la múltiple persecución penal o *ne bis in ídem* y *el principio de preclusión procesal*.

Por otra parte, y más allá de las claras disposiciones de la Constitución provincial (Art. 64) y del Código Procesal (Art. 2), considero que no surge de la normativa procesal una expresa autorización para la sustanciación de un nuevo juicio por vía del reenvío, en supuestos en los que el inculpaado haya sido quien impugnó la sentencia condenatoria. Si bien el artículo 247 del CPP autoriza el reenvío, no surge con absoluta

claridad que ese supuesto sea admitido cuando la nulidad de la sentencia se dicta a partir de la impugnación deducida por la defensa. De lo contrario se le estaría permitiendo al Estado -en ejercicio de su amplio poder punitivo- enmendar sus errores, aprovechando para ello la impugnación deducida por el imputado. Además, el condenado ya soportó los costos materiales e inmateriales del juicio, y no corresponde que deba soportarlos por segunda vez, como consecuencia de actos procesales irregulares producidos exclusivamente por la actuación del Estado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse respecto de la garantía contra la múltiple persecución penal y los principios de preclusión y progresividad en varias ocasiones, con la aclaración de que en dicha jurisdicción (y por aplicación de los tratados de DD.HH ya citados) sí se requiere la existencia de sentencia firme. Una de las más recientes ha sido en el precedente “**Kang, Yoong Soo**” (K 121 XLIV) en el que se remitió al caso “**Sandoval, David Andrés**” (S 219 XLIV), y a su vez a los fallos “**Alvarado**” (disidencia de los jueces Petracchi y Bossert, 321:1173) y “**Olmos**” (considerando 17 del voto del juez Petracchi, 329:1447). También se exployó sobre el tema en “**Lagos Rodas**” (330:4928).

En el caso “**Olmos**” el Juez Petracchi dijo: *“Que no puede sostenerse, en contra de lo expresado, que la nulidad de la sentencia y la consiguiente realización de un nuevo debate fue provocada por la propia defensa como consecuencia de su recurso contra la condena, en la medida en que éste se dirigió a invalidar la sentencia, lo cual implicaba, necesariamente, que se volviera a realizar la audiencia oral, como presupuesto de validez de una nueva decisión. Pues de ese modo se pierde de vista que la primera sentencia fue declarada nula por deficiencias esenciales en su fundamentación, es decir, por una nulidad instituida en beneficio del imputado. Por lo tanto, no es posible, a fin de poder corregir los defectos de la sentencia anterior, y poder llegar,*

*esta vez sí, a una condena válida, someter nuevamente al juicio al imputado, ya que ello significaría concederle al Estado una ‘nueva oportunidad’ que el principio de non bis in ídem prohíbe (conf. Fallos 321:2826 caso “Polak” –voto del Juez Petracchi). Dicho en otras palabras: si la sentencia era nula por haber violado el derecho de defensa de los imputados, la consecuencia del reconocimiento de la lesión a esa garantía no podría ser la autorización de un nuevo intento de condenarlos.*

*Que, por lo tanto, al ordenarse la reiteración del debate se retrotrajo el juicio a etapas ya superadas, y se produjo un apartamiento de las formas sustanciales que rigen el procedimiento penal que ocasiona la nulidad absoluta de dicho acto y de todo lo actuado en consecuencia...”.*

En el precedente “Polak” (P 259 XXXIII) la Corte estableció que la imposibilidad de retrotraer el proceso a etapas ya superadas encuentra como excepción el supuesto en el que “...*la nulidad declarada no sea consecuencia de una conducta atribuible al procesado, por lo que corresponde valorar si en el sub lite, la decisión adoptada por el a quo ha incurrido sin falta de aquél...”.*

Salvada la excepción, la Corte sostuvo en ese precedente “...*que una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado. Y ello es así porque a partir del fundamento material de la citada garantía no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleva a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y*

*sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aún siendo inocente sea hallado culpable (Conf. citas en Fallos: 3010:2845, disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué)...”.*

En el caso “**Lagos Rodas**” dijo: “...La prohibición de la doble persecución penal no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho...” (L. 309. XLIII; RHE “Lagos Rodas, Jonathan y otro s/robo en poblado y en banda” -causa N° 3599-, 04/12/2007, T. 330, P. 4928).

Esta interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sustentada en la aplicación de principios y garantías constitucionales, resulta, a mi modo de ver, muy clara respecto de la imposibilidad de someter a un segundo juicio a una persona ya juzgada, y cuya sentencia fue nulificada por causas que no le son atribuibles –sin importar si fue declarada culpable o inocente–, en razón de que ello violaría la garantía que impide la múltiple persecución penal. Esa garantía no se ha visto modificada por la entrada en vigencia en nuestra provincia de un código procesal acusatorio, sino que, por el contrario, la redacción del artículo 2 del CPP resulta una fiel reproducción de lo dispuesto por el artículo 64 de la Constitución provincial.

Destacada doctrina ha compartido esta interpretación de la garantía contra la múltiple persecución penal. Julio Maier sostiene que “...la importancia moderna del principio y toda su elaboración jurídica reside en su significado como garantía de seguridad individual, propia de

un Derecho penal liberal, de un Estado de Derecho. A pesar de que no parece que el principio fuera desconocido en la antigüedad<sup>3</sup>...

...Se ha concordado en que la fórmula correcta debe *impedir la múltiple persecución penal, simultáneamente o sucesiva, por un mismo hecho*. Va de suyo que ella no inhibe el recurso de revisión, por condena injusta, a favor del reo: las garantías sólo juegan a favor, no en contra, de quien sufre el poder penal del Estado, y revisar la condena para lograr la absolución o una sanción más benigna no significa perseguirlo penalmente, sino, por el contrario, concederle otra oportunidad para fundar su inocencia o, al menos, la aplicación errónea del poder penal.

'La idea fundamental... es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad<sup>4</sup>...'<sup>5</sup>.

En razón de los fundamentos esgrimidos considero que en el presente caso no corresponde el reenvío para la sustanciación de un nuevo juicio, deviniendo además abstractos el resto de los agravios pronunciados, atento la solución propuesta al caso, por lo que no corresponde su tratamiento.

Tal es mi voto.

**El Dr. Mario Rodríguez**, dijo: Adhiero a los fundamentos y conclusión arribada en el voto del Dr. Andrés Repetto y fundo el voto dirimente sobre el reenvío.

Sin perjuicio de compartir en todo las consideraciones expresadas en el voto que acompaño, sobre este punto, los que no repito,

---

<sup>3</sup> Maier, Julio; Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Ed. Del Puerto, 2º edición, p.595.

<sup>4</sup> Cita de la Corte Suprema EE.UU *Quirin*, 1942, US vol. 317, ps 43 y s., en *Fallos CSN*, t. 298, p. 736, dictamen del Procurador General, p.745.

<sup>5</sup> Ob. Cit., p. 602.

en honor a la economía y estética del fallo, entiendo que no puede acarrear el impugnante los vicios que advirtió y sobre los que sostuvo el planteo vencedor en la incidencia. Fue el órgano jurisdiccional, con adhesión de la Fiscalía, los que toleraron sustanciar el debate con jueces que pidieron su propia inhibición. Estos defectos, vicios, afectaciones al debido proceso y a la garantía de todo imputado de ser juzgado por tribunales imparciales, no pueden ser soportados por el imputado, exponiéndose, nuevamente, a la posibilidad de ser condenado. Esta situación afecta, como bien se señaló la garantía de “non bis in ídem” y agravia el sentido común. No resulta equilibrado que el órgano acusador tenga otra oportunidad cuando acompañó, toleró y defendió la constitución de un Tribunal de Juicio que claramente no respetó la imparcialidad que define su labor.

Tal es mi voto.

El Dr. Fernando Zvilling, dijo: Si bien comparto los fundamentos y conclusión a la que arriba el Juez del primer voto en lo referido a la violación de la garantía de Imparcialidad, estimo que no corresponde disponer la absolucón del imputado, sino el reenvío para nuevo juzgamiento. La Defensa, como indicara el Dr. Repetto, no argumentó sobre la improcedencia de un eventual reenvío.

En primer lugar, destaco que no existe doctrina consolidada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el tema, sino, como afirma Fernández (*Alcance del non bis in ídem y facultad del fiscal para recurrir una sentencia absolutoria*. Revista de Derecho Penal y Criminología, año II, Nro. IV, p. 213), sólo la opinión de tres de sus jueces.

El reenvío, a través de diversos fallos, ha sido tratado fundamentalmente sobre la base de sentencias absolutorias de Tribunales de Juicio. En el caso, nos encontramos frente a una sentencia de condena, que deviene inválida, al igual que el debate que la precede

como consecuencia de la violación de la Imparcialidad, garantía estructural del sistema procesal.

Con esto no quiero significar que no exista posibilidad de afectación al *non bis in ídem* por reenvío frente a sentencias condenatorias. Sin embargo, el art. 246 “*in fine*” del código procesal penal resuelve la cuestión en forma satisfactoria, desde que permite decidir en cada caso concreto el “reenvío”, o bien la “absolución”, cuando implique una afectación al principio citado, entre otros supuestos. La norma citada, en conjunción con las limitadas facultades recursivas que otorga al acusador, posibilita una interpretación que impida el reenvío en casos de afectación al *non bis in ídem*, dejando abierto el desarrollo jurisprudencial sobre el tema.

No todos los casos son iguales, y no todos producen sin más la afectación al *non bis in ídem* en caso de reenvío. Por ejemplo, el caso “Olmos” citado en el voto que me precede, el tema planteado no es similar pues se trata de un supuesto de *reformatio in pejus*, vinculado con el *non bis in ídem*. Allí, los imputados habían resultado condenados, la sentencia no fue recurrida por la acusación, pero sí lo fue por la defensa. Al dictarse la condena por efecto del reenvío, el Tribunal de Juicio aplicó una pena más grave.

Y para ver que la cuestión no es pacífica, vale recordar el análisis efectuado por Javier De Luca (Recurso Fiscal contra Absoluciones y Nuevo Debate. Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. T. 13. ps. 186 y ss.): En “Kang”, con remisión a “Sandoval”, los magistrados Lorenzetti, Fayt y Petracchi consideraron que la impugnación de una sentencia absolutoria violaba el *ne bis in ídem*. Lo hicieron mediante la cita de los fundamentos de la disidencia de Petracchi y Bossert en el caso “Alvarado”. Entonces, señala que un primer problema aparece en cuanto se analice la remisión de estos tres magistrados al

considerando 17 de la disidencia del juez Petracchi en el caso “Olmos”, porque allí el magistrado había votado por separado y en forma coincidente con su conocida posición de la prohibición contra el doble juzgamiento o sometimiento a riesgo de nuevo juzgamiento.

Pero por el contrario, los otros dos jueces, Lorenzetti y Fayt, no habían votado en “Olmos” de esa manera, sino que su voto había integrado el de la mayoría que se expidió por el problema existente en la causa: la sentencia anterior había quedado firme en el punto cuya revisión se pretendía.

Y continúa el autor citado señalando que el juez Fayt en “Alvarado” había votado con la mayoría, es decir, de manera no coincidente con el voto en disidencia de los jueces Petracchi y Bossert al que se remitió en Kang. Es decir, dos de los jueces que conformaron parte de la mayoría en “Sandoval” y en “Kang”, cambiaron su posición histórica sin dar motivos de ello.

Y en “Sandoval”, el Dr. Zaffaroni, que conformó la mayoría, lo hizo con distintos argumentos. Decidió por la anulación de la sentencia con fundamento en que el tribunal de juicio había violado el principio acusatorio y el *in dubio pro reo*. Sólo al pasar habló del *ne bis in ídem* que estaría dispuesto a considerar en casos de impugnaciones contra absoluciones, pero en tanto y en cuanto se atendiese al criterio (la causa o motivo) por el cual el tribunal anterior anuló una absolución y mandó a realizar un nuevo juicio. Son argumentos que hacen recordar a lo sucedido en el caso “Polak” que allí mismo se cita. Es decir, el juez Zaffaroni conformó la mayoría, pero por argumentos distintos, y fue coherente con su posición que no ve óbices constitucionales a la habilitación de recursos contra absoluciones en algunos casos. Tanto es así que, en “Kang”, juntamente con la jueza Highton de Nolasco, se remite

a los argumentos del Procurador General que propiciara la validez de la apelación fiscal y la revocación de la sentencia apelada.

Lo que debe analizarse son las causas y los motivos por los cuales se pretende la revocación de la sentencia. Corresponde determinar, en principio, si una etapa del proceso fue válidamente cumplida. Basta observar que casi todos los fallos paradigmáticos de la Corte Suprema hacen referencia a esta cuestión. En el caso que nos ocupa, no puede sostenerse que el debate fue válido, desde que el juzgamiento se llevó a cabo por Jueces auto reconocidos como parciales. Puede sostenerse que esta nulidad no fue generada por el imputado. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que ante la decisión que rechazara las excusaciones, el imputado (de profesión abogado) y su defensa técnica no hicieron reserva alguna. Tampoco articularon la Impugnación sobre esa base. El agravio fue introducido en esta instancia por la nueva defensa de González Sad. Y la decisión que se adopta implica la nulidad del debate, sin poder siquiera este Tribunal llegar a valorar las pruebas producidas, porque se trató de un debate inválido. De allí que existe una particular situación que, estimo, no puede ser resuelta sino a través del reenvío para nuevo juzgamiento, limitándose la nulidad al debate, y no a la etapa de ofrecimiento de prueba, ya que significaría otorgar al fiscal una oportunidad para mejorar el caso.

Más allá de que el Tribunal Superior de Justicia decidió sobre el tema en “González, Fernando David s/Abuso Sexual con Acceso Carnal Gravemente Ultrajante”, Acuerdo 40/11, estimo, con todo respeto, que no existen nuevos argumentos que hagan viable un cambio de postura. Vale recordar, según el dictamen del procurador general de la Nación en “Kang”, a cuyos fundamentos se remitió el voto en disidencia de los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni, que “es axiomático que los actos procesales precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, salvo supuestos de nulidad”. De esta manera

y dado que una sentencia anulada carece de efectos, mal puede afirmarse que existan dos fallos que juzguen el mismo hecho, pues, como ha establecido la Corte, en estos casos, hay sólo uno que puede considerarse válido”.

El “principio primario de sujeción de los jueces a la ley, con arreglo al cual no deben sustituir al legislador para crear excepciones no admitidas por la norma ni efectuar una interpretación que equivalga a su prescindencia, en tanto no medie una concreta declaración de inconstitucionalidad” (del dictamen del procurador general de la Nación a cuyos fundamentos se remitió el voto en disidencia de los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni).

Recuerdo que en la audiencia la defensa no planteó la inconstitucionalidad de las normas que posibilitan el reenvío, detalle que no resulta menor en tanto una declaración de tal gravedad impone a quien lo pretende, según lo indicó la Corte en reiteradas oportunidades, demostrar claramente de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto (C.S.J.N., Fallos: 310:211 y sus citas; 327:1899 y 328:1415, entre otros). En tanto que tampoco fue declarada en el voto precedente en el examen oficioso de constitucionalidad.

No es un dato menor el cambio legislativo a nivel provincial que, entiendo, permitiría interpretar constitucionalmente las normas procesales en materia recursiva del acusador –limitadas a casos de arbitrariedad y absurdidad en la valoración probatoria-, valorando en cada caso la posible afectación al *non bis in idem*. Es mi voto.

**III. A la tercera cuestión el Dr. Andrés Repetto, dijo:** Sin costas (Arts. 268 CPP).

El Dr. Mario Rodríguez, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir sus argumentos.

El Dr. Fernando Zvilling, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

De lo que surge del presente Acuerdo, se

**RESUELVE:** I. **DECLARAR ADMISIBLE** desde el plano formal las impugnaciones deducidas por la fiscalía y la defensa de Antonio Gustavo Daniel González Sad.

II. **HACER LUGAR** a la impugnación interpuesta por la defensa, declarando la nulidad de la sentencia dictada el 23 de agosto del año 2013 por violación a la garantía de imparcialidad del juzgador, **ABSOLVIENDO** en consecuencia a Antonio Gustavo Daniel González Sad por los delitos por los que venía siendo acusado, sin costas.

III. **Regístrese** y notifíquese por medio de la Oficina Judicial.

IV. **Oportunamente** archívese.

Dr. Andrés Repetto

Dr. Mario Rodríguez.

Juez Tribunal de Impugnación

Juez Tribunal de Impugnación.

Dr. Fernando Zvilling.

Juez del Tribunal de Impugnación.