Cámara Federal de Casación Penal

**Registro n° 62/2023**

En la ciudad de Buenos Aires, a los 31 días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, se reúne la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente, y los doctores Javier Carbajo y Mariano Hernán Borinsky, para resolver en el legajo judicial **FSA 1881/2020/36** del registro de la Oficina Judicial de esta Cámara, caratulado: **"AYALA, Andrés s/excusación"**.

El **señor juez Javier Carbajo** dijo:

**I.** Se encuentra en revisión ante esta Cámara la excusación planteada por los magistrados integrantes del Tribunal Oral Federal de Juicio Nro. 2 de Salta, Abel Fleming, Gabriela Elisa Catalano y Domingo José Batule.

Cabe recordar que, luego de que ese tribunal dictó veredicto absolutorio a favor de Andrés Ayala y Matías José Rossi y fue impugnado por el representante fiscal, el 7 de julio de 2022, esta Cámara Federal de Casación Penal, con idéntica integración a la actual, resolvió casar esa parte de la sentencia, declarar penalmente responsables al primero -Andrés Ayala- del delito de robo agravado al haberse cometido en despoblado y en banda, en calidad de coautor (arts. 45 y 166 inc. 2° del CP), y al segundo -Matías José Rossi- del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro –en calidad de autor- (arts. 45 y 277, inc. 1°, A. "c", en función de los incisos 2° y 3°, inc. "b", del CP) y remitir las actuaciones a la Oficina Judicial a los fines de que se realizara la audiencia de pena prevista en el art. 304 del CPPF (Reg. OJ 40/2022).

Recibido el legajo en el tribunal de juicio, el 4 de agosto de 2023, sus integrantes decidieron excusarse para seguir interviniendo en el caso.

Argumentaron, en líneas generales, que por haber resuelto absolver a las personas acusadas, una nueva intervención de su parte para celebrar la audiencia que debería determinar el monto de pena supondría una afectación a las garantías de independencia e imparcialidad y a la del debido proceso. Ello, en tanto entendieron que no podían imponer una pena a quienes ya habían considerado inocentes.

A continuación, sus pares del Tribunal Oral Federal de Juicio Nro. 1 de Salta, Federico Santiago Díaz, Mario Marcelo Juárez Almaraz y Marta Liliana Snopek (quien no suscribió por encontrarse en uso de licencia extraordinaria), decidieron rechazar las inhibiciones.

Para así resolver, hicieron alusión a que "…*los motivos invocados para el apartamiento, no alcanzan a comprometer la imparcialidad e independencia ni la libertad de espíritu de los señores magistrados, puesto que no se comprueba que las circunstancias invocadas puedan subsumirse en la amplia regla del inciso g) del artículo 60 del Código Procesal Penal Federal, que debe ser interpretada, como ya dijimos con estrictez y prudencia, por lo que la decisión que ha de predominar es aquella que respete el principio según el cual los juicios deben iniciarse y concluirse ante los jueces naturales…".*

En ese sentido, explicaron que "…*a fin de resguardar los principios del Juez natural, del debido proceso y demás garantías constitucionales, consideramos que el apartamiento de los señores Jueces de Cámara Abel Fleming, Gabriela Elisa Catalano y Domingo José Batule no tiene los fundamentos necesarios, puesto que solo se limitaron a referir que su independencia estaría afectada si continuaban interviniendo en*

*este proceso, sin referir el cómo y por qué tal circunstancia afectaría gravemente la invocada independencia, impidiéndoles dictar una resolución válida de determinación de pena…".*

Finalmente, citaron jurisprudencia de la CSJN y de esta Cámara de Casación que sustentaba su postura.

**II.** Las circunstancias puestas en conocimiento por los magistrados que decidieron excusarse en el presente legajo no alcanzan para inferir una afectación a las garantías de independencia e imparcialidad ni a la del debido proceso legal, ello en la medida en que haber intervenido en un proceso, en el marco del ejercicio de sus funciones y deberes específicos que les imponen el deber de decidir sobre el tema llevado a su conocimiento, no constituye por sí mismo un prejuzgamiento (cfr. Fallos: 287:464; 300:380; 314:416 y FSA 6170/2021/5 del registro de la Oficina Judicial de esta Cámara, "Depaoli, Karen Stefanía y otro s/excusación", Reg. OJ 34/2023 del 23/05/2023, decisión que, a la fecha, se encuentra firme según Res. 2027/2023 CSJN del 23/8/2023, en Expte. 3726/2023).

De su lado, el art. 60 del CPPF establece estrictos supuestos en los cuales el juez debe apartarse del conocimiento del caso, los que no se verifican en el presente.

En tal sentido, la circunstancia de que este tribunal de revisión haya revocado la sentencia absolutoria dictada con anterioridad no implica, en términos objetivos, una circunstancia grave que refleje una injerencia externa y afecte la independencia de los jueces que ahora se inhiben como representantes del órgano jurisdiccional a cargo de continuar con el proceso penal; así como tampoco altera su imparcialidad para poder celebrar la audiencia prevista en el art. 304 del CPPF y fijar, luego, el monto de pena a imponer conforme las normas procesales concordantes y los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Esta Cámara no condiciona, a través de la revisión efectuada previamente, la determinación de la pena que debe efectuar el tribunal de juicio tras celebrar la mencionada audiencia.

Sabido es que, por imperativo legal, el juicio, de acuerdo al nuevo modelo procesal plenamente vigente en esa jurisdicción, se divide en dos partes, que tienen objetos procesales diferentes; la primera, dedicada al conocimiento y determinación de la culpabilidad del imputado en el hecho acusado -la que ya culminó con la decisión de esta Cámara por Reg. OJ 40/2022, confirmada por Reg. OJ 11/2023- y la segunda, ocupada en la determinación de la sanción correspondiente al suceso declarado culpable -aún no iniciada- y que finaliza con el llamado "juicio sobre la pena".

Esta herramienta de corte pragmático propuesta por el legislador, vigente en la mayoría de los códigos de forma de la región y posiblemente inspirada en la regla métrica de la lengua castellana -la poesía, por ejemplo-, es la que se conoce como cesura del juicio y tiene como principal fundamento -beneficio, a mi ver- evitar las reacciones jurisdiccionales arbitrarias e inmotivadas en cuanto a la fijación e individualización de la sanción penal (cfr. *El Derecho a ser oído en el juicio sobre la pena: un debate pendiente en el procedimiento federal*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, Bs. As., abril de 2012, pág. 429 y mi voto en "Liquitay, Estanislao A. y otros s/impugnación", Reg. OJ 8/2020 del 18/6/2020).

Así, merced a un rediseño de la estructura del procedimiento, se ha solucionado éste y otros problemas procesales, distribuyendo y ordenando las partes que forman el juicio, ambas a través de la incorporación y confrontación de pruebas en forma escindida.

No se trata de dos decisiones autónomas, sino, en todo caso, de dos cuerpos decisorios jurisdiccionales dictados por el mismo tribunal en diferentes momentos, pero que se complementan; por consiguiente, la interposición de un recurso sólo procede al cerrarse el primero con una absolución o, si se arriba a un veredicto de culpabilidad, al pronunciarse el segundo, que es el acto que complementa la sentencia.

Llevo dicho que si bien *"…parece incontrovertible no admitir que la cesura del juicio penal en dos parcelas, cada una con prueba diferenciada, provoque … una prolongación temporal … debido a la necesidad de celebrar un debate bifurcado y dictar dos interlocutorios: el de culpabilidad y el de la pena …, [ésta] prolongación procura el logro de fines específicos y provechosos"*; pues, del mismo modo a lo que ocurre con la cesura musical o poética, *"…ambas persiguen la cadencia, el equilibrio y la ajustada armonía y evitan la disonancia, el desorden, los atropellos y las inconsistencias"* (cfr. *El Conocimiento de Visu en Casación para imponer pena y su vinculación con la Cesura del Juicio: el imparte del fallo Niz…*, en Pensamiento Penal -revista electrónica- edición 122.

En ese debate después del debate, el mismo tribunal que llevó a cabo el primero deberá resolver, luego de celebrado el segundo, la sanción a imponer sobre la base de la discusión de las partes en ese sentido y con las pruebas que arrimen al respecto.

En dicha labor deberá liberarse de los prejuicios personales, las impresiones, simpatías y emociones percibidas en la primera fase y orientará su tarea exclusivamente de conformidad con criterios objetivos de valoración.

Huelga decir que los jueces deberán observar también en esa sustancial etapa, en base a las pruebas presentadas y siempre con relación al hecho por el que se declaró culpables a los condenados, las características personales, sociales, de

familia, laborales y todas aquellas que sirvan para individualizar la pena más apropiada de acuerdo con las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal.

En concreto, el proceso estará siempre en acción y sus actos serán de cortas escenas, en el que surgirán ambos contendientes aduciendo cada uno sus respectivos elementos de prueba y tesis del caso para cada etapa, siempre dirigiéndose al mismo tribunal.

Si el primer acto culmina con una absolución firme finaliza la contienda; de adverso, si el veredicto es por la culpabilidad -como sucedió en nuestro caso, luego de las revisiones (Registros 40/2022 y 11/2023 de esta Cámara)-, continúa la discusión, pero ahora más acotada, sólo destinada a la más relevante escena del proceso penal: la determinación de la pena.

Después de finalizada la contienda de palabras, pruebas y persuasiones, interpretada ante los mismos jueces por el acusador y el acusado y su defensa, en la liza del proceso y en igualdad de oportunidades, con todos los medios de convicción de los que son dueños, el mismo tribunal, sin más dilación, fallará en función de lo oído y en virtud de sus impresiones, completando la obra parcializada en la etapa anterior.

Por lo tanto, al decidirse en el presente legajo por esta Casación el reenvío de las actuaciones al tribunal oral que celebró la primera fase del juicio para que complete la sentencia y fije la correspondiente reacción penal, ese órgano jurisdiccional, aceptando la fuerza obligatoria de la sentencia aquí dictada -ya confirmada horizontalmente- entendida como un auténtico veredicto de culpabilidad, deberá convocar a las partes para el pertinente ofrecimiento de prueba a esos efectos y ceñirse exclusivamente a la determinación legal de la sanción a imponer luego del

contradictorio que a ese fin celebren las partes.

A mayor abundamiento y para más sustento, soy de la opinión que *"…para decidir en el juicio sobre la individualización de la pena o de la medida de seguridad, deliberarán todos los miembros del tribunal, en caso que se trate de un colegiado, aún los que hayan votado en contra en la primera fase postulando una absolución, pues se trata de una materia nueva que cobra virtualidad al haberse superado una ineludible etapa previa"* (cfr. art. cit., publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, con cita del voto del juez Cortelezzi en "Castro, Eduardo Alfredo" -expte. 20.982-C-2007-, del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chubut).

Desde otro ángulo, cabe recordar que la garantía de imparcialidad se presume en beneficio de los sujetos sometidos a proceso (art. 8.1. de la CADH), por lo que dichas circunstancias previas no suponen que puedan actuar en perjuicio de las personas imputadas o del debido proceso legal.

A la vez y como se dijo en "Depaoli" ya citada, tampoco se logra vislumbrar en el caso la concurrencia de los presupuestos tenidos en cuenta por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver en los precedentes "Llerena, Horacio Luis" (Fallos: 328:1491), "Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés" (Fallos: 329:3034) y "Lamas" (L. 117, XLIII, rta. el 08/04/2008).

En definitiva, no se presentan indicios propios del trámite del proceso que puedan llegar a generar una sospecha de parcialidad objetiva ni subjetiva de modo tal que supongan la afectación de las garantías invocadas.

Por tales razones, doy mi voto para que se rechacen las excusaciones efectuadas por los magistrados Abel Fleming, Gabriela Elisa Catalano y Domingo José Batule quienes, a la

mayor brevedad posible, deberán dar cumplimiento a lo previsto por el art. 304 CPPF.

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

Por compartir, en lo sustancial, las consideraciones desarrolladas por mi distinguido colega preopinante, doctor Javier Carbajo y, en atención al criterio adoptado por este tribunal al expedirse en la Carpeta Judicial FSA 6170/2021/5, "Depaoli, Karen Estefanía y otros s/excusación" (reg. 34/23 de la Oficina Judicial), adhiero a la propuesta de rechazar las excusaciones efectuadas por los magistrados Abel Fleming, Gabriela Elisa Catalano y Domingo José Batule.

El **señor juez doctor Gustavo M. Hornos** dijo:

Comparto, en lo sustancial, las consideraciones efectuadas por el colega que lidera el Acuerdo y que cuenta, a su vez, con la adhesión del colega preopinante.

En definitiva, las circunstancias puestas en conocimiento por los magistrados que decidieron excusarse en el presente legajo no alcanzan para inferir una afectación a la garantía de imparcialidad ni al debido proceso legal. Ello, en la medida en que haber intervenido en un proceso, en el marco del ejercicio de sus funciones y deberes específicos que le imponen el deber de decidir sobre el tema llevado a su conocimiento, no constituye por sí mismo un prejuzgamiento (C.S.J.N., Fallos: 287:464; 300:380; 314:416, entre muchos otros).

El hecho de que este tribunal de revisión haya revocado la sentencia absolutoria dictada con anterioridad por los aquí excusados no implica, en términos objetivos, una circunstancia grave que refleje una injerencia externa y afecte su independencia como representantes del órgano jurisdiccional a cargo de continuar con el proceso penal; así como tampoco altera su imparcialidad para poder celebrar la audiencia prevista en el art. 304 del CPPF y fijar, luego, el

monto de pena a imponer conforme las normas procesales concordantes y los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Ya ha dicho esta misma integración que esta alzada no condiciona, a través de la revisión efectuada previamente, la determinación de la pena que debe efectuar el tribunal de juicio tras celebrar la mencionada audiencia (legajo de la Oficina Judicial de esta CFCP, FSA 6170/2021/5, "Depaoli, Karen Stefanía y otro s/excusación", Reg. 34/2023 del 23/05/2023).

En definitiva, no se logra vislumbrar en el caso la concurrencia de los presupuestos tenidos en cuenta por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver en los precedentes "Llerena, Horacio Luis" (Fallos: 328:1491), "Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés" (Fallos: 329:3034) y "Lamas" (L. 117, XLIII, rta. el 08/04/2008).

Por ello, adhiero a la propuesta de rechazar las excusaciones efectuadas por los magistrados Abel Fleming, Gabriela Elisa Catalano y Domingo José Batule.

En mérito del Acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

**RECHAZAR** las excusaciones efectuadas por los magistrados Abel Fleming, Gabriela Elisa Catalano y Domingo José Batule.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

**Firmado: Gustavo M. Hornos, Javier Carbajo y Mariano Hernán Borinsky.**