

## **FALLO N° 70**

General Pico, mayo de 2012.

### **VISTOS:**

Estos autos caratulados “**Ministerio Público Fiscal c/TOMASELLI Marcelo Javier s/Homicidio agravado por el vínculo**”, Legajo n° 3535/2, y;

### **CONSIDERANDO:**

Que el Presidente de Audiencia ha constituido tribunal colegiado, conformado - por orden de votación- por los Jueces Fabricio Losi, Luis Abraham y Pablo Díaz Lacava, a los fines de resolver la presentación del Dr. Florentino Rubio, donde solicita se lo excuse de intervenir como Juez del tribunal que debe decidir la excusación del Dr. Alfredo Alonso en la causa principal.

Conforme al orden de sorteo, el juez de audiencia Fabricio I.L.LOSI, dijo:  
Que a fs. 15 el juez de audiencia Dr. Florentino Rubio solicita su excusación para resolver la excusación del Dr. Alfredo Alonso, y expresa que: “...*El motivo de la excusación obedece a que junto con el Dr. Alonso he integrado el Tribunal que por unanimidad denegó el avenimiento entre el imputado y la víctima de la presente causa. Es obvio que la naturaleza subjetiva de los motivos expuestos por el Dr. Alonso, me constriñen necesariamente a expedirme implícitamente sobre mi propia excusación o a adelantar opinión respecto a una eventual recusación, lo cual es inaceptable porque violenta mi libertad a decidir sobre mi relación subjetiva con la causa, y me impiden tener la objetividad necesaria para decidir la cuestión....*”

De la manera que está expresado por el Dr. Rubio su causal de excusación, debo necesariamente traer a colación los motivos que esgrime el Dr. Alonso en su escrito de fs. 13. Textualmente expresa que: “...*Ha de verse que el hecho considerado en el mismo, tiene vinculación directa con otro hecho anterior, en el que al suscripto le cupo intervenir, oponiéndose a la concesión del entonces vigente beneficio del Art. 132 C.P, respecto del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, perpetrado en contra de quién resulta víctima del primer hecho de mención.*

*En tales condiciones, mi intervención en este caso, derivación del anterior, no solo provoca encontrados sentimientos, sino que puede interpretarse de modo incorrecto por el interesado y las partes, situación que a toda luces corresponde evitar.*

*Es por ello que con fundamento en razones de delicadeza personal, corresponde me excuse de intervenir, lo que así pido...”*

Uno de los paradigmas del nuevo sistema procesal es la “imparcialidad del juzgador”. Si se abreva en la exposición de motivos del Código Procesal Penal se advierte que, desde el inicio de los fundamentos para encarar el cambio de modelo de enjuiciamiento, la invocación a la centralidad del juicio y la imparcialidad del juez es una de las piedras angulares, y que ello tiene íntima relación con el debido proceso y la defensa en juicio, trayendo en abono jurisprudencia de la Corte Suprema, entre ellas el precedente “*Zenzerovich*”, con

cita del dictamen del Procurador General en la tercera página del documento que fundamentó el pedido de cambio de legislación. También el Tribunal de Impugnación Penal ha reafirmado este concepto en el precedente “*Dr. Alejandro Osio s/Plantea Recusación de la Audiencia de Juicio*”, legajo n° 726/3. Entre uno y otro fallo media el *leading case* de la Corte Suprema sobre la materia: “*Llerena Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones- arts.104 y 89 del Código Penal- Causa 3221-*”, del 17 de mayo de 2005 (Fallos 328:1491).

Si bien el precedente resuelve la cuestión -ya superada en nuestra provincia desde muchos años antes, conforme la organización de nuestro sistema procesal anterior-, de la imposibilidad que un mismo juez pueda investigar un delito y luego juzgarlo, sus amplios fundamentos sirvieron de faro para iluminar otros casos ya no tan claros, y aún hoy se percibe su fuerza doctrinaria, toda vez que el Más Alto Tribunal de nuestro país se sigue remitiendo a él, en cuestiones donde se jaquea la imparcialidad de un magistrado. Si mal no recuerdo -y al respecto cito de memoria- en nuestra provincia obligó a la creación del TIP.

Sin exagerar cantidad de citas, me parece necesario hacer algunas que estimo dan precisión sobre el caso materia de resolución. Como principio general establece que: “...*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 la garantía de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado...*” (considerando 9no.)

Volviendo al caso que nos atañe, me resulta harto dificultoso hacer una disección entre lo que dice el Dr. Alonso y lo que dice el Dr. Rubio. Si bien ambos escritos son escuetos, el de fs. 15 se remite al de fs. 13, y no puedo resolver uno sin abreviar en el otro. Y estimo que nada me impide expedirme ya, aunque sea indirectamente, sobre los fundamentos del Dr. Alonso, toda vez que no implican ningún prejuzgamiento sobre la causa de fondo, ni debo analizar elemento alguno que funde la acusación contra Marcelo Javier TOMASELLI. Simplemente he de referirme al pedido primigenio que hace un colega del tribunal colegiado, que no es precisamente el objeto de este proceso. No puedo ahondar en las razones que da el Dr. Rubio sin analizar lo que afirma el Dr. Alonso. No hay prejuzgamiento de ninguna especie porque la garantía de imparcialidad es para con el acusado, no para los jueces, y que adelante opinión sobre la excusación de Alonso no me impedirá resolver -manteniendo tales argumentos-, en un tribunal en el cual esté, o no (según el resultado de esta votación), el Dr. Rubio.

El Dr. Rubio afirma que los motivos expuestos por el Dr. Alonso son de “naturaleza subjetiva” y que lo constriñen a expedir implícitamente sobre su propia excusación o adelantar opinión sobre una eventual recusación. Si los motivos del Dr. Alonso fueran solo de naturaleza subjetiva, en nada deberían afectar al Dr. Rubio. Resulta muy atinado traer a colación nuevamente el precedente “Llerena”, para advertir que los conceptos de “objetivo-subjetivo”

deben observarse desde el prisma del imputado y no del juez, más allá de la terminología que los magistrados utilicen.

La Corte ha dicho que “...puede verse la imparcialidad desde dos puntos distintos, uno objetivo y uno subjetivo.- El primer enfoque ampara al justiciable cuando éste puede 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...”, y cita el dictamen del Procurador General en “Zenzerovich” (Fallos: 322:1941) quien afirmó 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 personal del juez...”(considerando 10mo.).

Como se trata de una garantía, es para el acusado, y no para los jueces, y por ello no comparto la tesis de no expresar motivos por temor al prejuizgamiento, pues acá nada se dice sobre el “caso” a juzgar. También está claro, a mi juicio, que excusación y recusación son caras de una misma moneda, salvo, claro está, que el peticionante de apartamiento de un juez invoque razones que no surgen del proceso. Pero en autos, la invocación de ambos magistrados es su participación en el proceso donde se acusaba a Marcelo Javier TOMASELLI de abuso sexual con acceso carnal contra Carla Figueroa (*Legajo n° 912*). Por tanto, es un hecho objetivo de procedimiento la actuación que les cupo, más allá que luego, de acuerdo a su particular sensibilidad, afecte de una manera más o menos intensa el resultado del suceso, con indudable relación a los avatares procesales.

El magistrado que se inhibe afirma que la cuestión violenta su libertad a decidir sobre su relación subjetiva con la causa. La relación con el caso que nos ocupa puede tener diversos grados. Existen, a mi juicio tres grados de conocimiento del “caso” -excluidos, atinadamente por el Presidente de Audiencia, los jueces de control que intervinieron en la Investigación Fiscal Preparatoria-.

En un grado totalmente ajeno a la causa, todos los ciudadanos que conocen del caso a través de los medios de comunicación, en un suceso que conmocionó a todo el país, a punto tal que impulsó hasta una reforma del Código Penal. Nadie puede sustraerse a ese conocimiento genérico. Menos aún quienes se dedican al derecho penal y viven en esta ciudad. Pero ello no implica una causal de excusación, dado que no hay un conocimiento objetivo del caso desde el punto de vista del procedimiento, con acceso -en legal forma- a las pruebas que fundan la acusación y que podrían afectar la imparcialidad del juzgador.

En un segundo grado, nos encontramos quienes ya intervenimos en un caso sometido a proceso entre el acusado Marcelo Javier Tomaselli y la víctima Carla Figueroa. Se trata del Legajo n° 912, donde se acusaba a Tomaselli de haber abusado sexualmente con acceso carnal a la víctima y que es mencionado en el auto de apertura (fs. 3vta./4) por el Juez de control Dr. Ambrogetti. En tal

proceso me cupo intervenir, como Presidente de la Audiencia de Juicio del año 2011, al momento de la audiencia del art. 308 C.P.P., donde las partes ofrecen prueba. Luego de ello, el legajo pasa al tribunal colegiado, que habría de juzgarlo. Si bien los legajos Nros. 912 y 3535 finalmente van a tener vinculación al final del primero, en tal estadio procesal no la había, y tal conocimiento de la causa en nada afecta al suscripto a intervenir. Es probable que los jueces que me acompañan en este tribunal colegiado también hayan intervenido como jueces de control en la IFP.

En un tercer grado de vinculación con la causa se encuentra la alegada por el Dr. Alfredo Alonso. La petición del beneficio del art. 132 del Código Penal solicitada por la defensa de Tomaselli, la denegatoria de su concesión del tribunal colegiado compuesto por los Dres. Pellegrino, Rubio y Alonso, y la posterior revocatoria del TIP, por mayoría, no resultaron actos procesales solo circunscriptos a esa causa, sino que indudablemente sus efectos se trasladaron a esta. La muerte ocurrió una semana después de lo resuelto por el TIP, los jueces que votaron a favor del avenimiento fueron sometidos a jurado de enjuiciamiento y, finalmente, la figura del 132 C.P mereció tratamiento legislativo por el Congreso de la Nación en pos de su derogación. Quienes resolvieron sobre el avenimiento tuvieron sobre la muerte de Carla Figueroa y la acusación sobre Tomaselli un conocimiento de diversa naturaleza. La Corte ha dicho, en el considerando 14 del voto mayoritario en “Llerena”, que nuestra Constitución Nacional ha consagrado el modelo acusatorio, “...evitando que el juzgador tome contacto previo al juicio o con las pruebas o con las hipótesis preliminares...”.

En tal inteligencia considero que la causal esgrimida por el Dr. Alfredo Alonso es de orden objetivo, con implicancias en su subjetividad que lo obligan a poner a cubierto el proceso de posibles objeciones de las partes ante sospechas de parcialidad.

Luego, resultando objetivamente idénticas las circunstancias, bien pueden constreñir al Dr. Florentino Rubio y afectar su libertad de decisión, por lo que voto por la aceptación de su excusación.

También propongo como segundo punto, por cuestiones de economía procesal, que resultando idénticos los argumentos aplicable a uno y otro caso, se acepte la excusación del Dr. Alfredo ALONSO para llevar adelante el juicio oral y público, pasando las actuaciones al Presidente de la Audiencia para la conformación definitiva del Tribunal Colegiado. Fundo esta proposición en que, conforme el organigrama de funcionarios de la Segunda Circunscripción Judicial y la actual Ley Orgánica del Poder Judicial, los únicos jueces con posibilidades de resolver la inhibición del Dr. ALONSO resultamos los suscriptos, toda vez que ya se encuentra agotada la lista de jueces del fuero penal, con los apartamientos previos a esta conformación. Ambos supuestos excusatorios son asimilables a la hipótesis del art. 60 inc.13 C.P.P.

Conforme al orden de sorteo, en segundo lugar el juez de audiencia subrogante Dr. Luis Alberto ABRAHAM dijo: que adhiere a la propuesta del Dr. Fabricio I.L.LOSI, votando en idéntico sentido.

Conforme al orden de sorteo, en tercer lugar el juez de audiencia subrogante Dr. Pablo DIAZ LACAVA dijo:

Luego de leer atentamente la presentación del señor juez Florentino Rubio, y a partir de ella su antecedente, es decir, la excusación del señor juez Alfredo Alonso, comprendo que deben rechazarse ambas excusaciones, compartiendo la propuesta del juez que lleva la primera voz -solo en ello- de abordar y tratar en una única resolución ambas presentaciones en respeto de la economía que debe guiar la actividad pública.

Así me expresé durante la deliberación que hemos realizado con los jueces Abraham y Losi ya que considero que no existe ninguna razón legal para el auto apartamiento de los jueces de la causa, ni tampoco su recusación.

Es que después de haber leído ambas excusaciones, las obrantes en fojas 13 - Alonso- y 15 -Rubio- le solicité al señor Presidente de Audiencia de Juicio, al juez Carlos F. Pellegrino, se sirva poner a nuestra disposición los antecedentes del caso; en su respuesta se agregó la resolución adoptada justamente por los tres jueces antes nombrados (Pellegrino, Alonso y Rubio; en ese orden de votación) en "Incidente de avenimiento" formado en vinculación al **legajo N° 912/11**, caratulado "**M.P.F. c/ Tomaselli, Marcelo J. s/ abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma**"; y entonces, prestando atención a dicha resolución, aquella por la cual los tres jueces antes nombrados denegaron la solución de ese caso a través del instituto del extinto avenimiento, no puedo más que afirmar que no concurre en el caso ninguna causal objetiva ni subjetiva que pudiera ser mencionada para autorizar el apartamiento de esos magistrados. Va de suyo que la ausencia de invocación normativa por alguno de los colegas que antes se han pronunciado reviste de insustancial los motivos expresados. Es que más allá de las elevadas aspiraciones de los colegas que han hablado antes de mí en extremar los recaudos para proteger y efectivizar la garantía del juez imparcial, aquella, como toda norma o institución jurídica, debe ser interpretada y en dicho camino no puede abstraerse del juicio de *razonabilidad*.

El juez Losi al exponer los motivos de su voto trajo a la deliberación los precedentes "Zenzerovich" y "Llerena" de la C.S.J.N., y localmente la resolución adoptada en el Legajo N° 726/3, por parte del T.I.P., y justamente en la interpretación que propongo [ya para dejar a salvo mi opinión atento a la mayoría conformada por los votos de los jueces Losi y Abraham] comprendo que aquellos dan cuenta del yerro en que se incurriría de aceptarse las inhibiciones en estudio, dejando sentado un precedente francamente arbitrario y dilatorio para los futuros casos que deban ser resueltos.

Es que tal como lo ha propuesto el procurador en "Zenzerovich" o la propia Corte en "Llerena", la garantía en consideración, correctamente subrayada por el juez Losi como *del imputado, garantía del imputado*, debe hacer cesar la intervención de cualquier magistrado que ya intervino en *el mismo proceso*.

Sintéticamente ello es el nudo de ambos precedentes, el magistrado que instruyó, aquel que recolectó pruebas, que formó su convicción, que dictó resoluciones de mérito en los inicios de un proceso (léase durante la investigación, instrucción, preliminar o preparatoria del juicio, cualquiera sea la denominación que se emplee), no debe luego ser el mismo magistrado que deba expedirse sobre el objeto del mismo proceso.

Así, como conclusión del tópico III del dictamen del procurador, se afirmó que *"se hace necesario que la función investigativa sea encomendada a un órgano, al que se le debe prohibir expresamente la posibilidad de intervenir luego en el juicio oral, cuyo conocimiento ha de quedar reservado a otro órgano jurisdiccional que no haya efectuado actividad inquisitiva alguna contra el imputado"* (dictamen del procurador Nicolás Becerra, del 24/09/98, en causa "Zenzerovich").

Y aunque comparta con el colega lo tedioso que puede resultar el exceso de citas, ante su uso por parte del juez de la primera voz no puedo menos que intentar replicar su argumentación con la misma cita, en tanto concluyo que la interpretación propuesta es sesgada y proyecta alcances de los precedentes (y por ende de la garantía) que no se corresponden con mi lectura de los casos.

Dijo la corte: "12) ... 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.**

13) ... 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.

14) Que la "...separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás" (Ferrajoli, L., op. cit., pág. 567). Nuestra Constitución Nacional, es un claro ejemplo de consagración de este modelo, pues al regular el juicio político, también separa claramente las funciones de investigar y acusar, de las de juzgar; evitando que el juzgador tome contacto previo al juicio o con las pruebas o con las hipótesis preliminares, como derivación directa del principio republicano de gobierno, que rige la organización del poder del Estado.

16) Que el *iudex suspectus*, como una manifestación de la garantía de imparcialidad del juez, está íntimamente relacionada con el principio acusatorio, en la medida que puede generar en el acusado dudas legítimas sobre la parcialidad del magistrado, **si en su misma persona convergen las funciones de investigar y probar el hecho que se le imputa, y posteriormente juzgar su responsabilidad en el mismo.**" (C.S.J.N., "Llerena", rta. El 17/05/05, sin el destacado en el original).

Nada de ello es lo que ha ocurrido en este caso en vinculación al cual se pretende convalidar la inhabilitación de dos magistrados; ninguno de ellos intervino durante la etapa preliminar, ni tampoco han emitido opinión o tomado contacto previo al juicio ni con las pruebas ni con las hipótesis preliminares.

Ellos, los tres -Pellegrino, Alonso y Rubio-, solo se han expedido en la incidencia aludida sin siquiera haber emitido opinión sobre el objeto del principal, y por supuesto, nada han dicho en el marco de este objeto procesal.

La denegatoria suscripta por aquellos le ha dado al colega Alonso prácticamente el mismo grado de conocimiento sobre *el otro objeto procesal del principal* con que se persigue a Marcelo Tomaselli como el que tiene Juan de los Palotes; incluso más cabe agregarse, seguramente no existe leguleyo e incluso abogado piquense que se haya privado de vertir -obviamente de modo extrajudicial- su opinión sobre la procedencia del instituto y luego sobre la legalidad de aquella decisión; sin embargo, ni aquellos ni el juez Alonso tienen por sus opiniones o por el conocimiento en aquella incidencia una causal que pueda bajo alguna óptica proyectar efectos sobre *el principal de este*.

Por otra banda debo decir que la sorpresa que me causó la convocatoria para resolver esta incidencia ha sido mayor puesto que en la misma semana en la cual se me ha designado para dilucidar la inhabilitación en trato, simultáneamente se me ha notificado de una resolución que no puedo dejar de incorporar en esta deliberación.

Es que tiempo atrás el colega Abraham, en el conocimiento de un proceso radicado ante el juzgado a su cargo, se excusó al entender que el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar que debía investigar se trataba de un delito continuado de otro caso que ya había recibido condena, es decir, la investigación versaba contra el mismo imputado sobre idéntico delito y consiguiente damnificado; allí, el colega Abraham entendió que por tratarse de un delito continuado del otro que ya había recibido sentencia correspondía su excusación por haber intervenido con antelación (es decir, desde otra óptica, no consideró que la identidad de los sujetos activo / pasivo fuera una causal de inhabilitación o por versar el delito atribuido de idéntica subsunción legal; su inhabilitación la justificó en que el nuevo hecho en juzgamiento en rigor se trataba de la continuación de aquel delito ya juzgado).

Pero más allá de mi sorpresa por su adhesión al voto del colega Losi lo más llamativo que me impide obviarlo en esta deliberación es que el magistrado que resolvió el conflicto de competencia negativa suscitado fue el juez Alonso quien, con remisión a una decisión del Tribunal de Impugnación Penal, sostuvo que al tratarse el caso de un eventual nuevo incumplimiento (téngase presente, con identidad de sujetos activo / pasivo y tipicidad) no había "impedimento alguno

para que prosiga la investigación el titular original de la causa ... sin que su anterior opinión... le impida el conocimiento de estos nuevos hechos" (voto del juez Alonso, fallo N° 64, en Legajo N° 4996, caratulado "Q., R. A. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar", rto.15/05/12).

Ello, sin mayor aditamento, se contrapone a la decisión propuesta por el juez Losi, razón por la cual, con remisión a la autoridad del T.I.P. y de la C.S.J.N., señalando con suficiente claridad el alcance de la garantía invocada, propongo rechazar ambas inhibiciones al no resultar razonable una hipotética sospecha de parcialidad cuyo beneficiario ni siquiera ha invocado y lamentablemente tampoco se ha escuchado.

Finalmente sobre las citas efectuadas por el colega Losi, nuevamente debo decir que el precedente del T.I.P. citado no se ajusta al presente caso (ya que aquel se trató de uno donde los jueces de audiencia tuvieron a su alcance antes del juicio las pruebas de las partes) razón por la cual su fuerza de autoridad deviene inaplicable a este caso.

Dicho ya todo ello, y aun encontrándome en minoría dentro de este acuerdo, tampoco puedo omitir decir que atento el resultado de la deliberación también correspondería por las causales invocadas por la mayoría, separar a los magistrados Pellegrino y Losi en el trámite del legajo principal de este, toda vez que ambos también han intervenido en el anterior proceso que (todavía en trámite el incidente de avenimiento al estudio del S.T.J.) se le sigue a Marcelo Tomaselli; Pellegrino al haber llevado la primera voz en aquella resolución cuya copia antecede a este resolutorio y ahora deberá conocer y expedirse como Presidente de Audiencia de Juicio sobre la prueba que se ofrezca y las excepciones que pudieran plantearse, Losi por haber actuado como Presidente de Audiencia de Juicio en el legajo principal y por ende, con un rol invertido al de Pellegrino.

Consiguientemente, la autoridad de cosa juzgada del presente resolutorio proyectará sobre el futuro la posibilidad incluso de que los jueces de control se inhiban (o sean recusados) luego de haber dictado una medida de coerción contra persona cierta, sobre la base del *iudex suspectus* ante un nuevo pedido de revisión o incluso para tratar la acusación o sobreseimiento antes del auto de apertura a prueba, al igual que aquellos jueces de audiencia que deban juzgar a una persona antes condenada por otro hecho, en la inteligencia que -al menos y necesariamente, al momento de mensurar la pena impuesta- ya conocieron sobre algunos elementos que pudieran ventilarse en el nuevo juicio, habiéndose ya formado opinión (arts. 40 y 41 del Código Penal).

Y es que si la extensión de la garantía es tan amplia como la propuesta, nada impedirá que en un futuro toda intervención jurisdiccional exija la desinsaculación de un nuevo magistrado con sustento en la *iudex suspectus*, sin que para la dilación sea escollo que la causa se encuentre en etapa de investigación o juicio puesto que la garantía opera durante toda la resistencia que el individuo ejerce contra la imputación estatal (bien sabe de ello el juez Rafecas quien resistiendo el embate de la defensa en la investigación contra el vice Presidente de la Nación Argentina fue finalmente apartado por la Alzada Federal).



Por todo ello, comprendiendo desacertado el apartamiento de los jueces naturales de la causa, propongo con mi voto el rechazo de las inhibiciones presentadas.

Así lo voto.

En consecuencia, por mayoría el Tribunal Colegiado,

**RESUELVE:** 1º) Aceptar la excusación del Dr. Florentino RUBIO, para integrar el tribunal que deba resolver la inhibición del Dr. Alfredo ALONSO en la causa principal (art. 60 inc. 13 C.P.P.).

2º) Aceptar la inhibición del Dr. Alfredo ALONSO para actuar como juez del Tribunal Colegiado que deberá juzgar en juicio oral y público al acusado Marcelo Javier TOMASELLI (art. 60 inc. 13 C.P.P.).

Notifíquese. Regístrese. Protocolícese. Pase a Presidencia de Audiencia de Juicio a fin de conformar de manera definitiva el Tribunal Colegiado que llevará adelante el Juicio oral y público.-

**FALLO N° 70**

General Pico, mayo de 2012.

**VISTOS:**

Estos autos caratulados “**Ministerio Público Fiscal c/TOMASELLI Marcelo Javier s/Homicidio agravado por el vínculo**”, Legajo n° 3535/2, y;

**CONSIDERANDO:**

Que el Presidente de Audiencia ha constituido tribunal colegiado, conformado - por orden de votación- por los Jueces Fabricio Losi, Luis Abraham y Pablo Díaz Lacava, a los fines de resolver la presentación del Dr. Florentino Rubio, donde solicita se lo excuse de intervenir como Juez del tribunal que debe decidir la excusación del Dr. Alfredo Alonso en la causa principal.

Conforme al orden de sorteo, el juez de audiencia Fabricio I.L.LOSI, dijo:  
Que a fs. 15 el juez de audiencia Dr. Florentino Rubio solicita su excusación para resolver la excusación del Dr. Alfredo Alonso, y expresa que: “...*El motivo de la excusación obedece a que junto con el Dr. Alonso he integrado el Tribunal que por unanimidad denegó el avenimiento entre el imputado y la víctima de la presente causa. Es obvio que la naturaleza subjetiva de los motivos expuestos por el Dr. Alonso, me constriñen necesariamente a expedirme implícitamente sobre mi propia excusación o a adelantar opinión respecto a una eventual recusación, lo cual es inaceptable porque violenta mi libertad a decidir sobre mi relación subjetiva con la causa, y me impiden tener la objetividad necesaria para decidir la cuestión....*”

De la manera que está expresado por el Dr. Rubio su causal de excusación, debo necesariamente traer a colación los motivos que esgrime el Dr. Alonso en su escrito de fs. 13. Textualmente expresa que: “...*Ha de verse que el hecho considerado en el mismo, tiene vinculación directa con otro hecho anterior, en el que al suscripto le cupo intervenir, oponiéndose a la concesión del entonces*

*vigente beneficio del Art. 132 C.P, respecto del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, perpetrado en contra de quién resulta víctima del primer hecho de mención.*

*En tales condiciones, mi intervención en este caso, derivación del anterior, no solo provoca encontrados sentimientos, sino que puede interpretarse de modo incorrecto por el interesado y las partes, situación que a toda luces corresponde evitar.*

*Es por ello que con fundamento en razones de delicadeza personal, corresponde me excuse de intervenir, lo que así pido...”*

Uno de los paradigmas del nuevo sistema procesal es la “imparcialidad del juzgador”. Si se abreva en la exposición de motivos del Código Procesal Penal se advierte que, desde el inicio de los fundamentos para encarar el cambio de modelo de enjuiciamiento, la invocación a la centralidad del juicio y la imparcialidad del juez es una de las piedras angulares, y que ello tiene íntima relación con el debido proceso y la defensa en juicio, trayendo en abono jurisprudencia de la Corte Suprema, entre ellas el precedente “Zenzerovich”, con cita del dictamen del Procurador General en la tercera página del documento que fundamentó el pedido de cambio de legislación. También el Tribunal de Impugnación Penal ha reafirmado este concepto en el precedente “Dr. Alejandro Osio s/Plantea Recusación de la Audiencia de Juicio”, legajo n° 726/3. Entre uno y otro fallo media el *leading case* de la Corte Suprema sobre la materia: “Llerena Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones- arts.104 y 89 del Código Penal- Causa 3221-”, del 17 de mayo de 2005 (Fallos 328:1491).

Si bien el precedente resuelve la cuestión -ya superada en nuestra provincia desde muchos años antes, conforme la organización de nuestro sistema procesal anterior-, de la imposibilidad que un mismo juez pueda investigar un delito y luego juzgarlo, sus amplios fundamentos sirvieron de faro para iluminar otros casos ya no tan claros, y aún hoy se percibe su fuerza doctrinaria, toda vez que el Más Alto Tribunal de nuestro país se sigue remitiendo a él, en cuestiones donde se jaquea la imparcialidad de un magistrado. Si mal no recuerdo -y al respecto cito de memoria- en nuestra provincia obligó a la creación del TIP.

Sin exagerar cantidad de citas, me parece necesario hacer algunas que estimo dan precisión sobre el caso materia de resolución. Como principio general establece que: “...*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 la garantía de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado...*”

*(considerando 9no.)*

Volviendo al caso que nos atañe, me resulta harto dificultoso hacer una disección entre lo que dice el Dr. Alonso y lo que dice el Dr. Rubio. Si bien ambos escritos son escuetos, el de fs. 15 se remite al de fs. 13, y no puedo resolver uno sin abreviar en el otro. Y estimo que nada me impide expedirme ya, aunque sea indirectamente, sobre los fundamentos del Dr. Alonso, toda vez que no implican

ningún prejuzgamiento sobre la causa de fondo, ni debo analizar elemento alguno que funde la acusación contra Marcelo Javier TOMASELLI. Simplemente he de referirme al pedido primigenio que hace un colega del tribunal colegiado, que no es precisamente el objeto de este proceso. No puedo ahondar en las razones que da el Dr. Rubio sin analizar lo que afirma el Dr. Alonso. No hay prejuzgamiento de ninguna especie porque la garantía de imparcialidad es para con el acusado, no para los jueces, y que adelante opinión sobre la excusación de Alonso no me impedirá resolver -manteniendo tales argumentos-, en un tribunal en el cual esté, o no (según el resultado de esta votación), el Dr. Rubio.

El Dr. Rubio afirma que los motivos expuestos por el Dr. Alonso son de “naturaleza subjetiva” y que lo constriñen a expedir implícitamente sobre su propia excusación o adelantar opinión sobre una eventual recusación. Si los motivos del Dr. Alonso fueran solo de naturaleza subjetiva, en nada deberían afectar al Dr. Rubio. Resulta muy atinado traer a colación nuevamente el precedente “Llerena”, para advertir que los conceptos de “objetivo-subjetivo” deben observarse desde el prisma del imputado y no del juez, más allá de la terminología que los magistrados utilicen.

La Corte ha dicho que “...puede verse la imparcialidad desde dos puntos distintos, uno objetivo y uno subjetivo.- El primer enfoque ampara al justiciable cuando éste puede 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...”, y cita el dictamen del Procurador General en “Zenerovich” (Fallos: 322:1941) quien afirmó 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 personal del juez...”(considerando 10mo.).

Como se trata de una garantía, es para el acusado, y no para los jueces, y por ello no comparto la tesis de no expresar motivos por temor al prejuzgamiento, pues acá nada se dice sobre el “caso” a juzgar. También está claro, a mi juicio, que excusación y recusación son caras de una misma moneda, salvo, claro está, que el peticionante de apartamiento de un juez invoque razones que no surgen del proceso. Pero en autos, la invocación de ambos magistrados es su participación en el proceso donde se acusaba a Marcelo Javier TOMASELLI de abuso sexual con acceso carnal contra Carla Figueroa (*Legajo n° 912*). Por tanto, es un hecho objetivo de procedimiento la actuación que les cupo, más allá que luego, de acuerdo a su particular sensibilidad, afecte de una manera más o menos intensa el resultado del suceso, con indudable relación a los avatares procesales.

El magistrado que se inhibe afirma que la cuestión violenta su libertad a decidir sobre su relación subjetiva con la causa. La relación con el caso que nos ocupa

puede tener diversos grados. Existen, a mi juicio tres grados de conocimiento del “caso” -excluidos, atinadamente por el Presidente de Audiencia, los jueces de control que intervinieron en la Investigación Fiscal Preparatoria-.

En un grado totalmente ajeno a la causa, todos los ciudadanos que conocen del caso a través de los medios de comunicación, en un suceso que conmocionó a todo el país, a punto tal que impulsó hasta una reforma del Código Penal. Nadie puede sustraerse a ese conocimiento genérico. Menos aún quienes se dedican al derecho penal y viven en esta ciudad. Pero ello no implica una causal de excusación, dado que no hay un conocimiento objetivo del caso desde el punto de vista del procedimiento, con acceso -en legal forma- a las pruebas que fundan la acusación y que podrían afectar la imparcialidad del juzgador.

En un segundo grado, nos encontramos quienes ya intervinimos en un caso sometido a proceso entre el acusado Marcelo Javier Tomaselli y la víctima Carla Figueroa. Se trata del Legajo n° 912, donde se acusaba a Tomaselli de haber abusado sexualmente con acceso carnal a la víctima y que es mencionado en el auto de apertura (fs. 3vta./4) por el Juez de control Dr. Ambrogetti. En tal proceso me cupo intervenir, como Presidente de la Audiencia de Juicio del año 2011, al momento de la audiencia del art. 308 C.P.P., donde las partes ofrecen prueba. Luego de ello, el legajo pasa al tribunal colegiado, que habría de juzgarlo. Si bien los legajos Nros. 912 y 3535 finalmente van a tener vinculación al final del primero, en tal estadio procesal no la había, y tal conocimiento de la causa en nada afecta al suscripto a intervenir. Es probable que los jueces que me acompañan en este tribunal colegiado también hayan intervenido como jueces de control en la IFP.

En un tercer grado de vinculación con la causa se encuentra la alegada por el Dr. Alfredo Alonso. La petición del beneficio del art. 132 del Código Penal solicitada por la defensa de Tomaselli, la denegatoria de su concesión del tribunal colegiado compuesto por los Dres. Pellegrino, Rubio y Alonso, y la posterior revocatoria del TIP, por mayoría, no resultaron actos procesales solo circunscriptos a esa causa, sino que indudablemente sus efectos se trasladaron a esta. La muerte ocurrió una semana después de lo resuelto por el TIP, los jueces que votaron a favor del avenimiento fueron sometidos a jurado de enjuiciamiento y, finalmente, la figura del 132 C.P mereció tratamiento legislativo por el Congreso de la Nación en pos de su derogación. Quienes resolvieron sobre el avenimiento tuvieron sobre la muerte de Carla Figueroa y la acusación sobre Tomaselli un conocimiento de diversa naturaleza. La Corte ha dicho, en el considerando 14 del voto mayoritario en “Llerena”, que nuestra Constitución Nacional ha consagrado el modelo acusatorio, “...evitando que el juzgador tome contacto previo al juicio o con las pruebas o con las hipótesis preliminares...”.

En tal inteligencia considero que la causal esgrimida por el Dr. Alfredo Alonso es de orden objetivo, con implicancias en su subjetividad que lo obligan a poner a cubierto el proceso de posibles objeciones de las partes ante sospechas de parcialidad.

Luego, resultando objetivamente idénticas las circunstancias, bien pueden constreñir al Dr. Florentino Rubio y afectar su libertad de decisión, por lo que voto por la aceptación de su excusación.

También propongo como segundo punto, por cuestiones de economía procesal, que resultando idénticos los argumentos aplicable a uno y otro caso, se acepte la excusación del Dr. Alfredo ALONSO para llevar adelante el juicio oral y público, pasando las actuaciones al Presidente de la Audiencia para la conformación definitiva del Tribunal Colegiado. Fundo esta proposición en que, conforme el organigrama de funcionarios de la Segunda Circunscripción Judicial y la actual Ley Orgánica del Poder Judicial, los únicos jueces con posibilidades de resolver la inhibición del Dr. ALONSO resultamos los suscriptos, toda vez que ya se encuentra agotada la lista de jueces del fuero penal, con los apartamientos previos a esta conformación. Ambos supuestos excusatorios son asimilables a la hipótesis del art. 60 inc.13 C.P.P.

Conforme al orden de sorteo, en segundo lugar el juez de audiencia subrogante Dr. Luis Alberto ABRAHAM dijo: que adhiere a la propuesta del Dr. Fabricio I.L.LOSI, votando en idéntico sentido.

Conforme al orden de sorteo, en tercer lugar el juez de audiencia subrogante Dr. Pablo DIAZ LACAVA dijo:

Luego de leer atentamente la presentación del señor juez Florentino Rubio, y a partir de ella su antecedente, es decir, la excusación del señor juez Alfredo Alonso, comprendo que deben rechazarse ambas excusaciones, compartiendo la propuesta del juez que lleva la primera voz -solo en ello- de abordar y tratar en una única resolución ambas presentaciones en respeto de la economía que debe guiar la actividad pública.

Así me expresé durante la deliberación que hemos realizado con los jueces Abraham y Losi ya que considero que no existe ninguna razón legal para el auto apartamiento de los jueces de la causa, ni tampoco su recusación.

Es que después de haber leído ambas excusaciones, las obrantes en fojas 13 -Alonso- y 15 -Rubio- le solicité al señor Presidente de Audiencia de Juicio, al juez Carlos F. Pellegrino, se sirva poner a nuestra disposición los antecedentes del caso; en su respuesta se agregó la resolución adoptada justamente por los tres jueces antes nombrados (Pellegrino, Alonso y Rubio; en ese orden de votación) en "Incidente de avenimiento" formado en vinculación al **legajo N° 912/11**, caratulado "**M.P.F. c/ Tomaselli, Marcelo J. s/ abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma**"; y entonces, prestando atención a dicha resolución, aquella por la cual los tres jueces antes nombrados denegaron la solución de ese caso a través del instituto del extinto avenimiento, no puedo más que afirmar que no concurre en el caso ninguna causal objetiva ni subjetiva que pudiera ser mencionada para autorizar el apartamiento de esos magistrados. Va de suyo que la ausencia de invocación normativa por alguno de los colegas que antes se han pronunciado reviste de insustancial los motivos expresados.

Es que más allá de las elevadas aspiraciones de los colegas que han hablado antes de mí en extremar los recaudos para proteger y efectivizar la garantía del juez imparcial, aquella, como toda norma o institución jurídica, debe ser interpretada y en dicho camino no puede abstraerse del juicio de *razonabilidad*.

El juez Losi al exponer los motivos de su voto trajo a la deliberación los precedentes "Zenzerovich" y "Llerena" de la C.S.J.N., y localmente la resolución adoptada en el Legajo N° 726/3, por parte del T.I.P., y justamente en la interpretación que propongo [ya para dejar a salvo mi opinión atento a la mayoría conformada por los votos de los jueces Losi y Abraham] comprendo que aquellos dan cuenta del yerro en que se incurriría de aceptarse las inhibiciones en estudio, dejando sentado un precedente francamente arbitrario y dilatorio para los futuros casos que deban ser resueltos.

Es que tal como lo ha propuesto el procurador en "Zenzerovich" o la propia Corte en "Llerena", la garantía en consideración, correctamente subrayada por el juez Losi como *del imputado, garantía del imputado*, debe hacer cesar la intervención de cualquier magistrado que ya intervino en *el mismo proceso*.

Sintéticamente ello es el nudo de ambos precedentes, el magistrado que instruyó, aquel que recolectó pruebas, que formó su convicción, que dictó resoluciones de mérito en los inicios de un proceso (léase durante la investigación, instrucción, preliminar o preparatoria del juicio, cualquiera sea la denominación que se emplee), no debe luego ser el mismo magistrado que deba expedirse sobre el objeto del mismo proceso.

Así, como conclusión del tópico III del dictamen del procurador, se afirmó que *"se hace necesario que la función investigativa sea encomendada a un órgano, al que se le debe prohibir expresamente la posibilidad de intervenir luego en el juicio oral, cuyo conocimiento ha de quedar reservado a otro órgano jurisdiccional que no haya efectuado actividad inquisitiva alguna contra el imputado"* (dictamen del procurador Nicolás Becerra, del 24/09/98, en causa "Zenzerovich").

Y aunque comparta con el colega lo tedioso que puede resultar el exceso de citas, ante su uso por parte del juez de la primera voz no puedo menos que intentar replicar su argumentación con la misma cita, en tanto concluyo que la interpretación propuesta es sesgada y proyecta alcances de los precedentes (y por ende de la garantía) que no se corresponden con mi lectura de los casos.

Dijo la corte: "12) ... 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**.

13) ... 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.

14) Que la "...separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás" (Ferrajoli, L., op. cit., pág. 567). Nuestra Constitución Nacional, es un claro ejemplo de consagración de este modelo, pues al regular el juicio político, también separa claramente las funciones de investigar y acusar, de las de juzgar; evitando que el juzgador tome contacto previo al juicio o con las pruebas o con las hipótesis preliminares, como derivación directa del principio republicano de gobierno, que rige la organización del poder del Estado.

16) Que el *iudex suspectus*, como una manifestación de la garantía de imparcialidad del juez, está íntimamente relacionada con el principio acusatorio, en la medida que puede generar en el acusado dudas legítimas sobre la parcialidad del magistrado, **si en su misma persona convergen las funciones de investigar y probar el hecho que se le imputa, y posteriormente juzgar su responsabilidad en el mismo.**" (C.S.J.N., "Llerena", rta. El 17/05/05, sin el destacado en el original).

Nada de ello es lo que ha ocurrido en este caso en vinculación al cual se pretende convalidar la inhabilitación de dos magistrados; ninguno de ellos intervino durante la etapa preliminar, ni tampoco han emitido opinión o tomado contacto previo al juicio ni con las pruebas ni con las hipótesis preliminares.

Ellos, los tres -Pellegrino, Alonso y Rubio-, solo se han expedido en la incidencia aludida sin siquiera haber emitido opinión sobre el objeto del principal, y por supuesto, nada han dicho en el marco de este objeto procesal.

La denegatoria suscripta por aquellos le ha dado al colega Alonso prácticamente el mismo grado de conocimiento sobre ***el otro objeto procesal del principal*** con que se persigue a Marcelo Tomaselli como el que tiene Juan de los Palotes; incluso más cabe agregarse, seguramente no existe leguleyo e incluso abogado piquense que se haya privado de vertir -obviamente de modo extrajudicial- su opinión sobre la procedencia del instituto y luego sobre la legalidad de aquella decisión; sin embargo, ni aquellos ni el juez Alonso tienen por sus opiniones o por el conocimiento en aquella incidencia una causal que pueda bajo alguna óptica proyectar efectos sobre ***el principal de este***.

Por otra banda debo decir que la sorpresa que me causó la convocatoria para resolver esta incidencia ha sido mayor puesto que en la misma semana en la cual se me ha designado para dilucidar la inhabilitación en trato, simultáneamente se me ha notificado de una resolución que no puedo dejar de incorporar en esta deliberación.

Es que tiempo atrás el colega Abraham, en el conocimiento de un proceso radicado ante el juzgado a su cargo, se excusó al entender que el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar que debía investigar se trataba de un delito continuado de otro caso que ya había recibido condena, es decir, la investigación versaba contra el mismo imputado sobre idéntico delito y consiguiente damnificado; allí, el colega Abraham entendió que por tratarse de un delito continuado del otro que ya había recibido sentencia correspondía su excusación por haber intervenido con antelación (es decir, desde otra óptica, no consideró que la identidad de los sujetos activo / pasivo fuera una causal de inhibición o por versar el delito atribuido de idéntica subsunción legal; su inhibición la justificó en que el nuevo hecho en juzgamiento en rigor se trataba de la continuación de aquel delito ya juzgado).

Pero más allá de mi sorpresa por su adhesión al voto del colega Losi lo más llamativo que me impide obviarlo en esta deliberación es que el magistrado que resolvió el conflicto de competencia negativa suscitado fue el juez Alonso quien, con remisión a una decisión del Tribunal de Impugnación Penal, sostuvo que al tratarse el caso de un eventual nuevo incumplimiento (téngase presente, con identidad de sujetos activo / pasivo y tipicidad) no había "impedimento alguno para que prosiga la investigación el titular original de la causa ... sin que su anterior opinión... le impida el conocimiento de estos nuevos hechos" (voto del juez Alonso, fallo N° 64, en Legajo N° 4996, caratulado "Q., R. A. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar", rto.15/05/12).

Ello, sin mayor aditamento, se contrapone a la decisión propuesta por el juez Losi, razón por la cual, con remisión a la autoridad del T.I.P. y de la C.S.J.N., señalando con suficiente claridad el alcance de la garantía invocada, propongo rechazar ambas inhibiciones al no resultar razonable una hipotética sospecha de parcialidad cuyo beneficiario ni siquiera ha invocado y lamentablemente tampoco se ha escuchado.

Finalmente sobre las citas efectuadas por el colega Losi, nuevamente debo decir que el precedente del T.I.P. citado no se ajusta al presente caso (ya que aquel se trató de uno donde los jueces de audiencia tuvieron a su alcance antes del juicio las pruebas de las partes) razón por la cual su fuerza de autoridad deviene inaplicable a este caso.

Dicho ya todo ello, y aun encontrándome en minoría dentro de este acuerdo, tampoco puedo omitir decir que atento el resultado de la deliberación también correspondería por las causales invocadas por la mayoría, separar a los magistrados Pellegrino y Losi en el trámite del legajo principal de este, toda vez que ambos también han intervenido en el anterior proceso que (todavía en trámite el incidente de avenimiento al estudio del S.T.J.) se le sigue a Marcelo Tomaselli; Pellegrino al haber llevado la primera voz en aquella resolución cuya copia antecede a este resolutorio y ahora deberá conocer y expedirse como Presidente de Audiencia de Juicio sobre la prueba que se ofrezca y las excepciones que pudieran plantearse, Losi por haber actuado como Presidente de Audiencia de Juicio en el legajo principal y por ende, con un rol invertido al de Pellegrino.



Consiguientemente, la autoridad de cosa juzgada del presente resolutorio proyectará sobre el futuro la posibilidad incluso de que los jueces de control se inhiban (o sean recusados) luego de haber dictado una medida de coerción contra persona cierta, sobre la base del *iudex suspectus* ante un nuevo pedido de revisión o incluso para tratar la acusación o sobreseimiento antes del auto de apertura a prueba, al igual que aquellos jueces de audiencia que deban juzgar a una persona antes condenada por otro hecho, en la inteligencia que -al menos y necesariamente, al momento de mensurar la pena impuesta- ya conocieron sobre algunos elementos que pudieran ventilarse en el nuevo juicio, habiéndose ya formado opinión (arts. 40 y 41 del Código Penal).

Y es que si la extensión de la garantía es tan amplia como la propuesta, nada impedirá que en un futuro toda intervención jurisdiccional exija la desinsaculación de un nuevo magistrado con sustento en la *iudex suspectus*, sin que para la dilación sea escollo que la causa se encuentre en etapa de investigación o juicio puesto que la garantía opera durante toda la resistencia que el individuo ejerce contra la imputación estatal (bien sabe de ello el juez Rafecas quien resistiendo el embate de la defensa en la investigación contra el vice Presidente de la Nación Argentina fue finalmente apartado por la Alzada Federal).

Por todo ello, comprendiendo desacertado el apartamiento de los jueces naturales de la causa, propongo con mi voto el rechazo de las inhibiciones presentadas.

Así lo voto.

En consecuencia, por mayoría el Tribunal Colegiado,

**RESUELVE:** 1º) Aceptar la excusación del Dr. Florentino RUBIO, para integrar el tribunal que deba resolver la inhibición del Dr. Alfredo ALONSO en la causa principal (art. 60 inc. 13 C.P.P.).

2º) Aceptar la inhibición del Dr. Alfredo ALONSO para actuar como juez del Tribunal Colegiado que deberá juzgar en juicio oral y público al acusado Marcelo Javier TOMASELLI (art. 60 inc. 13 C.P.P.).

Notifíquese. Regístrese. Protocolícese. Pase a Presidencia de Audiencia de Juicio a fin de conformar de manera definitiva el Tribunal Colegiado que llevará adelante el Juicio oral y público.-