

San Miguel de Tucumán, **25 de Abril de 2019.-**

Y VISTO: El *Per Saltum* deducido por la Fiscal en lo Penal de Instrucción Especializada en Homicidios de la Iª Nominación en los autos: "**Marchisio Carlos David (A) Jaimo y otro s/**

Robo agravado", y

587/2019

CONSIDERANDO:

I.- Viene a conocimiento y resolución de esta Corte Suprema de Justicia el *Per Saltum* deducido por la Fiscal en lo Penal de Instrucción Especializada en Homicidios de la Iª Nominación (fs. 15/21) a efectos de que "...resuelva revocar o bien nulificar el fallo de fecha jueves 21 de febrero de 2019, emitido por la señora Jueza Dra. María Carolina Ballestero, titular del Juzgado de Instrucción en lo Penal de la Vº Nominación, obrante en el acta labrada en la mencionada fecha...".

II.- Entre los antecedentes relevantes de la causa, sobresale que la Jueza en lo Penal de Instrucción de la Vª Nominación decidió, en virtud de pronunciamiento del 21 de febrero de 2019, "(...) declarar INAPLICAL para este caso las Resoluciones 2 y 6 y la Resolución del 29/10/2018 por la cual la Dra Giannoni delega facultades en el Dr. Juan Pablo Godoy, debiendo intervenir en la presente Audiencia la Dra Adriana Giannoni" (fs. 14).

A fin de alcanzar esa solución, afirmó "que analizadas el art. 94 septies de la Ley orgánica de Tribunales a partir de lo que establece la Constitución Nacional respecto a la división de competencias, lo que determina el Principio Republicano de Gobierno, ejerciendo el Poder Judicial Control de Constitucionalidad función inherente a la independencia del mismo, las facultades conferidas al Dr. Juan Pablo Godoy se encuentra comprendida dentro del art. 94 septies de la Ley orgánica, en dicho artículo también se encuentran descriptas las facultades indelegables a los Fiscales. En este caso sostener un Requerimiento de Prisión Preventiva considero que no son las facultades conferidas a los Auxiliares Fiscales, resultando las Resoluciones Ministeriales 2 y 6 contrarias con los art. 18, 35 y 75 inc. 22 de la CN, siendo ésta Ley Suprema (...)".

III.- Disconforme con tal sentencia, la Fiscal en lo Penal de Instrucción Especializada en Homicidios de la Iª Nominación dedujo *Per Saltum* (fs. 15/21), aduciendo que es "(...) antijurídica, arbitraria y carente de fundamentos, y que por ende debe ser anulada, además de resultar lesiva del interés público, generadora de un caso de extrema gravedad institucional, provocadora de perjuicios referidos a la actuación del Ministerio Público Fiscal; y que además proyecta incertidumbre jurídica de índole procesal y orgánica ante la inminente puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal afectando el adecuado funcionamiento del servicio de justicia en el fuero penal, poniendo en

crisis la adecuada representación del Ministerio Público Fiscal, ya que sin los Auxiliares de Fiscales difícilmente se podrá cubrir el volumen de audiencias que genera el nuevo contexto procesal y orgánico”. A su vez, expuso los argumentos por los que entiende admisible la vía tentada.

En cuanto al contenido específico de los cuestionamientos, aseveró que “(...) no constituye derivación razonada del derecho vigente, que, en tanto el art. 94 septies de la Ley Orgánica de Tribunales (t.a.) faculta al Auxiliar de Fiscal a concurrir a las audiencias ante los jueces o tribunales bajo la dirección e instrucciones del Fiscal titular, lo que ha sido objeto de reglamentación por parte del Ministro Público Fiscal por así autorizarlo la ley, se declaren inaplicables erradamente las resoluciones supra mencionadas por parte de la señora Jueza. Razones por las cuales la decisión incurre en arbitrariedad, en tanto la jueza, demostró no sentirse limitada por el ordenamiento jurídico, fallando al margen de la letra de la ley, por lo que el fallo debe ser revocado o nulificado (cfr. art. 30 Const. Prov. y arts. 417 y 422, ley 6203)”.

De igual modo, expresó que “(...) ni el art. 2º de la CADH ni el art. 35 de la Constitución Nacional, pudieron servir de fundamento jurídico directo del fallo en crisis. A idéntica conclusión merece arribarse respecto de la invocación de los arts. 18 y 75 inc. 22, ya que no explica concretamente cuál o cuáles de las garantías de rango constitucional contenidas en dichas cláusulas habrían sido afectadas por las resoluciones que -infundadamente- entiende inaplicables, máxime cuando la propia defensa no esgrimió agravio alguno ni formuló oposición respecto de la intervención del Auxiliar de Fiscal como representante del Ministerio Público Fiscal. De esta manera, el argumento jurídico no guarda relación con la decisión adoptada, adoleciendo el fallo de arbitrariedad por inadecuada motivación”.

Finalmente, manifestó que “(...) la decisión adoptada incurre en exceso de jurisdicción dado que, tal cual consta en el acta de fecha 21 de febrero de 2019, la señora Defensora, doctora Toledo: 'no hace objeción a la intervención del Auxiliar Fiscal en la presente Audiencia, solicitando se deje constancia'. De esta manera, mal puede el a quo declarar la inaplicabilidad cuando la defensa no formula oposición, lo que configura arbitrariedad por parte de la Sra. Jueza”.

Sobre esa plataforma, previo proponer doctrina legal y efectuar reserva del caso federal, petitionó que “oportunamente se haga lugar a la presente petición de inmediata avocación directa de la CSJT por per saltum, y resuelva S.E. i) hacer lugar al recurso de per saltum o pedido de avocamiento, y nulifique la decisión recurrida; y ii) declare válidas y aplicables las resoluciones N° 002 del 7 de septiembre y 006 del 25 de septiembre, ambas del año 2018, como la resolución o disposición delegatoria de facultades en favor del Auxiliar de Fiscal de fecha 29/10/2018”.

IV.- Ingresando al examen de admisibilidad del remedio interpuesto, cabe indicar que el art. 107 del C.P.C.T. dispone que “cuando excepcionalmente

en un caso pendiente, la resolución recaída revista interés constitucional o gravedad institucional, la Corte Suprema de Justicia podrá prescindir de los requisitos de procedencia formal de los recursos respectivos a los efectos de un inmediato pronunciamiento si la solución no admite demora alguna”.

Sobre el particular, “...esta Corte Suprema de Justicia ha señalado que el per saltum regulado en el art. 107 del Código Procesal Constitucional (en adelante, CPC) constituye un remedio de carácter excepcional y extraordinario. En efecto, es doctrina de este Címero Tribunal, unánime y largamente consolidada a través de sus diferentes integraciones, que para la procedencia del instituto de marras es menester no sólo la manifiesta evidencia que las cuestiones planteadas revisten gravedad institucional e interés constitucional, sino es preciso, además, demostrar que este remedio especial constituye en el caso concreto, el medio legalmente eficaz para la protección del derecho comprometido (cfr. CSJT: 26/4/2000, 'González, Sergio R. y otros s/ Robo agravado. Per Saltum. art. 107, Ley N° 6.944', sentencia N° 293; 21/6/2000, 'Navarro, Segundo Rolando s/ Homicidio. Planteo de Per Saltum interpuesto por la defensa del imputado. art. 107, Ley N° 6.944', sentencia N° 499; 01/8/2000, 'Haskour, Raúl Alfredo s/ Pedido de informes y/o avocación' en la causa 'Haskour, Raúl A. s/ Régimen de visitas', sentencia N° 581). En la medida que la intervención extraordinaria de esta Corte comporta la supresión de las instancias recursivas establecidas en el ordenamiento jurídico procesal, o -como en el caso de autos- la prescindencia de los requisitos formales establecidos por la ley, es inexorable que la vía del per saltum constituya el único medio eficaz para la efectiva protección de los derechos en cuestiones de gravedad e interés institucional; extremo éste cuya acreditación incumbe al recurrente, ya que el instituto regulado en el artículo 107 del CPC no ha sido instituido para que el litigante elija a su arbitrio vías procesales con el mero objeto de obtener una rápida definición de su litigio forzando el pronunciamiento del máximo Tribunal de la Provincia” (cfr. CSJTuc. in re “Berarducci, Walter Fabián vs. Provincia de Tucumán y otro s/ Amparo. Recurso de Per Saltum interpuesto por Sergio F. Mansilla”, sentencia N° 1172 del 27/10/2015).

Asimismo, la doctrina local enseña que el Per Saltum “(...) habilita a saltar una instancia, cuando el caso a resolver no admite demora y contiene una cuestión de suma gravedad. Dos son las formas posibles en que se puede instrumentar procesalmente este instituto: a) el per saltum, a pedido de parte, recursivo o por apelación, casos en los que para habilitar su competencia, la Corte necesita un requerimiento de parte legitimada en el proceso; b) el per saltum de oficio, o por avocación, casos en los que la Corte habilita competencia por su sola discrecionalidad, en una especie de voluntarismo competencial, aún en situaciones en que no exista resolución jurisdiccional de un organismo inferior. Para nosotros el per saltum regulado en el art. 107 CPC, se enrola en el primer caso, ya que está contemplado como una hipótesis excepcional del recurso de inconstitucionalidad que si bien confiere potestad al Tribunal, las expresiones del

texto del art. mencionado 'caso pendiente' y 'requisitos de procedencia formal de los recursos', nos lleva a considerar la presencia de un recurso, sin perjuicio de que pueda existir otra hipótesis de poder, pero que no está regulada en el art. 107 del CPC. La vía del per saltum, habilita a la Corte a requerir el caso pendiente, aún cuando el recurso planteado no reúna la totalidad de los requisitos de admisibilidad o cuando no haya concluido el trámite, toda vez que resulta indispensable un inmediato pronunciamiento” (cfr. Hael de Mauvecín, Juana Inés, “Control de Constitucionalidad en la Provincia de Tucumán”, 1° ed., Tucumán, Bibliotex, 2014, pág. 461).

Sentado ello, interesa hacer notar que “esta Corte ha delineado la gravedad institucional como existente en aquellos casos que exceden el interés particular de los litigantes y atañen también a la colectividad, vulneran algún principio constitucional básico y la conciencia de la comunidad, o puedan resultar frustratorios de derechos de naturaleza federal, con perturbación de la prestación de servicios públicos (CSJTuc., 'Juárez, O. M. s/ Lesiones gravísimas', 21/12/1994; sentencias N° 555 del 05/8/1999; N° 499 del 17/6/2005; N° 784, 18/10/2010, entre otras)” (cfr. CSJTuc., in re “Mena, Daniel Alejandro s/ Denuncia de Hábeas Corpus”, sentencia N° 375 del 27/3/2017).

Siguiendo esa línea, se aprecia que en la especie se ponen en crisis las atribuciones de los Auxiliares de Fiscales (art. 94 septies de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Tucumán -LOPJ-). Al respecto, la Jueza en lo Penal de Instrucción de la Vª Nominación afirmó “que analizadas el art. 94 septies de la Ley orgánica de Tribunales a partir de lo que establece la Constitución Nacional respecto a la división de competencias, lo que determina el Principio Republicano de Gobierno, ejerciendo el Poder Judicial Control de Constitucionalidad función inherente a la independencia del mismo, las facultades conferidas al Dr. Juan Pablo Godoy se encuentra comprendida dentro del art. 94 septies de la Ley orgánica, en dicho artículo también se encuentran descriptas las facultades indelegables a los Fiscales. En este caso sostener un Requerimiento de Prisión Preventiva considero que no son las facultades conferidas a los Auxiliares Fiscales, resultando las Resoluciones Ministeriales 2 y 6 contrarias con los art. 18, 35 y 75 inc. 22 de la CN, siendo ésta Ley Suprema (...)” (fs. 14).

Por su lado, la Fiscal en lo Penal de Instrucción Especializada en Homicidios de la Iª Nominación adujo que tal sentencia es “(...) antijurídica, arbitraria y carente de fundamentos, y que por ende debe ser anulada, además de resultar lesiva del interés público, generadora de un caso de extrema gravedad institucional, provocadora de perjuicios referidos a la actuación del Ministerio Público Fiscal; y que además proyecta incertidumbre jurídica de índole procesal y orgánica ante la inminente puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal afectando el adecuado funcionamiento del servicio de justicia en el fuero penal, poniendo en crisis la adecuada representación del Ministerio Público Fiscal, ya

que sin los Auxiliares de Fiscales difícilmente se podrá cubrir el volumen de audiencias que genera el nuevo contexto procesal y orgánico” (fs. 15/21).

Desde esa perspectiva, es posible colegir que las particulares circunstancias del caso evidencian que en su seno se configura el excepcional supuesto de gravedad institucional (art. 480, segundo párrafo, del C.P.P.T.). Es que, más allá de la suerte final que corra el análisis de procedencia del planteo incoado, en autos se encuentran claramente en juego, como puntos materia de debate, tópicos de honda repercusión institucional que pueden incidir directa y esencialmente en la regular prestación del servicio de justicia, dado que la declaración de inaplicabilidad impacta directamente en uno de los componentes orgánicos de nuestro sistema procesal penal, lo que justifica el examen del asunto a la luz de los preceptos que allí gobiernan.

Ciertamente, la inaplicabilidad declarada en el sublite priva de validez a prescripciones que regulan el ejercicio de funciones que son relevantes en la organización del Ministerio Público Fiscal, lo cual permite interpretar que la decisión impugnada excede los intereses de la presentante para proyectarse sobre los de la comunidad toda, por cuanto se argumenta suficientemente que la solución adoptada compromete la efectiva actuación del órgano acusador. Dichas circunstancias autorizan a concluir que el asunto controvertido asume gravedad institucional.

Para terminar, merece ponerse de relieve que el abordaje del tópico exige absoluta premura. Ocurre que resulta inminente la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán (art. 1 de la Ley N° 8.934), el cual dispone que “el proceso penal se regirá por los principios de oralidad, publicidad, contradicción, continuidad y concentración, inmediación, simplificación, celeridad y economía procesal” (art. 2, inc. 1, in fine, de la Ley N° 8.933). Dentro de esa lógica, la solución de las controversias penales orbita en numerosas audiencias orales que reclaman la presencia activa y permanente de los miembros del Ministerio Público Fiscal. En consecuencia, corresponde tratar en forma urgente las cuestiones vinculadas a la participación del organismo acusador en esa naciente dinámica procedimental, toda vez que deviene imperioso aportar las mayores certezas posibles para que el digesto próximo a regir opere adecuadamente.

Por lo tanto, estando cumplidos los requisitos de admisibilidad de la vía utilizada, debe llevarse a cabo el juicio de su procedencia.

V.- De la confrontación del Per Saltum con el fallo en pugna y el derecho aplicable al caso, es factible anticipar la procedencia del remedio procesal interpuesto.

1. Liminarmente, cabe aclarar que la Jueza en lo Penal de Instrucción de la V° Nominación determinó “(...) declarar INAPLICAL para este caso las Resoluciones 2 y 6 y la Resolución del 29/10/2018 por la cual la Dra

Giannoni delega facultades en el Dr. Juan Pablo Godoy, debiendo intervenir en la presente Audiencia la Dra Adriana Giannoni” (fs. 14).

Cuestionando dicho pronunciamiento, la Fiscal en lo Penal de Instrucción Especializada en Homicidios de la 1ª Nominación aseveró que “...no constituye derivación razonada del derecho vigente, que, en tanto el art. 94 septies de la Ley Orgánica de Tribunales (t.a.) faculta al Auxiliar de Fiscal a concurrir a las audiencias ante los jueces o tribunales bajo la dirección e instrucciones del Fiscal titular, lo que ha sido objeto de reglamentación por parte del Ministro Público Fiscal por así autorizarlo la ley, se declaren inaplicables erradamente las resoluciones supra mencionadas por parte de la señora Jueza. Razones por las cuales la decisión incurre en arbitrariedad, en tanto la jueza, demostró no sentirse limitada por el ordenamiento jurídico, fallando al margen de la letra de la ley, por lo que el fallo debe ser revocado o nulificado (cfr. art. 30 Const. Prov. y arts. 417 y 422, ley 6203)” (fs. 15/21).

En apretada síntesis, la representante del Ministerio Público Fiscal planteó que la solución alcanzada violenta los principios de legalidad y juridicidad, dado que el art. 94 septies de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Tucumán brinda atribuciones suficientes a los Auxiliares de Fiscales para que obren del modo en que se pretendió hacerlo en la especie.

2. Esclarecido ello, resulta prioritario indicar que el art. 94 septies de la Ley Nº 6.238 preceptuaba que “el Auxiliar de Fiscal asistirá al Fiscal Penal bajo su dirección y supervisión de éste. Para ser Auxiliar de Fiscal se requiere título de abogado con dos (2) años de ejercicio de la profesión o antigüedad en el Poder Judicial. El Auxiliar de Fiscal realizará las comisiones que establezca el Fiscal, y en tal sentido podrá recibir impartir directivas a la Policía, derivar el caso a un medio de alternativo de solución de conflicto, disponer y practicar la inspección de personas, lugares, y cosas, citar y recibir declaraciones de testigos, solicitar informes a instituciones públicas, disponer la realización de informes técnicos, disponer la entrega de objetos secuestrados no sometidos a decomiso o embargo, adoptar medidas de protección urgentes para víctimas y testigos, concurrir a las audiencias ante los jueces o tribunales bajo la dirección e instrucciones que podrá determinar mediante reglamentación que efectuará el Ministro Público Fiscal. La designación de los Auxiliares de Fiscal se efectuará por resolución del Ministro Público Fiscal teniendo en cuenta las necesidades del servicio”.

En ese orden, el Ministro Público Fiscal decidió, a través de resolución Nº 002 del 7 de septiembre de 2018 (fs. 1/4), “I) DISPÓNESE que el Auxiliar de Fiscal realizará todos los actos procesales que se encuentran en el Código Procesal Penal destinados al ejercicio de su función, salvo aquellos que a continuación se señalan: a) prisión preventiva; b) detención; requerimiento de sobreseimiento; c) requerimiento de elevación a juicio; d) pedido absolutorio; e) pedido de condena. II) DISPÓNESE que el Fiscal practique el mecanismo de delegación tal como se detalló (acápito IV)”.

Con posterioridad, el Ministro Público Fiscal definió, por resolución N° 006 del 25 de septiembre de 2018 (fs. 5/8), "I) DISPÓNESE ampliar la Resolución General 002 (Secretaría Judicial) otorgando al auxiliar de fiscal durante la investigación penal preparatoria, por delegación y bajo supervisión, todas las facultades que son propias del Fiscal, inclusive las relativas al requerimiento de las medidas cautelares de detención (artículo 275 del CPPT) y prisión preventiva (artículo 284 del CPPT). Se reserva en forma exclusiva al Fiscal realizar el requerimiento de sobreseimiento (artículo 357 del CPPT) y el de elevación a juicio (artículo 363 del CPPT) II) DISPÓNESE limitar en forma precisa las facultades del auxiliar de fiscal en el juicio común y en procesos especiales (artículos 370 a 453 del CPPT). A tal fin, podrá actuar por delegación, y bajo supervisión de un fiscal, participando en la citación a juicio, ofrecimiento de pruebas, admisión y rechazo de la prueba, investigación suplementaria, excepciones y la emisión de dictámenes respecto a sobreseimientos que la Cámara pueda dictar de oficio. Podrá requerir la implementación y prórroga de prisión preventiva que se formule ante el tribunal (teniendo presente que dicha facultad fue concedida para que sea ejercida en la instrucción penal preparatoria en el acápite V). III) DISPÓNESE que el auxiliar de fiscal estará habilitado para participar en audiencias de suspensión de juicio a prueba (artículo 76 bis del CP) y juicio penal abreviado (artículo 453 del CPPT). IV) DISPONESE que el auxiliar de fiscal por delegación y bajo supervisión del titular podrá actuar en la/s primera/s jornadas en forma autónoma. Entre estas facultades, se incluyen: actuar en la apertura del juicio, cuestiones preliminares, trámite de los incidentes, declaraciones de los imputados en la audiencia, recepción de prueba, dictamen pericial, testigos, examen en el domicilio de los testigos, lectura de las declaraciones testificales, lectura de actas y documentos, inspección judicial, solicitud de nuevas pruebas e incorporación de la prueba por su lectura. V) DISPÓNESE que la presencia del fiscal de cámara será obligatoria en la segunda jornada, o en la que sea la última, donde ejercerá todas las prerrogativas que son propias de su cargo, principalmente aquellas inherentes a su función acusatoria, por ser el funcionario constitucional que tiene el monopolio de la acción penal (artículos 397, 398 y 411 del CPPT)".

Por último, el art. 1 de la Ley N° 9.172 modificó el mencionado art. 94 septies de la Ley N° 6.238, dejándolo redactado de la siguiente manera: "Los Auxiliares de Fiscales podrán realizar todos los actos autorizados a los Fiscales Penales por el Código Procesal Penal de Tucumán vigente en cada una de las circunscripciones jurisdiccionales de la Provincia, mediante la respectiva delegación de funciones. Se exceptúa de dicha delegación los requerimientos de elevación a juicio y de sobreseimiento; el hecho diverso y la ampliación del requerimiento de acusación; como así también los pedidos de absolución, condena y pena. Los Auxiliares de Fiscales actuarán bajo las instrucciones, dirección y supervisión del Fiscal Penal Titular, sin perjuicio de la responsabilidad personal que pudiere caberle por conducta negligente o comisión de un acto

irregular en el desempeño de sus funciones. Cualquier aspecto concerniente al Auxiliar de Fiscal podrá ser determinado mediante reglamentación que efectuará el Ministro Público Fiscal. La designación de los Auxiliares de Fiscal se efectuará por resolución del Ministro Público Fiscal teniendo en cuenta las necesidades del servicio”.

De conformidad con lo expresado, el ordenamiento jurídico local concedió a los órganos encargados de la acusación pública un asistente a efectos de que les colabore en actos procesales específicos, más siempre bajo la estricta dirección y supervisión de sus titulares.

3. Hechas esas salvedades, importa destacar que la doctora Adriana Giannoni determinó, en virtud de disposición del 29 de octubre de 2018 (fs. 9), “I.- DELEGAR en el Dr Juan Pablo Godoy Muhana, Auxiliar Fiscal de esta Fiscalía Especializada de Homicidios, todos aquellos actos previstos en el ordenamiento procesal penal de la provincia, con excepción de los siguientes: requerimientos de elevación a juicio y de sobreseimiento; pedidos absolutorios y de condena”.

A la vez, el 12 de febrero de 2.019, petitionó “...el dictado de la medida cautelar de PRISION PREVENTIVA POR EL PLAZO DE 6 (SEIS) MESES, en contra del encartado LUCAS MARTIN ZERDA, de la filiación y estado obrante en autos, por considerarlo presuntamente autor del delito de ROBO DOBLEMENTE AGRAVADO CON ARMAS CUYA APTITUD PARA DISPARO NO PUDO SER ACREDITADA, EN LUGAR POBLADO Y EN BANDA (arts. 166 inc. 2, último párrafo, 167 inc 2, 45 y 54 del Código Penal), en perjuicio de 'DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS HIDALGO', propiedad de Sergio Marcelo Hidalgo, hecho ocurrido el día 09/08/2018” (fs. 11/13).

Así las cosas, el doctor Juan Pablo Godoy concurrió a la audiencia convocada con el propósito de tratar la referida medida privativa de la libertad, exponiendo “...que la Dra Giannoni ya ha fijado la posición respecto a la atribuciones conferidas a los Auxiliares Fiscales conforme la ley 6238 y Resoluciones 2 y 6 del Ministerio Público Fiscal. Se corre vista a la Dra Toledo quien no hace objeción a la intervención del Auxiliar Fiscal en la presente Audiencia, solicitando se deje constancia” (fs. 14).

En ese ámbito, la Jueza en lo Penal de Instrucción de la Vª Nominación declaró “...INAPLICAL para este caso las Resoluciones 2 y 6 y la Resolución del 29/10/2018 por la cual la Dra Giannoni delega facultades en el Dr. Juan Pablo Godoy, debiendo intervenir en la presente Audiencia la Dra Adriana Giannoni” (fs. 14).

4. Dadas esas particulares circunstancias, la intervención del doctor Juan Pablo Godoy aparecía ajustada a las mandas contenidas en el art. 94 septies de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Tucumán y las Resoluciones ministeriales N° 002 del 7 de septiembre de 2018 (fs. 1/4) y N° 006 del 25 de septiembre de 2018 (fs. 5/8), atento a que solo podía ser reflejo de la estricta dirección y supervisión de la doctora Adriana Giannoni, lo cual surge

evidente si se observa que la Fiscal en lo Penal de Instrucción formuló requerimiento de prisión preventiva en su oportunidad (fs. 11/13).

Justamente, el dictamen fiscal rescató la conducción que llevaba adelante la representante del Ministerio Público. En especial, sobresaltó que "...al declarar inaplicable las Resoluciones Ministeriales Nº 2 y 6 del 2018 y la disposición delegatoria emitida por la doctora Giannoni en fecha 29 de octubre de 2018, terminar por excluir de una audiencia al Auxiliar de Fiscal, que actuó comisionado y bajo la supervisión de la funcionaria constitucional titular, lo que como efecto priva de la necesaria y oportuna participación al Ministerio Público Fiscal en un proceso penal; que a su vez genera una peligrosa incertidumbre, con el temido efecto de hacer colapsar el nuevo sistema de oralidad que inspira el Digesto recientemente aprobado, en tanto difícilmente, por no decir imposible, los Fiscales titulares puedan cubrir el volumen de audiencia que generará la implementación del nuevo proceso penal" (fs. 23/28).

Desde ese enfoque, el pronunciamiento de la Jueza en lo Penal de Instrucción de la Vª Nominación carece de sustento válido, pues la tensión constitucional que sugiere no encuentra ningún asidero ante la clara evidencia de que el auxiliar fiscal únicamente podía obrar respetando la prescripción concreta, específica y puntual que le diera la Dra. Adriana Giannoni al elaborar el requerimiento de prisión preventiva (fs. 11/13). En ese sentido, importa señalar que los funcionarios titulares de los órganos encargados de la acusación pública ponen en juego su propia responsabilidad al diagramar los actos procesales que serán sostenidos por sus auxiliares asistentes, diluyendo la tensión constitucional que intenta hacer notar la doctora María Carolina Ballesteros.

En relación al tema, es útil remarcar que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza tuvo ocasión de fallar sobre un caso similar, sosteniendo entonces que "desde una mera interpretación gramatical de la norma cuestionada puede extraerse que el a quo, en sus fundamentos, hace decir a la norma algo que no pretende ni efectivamente menciona, esto es, que el ayudante fiscal es un Fiscal y que actúa en ejercicio de una función de magistrado. Por el contrario, de la simple lectura del punto 3 del inciso 'e' del art. 341 del C.P.P. puede comprenderse que el ayudante fiscal es definido como un agente que actúa 'con poder delegado', cumpliendo instrucciones -tanto generales como particulares- que le impartan sus superiores. De este modo, puede sencillamente concluirse que la norma del legislador no pretende investir al ayudante fiscal de un rol de magistrado, sino sólo habilitar al Ministerio Público -a través de su titular y de sus diversos magistrados- a optimizar el recurso humano para atender las demandas funcionales que se presentan. En la medida en que el ayudante fiscal responda a directivas, actúe con poder delegado y cumpla órdenes, es posible afirmar que la decisión y la actuación es delegada por un magistrado legítimamente nombrado en los términos que exige el art. 150 de la Constitución Provincial. En otras palabras, declarar la inconstitucionalidad del art. 14 Ley Nº

8.896 supondría afirmar que el ayudante fiscal actúa de forma autónoma, lo que es categóricamente negado por la propia norma que se cuestiona. En definitiva, la interpretación gramatical nos conduce a negar la afirmación según la cual toda persona que actúe en representación del Ministerio Público ante un Juez necesita acuerdo del Senado. Aquellos que lo hacen recibiendo directivas y de forma delegada, en tanto no poseen investidura propia, pueden actuar de ese modo por razones funcionales y de economía en la administración de recursos, siempre que el superior jerárquico se lo encomiende” (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza in re “F. c/ Puente Cuello, Lucas Jesús p/ Robo agravado por el uso de arma impropia, agravado por ser cometido en poblado y banda, agravado por uso de arma de fuego en concurso ideal' (126451)' p/ Rec. de inconstitucionalidad y casación”, sentencia del 28 de mayo de 2018).

Siguiendo esa orientación, el análisis materializado en la sentencia en crisis no contiene fundamentos suficientes para dar sustento a la inaplicabilidad que declara, sino que aparece como una reflexión dogmática. Así, la resolución impugnada no constituye una derivación razonada del derecho aplicable, con referencia a las circunstancias relevantes de la causa. En definitiva, el pronunciamiento atacado resulta descalificable como acto jurisdiccional válido, configurándose a su respecto una causal de arbitrariedad al transgredir el deber de motivación impuesto por el art. 30 de la Constitución de la Provincia de Tucumán y los arts. 417, inc. 2, 422, inc. 4, y conc. del C.P.P.T.

5. De acuerdo con los argumentos expuestos, corresponde hacer lugar al *Per Saltum* deducido por la Fiscal en lo Penal de Instrucción Especializada en Homicidios de la Iª Nominación (fs. 15/21). En consecuencia, revocar la resolución del 21 de febrero de 2019 dictada por la Jueza en lo Penal de Instrucción de la Vª Nominación (fs. 14) y remitir los autos al órgano jurisdiccional de origen para que, con una diferente integración y previa audiencia en la que se garantice la presencia de las partes interesadas, emita nueva sentencia.

Por ello y encontrándose en uso de licencia el señor Vocal doctor René Mario Goane, se

R E S U E L V E :

HACER LUGAR al *Per Saltum* deducido por la Fiscal en lo Penal de Instrucción Especializada en Homicidios de la Iª Nominación (fs. 15/21), según lo considerado. En consecuencia, **REVOCAR** la resolución del 21 de febrero de 2019 dictada por la Jueza en lo Penal de Instrucción de la Vª Nominación (fs. 14) y **REMITIR** los autos al órgano jurisdiccional de origen para que, con una diferente integración y previa audiencia en la que se garantice la presencia de las partes interesadas, emita nueva sentencia.

HÁGASE SABER.

DANIEL OSCAR POSSE

ANTONIO D. ESTOFÁN

CLAUDIA BEATRIZ SBDAR

(En disidencia parcial)

DANIEL LEIVA

ANTE MÍ:

CLAUDIA MARÍA FORTÉ

Voto en disidencia parcial de la señora Vocal doctora Claudia Beatriz Sbdar:

I.- Viene a conocimiento y resolución de esta Corte el pedido de la Fiscal en lo Penal de Instrucción Especializada en Homicidios de la IIª Nominación (fs. 15/21) para que este Superior Tribunal de Provincia “resuelva revocar o bien nulificar el fallo de fecha jueves 21 de febrero de 2019, emitido por la señora Jueza Dra. María Carolina Ballesteros, titular del Juzgado de Instrucción en lo Penal de la Vª Nominación, obrante en el acta labrada en la mencionada fecha”.

II.- Conforme reiterada jurisprudencia de esta Corte, si en oportunidad de efectuar el juicio de admisibilidad de los recursos ante ella presentados, se comprueba la existencia de nulidades no subsanables, debe declarárselas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso (CSJTuc.: 26/5/1998, “Z. J. L. s/ Doble Homicidio Concurso Real”, sentencia N° 385; 09/6/2008, “Instituto de Medicina Nuclear Tucumán S.H. de Rodríguez Maisano E. Y L. vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ Inconstitucionalidad”, sentencia N° 452; 26/10/2010, “G. M. N. s/ Guarda Legal Amplia -beneficio de previsión social-”, sentencia N° 812; entre otras), sin siquiera considerar la procedencia de los agravios que se esgrimen en sustento del planteo impugnativo (CSJT, “R. J. H. s/ Guarda Legal”, sentencia N° 814 del 26/10/2011, entre otras).

III.- La sola lectura de la presentación referida y de las distintas piezas procesales de la causa, permite concluir que la resolución de fecha 21/02/2019 (fs. 14 y vta.) ha inobservado el trámite procesal dispuesto en el art. 88 tercer párrafo del Código Procesal Constitucional, alterando así la estructura esencial del proceso.

IV.- Como he venido señalando de manera constante en mis votos en los autos "Orellana, Alberto vs. Empresa de Transporte 9 de Julio S.A. s/ Enfermedad accidente", sentencia N° 248 del 16/4/2012, "Kasen, Juan Domingo vs. Alpargatas Calzados S.A. y/o Boston Cía. Argentina de Seguros S.A. s/ Acción de reagravación accidente de trabajo", sentencia N° 665 del 04/9/2013, "Batia S.R.L. vs. Sindicato de Choferes de Camiones Obreros y Empleados del Transporte A s/ Cobro (Ordinario), sentencia N° 896 del 22/9/2014, "González Gustavo Horacio vs. Rofina S.A.I.C.F. s/ Cobro de pesos", sentencia N° 1068 del 03/11/2014, "Vera Juan Carlos vs. Provincia de Tucumán s/ Nulidad/Revocación", sentencia N° 1277 del 02/12/2015, "Velázquez José Enrique vs. Galeno ART S.A. s/ Amparo", sentencia N° 172 del 07/3/2016, y "Lera Adela Elsa vs. Berkley International ART s/ Especiales", sentencia N° 961 del 23/8/2016, "los arts. 24 y 122 de la Constitución de la Provincia de Tucumán y el art. 88 del Código Procesal Constitucional habilitan a los jueces a declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas que contraríen lo preceptuado por la Ley Fundamental. El art. 24 tercer párrafo, última parte, de la Constitución de la Provincia de Tucumán dispone: 'Toda ley, decreto u orden que, so pretexto de reglamentación, desvirtúe el ejercicio de las libertades y derechos reconocidos, o prive a los ciudadanos de las garantías aseguradas, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los jueces. La declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los jueces tendrá efectos específicos para la causa en que entendieren'. Por su parte, el art. 122 establece: 'Los tribunales y juzgados de la Provincia en el ejercicio de sus funciones, procederán aplicando esta Constitución y los tratados internacionales como ley suprema respecto a las leyes que haya sancionado o sancionare la Legislatura'. En consonancia con ello, el art. 88 del Código Procesal Constitucional local dispone que 'El control de constitucionalidad debe ejercerse por la Justicia, aún sin petición de parte interesada, en aquellas causas llamadas a su conocimiento. Los Magistrados deben abstenerse de aplicar la ley, decreto u orden que so pretexto de reglamentación desvirtúe el ejercicio de las libertades y derechos reconocidos o prive a los ciudadanos de las garantías aseguradas por la Constitución Nacional y Provincial. Cuando el Magistrado interviniente estime que la norma que debe aplicar puede adolecer de alguna objeción constitucional, previo a la decisión, correrá traslado a las partes por un plazo de diez (10) días hábiles. El traslado sobre esta cuestión será corrido en cualquier estado de la causa y no implicará prejuzgamiento. Se dará intervención al Ministerio Público".

Como se anticipó, ninguna duda existe acerca de la habilitación constitucional y legal de los jueces para declarar de oficio la inconstitucionalidad

de normas, sólo que la modalidad operativa como el trámite procesal de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad están previstos en el último párrafo del mencionado art. 88 CPC, conforme al cual "...cuando el Magistrado interviniente estime que la norma que debe aplicar puede adolecer de alguna objeción constitucional, previo a la decisión, correrá traslado a las partes por un plazo de diez (10) días hábiles. El traslado sobre esta cuestión será corrido en cualquier estado de la causa y no implicará prejuzgamiento. Se dará intervención al Ministerio Público". Dicho de otro modo, el juez/a dispondrá el traslado a las partes previsto en el tercer párrafo del art. 88 CPC de modo previo a resolver de oficio una posible cuestión constitucional, sólo cuando estimare que la norma que debe aplicar a la causa pueda adolecer de alguna objeción constitucional o, en otros términos, si tuviere duda sobre la constitucionalidad de la disposición normativa que rige el caso. El sentido de ese previo traslado radica en hacer saber claramente a las partes que el juez/a tiene dudas sobre la constitucionalidad de una norma y que en función de ello da inicio al procedimiento previsto en el tercer párrafo del art. 88 CPC a fin de que las partes expresen sus argumentos constitucionales al respecto. Consecuentemente con ello, dicho traslado no implicara prejuzgamiento y, por ende, el juez/a puede, una vez oídos los fundamentos sobre la cuestión constitucional, pronunciarse por la inconstitucionalidad como por la constitucionalidad de la norma.

V.- De las constancias de autos surge que la Fiscal en lo Penal de Instrucción Especializada en Homicidios de la IIª Nominación, a partir de lo dispuesto en las Resoluciones del Ministerio Público Fiscal N° 002 del 07/9/2018 (fs. 01/4 y vta.) y n° 006 del 25/9/2018 (fs. 05/8 y vta.), referidas a "los actos que podrá realizar el Auxiliar Fiscal, su responsabilidad y mecanismo de delegación", en fecha 29/10/2018 y con argumentos de naturaleza estrictamente operativa, esto es "la necesidad de optimizar los recursos en la gestión de la unidad Fiscal frente a la reciente especialización como Fiscalía Especializada de homicidios y el gran volumen de expedientes en trámite", dispuso "Delegar en el Dr. Juan Pablo Godoy Muhana, Auxiliar Fiscal de esta Fiscalía Especializada en Homicidios, todos aquellos actos previstos en el ordenamiento procesal penal de la provincia, con excepción de los siguientes: requerimientos de elevación a juicio y de sobreseimiento; pedidos absolutorios y de condena" (cfr. fs. 09 y vta.).

El 12/02/2019 la mencionada funcionaria formuló requerimiento de prisión preventiva "por el plazo de 6 (seis) meses, en contra del encartado Lucas Martín Zerda" (fs. 11/13 y vta.).

Según se desprende del acta de la audiencia celebrada el 21/02/2019 a efectos de tratar el referido requerimiento fiscal (fs. 14 y vta.), "siendo 11:06 y sin la presencia de la Titular del Ministerio Público Fiscal, Dra. Adriana Giannoni, se da apertura al acto, siendo representada por el Dr. Juan Pablo Godoy, Auxiliar Fiscal, dándose lectura a su designación Ministerial, por

secretaría de este Juzgado, S.S. discrepa con la designación conforme al art. 2 de la CIDH”.

Cedida la palabra al auxiliar fiscal, el mismo dijo “que la Dra. Giannoni ya ha fijado la posición respecto a las atribuciones conferidas a los Auxiliares Fiscales conforme la ley 6238 y Resoluciones 2 y 6 del Ministerio Público Fiscal”, es decir, se remitió a los únicos argumentos, de naturaleza operativa, expuestos por la doctora Giannoni en su Resolución de fecha 29/10/2018 antes mencionados. Y, la defensora manifestó escuetamente que “no hace objeción a la intervención del Auxiliar Fiscal en la presente Audiencia”. Luego el Juzgado decretó “Vengan los Autos a despacho para resolver la designación Fiscal”. En el mismo acto, seguidamente decidió que las resoluciones Ministeriales 002/2018 y 006/2018 resultan “contrarias con los arts. 18, 35 y 75 inc. 22 de la CN”, declarando inaplicables al caso “las resoluciones 2 y 6 y la Resolución del 29/10/2018 por la cual la Dra. Giannoni delega facultades en el Dr. Juan Pablo Godoy, debiendo intervenir en la presente Audiencia la Dra. Adriana Giannoni”.

De la reseña efectuada se advierte que el pronunciamiento que ha declarado de oficio la inconstitucionalidad de las Resoluciones 002/2018 y 006/2018 y de la Resolución del 29/10/2018 de la Fiscal en lo Penal de Instrucción Especializada en Homicidios de la IIª Nominación, ha inobservado las formas legales exigidas por el Código Procesal Constitucional (Ley N° 6.944) para la declaración judicial de inconstitucionalidad de oficio.

En efecto; el art. 5 del mencionado cuerpo legal, inserto dentro del Título I, dedicado a los principios generales en la materia, habilita a los jueces a declarar de oficio, en el caso concreto, la inconstitucionalidad de normas o actos contrarios a la constitución, imponiéndoles el deber de escuchar previamente a las partes y al Ministerio Público. A su turno, el artículo 88, reglamentario de la intervención oficiosa de la autoridad judicial en el control de constitucionalidad, expresa textualmente en su tercer párrafo que "cuando el magistrado interviniente estime que la norma que debe aplicar puede adolecer de alguna objeción constitucional, previa a la decisión, corre traslado a las partes por un plazo de diez días hábiles. El traslado de sobre esta cuestión será corrido en cualquier estado de la causa y no implica prejuzgamiento. Se da intervención al Ministerio Público". Al respecto, esta Corte tiene dicho que "El actual Código Procesal Constitucional de Tucumán autoriza a los jueces a declarar de oficio, en el caso concreto, la inconstitucionalidad de normas o actos contrarios a la Constitución, debiendo escuchar previamente a las partes y al Ministerio Público" (CSJTuc., in re "Courel Carlos S.A. s/ Calumnias e injurias", sentencia N° 861 del 17/10/2001. En idéntico sentido, CSJTuc., sentencia N° 1036 dictada en autos "Pepe Miguel Angel y otros vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán s/ Contencioso administrativo", del 07/12/2001).

A la luz de lo dispuesto por las normas y jurisprudencia referidas en los párrafos precedentes, se advierte, como se anticipó, que en esta causa se ha

inobservado el trámite que los arts. 5 y 88 CPC exigen cumplir con carácter previo a la declaración de oficio de inconstitucionalidad de una norma, pues no se ha comunicado a las partes la apertura del trámite procesal previsto en el tercer párrafo del art. 88 CPC, corriéndose traslado a las mismas con anterioridad al dictado del pronunciamiento 21/02/2019 que declaró “contrarias con los arts. 18, 35 y 75 inc. 22 de la CN” e inaplicables al caso “las resoluciones 2 y 6 y la Resolución del 29/10/2018 por la cual la Dra. Giannoni delega facultades en el Dr. Juan Pablo Godoy, debiendo intervenir en la presente Audiencia la Dra. Adriana Giannoni”.

Ocurre que en las concretas circunstancias del caso, hacer saber al auxiliar fiscal y a la defensora una “discrepancia” de la jueza interviniente no puede considerarse ni remotamente equivalente al traslado impuesto por el tercer párrafo del art. 88 CPC, toda vez que este implica una concreta manifestación del magistrado/a acerca de una posible objeción constitucional de la que pueda adolecer la norma que rige el caso, que la traslada a las partes y al Ministerio Público a fin de que tales destinatarios del traslado argumenten fundada y constitucionalmente acerca de la cuestión que se les consulta. Y, oídos los mencionados fundamentos, el juez/a se pronuncia por la constitucionalidad o no de la norma en cuestión. Pero de ninguna manera es posible inferir razonablemente que con la expresión “S.S. discrepa con la designación...” se habría dado inicio al trámite del art. 88 CPC, lo que expresamente debe ser comunicado a las partes para que estas se pronuncien fundadamente al respecto. Ni ceder la palabra al auxiliar fiscal, ni correr vista a la defensa supuestamente de lo expresado por aquel, importan tener por cumplida en el caso la comunicación expresa a las partes de que se daba inicio al trámite procesal del tercer párrafo del art. 88 CPC por estimar que la norma aplicable puede tener alguna objeción constitucional para que las partes se pronuncien fundadamente sobre la cuestión.

Así las cosas, la infracción a los arts. 5 y 88 del Código Procesal Constitucional, en cuanto reglamentan en forma específica el trámite previo que debe observar la declaración de inconstitucionalidad de una norma dispuesta de oficio por el juez/a, y en cuanto perjudica el derecho de las partes a ser oídas, configura causal de nulidad por alteración de la estructura esencial del procedimiento en los términos de los arts. 186 inc. 2 y 187 del CPPT, es insubsanable y puede ser declarada de oficio y sin sustanciación si la referida nulidad es, como en el caso, manifiesta.

Recientemente, en un caso en el que tampoco se observó el trámite impuesto por los arts. 5 y 88 del Código Procesal Constitucional, esta Corte sostuvo: “No debe olvidarse que 'Las garantías constitucionales que se relacionan con el principio del juez natural, con la participación regular de las partes esenciales (Ministerio Público e imputado) y con los derechos fundamentales del imputado, son indisponibles, porque constituyen reglas básicas del proceso penal propio de un Estado democrático de derecho. De allí que para su protección

eficaz, los actos que sean realizados inobservándolas deben ser invalidados de oficio' (Cafferata Nores, José I. - Tarditti, Aída, "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado", Tomo 1°, Editorial Mediterránea, 2003, Córdoba, pág. 456)" (CSJT, "Rodríguez Juan Lucas y Morales Héctor Luis s/ Homicidio agravado. Incidente de prisión preventiva", sentencia N° 1429 del 03/10/2018).

Por todo lo expuesto y de conformidad a la extensa y coincidente jurisprudencia de este Tribunal al respecto, corresponde declarar de oficio la nulidad de la resolución del 21/02/2019 (fs. 14 y vta.) en cuanto declaró "contrarias con los arts. 18, 35 y 75 inc. 22 de la CN" e inaplicables al caso "las resoluciones 2 y 6" del Ministerio Público Fiscal y "la Resolución del 29/10/2018" de la Fiscal en lo Penal de Instrucción Especializada en Homicidios de la IIª Nominación, debiéndose remitir la causa al órgano jurisdiccional de origen, para que el juez de instrucción en lo penal que corresponda dicte nuevo pronunciamiento, imprimiendo el trámite procesal que prevén los arts. 5 y 88, tercer párrafo, del Código Procesal Constitucional, si estima que la norma que debe aplicar puede adolecer de alguna objeción constitucional.

Por ello, y oído el señor Ministro Fiscal a fs. 23/28 y vta., corresponde: "DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD de la resolución del 21/2/2019 de la Jueza de Instrucción en lo Penal de la Vª Nominación (fs. 14 y vta.) en cuanto declaró "contrarias con los arts. 18, 35 y 75 inc. 22 de la CN" e inaplicables al caso "las resoluciones 2 y 6" del Ministerio Público Fiscal y "la Resolución del 29/10/2018" dictada por la Fiscal en lo Penal de Instrucción Especializada en Homicidios de la IIª Nominación. En consecuencia, remitir la causa al órgano jurisdiccional de origen, para que el Juez de Instrucción en lo penal que corresponda dicte nuevo pronunciamiento, imprimiendo el trámite procesal que prevén los arts. 5 y 88 tercer párrafo del Código Procesal Constitucional, si estima que la norma que debe aplicar puede adolecer de alguna objeción constitucional".

CLAUDIA BEATRIZ SBDAR

ANTE MÍ:

CLAUDIA MARÍA FORTÉ