

CASACIÓN

San Miguel de Tucumán, **14 de Junio de 2019.-**
981/2019

Y VISTO: Llega a conocimiento y resolución de esta Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala en lo Civil y Penal, que integran los señores Vocales doctores Daniel Oscar Posse, Antonio D. Estofán y Daniel Leiva, presidida por su titular doctor Daniel Oscar Posse, el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción, del 17/10/2018 (fs. 181/187), la que no es concedido mediante sentencia 1891 del 07/12/2018 (fs. 258/259). Interpuesta la correspondiente queja, esta Corte resuelve abrir el recurso mediante sentencia N° 264 del 14/3/2019 (fs. 315/317). En esta sede, la parte no presenta la memoria que autoriza el art. 487 CPP (fs. 330). Pasada la causa a estudio de los señores Vocales, y establecidas las cuestiones a dilucidar, de conformidad con el sorteo practicado el orden de votación será el siguiente: doctores Daniel Leiva, Antonio D. Estofán y Daniel Oscar Posse. Luego de la pertinente deliberación, se procede a redactar la sentencia.

Las cuestiones propuestas son las siguientes: ¿Es admisible el recurso?; en su caso, ¿es procedente?

A las cuestiones propuestas el señor Vocal doctor

Daniel Leiva, dijo:

I.- Viene a conocimiento y resolución de esta Corte Suprema de Justicia el recurso de casación deducido por el Fiscal de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción (fs. 231/239) contra la sentencia N° 1.461 del 17 de octubre de 2018 (fs. 181/187) dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción.

II.- El *a-quo* decidió, mediante sentencia N° 1.461 del 17 de octubre de 2018 (fs. 181/187), "I) DECLARAR LA NULIDAD del requerimiento de prisión preventiva de fecha 09 de febrero de 2018 de fs. 67/71, artículo 155 CPPT, y la resolución apelada, conforme lo normado por los artículos 284 contrario sensu, 271 y 272, 345, 347 del CPPT, artículo 24 de la Constitución Provincial y convenciones internacionales, artículo 8.2 CADH, 9 PIDC y P, artículo 7 reglas de Mallorca, suscriptas por la República Argentina. II) ORDENAR LA LIBERTAD, de los imputados RAMALLO HECTOR EZEQUIEL, de nacionalidad argentino, D.N.I. 38.247.155, de 23 años de edad, de estado civil conviviente, domiciliado en Delfín Gallo N° 2.346 San Miguel De Tucumán, de Profesión/Ocupación Cuidador, Nacido El 04/08/1994 en Tucumán, hijo de Héctor Alberto Ramallo (v) y de Paola Noemi Lima (f); y de BAZAN MARIA BEATRIZ, de nacionalidad argentina, D.N.I. 41.763.302, de 21 años de edad, domiciliado en Delfín Gallo n° 2.346 San Miguel De Tucumán, de Profesión/Ocupación vendedora ambulante, nacida el 20/05/1996 en Tucumán, hijo de Armando Oscar Bazan (v) y de Natalia Cecilia Peñaloza (v), previo cumplimiento de las cauciones y condiciones de soltura que disponga el Sr. Juez de Instrucción interviniente disponga el Sr. Juez de Instrucción interviniente, conforme lo normado por los arts.

284 contrario sensu, 271 y 272, 345, 347 del CPPT y convenciones internacionales suscriptas por la República Argentina, conforme se consideró. III) RECOMENDAR a los señores jueces de instrucción observar y garantizar el cumplimiento del debido proceso conforme a lo considerado. IV) FIRMA la presente resolución el Sr. Vocal Dr. Enrique Luís Pedicone, en virtud de lo establecido por el art. 16 del título III° de la Ley 8934, modificada por Ley 9114 de fecha 22/08/2018. V) OPORTUNAMENTE, remitir al Juzgado de Instrucción interviniente, a los fines considerados”.

A efectos de respaldar su postura, afirmó que “conocidos son los precedentes de este vocal, sobre la inconstitucionalidad del método, en la aplicación de la cautelar privativa de libertad que mutila a las partes de la audiencia o, al menos, vista del requerimiento de prisión preventiva. Criterio que sigue incólume en este juez. El caso traído a estudio merece la idéntica objeción: existe un procedimiento secreto entre el fiscal y el juez, sin conocimiento de la defensa sobre las razones por las que se priva de libertad ambulatoria a su defendido, lo que cincela su inutilizabilidad”.

Igualmente, expresó que “la fiscalía no brinda ningún argumento que demuestre su hipótesis de peligro procesal, sino una serie de manifestaciones vagas, imprecisas y genéricas que de ninguna manera constituyen una fundamentación razonable. Resalto que, como en toda hipótesis, es indispensable el acceso a datos concretos que le den sentido, aunque sean de precisión relativa conectada s con la realidad”.

III.- Contra la resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción N° 1.461 del 17 de octubre de 2.018 (fs. 181/187), el representante del Ministerio Público Fiscal dedujo recurso de casación (fs. 231/239), aduciendo que “...incurre en Errónea Aplicación del Derecho Sustantivo, Errónea Aplicación del Derecho Adjetivo y en la llamada Gravedad Institucional”. A su vez, explicitó los argumentos por cuyo imperio considera admisible el planteo tentado.

En cuanto al componente específico de los agravios, indicó que “...el Sr. Vocal Dr. Pedicone, se arrogó facultades legislativas, que no le son propias; Más grave aún, pretende la aplicación del Sistema Adversarial, lisa y llanamente. Nótese que el propio legislador... mediante Ley N° 9052, dispuso su vigencia progresiva”.

Inclusive, señaló que “...debemos abordar todas las posibilidades de defensa en actuaciones que el actual código otorga al imputado y a la víctima durante el período previo al dictado de la prisión preventiva. El imputado en el primer período de la privación de la detención (artículo 275) tiene facultades para ofrecer prueba (193 del CPPT) y para petitionar por su libertad bajo distinto tipo de alternativas (artículos 3, 271, 272 y 291 del CPPT). Luego si se le requiere la prisión preventiva puede oponerse solicitando ante el juzgado de turno nuevamente la libertad (artículos 3, 271 y 272 del CPPT) o interponer una exención de prisión (artículo 286, inciso 3ro., último párrafo). En forma similar puede alegarse a favor de la víctima. Esta puede conocer el transcurso de las medidas privativas de libertad mediante numerosas intervenciones que realizar a lo largo de las cautelares de aprehensión, detención y prisión preventiva (artículo 96 inciso 2do. de la ley 6203 el cual es similar en su contenido al 83 inciso 4 de la

ley 8933). Más aún, puede constituirse en querellante y tener una amplia participación como parte del proceso (7, 91 y 92 del CPPT)".

Sobre esa base, proponiendo doctrina legal y formulando reserva del caso federal, reclamó que "se disponga la nulidad de la Sentencia de ese Excmo. Tribunal, de fecha 17/10/18, a efectos que se aplique idéntica solución a la sustentada por los Tribunales y Doctrina precitados".

IV.- El *a-quo* determinó, en virtud de acto jurisdiccional N° 1.891 del 7 de diciembre de 2.018 (fs. 258/259), no conceder el recurso de casación deducido por el Fiscal de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción (fs. 231/239). Sin embargo, esta Corte Suprema de Justicia admitió el planteo por sentencia N° 264 del 14 de marzo de 2.019 (fs. 315/317), la cual hizo lugar al recurso de queja interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 301/308).

V.- En orden a la admisibilidad de la impugnación, es preciso remitirse a los fundamentos vertidos por este Tribunal en el mencionado fallo N° 264 del 14 de marzo de 2.019 (fs. 315/317). Por lo tanto, encontrándose resuelta la admisibilidad del remedio incoado, corresponde pasar al estudio de su procedencia.

VI.- De la confrontación del recurso de casación con el pronunciamiento en pugna y el derecho aplicable al caso, es factible anticipar la procedencia de la vía impugnativa extraordinaria local tentada.

1. Liminarmente, cabe recalcar que el *a-quo* consideró que deviene nulo el dictado de la prisión preventiva sin previa vista al imputado y la víctima, dado que violenta el debido proceso y la defensa en juicio. Por su lado, el representante del Ministerio Público Fiscal entendió que resulta válido disponer la mencionada cautelar inaudita parte, formalizando un riguroso examen de las distintas pautas que surgen del código procesal vigente. Siguiendo esa línea, luce evidente que en autos se controvierte la legitimidad del trámite previsto en el digesto ritual acusatorio mixto (Ley 6.203) para ordenar el encarcelamiento preventivo.

2. Al respecto, interesa destacar que la implementación del sistema adversarial, conforme el nuevo Código Procesal Penal sancionado mediante Ley 8.933, ha sido diagramada para entrar en vigencia de manera progresiva en los Centros Judiciales de la Provincia, no siendo aún plenamente aplicable en Capital y Monteros.

Ciertamente, el art. 1 de la Ley 8.934 (régimen de implementación del Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán) dispone que "el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán entrará en vigencia de manera progresiva, iniciando su aplicación en el Centro Judicial de Concepción a partir del día 6 de Mayo de 2019; mientras que en los Centros Judiciales de Capital y Monteros entrará en vigencia a partir del día 4 de Mayo de 2020" (artículo conforme Ley 9.176 - B.O.: 17/04/2019).

De acuerdo con ello, el nuevo digesto procesal solo rige totalmente en el Centro Judicial Concepción. En cambio, en las restantes unidades jurisdiccionales tiene valor parcial (esto es en los arts. 1 al 18, 27 al 34 y 82 al 86 de la Ley 8.933, los que entraron en vigencia el 1 de septiembre de 2.017, conforme Ley 9.094), permaneciendo vigente el código acusatorio mixto aprobado a través de Ley 6.203. Por lo tanto, las prescripciones de dicha norma relativas al

trámite de la prisión preventiva siguen siendo válidas y plenamente aplicables a los casos radicados en Capital y Monteros.

3. En esa dirección, merece ponderarse que en materia de nulidades gobierna el principio de legalidad, el cual establece que no hay nulidad sin texto legal específico que la establezca (*pas de nullité sans text*). Dicho precepto va de la mano con el principio de especificidad o taxatividad, por cuyo imperio no hay más nulidades que las previstas expresamente por la ley. Tales pautas se encuentran plasmadas en el art. 185 del código de rito, en tanto erige como regla general que “los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad”.

Partiendo de esa base, la sola circunstancia de que el código procesal acusatorio (Ley 6.203) no prevea la notificación a la defensa del requerimiento fiscal de prisión preventiva no alcanza para anular el trámite de dicha cautelar, siendo imperioso materializar un análisis completo, integral y pormenorizado del marco legal en el que se inserta la manda normativa. En efecto, no exigiendo el digesto que se formalice el traslado, el aislado hecho de que no se haya llevado a cabo carece de entidad para fulminar la medida preventiva, ameritando el asunto un riguroso examen del sistema normativo vigente.

Por lo expuesto, por más loable que pudiera resultar la conceptualización dogmática fijada por el a-quo en el afán de enfatizar su posicionamiento a favor de los principios que imperan en el sistema adversarial, la solución de nulidad dispuesta no aparece sustentada en una valoración minuciosa del texto legal aplicable, tornándose absolutamente improcedente.

4. Profundizando en el punto, no se aprecia que el sistema del código acusatorio mixto vulnere de manera irrefragable el derecho del imputado a ser oído previo al dictado de la cautelar, puesto que su parte tiene concretas oportunidades para hacerse escuchar o fijar posición sobre la restricción de la libertad.

Tal conclusión se desprende del examen conjunto de una serie de normas procesales que habilitan el ejercicio defensivo. En particular, el art. 80 del C.P.P.T. define que “toda persona podrá hacer valer los derechos que la ley acuerda al imputado, desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra”. Concretando dicha manda, el art. 272 del C.P.P.T. prescribe que “el imputado tendrá siempre derecho a requerir que el juez examine su situación al amparo de esta regla (restricción de la libertad en los límites de lo absolutamente indispensable), aun en los casos previstos por los incisos 1. y 2. del artículo 284 (prisión preventiva)”. Incluso, nada obsta a que, requerida que fuera la prisión preventiva por el fiscal, la defensa pueda efectuar oposición para el tratamiento y resolución del Juez de Instrucción, teniendo además prevista la apelación para el caso de que se dictara el auto cautelar (art. 285 del C.P.P.T.). Por último, el imputado cuenta con la herramienta de la exención de prisión, la que puede ser solicitada en cualquier estado del proceso (art. 286 del C.P.P.T.).

Desde esa perspectiva, el imputado posee específicas oportunidades para hacer valer su derecho a transitar el proceso en libertad, resultando notorio que a través de ellas puede confrontar las restricciones cautelares tanto antes de su dictado, como con posterioridad.

En consecuencia, a pesar de que el procedimiento establecido en el sistema adversarial pueda parecer a primera vista más tuitivo de la participación del encartado antes del dictado de la prisión preventiva, el sistema acusatorio todavía vigente (Ley 6.203) no se presenta como una herramienta que coarte ilegítimamente el ejercicio del derecho a ser oído. Tal cual se explicitó, no impide que la defensa reclame por el derecho a la libertad de su pupilo desde el primer momento de la investigación, formule oposición al requerimiento de prisión preventiva y apele la medida ante el órgano superior para ser escuchado en la instancia de alzada. Lejos de ello, garantiza el derecho a requerir siempre que el juez examine su situación, la que por ese motivo no causa estado.

Sobre esa plataforma, no logra advertirse que el trámite del sistema procesal acusatorio vigente quebrante una garantía constitucional que habilite echar mano a una medida drástica, excepcional y grave como la nulidad, la cual constituye la *última ratio* dentro de las soluciones jurisdiccionales y resulta aplicable solo cuando el acto lesivo produzca un menoscabo definitivo e irremediable por otras vías procesales.

5. Permaneciendo en esa orientación, es factible observar que la declaración de nulidad incumple el principio de trascendencia que impone que semejante solución procede únicamente cuando el defecto procesal menoscaba de modo concreto y real los derechos de los sujetos procesales.

Justamente, con distinta composición pero con criterio que se comparte, esta Corte viene sosteniendo que el sistema de nulidades procesales en nuestro ordenamiento no es puramente formal, sino que está regido por el principio del interés (doctrina positivamente receptada por el art. 188 del C.P.P.T.) y, por ende, la nulidad solo puede ser declarada cuando ella sea susceptible de beneficiar procesalmente a la parte que la requiere; y que el que promueve un incidente de nulidad tiene la carga de expresar, además del perjuicio experimentado y el consecuente interés que intenta subsanar con la declaración de nulidad, las defensas que se vio privado de oponer, pues no hay nulidad en el solo interés de la ley, siendo menester la existencia de un perjuicio efectivo que la sustente (cfr. art. 168 del C.P.C.C.T.; C.S.J.Tuc., sentencia N° 1.088 del 15 de noviembre de 2.006; Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, T° V, pg. 47; Berizonce, La Nulidad en el Proceso, pg. 82; Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, pg. 390).

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que “es que en virtud del principio de trascendencia una de las exigencias fundamentales para que proceda la declaración de nulidad de un acto procesal es la existencia de un perjuicio concreto, o sea la limitación de un derecho del justiciable vinculado en forma inmediata al buen orden del proceso y en forma mediata, a las garantías que son su causa; por consiguiente tanto en el caso de una nulidad relativa como de una nulidad absoluta es menester la demostración de un perjuicio real y concreto” (cfr. C.S.J.Nac., Fallos 323:929). Asimismo, el Alto Tribunal manifestó que la garantía de la defensa en juicio tiene desde antiguo carácter sustancial (Fallos 189:306 y 391; 192:240 y 308; 193:487; entre muchos otros) y que por ello se exige de parte de quien la invoca la demostración del concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo si no hubiese existido ese defecto (Fallos 298:279 y 498).

Ahora bien, en el sublite la declaración de nulidad se dispuso de oficio bajo el concepto de que la falta de notificación del requerimiento a la defensa enervaba la posibilidad de que pudiera haber confrontado, contradicho o intentado aminorar las pretensiones del acusador. Sin embargo, no se advierte de qué manera ese perjuicio potencial marcado por el fallo se materializase en autos, ya que la representación del encartado contaba con las vías idóneas para hacer valer los derechos que estimaba le asistían y las ejerció en su momento con un concreto alcance. Así las cosas, el quebrantamiento del derecho de defensa considerado por el a-quo se presenta absolutamente conjetural ante los puntuales actos defensivos llevados a cabo por la representación del imputado. Finalmente, resta aclarar que la nulidad potencial señalada en la sentencia sería de carácter absoluto por afectar el derecho de defensa del imputado, mas ello no remueve la exigencia de demostrar suficientemente el perjuicio concreto o la trascendencia del vicio.

En definitiva, no habiéndose acreditado perjuicio específico alguno derivado de la ausencia de notificación del requerimiento fiscal de prisión preventiva al imputado, permanece insatisfecho el principio de interés o trascendencia que resulta neurálgico para la configuración y procedencia de las nulidades, lo cual quita validez al pronunciamiento en crisis.

6. Por otro lado, importa resaltar que no es atendible el fundamento de que el procedimiento de prisión preventiva también deviene nulo por falta de notificación o participación de la víctima en el trámite. Ocurre que no se aprecia el perjuicio o menoscabo en sus derechos que sufriría la víctima de un delito ante el encarcelamiento de su ofensor sin que se le hubiera consultado previamente. Por esa razón, careciendo la víctima de interés puntual en la incidencia, la nulidad resuelta bajo el argumento de que no fue escuchada no es procedente.

7. En consonancia con los argumentos expuestos, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por el Fiscal de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción (fs. 231/239) contra la sentencia N° 1.461 del 17 de octubre de 2.018 (fs. 181/187) dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción, de acuerdo con la doctrina legal que a continuación se enuncia: "No resulta ajustado a derecho el pronunciamiento que anula el trámite que establece el C.P.P.T. (Ley 6.203) para el dictado de la prisión preventiva, basándose únicamente en la falta de notificación del requerimiento de la medida cautelar al imputado y la víctima, evitando analizar sistemáticamente el texto normativo vigente y omitiendo demostrar la existencia de un perjuicio concreto que afecte al interés que pretende tutelar". En consecuencia, revocar la referida resolución y remitir la causa al órgano jurisdiccional de origen para que, con una diferente integración, emita nuevo fallo.

8. Por último, es imprescindible señalar que la sentencia que corresponde emitir deberá corroborar la subsistencia de las causales invocadas para requerir la prisión preventiva. En esa línea, cabe recordar que los requerimientos y la adopción de medidas judiciales destinadas a restringir el derecho a la libertad de las personas no pueden llevarse a cabo como una conducta automatizada en el desarrollo de la labor judicial, dado que la importancia y la sensibilidad del derecho en juego no pueden ser sacrificadas en

función de prácticas forenses que no tienen en cuenta las concretas circunstancias fácticas y jurídicas que involucran los casos.

A raíz de lo mencionado, interesa hacer notar que toda medida dirigida a restringir el derecho a la libertad personal debe ser la consecuencia de una decisión razonada y vinculada con las características del caso. Sobre el particular, calificada doctrina sostuvo que para la adopción de una medida de detención no solo tiene que existir motivo bastante para sospechar de la participación de quien se pretende detener por un delito, sino que, como toda medida cautelar, su procedencia concreta debe subordinarse a que resulte indispensable para el aseguramiento de los fines del proceso (cfr. Cafferata Nores, José I. y Tarditti, Aida -Directores-, "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado", 1° ed., Editorial Mediterranea, Tomo 1, pág. 656/657).

Es que a la luz de la dimensión constitucional que ostenta el derecho a la libertad personal (art. 18 de la C.N. y art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros), la valoración integrada y armónica de las normas del C.P.P.T. exige que para el dictado de una medida privativa de la libertad se analicen en forma rigurosa y seria los elementos específicos de la causa, de modo de evitar la adopción de restricciones ilegítimas a la libertad como consecuencia de una conducta automatizada y serial.

En relación a la temática de la prisión preventiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que al ser "...una medida cautelar y no punitiva, existe una '[o]bligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia'. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia. Efectivamente, en ocasiones anteriores, el Tribunal ha estimado que al privar de la libertad, en forma innecesaria o desproporcionada, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, el Estado incurre en una violación del derecho de toda persona a que se le presuma inocente, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. A igual conclusión se debe llegar si el Estado mantiene a una persona privada de su libertad preventivamente más allá de los límites temporales que impone el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención Americana..." (cfr. Caso "Bayarri vs. Argentina" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de octubre de 2.008, párr. 110).

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que "...la evaluación de la necesidad de la detención centrada única y exclusivamente sobre la base del criterio de la gravedad del delito, expresado en la pena en abstracto contemplada en la legislación, desnaturaliza la finalidad eminentemente procesal del instituto de la prisión preventiva y la convierte en una pena anticipada" (cfr. Caso "J. vs. Perú" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 27 de noviembre de 2.013, párr. 162).

A partir de esos principios rectores de la materia, tanto el requerimiento de la privación de la libertad, como su disposición, deben contener un examen concreto sobre la configuración de los presupuestos necesarios para que sea procedente el dictado de una medida de esa naturaleza.

En consecuencia, en los casos donde no concurren los elementos analizados, el proceso penal deberá llevarse a cabo sin la adopción de medidas que restrinjan el derecho a la libertad personal de los imputados. Ello por cuanto no puede desconocerse la grave afectación al derecho a la libertad y la afrenta que significa para el sistema de garantías constitucionales que se disponga en forma automática medidas privativas de la libertad de las personas.

A las cuestiones propuestas los señores Vocales doctores Antonio D. Estofán y Daniel Oscar Posse, dijeron:

Estando conformes con los fundamentos dados por el señor Vocal preopinante doctor Daniel Leiva, sobre las cuestiones propuestas, votan en igual sentido.

Y VISTO: El resultado del precedente acuerdo y oído el Ministro Fiscal a fs. 331/333, la Excm. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Penal,

R E S U E L V E :

HACER LUGAR al recurso de casación deducido por el Fiscal de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción (fs. 231/239) contra la sentencia N° 1461 del 17 de octubre de 2018 (fs. 181/187) dictada por la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción, de acuerdo con la doctrina legal enunciada. En consecuencia, **REVOCAR** la referida resolución y **REMITIR** la causa al órgano jurisdiccional de origen para que, con una diferente integración, emita nuevo fallo.

HÁGASE SABER.

DANIEL OSCAR POSSE

ANTONIO D. ESTOFÁN

DANIEL LEIVA

ANTE MÍ:

CLAUDIA MARÍA FORTÉ

MEG