



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

C. 62344

En la ciudad de La Plata, a los once días del mes de febrero del año dos mil catorce, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires integrada con los doctores Martín Manuel Ordoqui, Jorge Hugo Celesia y Carlos Alberto Mahiques, para resolver en la presente causa **Nº 62.344**, caratulada **“C., H. D. S/ HABEAS CORPUS”**.

Practicado el sorteo de ley, resultó en la votación que debía observarse el siguiente orden: **CELESIA-ORDOQUI-MAHIQUES**.

ANTECEDENTES:

Se presenta el Dr. Julio Ricardo Beley, interponiendo acción de hábeas corpus a favor de su asistido procesal, H. D. C., en forma originaria por ante este órgano judicial.

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada, el señor juez doctor Celesia dijo:

I- La peticionante cuestiona la resolución del Juez de Garantías que procedió a rechazar el pedido de la defensa de alternativa a la prisión preventiva aún existiendo consentimiento fiscal.

Menciona que la resolución resultó arbitraria porque se rechazó el pedido pese a que el ministerio público consideró que no existía peligro para concederlo. Además dice que la resolución del a quo carece de fundamentos y que los informes respectivos demostraron que su asistido era apto para poder continuar su medida de coerción con la contención de su grupo familiar en la modalidad de arresto domiciliario.

Dice que en el caso existió consentimiento fiscal siendo el mismo quien cuenta con la facultad de dirigir la investigación.

Señala que en el caso de su asistido la medida de coerción resultó arbitraria y desproporcionada desde que no existen indicios que hagan presumir que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecerla investigación, por lo que la medida se tornó arbitraria e ilegítima. Además menciona que la pena en expectativa no debió haber sido el único elemento a tener en cuenta al momento de mantenerse la privación de la libertad, pues no existiendo ninguna certeza sobre la calificación legal fue clara la muestra de arbitrariedad.

Luego de mencionar las pruebas valoradas en la causa, entiende que debe atenuarse la medida de coerción imponiéndole a su asistido como condición de su detención domiciliaria la realización de tratamiento de sus adicciones en centros adecuados para ello y no simplemente castigarlo con una privación de la libertad.

Por otro lado solicita que se tenga en cuenta que el acusado tenía un trabajo, pues era titular del comercio el cual podía manejar.

Por todo ello entiende que no se han dado en el presente los extremos requeridos a los fines de poder continuar con la medida de coerción que hasta la fecha viene sufriendo C. Cita jurisprudencia al respecto y menciona lo dispuesto por el art. 144 del C.P.P.

En síntesis entiende que lo expuesto permite concluir que en este caso ciertamente es posible asegurar los fines del proceso con una medida menos gravosa que la que actualmente viene sufriendo su asistido, siendo un supuesto donde resulta procedente la regla del art. 144 del C.P.P.

II- Entiendo que el hábeas corpus debe ser rechazado.

La función fiscal es en materia de coerción esencialmente requirente, lo cual implica que como en todas las cuestiones que conforman el proceso



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

penal, la coerción que se ejerce para asegurar el logro de los fines del proceso, proceda sólo a pedido de parte ante el tribunal interviniente, en el caso el juzgado de garantías competente.

La cuestión relativa a la imposición de medidas de coerción la resuelve el juez a pedido del agente fiscal, procedimiento por el cual se busca por un lado asegurar la imparcialidad del que decide pero también los resguardos constitucionales en cuestiones que aunque provisoriamente afectan la libertad personal.

Al juez le basta con el requerimiento fiscal para abrir su jurisdicción, luego deberá resolver con aplicación de las leyes vigentes, no de la voluntad fiscal, que para el no es vinculante, salvo en los casos expresamente previstos.

En el sistema procesal vigente existen varias situaciones regladas donde prevalece la decisión fiscal por encima de la del juez, pero que claramente son excepciones del principio del art. 146 del C.P.P.

Si la ley hubiera querido que la opinión del Fiscal prevaleciese en todos los casos, debería así haberlo establecido en vez de enunciar como regla general que el órgano judicial podrá resolver a pedido de las partes medidas de coerción personal.

En el caso del art. 161 del C.P.P. la facultad del fiscal de ordenar la libertad del aprehendido mientras el juez no hubiera dispuesto la detención o bien de requerirle al magistrado que ordenó la detención la libertad del acusado, en cuyo caso deberá hacerla efectiva, tiene su razón de ser en que el fiscal considera que no solicitará la prisión preventiva y es una forma legislativamente establecida de abreviar el trámite y evitar demoras en el goce de un derecho tan preciado como es la libertad.

Se trata de una excepción perfectamente reglamentada para acelerar la recuperación de la libertad de una persona privada de su libertad cuando

el fiscal no solicitará su continuación en prisión preventiva pero de la cual no podría extraerse ninguna consecuencia que al menos controvierta otras situaciones reguladas en la ley.

Que el Fiscal pueda en las situaciones del art. 161 del C.P.P. ordenar la libertad o pedirle al juez que la ordene no es un principio del cual puedan extraerse consecuencias que no están reguladas por la ley sino una clara excepción a la regla del art. 146 que como tal requiere de una previsión expresa.

La creación de excepciones a través de una interpretación dogmática del principio acusatorio, cuyo concepto y alcances fuera ya motivo de discusión plenaria en este Tribunal, no resulta suficiente cuando tratándose de institutos con procedimientos minuciosamente reglados en la ley procesal (art. 163, 165 y 168 bis del C.P.P.) no se presentan lagunas en la ley sino pretendidos supuestos de excepción cuya falta de previsión obedecen a la voluntad legislativa, no a la inadvertencia del legislador.

Cuando se trata de atenuación de la coerción, fuera de los casos del art. 159, el juez podrá, según establece la ley, concederla excepcionalmente, previa vista al Fiscal, bajo los requisitos que se establecen en el art. 163 y su decisión, sea que impusiere o denegare la morigeración, será impugnabile por apelación y la atenuación no se hará efectiva hasta que el auto que la conceda quede firme.

“El Juez de Garantías ordenará la privación de la libertad domiciliaria de las personas a quienes pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal y normas de este Código” (Art. 165 del C.P.P.).

A partir de la ley 14.128, antes de resolver la morigeración de la prisión preventiva, a pedido de parte interesada o por propia decisión, el Juez de Garantías fijará audiencia oral y pública donde serán oídos el Fiscal, el particular damnificado, la defensa y el imputado si estuviere presente, a fin



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

de fundamentar la procedencia o improcedencia de la medida. Art. 168 bis del C.P.P.

Todas estas disposiciones indican que es el Juez de Garantías el encargado de disponer la morigeración y que la opinión del fiscal no es vinculante ni tampoco lo es el acuerdo entre las partes si no se demuestran constatadas las exigencias detalladas en la ley.

Si el criterio Fiscal fuese obligatorio, la audiencia con la presencia de las partes, el recurso ante la Cámara y la necesidad de que el auto quede firme para que opere la atenuación y la disposición expresa de que será el Juez de Garantías quien ordene la prisión domiciliaria, serían normas derogadas por cierta interpretación del principio acusatorio y del propio art. 161 en cuanto establece que el fiscal puede ordenar la libertad y, en consecuencia, como no va a poder disponer algo menor como la morigeración de la coerción.

Las garantías constitucionales que hacen al derecho de defensa y el debido proceso se verían seriamente constreñidas si se dejara en poder de una de las partes el manejo de las medidas de coerción que tienen una regulación taxativa en la ley y requieren de una interpretación imparcial por un órgano jurisdiccional predispuesto e independiente.

Las razones que funden el criterio por adoptar deberían asentarse siempre en alguna previsión legal desde que la función jurisdiccional consiste en el ejercicio permanente e inexcusable de aplicar las leyes penales a las situaciones concretas que se plantean en el curso de los procesos.

En esta tarea parece necesario separar la incidencia que la ley o sus interpretaciones podrían tener, de las formulaciones doctrinarias que procuran establecer no lo que la ley dice sino aquello que, según esas concepciones, debería decir.

El proceso solo tiende a posibilitar la realización del derecho sustantivo y en tal sentido establece las actuaciones necesarias para verificar el juicio previo constitucional que es condición de la pena, pero la ley no abunda en definiciones dogmáticas, mas propias de las disciplinas que estudian el fenómeno procesal a nivel científico que de aquellas que reglamentan la actividad del proceso, por lo que si bien parece prudente la utilización, entre otros métodos, de la interpretación sistemática cada vez que haya que aclarar el alcance de una disposición, lo que nunca sería posible es anteponer la concepción dogmática a la propia ley.

No es posible justificar la enunciación de limitaciones particulares a la facultad de determinar la pena que estén fuera de las previstas, cuando el principio general que se deriva de la ley es otro o más claramente, si la ley no ha establecido limitaciones vinculatorias sino en determinados casos que poseen naturaleza excepcional, sería ilógico derivar que esas limitaciones rigen para todos los supuestos, aún los no previstos, pues cuando se establece una excepción, el sentido contrario lo da la regla, desde que lo excepcional es aquello que se excluye de la generalidad y queda fuera del principio común.

Resuelta una cuestión, si el Fiscal propone luego en base a los fundamentos que presenta una coerción más atenuada de la que viene sufriendo el imputado, esa petición abre nuevamente la jurisdicción del magistrado no para ordenar lo que se pide sino para resolver lo peticionado según su criterio.

El órgano judicial puede ordenar a pedido de parte medidas de coerción, que una vez ordenadas podrán ser atenuadas, en este sentido de oficio o a pedido de parte, mediante una nueva disposición que adopte el magistrado.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

La intervención fiscal pone en marcha el procedimiento de la decisión jurisdiccional sobre lo peticionado, pero una vez decidido no puede renunciarse por el peticionante, porque lo suyo solo es un impulso procesal, no el fundamento necesario de la coerción dispuesta, esta obedece a la apreciación judicial sobre los requisitos establecidos en la ley, mientras que el pedido de la parte no tiene naturaleza constitutiva, de modo que la opinión de que ahora debería atenuarse es solo una nueva requisitoria sobre la cual resolver, no un imperativo que, establecido en la ley, obligue al juez a modificar lo resuelto.

En el presente caso cabe señalar, a mayor abundamiento, que no ha mediado una petición fiscal de atenuación de la coerción sino que esta provino de la defensa.

El Fiscal en la audiencia del art. 168 bis del C.P.P. expresó que si bien existe una presunción de fuga derivada de la pena en expectativa, estima que bajo un estricto control de tratamiento para la adicción que padece el imputado, el beneficio puede ser otorgado.

De la lectura de los fundamentos de la denegatoria, en particular los de la Excma. Cámara, no surge ninguna situación de arbitrariedad ni de falta de respuesta jurisdiccional a la cuestión planteada sino una resolución asentada en la aplicación de la ley que a mi juicio merece compartirse por las mismas razones expuestas por el Dr. Almeyda.

Siendo así y visto que la intervención de este Tribunal por vía del hábeas corpus originario resulta excepcional por la naturaleza recursiva de su función dentro de ese instituto y no resultando de aplicación el art. 450 del C.P.P., la acción interpuesta no resulta admisible. En consecuencia propongo al acuerdo que así se la declare, con costas.

Art. 20 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 405, 406, 530, 531 y cctes. del C.P.P.

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el señor juez doctor Ordoqui dijo:

Respecto al tema en cuestión, es decir si con la intervención de la Exma. Cámara de Apelaciones y Garantías del Departamento Judicial La Plata, se ha satisfecho el extremo de la doble conformidad, diré que en las formas sí, mas lo resuelto no supera el umbral de lo formal.

En este sentido entiendo encontrarme frente a un doble conforme aparente, pues en lo esencia veo un dejo de arbitrariedad que me impone ingresar al asunto en tratamiento para dejar sentada mi opinión.

No me parece posible ante un análisis sistemático entre el Código Procesal Penal y el Bloque Constitucional concluir que el sistema acusatorio pueda interpretarse fragmentadamente y menos aún si aquella visión resulta perjudicial para el imputado.-

La manda del doble conforme resulta una herramienta de enorme utilidad como tutela de los derechos individuales y, por otro lado, su uso razonable impide la proliferación de impugnaciones sobre cuestiones que ya han sido decididas. Por esa razón, no he dudado en aplicar el instituto en todos los casos que me ha tocado actuar, postulando que satisfecha la doble conformidad corresponde rechazar el remedio intentado en este ámbito. No obstante, antes de ahora, también he dicho que si las resoluciones que se impugnan –aún a pesar de la doble conformidad- se encuentran viciadas (absoluta o relativamente) y este vicio se erige como un obstáculo al ejercicio de los derechos constitucionales del imputado, el mandato debe ser excepcionado e ingresar al fondo de la cuestión.

En mi entender, es el caso de autos. Paso a explicar.

Lo que habré de poner en discusión y como es mi obligación ofrecer la solución, es el rol y las facultades de Juez (en este caso de Garantías) al



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

momento de resolver una cuestión vinculada a medidas de coerción, cualquiera fuera su género y especie. A tales fines, obligadamente, también tendré que analizar roles y facultades del Ministerio Público Fiscal.

Centrado el eje del problema, para comenzar, propondré como mecanismo de interpretación de la norma la necesidad de diferenciar muy claramente la cuestión de roles.

Es rol del Ministerio Público Fiscal, aún antes de la vigencia del nuevo código acusatorio, la excitación jurisdiccional a través del ejercicio de la acción penal (ver Genaro Carrió. La Acción).

Así, desde los inicios del derecho procesal local los jueces carecían de capacidad jurisdiccional si antes no se había excitado la jurisdicción por parte del Fiscal; ello se veía como *rara avis* en distintos actos procesales del antiguo digesto. Hoy, ante la supremacía de los sistemas acusatorios impuestos por el Bloque Constitucional, dicho ejercicio de rol o capacidad funcional, ha sido ampliado hasta el más mínimo de los detalles. Son muy pocos los actos procesales en los que la ley prescinde de una actividad exigida al Fiscal. Solo a título de ejemplo, podría citarse el artículo 371 in fine, que no impone en su texto el requerimiento Fiscal. No obstante copiosa jurisprudencia en la provincia ha considerado que sin la petición de aquel, los tribunales no podrían resolver autosatisfactivamente.

Volviendo al tema central, esto es las medidas de coerción preventivas, se advierte con absoluta claridad que es el Fiscal quien, acotado por los límites que imponen los principios de legalidad y objetividad, ejerce en forma exclusiva y excluyente la facultad de solicitar aquellas medidas. Así se desprende sin lugar a interpretación distinta del artículo 161 segunda parte del Código Procesal Penal.

Este rol o facultad es la esencia de los sistemas acusatorios, pues si fuese el Juez, quien a su leal saber y entender ejerciese dicha facultad, el

sistema concebido como “de partes” viraría peligrosamente hacia un formato inquisitorial.

Si, como he sostenido, el sistema solo permite al Fiscal la solicitud de las medidas de coerción –en este caso cautelares-, cuál resulta ser el rol del Juez.

El Juez, que por definición actual es un tercero imparcial, debe actuar como tal, mas allá que por la actualidad de la definición, en virtud de la ley procesal.

Tal vez, sobre lo primero que debamos reflexionar es que los Jueces de Garantías –y su correlato en las Excmas. Cámaras- no son los actores procesales que en el desarrollo del juicio defienden los intereses del Estado. Por el contrario, la ley los define como celosos guardianes de las garantías individuales del imputado. Dicho celo, ante la lógica subjetividad del Fiscal al pedir que se valoren los elementos de prueba generados por su propia actividad, el significado jurídico de los hechos que investiga, los indicios de autoría, los riesgos procesales, etc. Parece lógico que la posición equidistante asignada al Juez sirva como remedio rector de las subjetividades interpretativas que las partes naturalmente tienen proclividad a generar. No solo el Fiscal, obviamente, sino también el Particular Damnificado o la Defensa.

Como lo anticipara, el Juez no es el representante del interés del Estado en un juicio, dicho rol está reservado al Fiscal. Razón por la cual, si resolviera *ultra o extra petitis*, intervertiría su rol para transformarse en un Juez inquisitivo con facultades auto satisfactivas. La ley no lo quiere. Dichas medidas han ganado un amplio lugar en otras ramas del derecho, en las que siempre existe la posibilidad de reparación ulterior, más no en el derecho penal en cuanto la pérdida de la libertad ambulatoria no es susceptible de reparación ulterior.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Habremos de preguntarnos entonces, si tantas son las facultades de los Fiscales en materia de coerción personal, porqué razón el codificador no le asignó un rol completo; es decir, porqué razón un Fiscal no podría “juridizar” una detención o bien una prisión preventiva y ser él el sujeto procesal en quien descansa la función total.

También parece lógico decir que el Código Procesal no es un digesto ajeno a la Constitución local o al Bloque Constitucional Nacional. De estas normas superiores se desprende –sin margen interpretativo- que todo derecho reconocido por la constitución solo puede ser cercenado por medio de un acto jurisdiccional. Para ello, obviamente se requiere de un auto fundado de un Juez, es decir un sujeto con la potestad del imperium. Nadie podría ser removido en su carácter de propietario de una cosa, si no mediere una sentencia judicial. Lo mismo para las medidas cautelares, ya sea un embargo o una prisión preventiva. Cualquier restricción a un derecho constitucional solo será posible a través de una sentencia fundada en derecho y motivada en los hechos.-

A que se apunta con estas definiciones casi reduccionistas y de perogrullo? Básicamente a postular que el Juez de Garantías, en sus resoluciones, solo podrá denegar ciertos pedidos del Fiscal cuando estos transiten el camino del voluntarismo, apartándose el procurador de la objetividad necesaria. No será este un rol vacío, por el contrario, será el funcionario puesto por el Estado para decidir, ni más ni menos que decidir, cuando están dadas las condiciones para allanar una finca, detener una persona, o dictar su prisión preventiva. Entre otros supuestos. Será entonces el Juez quien, a pedido del legítimamente interesado, “suspenda” un derecho constitucional del imputado, a través de un auto fundado con miras a satisfacer la manda preambular. La consolidación de la justicia.

En el caso concreto, cuando a través de un pedido de la Defensa se procura obtener una atenuación de la máxima medida de coerción preventiva y el Fiscal no se opone a ello –solo lo condiciona a que se realice un tratamiento-, el rol del Juez seguirá la misma suerte de lo que aquí se postula.

No podría entonces resolver extra o ultra petito, pues en su caso extendería su jurisdicción a un ámbito interdicto: una medida autosatisfactiva de carácter inquisitorial.

Más allá de la interpretación sistemática que propongo, basándome en las normas específicas, diré que rige el artículo 161 segunda parte del C.P.P, pues si puede el Fiscal requerir se disponga la libertad del imputado porque no va a pedir la prisión preventiva y el Juez está obligado a disponer la soltura, parece lógico aplicar el principio lógico de quien puede lo mas puede lo menos.

Ello interpretado con los alcances que indican el artículo 1, 144, 145 y c.c. del C.P.P.

Cabe reflexionar que si el Fiscal decide –con base a la evaluación de riesgos procesales y características personales del imputado- no pedir el dictado de la Prisión Preventiva y su decisión obliga al Juez, mas aún lo será cuando su decisión sea atenuar dicha medida cautelar.

Entrando en el sistema lógico de las decisiones judiciales es oportuno recordar que la proposición normativa que obliga a un sujeto se aplica con mayor razón a otro sujeto quien tiene una obligación mayor que el primero. Se materializa de dos maneras diferentes. A minori ad maius conocido frecuentemente por medio del enunciado: “si está prohibido caminar por el césped con mayor razón está prohibido correr sobre el mismo.” Y a maiore ad minus conocido frecuentemente por el enunciado “quien puede lo más puede lo menos.”. En este orden de ideas, como lo he planteado ex ante



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

propongo una interpretación a completudine, es decir valernos de argumentos sistemáticos justificantes que el sistema es completo y por lo tanto con las normas que lo conforman deben resolverse los litigios planteados.

No existen mayores discusiones filosóficas sobre el principio lógico de que “quien puede lo mas puede lo menos”, derivación necesaria del principio de causalidad, pues si algo o alguien posee una característica que se puede encontrar en diferentes magnitudes, no hay razón para suponer que ese algo solo puede encontrarse fijo en esa magnitud, y no podamos hallarlo en las magnitudes inferiores. Por ejemplo, si un motor produce una potencia que le permita a un automóvil alcanzar la velocidad de cien kilómetros, no hay contradicción lógica en que ese mismo motor le imprima al vehículo una velocidad de cincuenta kilómetros.

Por lo expuesto, propongo al cuerpo hacer lugar a la acción intentada, toda vez que resulta arbitraria la resolución impugnada en virtud de haber resuelto el tribunal fuera de las facultades que le confiere la ley.-

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el señor juez doctor Mahiques dijo:

Adhiero al voto del Dr. Celesia por sus mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal de Casación Penal por mayoría

R E S U E L V E:

RECHAZAR POR INADMISIBLE la petición de Hábeas Corpus formulada en forma originaria a favor del imputado **H. D. C., con costas.**

Art. 20 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 405, 406, 530, 531 y cctes. del C.P.P.

Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal, cúmplase con lo requerido por el anexo del acuerdo nro. 3595 y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

**FDO.: MARTÍN MANUEL ORDOQUI – JORGE HUGO CELESIA –
CARLOS ALBERTO MAHIQUES**

Ante mi: María Andrea Espada