

“Caballero Parra Alberto y Caballero Parra Rogelio s/habeas corpus”

C. 29405/III

San Isidro, 25 de febrero de 2015, a las 8 horas.

VISTA: La acción de hábeas corpus deducida a fs. 1/vta.

Practicado el correspondiente sorteo de ley resultó que debía observarse el siguiente orden en la votación: Jueces Dres. Gustavo Adrián Herbel, Celia Margarita Vázquez, y para el caso de disidencia el Dr. Carlos Fabián Blanco (cf. art. 440 del CPP, y acuerdo extraordinario nro. 1543).

Y CONSIDERANDO:

El Juez Gustavo Adrián Herbel dijo:

I. En el supuesto de autos, la defensora particular de los encausados Caballero, Dra. Estela B González Espul, interpuso la presente acción de hábeas corpus en favor de sus asistidos en los términos del art. 405 2º párrafo en función del inc. 5º del art. 169 del C.P.P., al considerar que la excarcelación de sus asistidos debe ser automática (art. 169 inc. 6 y 7 del C.P.P. (fs. 1/vta.).

Allí, alegó que con fecha 20 de febrero del corriente año fue presentado acuerdo de juicio solicitando –en correspondencia con la pena anteriormente pedida por la fiscalía en oportunidad de requerir la causa a juicio- la aplicación en suspenso de tres años de pena de prisión en orden al delito de robo cometido con el uso de arma blanca y lesiones en grado de tentativa (arts. 166 inc. 1º y 2º en función del art. 90 del C.P.).

Que el mismo día de la presentación mencionada también se solicitó la excarcelación de los imputados Caballero Parra por cese, toda vez que carecía de sentido el mantenimiento de la prisión preventiva ya que la pena en expectativa no sería de cumplimiento efectivo.

Asimismo, indica que en forma verbal se le comunicó en la Mesa de Entrada del Tribunal en lo Criminal N° 7, donde tramitan las peticiones, que la solicitud de excarcelación por cese de la prisión preventiva había sido rechazada.

Así la Defensora presentante interpuso una acción de hábeas corpus contra dicha denegatoria.

II. Conforme se desprende del incidente de excarcelación que corre por cuerda el Magistrado integrante del Tribunal en lo Criminal N° 7 rechazó con fecha 20 del corriente la excarcelación solicitada, por no compartir la

calificación legal sustentada en el requerimiento de elevación a juicio, y por tanto, descartar la posibilidad de una condena condicional (art. 169 inc. 7º del C.P.P.). A su juicio la calificación que corresponde al hecho – conforme el relato que surge de la imputación fiscal- es la de robo calificado por el resultado de lesiones graves (art. 166 inc. 1 del C.P.) cuya escala penal parte de cinco años de prisión y alcanza los quince años de la misma clase de pena, más no el concurso real pretendido por la fiscalía –y compartido por la defensa en la presentación de acuerdo de juicio abreviado- entre la figura de robo calificado por el uso de arma en grado de tentativa y el delito de lesiones graves. Al respecto da razones de su posición con cita en jurisprudencia.

III. Estimo admisible la acción de hábeas corpus, dado que en ella se denuncia que el acto jurisdiccional por el cual se dispuso mantener la detención de Alberto y Rogelio Caballero Parra resulta arbitrario, circunstancia que de comprobarse tornaría ilegal o arbitraria la privación de libertad, en función de lo preceptuado por el art. 405 CPP, que lo hace procedente contra toda prisión preventiva que no respete las disposiciones constitucionales y legales (V.gr., causas 27749/III, “Gambarte”, Rta. el 22 de mayo pasado, y 28.061/III, “Arias”, Rta. el pasado 6 de noviembre).

IV. De la lectura de los autos principales (causa nº 2976/00) emerge que con fecha 20 de febrero del corriente las partes formularon acuerdo de juicio abreviado respecto de los imputados, allí se acordó la calificación legal propuesta por la fiscalía –robo agravado por el uso de arma blanca y lesiones (arts. 166 inc. 1 y 2 del C.P.) en grado de tentativa (art. 42 y 44 del C.P.) y se indicó que se aceptaba la pena de tres años de prisión en suspenso, se solicitó el dictado de la respectiva sentencia y la libertad de Rogelio y Alberto Caballero Parra (ver fs. 108 de los autos principales), a continuación el Sr. Fiscal Orduna confirma la propuesta y manifiesta su conformidad (ver fs. 109), en concordancia con su precedente requerimiento de remisión a juicio donde pide la misma calificación legal y pena , ver fs. 74/76.

Como consecuencia de la formulación del acuerdo, el mismo día la Sra. Defensora solicitó la excarcelación de sus asistidos por cese de la prisión preventiva (ver fs. 1/13vta del incidente respectivo). La excarcelación fue denegada. El Juez integrante del Tribunal en lo Criminal Nº 7 luego de consignar en detalle los antecedentes del expediente, consideró a la luz de lo preceptuado por el inc. 7º del art. 169 del C.P.P. que la calificación legal

acordada por las partes a su juicio no correspondía. Explicó que del relato imputado a su parecer debe aplicarse la figura específica del art. 166 inc. 1º del C.P. en cuanto prevé el desplazamiento de la figura de desapoderamiento agravado por arma en grado de conato cuando el resultado es de lesiones graves consumadas. Así, aprecia que por el contrario a lo propuesto por las partes, la escala penal de la figura parte de un mínimo legal de cinco años y alcanza los quince años de prisión, excluyendo la posibilidad de la ejecución condicional de la eventual condena, tal como pretende la solicitud. Cita al respecto jurisprudencia que avala su postura.

La defensa, anoticiada de la denegatoria de las libertades peticionadas, presentó la presente acción de hábeas corpus insistiendo en que corresponde las libertades de sus asistidos de pleno derecho frente al acuerdo de pena y modo de cumplimiento en suspenso.

V. Analizados los fundamentos de la acción interpuesta y de la resolución impugnada, así como las restantes constancias del legajo principal, adelanto que propiciaré el hacer lugar a la pretensión revocatoria.

Toda medida de coerción dispuesta en una causa penal tiene como prerrequisito insoslayable el requerimiento de la parte acusadora (art. 146, 1er párr., y 151, del C.P.P.). Y toda restricción de la libertad impuesta por fuera de este principio general que habilita su procedencia, deviene una medida arbitraria, dictada por fuera de las facultades de los jueces que así lo deciden.

Es claro que en el presente caso se pretende revisar la prisión preventiva, frente al acuerdo de las partes de no prisionizar a los imputados, proponiendo una pena de tres años privativa de libertad de ejecución en suspenso.

Al respecto, la decisión denegatoria del A-quo de no variar la situación de los imputados Caballero Parra, fijando una posición doctrinaria y jurisprudencial sobre la calificación legal de los hechos endilgados, no supe la ausencia en el caso de la pretensión fiscal como condición indiscutible de la legalidad de las medidas de coerción.

Así, el art. 146 del C.P.P. establece que el órgano jurisdiccional “a pedido de las partes” puede disponer medidas de coerción bajo determinadas condiciones, entre ellas (inc 3º del mencionado) prescribe que la medida debe ser proporcionada al objeto de tutela.

No hay dudas que el Sr. Fiscal en dos oportunidades (acuerdo de juicio abreviado y ratificación del mismo, ver fs. 108/109) manifestó su conformidad frente a la libertad de los encausados, expresando también su posición de pretensión punitiva –objeto de tutela- inclusive con anterioridad, al requerir la elevación de la causa a juicio (tres años de prisión en suspenso), ver fs. 74/76.

Debe recordarse, tal lo he sostenido reiteradamente - en causas n° 26.623/III “Sauco”, 27.749/III “Gambarte”, entre muchas otras-, que siempre que se dispongan o revisen medidas de coerción debe estarse a lo establecido por el artículo 146 del mismo cuerpo legal, que precisa, como condición “sine qua non” para toda medida de coerción - sea personal o real - petición de parte, sin que el órgano jurisdiccional se encuentre de por sí habilitado a dictarla oficiosamente.

No sólo una interpretación sistemática así lo determina, sino que sostener lo contrario implicaría avasallar el principio acusatorio y la inviolabilidad de la defensa en juicio (arts. 18, 33 y 75 inc. 22° de la CN art. 8 de la CADH y art. 14 PDCP), con inobservancia de la intervención del Ministerio Público Fiscal en el proceso y a su participación en los actos en que ella es obligatoria (art. 202 inc. 2° en función del art. 146 del C.P.P.).

Vélez Mariconde al referirse a la regulación de la función requirente indica que *“...A fin de establecer un marco formal adecuado a la administración de justicia que permita la defensa oportuna del imputado y, en consecuencia, el equilibrio entre los intereses que debe tutelar, la ley procesal confiere al Ministerio Público la función de promover y proseguir la acción penal, es decir, de excitar al órgano jurisdiccional y requerirle una decisión justa sobre el fundamento de la pretensión represiva que emerge del delito...”* (Velez Mariconde, Alfredo, "Derecho Procesal Penal. Tomo I", Lerner Editora, Córdoba, 1986, pag. 250, 3ª edición 2ª reimpresión).

En igual sentido, Maier destaca que *“... La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir... los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese*

reclamo (nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio)...” (Maier, Julio B.J: “Derecho Procesal Penal” Tomo I, Ed. Del Puerto, págs. 444 y ss.).

Ferrajoli también indica que la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Esta separación requerida por el *nullum iudicium sine accusatione*, comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tiene atribuidas las de postulación –con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*-, sino también el papel de parte –en posición de paridad con la defensa- asignado al órgano de la acusación. La garantía de separación así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto a las partes de la causa, que es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación (Ferrajoli, Luigi “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, pág. 567).

Así también, la Corte Suprema Nacional ha sostenido que cuando los jueces, en lugar de reaccionar frente a un estímulo externo a favor de la persecución, asumen un compromiso activo a favor de ella son susceptibles de generar “... dudas en cuanto a la imparcialidad con que debieron haber controlado el procedimiento... esto es, permaneciendo “ajenos”. ... [E]l derecho a ser juzgado por los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (art. 18 de la Constitución Nacional), debe ser entendida como sujeta a la garantía de imparcialidad, reconocida como garantía implícita de la forma republicana de gobierno y derivada del principio acusatorio (Fallos: 125:10; 240:160), sin restricción alguna en cuanto al mayor o menor avance de las etapas procesales...” (CSJN., Q.162.XXXVIII, “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa n° 4302, 23/12/2004).

Toda medida de coerción representa una intervención del Estado en el ámbito de libertad jurídica del hombre, que en nuestro sistema procesal acusatorio exige de un acuerdo judicial entre el acusador que requiere la medida y el juez que la entienda procedente; si el fiscal no postula tal coerción o el juez la considera improcedente, la medida no puede ser aplicada (cf arts. 146, 147, 161 ad simili, todos del C.P.P.).

Adviértase que en el caso, el fiscal en tres oportunidades petitionó una pena de cumplimiento en suspenso (fs. 74/76, 108/109), lo que importa, dejar sin petición acusatoria la medida de coerción privativa de la libertad que venía soportando el imputado, pues con tal decisión el fiscal determinó la desactivación de uno de los requisitos sustanciales de la coerción, cual es el objeto de tutela (art. 146 inc. 1 CPP). Esto es, si la petición punitiva requerida por el fiscal no es de cumplimiento efectivo, no corresponde detener a quien siendo jurídicamente inocente –por su calidad de procesado- no sería pasible de encierro; pues se torna desproporcionada la medida de coerción privativa de la libertad de una pena que –según petitiona el acusador- no se cumpliría en encierro, aun cuando arribarse a un veredicto condenatorio firme.

Cabe resaltar que en el registro de la audiencia de excarcelación (fs. 11 del presente incidente) la fiscalía postuló como justificativo para la detención de los imputados, la eventual pena en expectativa, por lo que con las decisiones actuales que requieren una pena de cumplimiento en suspenso, dejan sin fundamento el tipo de coerción ejercida y por tanto, torna arbitraria la denegatoria de excarcelación. Ello sin perjuicio que el fiscal pueda sostener otro tipo de medidas de sujeción atendiendo a la falta de arraigo que postulara en virtud de su carácter de extranjeros.

Obsérvese que ante el requerimiento de cese de la coerción (art. 147 CPP) el “a-quo”, tampoco ensayó la vista prescripta por el tercer párrafo de dicha manda legal, a fin de ver si el acusador pretendía alguna sujeción especial por razones diversas a la expectativa de pena, y denegó la excarcelación al entender que el inc. 7 del art. 169 CPP sólo es aplicable cuando el requerimiento fiscal de juicio resulte “*adecuado*” y permita la condena condicional, soslayando de este modo los principios generales que rigen en nuestro sistema en materia de coerción e imponen que esta sólo sea fijada a pedido de parte (art. 146 CPP); siendo que el fiscal, a fs. 108 del principal, acordó con la defensa, solicitar al juez sentencia de juicio abreviado y ordenar la “*inmediata libertad*”. Ello, más allá de las discusiones que puedan suscitarse en materia de calificación legal.

De lo expuesto se verifica que se ha inobservado la intervención del Ministerio Público Fiscal (art. 146 CPP) y la consecuente intervención, asistencia y representación de los imputados, por lo que, por imperio del art. 202, incs. 2 y 3, corresponde hacer lugar a la presente acción de hábeas

corpus, revocar el auto que denegó la excarcelación de los imputados y disponer la inmediata libertad de los nombrados, previo celebrar audiencia en forma inmediata, a fin que el fiscal se expida sobre eventuales medidas de sujeción que entienda corresponda imponer a los imputados en el marco del contradictorio ante el juez competente (arts. 18, 33 y 75 inc. 22º de la CN, arts. 146, 147, 201, 202, inc. 2º, 203, 405, 415 y ccdtes. del C.P.P.), debiendo enviarse inmediatamente el legajo a la instancia a tales fines.

Es mi voto.

La Jueza Celia M. Vazquez dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante por los mismos motivos y fundamentos.

Por ello, el Tribunal

RESUELVE:

I. DECLARAR ADMISIBLE la presente acción de hábeas corpus de fs 1/vta, por las razones expuestas en los considerandos (art. 405, párr. 1º, CPP).

II. HACER LUGAR A LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS interpuesta, **revocar** el auto que deniega las excarcelaciones por cese de la prisión preventiva de **Alberto y Rogelio Caballero Parra**, y **disponer la libertad** de los nombrados previo celebrar audiencia en forma inmediata, a fin que el fiscal se expida sobre eventuales medidas de sujeción que entienda corresponda imponer a los imputados en el marco del contradictorio ante el juez competente, y certificar que no pesen sobre los nombrados pedidos de captura alguno; por las razones expuestas en los considerandos (arts. 18, 33 y 75 inc. 22º de la CN, arts. 146, 147, 201, 202, inc. 2º, 203, 405, 415 y ccdtes. del C.P.P.).

III. Regístrese, remítase el presente incidente, el expediente principal y su incidencia agregada inmediatamente a la instancia a los fines dispuestos en el punto II, delegando en ella las notificaciones pendientes. Sirva la presente de atenta nota de remisión.

FDO: GUSTAVO A. HERBEL - CELIA M. VÁZQUEZ

Ante mí: GABRIELA GAMULIN