

"REGNER CLAUDIO RUBEN S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA",
Expte. N° 5170.

///C U E R D O:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los tres días del mes de mayo de 2022, reunidos los Miembros de la Sala N° 1 en lo Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: Presidenta Dra. CLAUDIA MÓNICA MIZAWAK, y Vocales, Dres. DANIEL OMAR CARUBIA y MIGUEL ÁNGEL GIORGIO, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. Melina L. Arduino, fue traída para resolver la causa caratulada: "REGNER CLAUDIO RUBEN S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA" N° 5170 .-

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: CARUBIA - MIZAWAK - GIORGIO.-

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Qué corresponde resolver?

A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CARUBIA, DIJO:

L.- Vienen estas actuaciones a despacho a fin de resolver la impugnación extraordinaria interpuesta por el Defensor Público de Coordinación -interino-, Dr. Gaspar Ignacio Reca, representante del encartado Claudio Rubén Regner, contra la sentencia N° 180, dictada por la Sala 1 de la Cámara de Casación Penal que hizo lugar al recurso interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal, Dres. Juan Francisco Malvasio y Santiago Brugo, contra la resolución dictada el 9/12/20 por el Vocal de Juicios y Apelaciones, Dr. Gustavo Pimentel, y anuló esta última resolución, como asimismo la dictada en fecha 29/10/20 por la Jueza de Garantías N° 5 de la ciudad de Paraná, Dra. Paola Firpo, que declaró la inadmisibilidad e invalidez de la requisita personal y posterior detención efectuada al imputado -y su consecuente exclusión probatoria- y

dispuso el sobreseimiento del mismo.-

II.- Para decidir en ese sentido, la Sala I de la Cámara de Casación admitió lisa y llanamente el recurso de casación del Ministerio Público Fiscal, aún luego de dos pronunciamientos jurisdiccionales coincidentes en favor de la medida desincriminatoria y esto necesariamente debe despertar una liminar observación, toda vez que no es posible ignorar la curiosa y peculiar interpretación del tribunal casatorio que en la especie, frente a un pronunciamiento de la Jueza de Garantías, favorable al interés del encartado, confirmado por el Tribunal de Juicio y Apelaciones, admitió igualmente el recurso de casación de la acusación, contrariamente a lo resuelto por el mismo Tribunal en otras causas (p.ej.: "COZZI") donde ha considerado inadmisibile la casación de la defensa contra sentencias de Apelación confirmatorias de pronunciamientos de Jueces de Garantías, ambos en favor de la acusación, interpretando que ello satisfaría la garantía del "doble conforme" emergente del Pacto de San José de Costa Rica, lo cual significa que, para ese Tribunal, se trataría de una garantía de la acusación y no del imputado, en interpretación absolutamente tergiversante del verdadero sentido con que se consagra ese derecho en cabeza de la persona inculpada de un delito (cfme.: art. 8, inc. 2, ap. h, CADH).-

Este criterio, que encuentro por entero equivocado, pareciera reflejarse en las consideraciones volcadas por la Casación en la sentencia en crisis, toda vez que, luego de consignar los antecedentes del caso y sintetizar los fundamentos de la decisión impugnada, antes de profundizar el examen del asunto, inicialmente expresa (cftr.: pto. V.b) discrepar con la solución adoptada y, a partir de allí, intenta sustentar esa determinantes afirmación con un genérico análisis normativo y citas doctrinarias que no avalan claramente la postura casacionista -salvo muy forzada y parcializada interpretación-, pero todo ello en una elaboración meramente argumental que ignora los hechos y circunstancias concretas motivantes de los pronunciamientos desincriminantes con los cuales

discrepa y de los derechos y garantías fundamentales en juego que aquéllos consideraron vulnerados por el accionar policial consignado en el acta pertinente, indicando solamente que el fallo de la Jueza de Garantías resultaría prematuro, porque no estaban dadas las condiciones para resolver de ese modo y no se ajusta a las normas que regulan el proceso penal, las cuales no precisa allí y desarrolla luego una particular exégesis en abstracto de normativa del Código Procesal Penal, aseverando que no se puede invalidar o inadmitir prueba que aún no fue ofrecida para el juicio, lo cual aprecia ocurrido en el caso e indica que se cerró el desarrollo de la IPP, en función de la decisión sobre la invalidez de una sola evidencia, que aún -insiste- no había sido ofrecida como prueba, y sin conocer si existían otros elementos que pudieran aportar información de calidad acerca de cómo y por qué se produjo la detención y la requisa que, por ello, se trataría de una decisión prematura; aunque, paradójicamente, declama que *"las facultades policiales para detener personas deben tratarse con celo extremo. No debe admitirse ningún tipo de abuso ni exceso por parte de la policía ..."*, pero que, para excluir su actividad, la ilegalidad debe quedar plenamente acreditada.-

III.- El memorial impugnativo de la defensa enumeró y desarrolló los requisitos formales de admisibilidad que autorizan la procedencia del recurso articulado, marcando como cuestión federal que la sentencia impugnada sólo luce dotada de una fundamentación aparente en violación al deber de motivación constitucionalmente exigido y que ello permite su tacha a través de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.-

Señaló que el fallo se ha apartado de las normas rituales que gobiernan el proceso penal, efectuando afirmaciones a partir de premisas falsas, dejando sin fundamentos a la conclusión a la que arriba; con seria afectación al derecho de defensa en juicio y la garantía del debido proceso.-

Agregó que, además, la decisión impugnada trasunta un

supuesto de "arbitrariedad sorpresiva" dado que Casación se ha excedido de los agravios del M.P.F., violentando el principio "*tantum devolutum quantum appellatum*", para hacer lugar al recurso, comprometiendo así los principios acusatorios, adversarial y el de congruencia, dado que lo resuelto nunca fue objeto de agravio ni, por tanto, de responde.-

Desarrolló los antecedentes del proceso, abasteciendo de ese modo el recurso.-

Señaló que al realizarse la audiencia de remisión el MPF manifestó -para argumentar la acusación- que de las evidencias recolectadas en el legajo fiscal existían suficientes elementos para abrir la instancia del juicio oral y público, precisando que las evidencias que sustentaban esa posición venían dadas por el acta prevencional de secuestro del arma de fuego y la intervención que los funcionarios policiales tuvieron al momento de la aprehensión y requisa del joven Regner.-

Que, frente a esa fundamentación acusatoria, la defensa instó la exclusión probatoria de esa evidencia por considerar que la misma fue producto de un procedimiento policial ilegítimo y arbitrario; y al no existir ninguna otra evidencia en el legajo fiscal para fundamentar la apertura del juicio (cfme. art. 402 CPP) instó el sobreseimiento.-

Continuó detallando que, ante ese planteo defensivo, la Jueza de Garantías dio nueva intervención al MPF quien se limitó a resistir la exclusión probatoria y el pedido sobreseimiento con el argumento de que todo ello debía ser discutido y confrontado en el plenario y no en esa prematura instancia. Al resolver, la señora Jueza hizo lugar al planteo de exclusión y, en consecuencia, dictó el sobreseimiento de Regner.-

Informó que el MPF apeló sosteniendo que la resolución era prematura por cuanto toda la discusión respecto de la procedencia de la exclusión probatoria recién podía ser analizada en el debate, y que el MPF intentó justificar -ya en la instancia recursiva- el procedimiento policial en cuestión arguyendo que Regner había violado el aislamiento social,

preventivo y obligatorio; y también intentó justificarlo argumentando que el procedimiento policial fue producto de un hecho delictivo que se estaba investigando; e intentó legitimarlo -también- aduciendo que existirían otras razones que motivaron el accionar policial y que los funcionarios no pudieron volcar en el acta dada la escasez de renglones.-

Relató que el señor Vocal del Tribunal de Juicios y Apelaciones rechazó el recurso y confirmó la decisión desincriminatoria, desestimando uno a uno los agravios del recurrente, explicando con solidez los yerros en el razonamiento del quejoso. Sostuvo que todo lo vinculado con la supuesta infracción al ASPO, como lo relacionado con el supuesto delito cometido con anterioridad, de ningún modo podían ser tenidos en cuenta y, mucho menos, la explicación de escasez de renglones en el acta, argumento que tildó de infantil y analizó el procedimiento policial, arribando a la conclusión de que el mismo se realizó en violación a garantías individuales, por lo que excluyó por ilícita las evidencias y explicó que la única solución posible -luego de la exclusión probatoria- era el dictado del sobreseimiento.-

Detalló que entonces el MPF recurrió en casación reiterando los mismos agravios y arribándose al fallo aquí impugnado, cuya fundamentación giró en torno a que, en la audiencia de remisión de la causa a juicio, el MPF no concluyó con su actividad de ofrecimiento de prueba, lo que impedía conocer si existían, o no, otras evidencias que pudieran justificar la apertura del juicio y, a raíz de ello, anuló la decisión impugnada y la de grado.-

Tras el resumen de los antecedentes, el recurrente expresó agraviarse por arbitrariedad en la fundamentación para dejar sin efecto la exclusión probatoria y el sobreseimiento. La sentencia casatoria, luego de compartir la relevancia constitucional y convencional de la cuestión de fondo, limitó su tarea revisora a detectar una mera cuestión formal, para sostener que la exclusión probatoria y el sobreseimiento dispuesto resultó

prematureo, pues al no haber efectuado el MPF su ofrecimiento probatorio en la audiencia de remisión de la causa a juicio, la decisión desinriminatoria adoptada por la Jueza de grado resultó anticipada dado que, a ese momento, desconocía si existían otras evidencias que el MPF podía llegar ofrecer contra Regner.-

Señaló una zigzagueante línea de razonamiento, pues comienza afirmando que la audiencia de remisión de la causa a juicio constituye la instancia procesal adecuada para el tratamiento de las exclusiones probatorias y luego parece desdecirse de ello con la cita de un artículo de doctrina, toda vez que sus autores terminan postulando que, conforme el nuevo sistema de enjuiciamiento, los registros policiales no pueden servir de prueba hasta tanto ellos sean debidamente introducidos en el debate por intermedio de los testigos (en este caso, los agentes policiales) y esa sería la única prueba que el juzgador podría valorar para decidir.-

Analizó que, si se sigue la opinión doctrinaria citada, no podrían plantearse y resolverse durante la IPP las exclusiones probatorias, sino que ello recién podría ser discutido durante el juicio oral, lo que significaría abrogar las disposiciones de nuestro CPP en materia de exclusiones probatorias (art. 198); pero, sin embargo, el artículo doctrinario citado, no trata las situaciones de exclusiones probatorias por flagrantes violaciones a garantías constitucionales sino que sólo persigue explicar -en términos generales- cómo deben ser tratados los registros policiales en el marco de un proceso penal de corte acusatorio, entendiendo que la cita no es óptima.-

Señaló que hay casos, como éste, en los que la violación a la garantía constitucional no requiere de un mayor conocimiento, sino que bastan los elementos recolectados durante la IPP para arribar a tal conclusión y que la postura contraria derribaría las normas rituales que gobiernan nuestro proceso penal (art. 198 CPP) e, incluso, atentarian contra

el espíritu del nuevo sistema de enjuiciamiento, ya que si bien el proceso penal acusatorio enaltece la etapa del debate (y debilita la instancia previa de recolección de evidencias) ello no significa, de ningún modo, que todo lo ocurrido durante la IPP sea irrelevante, máxime cuando está en discusión si hubo o no violación a garantías constitucionales en el proceder de la fuerza de seguridad.-

Agregó que la máxima función de los jueces de garantías es controlar y verificar que el proceso se desarrolle con absoluto respeto de las garantías constitucionales, y que si advierte que el MPF pretende llevar a juicio un caso fundado en evidencias obtenidas en violación a garantías constitucionales, de ningún modo pueden permitir la continuidad del proceso en esas condiciones, por lo que algunas exclusiones probatorias por violación a garantías constitucionales pueden y deben ser tratadas por el Juez de Garantías -aún sin mediar un planteo concreto de parte-, no debiendo éste avalar la continuidad de un proceso si detecta la ilegalidad de la evidencia con la que el MPF pretende ir a juicio, debiendo excluir la prueba ilegalmente obtenida y, luego, a tenor del resto de la fundamentación del MPF, abrir o no la instancia del juicio si es que existen otras evidencias que sustenten la acusación.-

Analizó luego si la resolución fue "prematura" como lo hizo Casación y dijo que no es cierto lo afirmado en cuanto señala que sólo pueden excluirse evidencias en la audiencia de remisión de la causa a juicio y, siempre, que ello ocurra después del ofrecimiento de pruebas de las partes, siendo ambas afirmaciones incorrectas, pues en primer lugar, el art. 198 CPP es harto demostrativo de que la exclusión probatoria puede ser planteada en cualquier momento durante la IPP, incluso antes de la remisión, ya que si la defensa quiere hacer un planteo de exclusión probatoria de ninguna manera está obligado a tener que soportar toda la IPP y esperar hasta la audiencia de remisión; argumentando que tal interpretación colocaría al Juez de Garantías en un mero espectador de lujo

de un proceso penal viciado, cuya supervivencia únicamente dependería del libre arbitrio del MPF, lo que resulta inaceptable.-

Señaló que, incluso, la exclusión probatoria debería ser dictada aún de oficio si se advierte, en cualquier momento de la IPP, la afectación de garantías constitucionales (art. 197 CPP), y que no resulta ajustado a derecho afirmar que las exclusiones probatorias sólo pueden ser planteadas en la audiencia de remisión, siendo ello contrario a la normativa ritual (art. 198 CPP) y al espíritu del nuevo sistema de enjuiciamiento penal que, al separar las funciones acusatoria y jurisdiccional, vino a fijar límites al ejercicio de la acción penal, por un tercero imparcial que debe velar por el respeto de los derechos y garantías de los sujetos involucrados.-

Expresó que tampoco resulta ajustado a derecho sostener que estos planteos sólo podrían efectuarse una vez realizado el ofrecimiento de prueba por las partes dado que “no se puede ‘invalidar’ o declararse ‘inadmisible’ prueba que aún no fue ofrecida para el juicio”; explicando que pueden ser declaradas ilícitas las evidencias recolectadas en cualquier momento de la IPP si la Jueza verifica que la recolección de una evidencia fue obtenida en violación a garantías constitucionales lo debe declarar -aún de oficio- en cualquier momento y, excluida esa evidencia la causa continuará sin ella y -aclaró- en tal supuesto, no podría disponerse el sobreseimiento del imputado dada la posibilidad de que el MPF continúe recolectando nuevas evidencias que pudieran permitir -luego- la apertura del juicio fundado en esos otros elementos no alcanzados por la “*doctrine of poisoned fruit*”.-

Dijo que si se siguiera el equivocado criterio de la Casación, una evidencia recolectada en infracción a garantías constitucionales podría ser válidamente utilizada por el MPF para fundar un pedido de prisión preventiva durante la IPP ya que -a su entender- la ilegalidad de esa evidencia no podría ser planteada ni resuelta hasta la audiencia de remisión de la causa a juicio, y que esto de ninguna manera

puede ser así, debiendo la evidencia ilegal ser purgada lo antes posible.-

Agregó que el debido proceso reposa sobre valores que no permitirían jamás la supervivencia de una evidencia ilegal o ilícita; y que ello no quita que normalmente los planteos de exclusión probatoria se concentren en la audiencia de remisión a juicio, pero obedece a otras razones (economía procesal, estrategia, conveniencia), pero de ningún modo significa que aquellas evidencias recolectadas de manera ilegal deban permanecer y tenerse por válidas hasta la remisión.-

Apuntó que tampoco resulta correcta la otra afirmación efectuada en la sentencia que reza: no pueden excluirse del proceso evidencias que no han sido ofrecidas como prueba en la remisión de la causa a juicio.-

Explicó que, si las exclusiones probatorias pueden ser planteadas en cualquier momento durante la IPP, de ningún modo puede ser cierto que ello recién pueda ser efectuado en la audiencia de remisión y, mucho menos, luego de los ofrecimientos de prueba. Agregó que ello de por sí bastaría para demostrar la falacia en que se asienta el razonamiento sentencial, pero que además tal afirmación implica desconocer la dinámica de la audiencia de remisión.-

Expresó que en la remisión, el MPF explica cuáles son las evidencias con la que cuenta para acreditar *prima facie* la materialidad del hecho y la autoría responsable, y la calificación legal del hecho; si no media ningún planteo de parte al respecto, la audiencia continúa con los ofrecimientos de prueba, se instarán los acuerdos probatorios y, luego, se depurará. En este caso, luego de oír la defensa que el MPF fundamentaba su imputación basado únicamente en evidencia ilícita, efectuó en ese momento el planteo de exclusión probatoria y sobreseimiento, se corrió vista al MPF para escucharlo y éste sólo se limitó a resistirlos, argumentando que esa no era la etapa procesal oportuna, sin indicar ni señalar la posible existencia de otras evidencias de fuente independiente

que pudieran justificar la continuidad de la causa; procediendo entonces a resolver los planteos y, siendo que las únicas evidencias fueron excluidas, la acusación fiscal quedó huérfana de bases suficientes para la apertura y, al encontrarse clausurada la IPP, no quedaba más alternativa que disponer el sobreseimiento.-

Señaló que Casación, en vez de relevar tal circunstancia, afirmó que el sobreseimiento fue prematuro pues la Jueza desconocía si existían otras evidencias que pudieran fundar la apertura del juicio, cuando ellas ni siquiera fueron invocadas por el MPF al resistir el sobreseimiento.-

Explicó que la Jueza, previo a resolver el pedido de sobreseimiento, le dio intervención al MPF quien sostuvo que era improponible ya que la exclusión probatoria debía ser sustanciada recién en el debate, frente a lo cual no tuvo más opción que sobreseer dado que el acusador no invocó la existencia de otras evidencias de fuente independiente, no siendo correcto sostener -como hizo Casación- que era deber de la Jueza hipotetizar que existiera alguna evidencia de fuente independiente no invocada siquiera por el titular de la acusación, resultando tal razonamiento contrario a los principios acusatorio y adversarial que gobiernan nuestro sistema de enjuiciamiento, lo que fue puesto de relieve por el Dr. Pimentel al sostener que el sobreseimiento era consecuencia inevitable de la exclusión probatoria dispuesta.-

Recordó que en la audiencia de remisión el Ministerio Público Fiscal tiene la obligación de brindar los “fundamentos de la imputación” (cfme. arts. 402 y 403 CPP), o sea la explicación de las evidencias con las que cuenta y con las que pretende acreditar -en juicio- la materialidad del hecho y la autoría responsable del imputado; y a partir de allí el Juez podrá ponderar la relevancia, pertinencia, etc. de la prueba ofrecida.-

Continuó diciendo que, efectuado el planteo de exclusión probatoria y sobreseimiento por su parte, el MPF tenía la oportunidad de

ampliar los “fundamentos de la imputación” y explicar en esa ocasión que, aún en el caso de resolverse la exclusión probatoria, existían otras evidencias de fuente independiente que habilitaban la apertura del juicio, pero nada de eso dijo, por lo que resulta arbitrario sostener que era deber de la jueza conjeturar e hipotetizar sobre algo que ni siquiera fue planteado por el propio MPF.-

Señaló doctrina de la CSJN respecto de la existencia de evidencia de fuente independiente como una de las excepciones admitidas en la regla de exclusión, citando al efecto “Rayford” (308:733), “Ruíz, Roque” (310:1847) y “Daray” (317:1985), donde se precisó que no basta para afirmar la existencia de potenciales fuentes independientes las meras conjeturas imaginarias sino que ellas deben surgir del legajo, ser tangibles y probables, y nada de ello siquiera especificó la Casación, la que sólo se limitó a realizar una afirmación dogmática que ninguna vinculación tenía con la presente causa, de que podrían existir tales evidencias independientes, lo que resultó una mera declamación sin contenido, dogmática y carente de sustento, que vicia también la decisión impugnada.-

Hizo notar que la ilegalidad del procedimiento surgía de las propias actuaciones prevencionales dado que allí se plasmaron las razones que motivaron el proceder policial, y era en esa oportunidad dónde los policías debieron dejar constancia de los motivos justificantes de la aprehensión y requisa; y por tanto las únicas razones que los movieron a actuar fueron los consignados en el acta; y el MPF, al responder el planteo de exclusión, no adujo la existencia de otros distintos que pudieran legitimar el procedimiento.-

Agregó que la Jueza de Garantías tenía la obligación de resolver el planteo teniendo en cuenta las posiciones de las partes, no pudiendo ampararse en la posible existencia de otros motivos no conocidos que habilitasen del proceder policial, cuando ellos no fueron consignados en ninguna actuación ni invocados siquiera por el MPF en la audiencia.-

Para finalizar, expresó como agravio una supuesta violación al principio de congruencia porque el fallo se extralimitó respecto de los agravios del MPF, dado que en ningún momento éste invocó -en casación- no haber tenido oportunidad de ofrecer la prueba en la audiencia de remisión, sino que solo calificó de “prematura” la resolución de la Jueza de Garantías por entender que la audiencia de remisión a juicio no era la etapa procesal oportuna para tratar y resolver la exclusión probatoria, sino que sólo podía ser analizado durante el debate, pero jamás cuestionó como agravio que se haya resuelto teniendo otras evidencias para ofrecer, y mucho menos que hayan sido fuente independiente para pretender acreditar el hecho.-

Concluyó que MPF siguió insistiendo -ya en casación- que la cuestión vinculada a la exclusión probatoria sólo podía ser tratada en el debate, y la defensa refutó ese concreto agravio del MPF, indicando que la reglamentación procesal contempla que las exclusiones probatorias deben ser articuladas durante la IPP y que la violación a garantías constitucionales surgía de las propias evidencias recolectadas por el MPF (actas prevencionales) y de las testimoniales recabadas, y que -al momento de responder el planteo- ningún otro argumento brindó para resistir la exclusión probatoria (v.gr. la existencia de otros motivos que hubieran justificado el actuar policial) ni, mucho menos, adujo la existencia de otras evidencias de fuente independiente que pudieran habilitar la instancia oral; ya que sólo adujo que no era esa la instancia procesal para resolver el planteo de exclusión probatoria, señalando que ello sólo podía ser tratado durante el plenario, y lo continuó repitiendo tanto en apelación como en casación, agregando ya en instancia recursiva que el procedimiento policial debía ser reputado legítimo pues Regner se encontraba violando el ASPO o que la detención fue producto de la investigación de un hecho ilícito cometido con anterioridad; tras lo cual Casación, en lugar de limitar su resolución a la medida del agravio fiscal (cfme. principio *tantum devolutum*

quantum appellatum), se extralimitó y fue más allá, afirmando que la resolución de grado debía ser anulada pero, por considerar, que el MPF no tuvo oportunidad de ofertar su prueba en la audiencia de remisión, por lo que la decisión habría devenido prematura dada la posibilidad de que haya podido ofrecer otras evidencias de fuente independiente; fundamentación sentencial que luce absolutamente ajena a la controversia planteada, no fue objeto de discusión entre las partes dado que ello jamás fue planteado o argüido por el MPF y, por tanto, la defensa jamás tuvo oportunidad de defenderse de ello.-

Dijo que ello demuestra que la fundamentación sentencial ha significado un claro supuesto de "arbitrariedad sorpresiva", supliendo el tribunal la posición del MPF, yendo más allá de los agravios del recurrente que delimitaban su ámbito de conocimiento, con clara afectación de los principios acusatorio, adversarial y de imparcialidad, violentando además el principio de congruencia, con clara afectación de la garantía de la defensa en juicio; tras lo cual introdujo la cuestión federal y solicitó que se deje sin efecto la sentencia casatoria y se confirme la resolución de grado que dispuso la exclusión probatoria y el consecuente sobreseimiento del imputado.-

IV.- La Cámara de Casación Penal de esta Capital, el 14/10/21, denegó la concesión de la impugnación extraordinaria impetrada, e interpuesto recurso de queja por parte de la defensa técnica del imputado, fue admitido por esta Sala N° 1, declarándose mal denegada la impugnación extraordinaria, concediéndola para ante este Tribunal (cftr.: fs. 90/92) y, por resolución del 17/12/21 (fs. 96 vta.), se corrió traslado a las partes.-

Así, el recurrente, expresó su remisión *in totum* a los agravios y fundamentos ya vertidos en el escrito de interposición; sin perjuicio de ello, recordó la relevancia y actualidad de la temática en virtud de la reciente jurisprudencia de la CIDH en el caso "Fernández Prieto y

Tumbeiro vs. Argentina", y entendió que resulta necesario que esta Sala ingrese a tratar el agravio constitucional y convencional generado por el ilegítimo procedimiento policial de requisita personal de Regner, evitando cuestiones formales carentes de toda relevancia frente a la magnitud del agravio federal oportunamente denunciado ante la Jueza de Garantías y el señor Vocal de Apelaciones, quienes declararon la ilegalidad del procedimiento policial y excluyeron esa evidencia del Legajo Fiscal, dictando el sobreseimiento por no contar el MPF con otras evidencias de fuente independiente que permitan acreditar *prima facie* y razonablemente la existencia del presunto delito que oportunamente se le atribuyera.-

Expresó su preocupación por la justificación, que calificó como trivial, con la que el MPF pretendió maquillar el ilegal procedimiento policial a fin de utilizarlo como evidencia lícita en este proceso, reclamando una pronta directiva que encamine su actuación, pues están en juego garantías constitucionales básicas de los ciudadanos.-

Reiteró su solicitud de hacer lugar a la impugnación extraordinaria y anular la sentencia casatoria, dejando firme la resolución de grado que dispuso la exclusión probatoria y el consecuente sobreseimiento; a la vez que mantuvo la cuestión federal.-

V.- Corrida vista al señor Procurador General de la Provincia, Dr. Jorge A. L. García, éste informa que continuarán interviniendo en la causa el Fiscal Coordinador de Paraná, Dr. Alvaro Piérola, y los Fiscales Juan Malvasio y Santiago Brugo, presentándose el Dr. Malvasio, quien rechazó los argumentos vertidos por el recurrente debido ya que no reflejan la realidad fáctica, y soslaya los argumentos vertidos oportunamente por el MPF, como ser los distintos elementos probatorios con los que cuenta para sostener el *factum* en la etapa plenaria, y que fueron mencionados en la sustanciación de la apelación, como ser testigos en búsqueda del autor del hecho, que habilitaban la requisita personal, tal como se dijo también ante la Cámara de Casación.-

Sostuvo lo dicho ante el tribunal *a quo* y lo allí resuelto, en virtud de que si bien argumentó que la exclusión probatoria resulta prematura en virtud de que no fueron oídos los testigos, en la etapa plenaria se tendrá mayor amplitud para discutir sobre la legalidad de la requisita, la que a su entender respetó las garantías.-

Señaló que varias fueron las razones para habilitar la requisita personal, conforme las atribuciones del art. 208 del CPP.-

Aseveró que la fundamentación del Tribunal de Casación es correcta, porque permite que, en el estadio procesal más importante, el Fiscal, conforme al art. 251 de la ley ritual, acredite las proposiciones fácticas endilgadas y la pulcritud del proceso.-

Recordó que el legislador provincial estableció en el art. 250 del CPP, el principio de libertad probatoria, motivo por el cual el principio general es validar las pruebas que se incorporan al proceso, a tal extremo que fue derogado el acápite vinculados a la nulidades (ley 9754, modificada por la 10317, reforma que solo acepta exclusiones probatorias cuando la incorporación de la prueba se produce afectando garantías constitucionales -arts. 195 sigs. y ctes.-).-

A su vez, entendió que la reforma recepta el principio de conservación de los actos procesales, debiendo interpretarse con criterio restrictivo, conforme lo ha entendido la CSJN, no habilitando la nulidad por la nulidad misma.-

Refirió que la regla de la exclusión probatoria fue creada pretorianamente en el derecho estadounidense, para tutelar los siguientes derechos constitucionales: 1) no sufrir registros o confiscaciones irracionales; 2) no declarar contra si mismo; 3) contar con una defensa letrada; 4) tener un debido proceso; y sostuvo que ninguna de las hipótesis han sido demostradas, pues la requisita no fue irracional, sino que fue ante circunstancias que rodearon el hecho, la violación del A.S.P.O. y haber sido sindicado como autor de un ilícito recientemente ocurrido, lo que habilitó a

la fuerza policial a requisarlo.-

Sostuvo que se equivoca la defensa, al afirmar una gravedad institucional ya que la fiscalía pretende descubrir prueba en la etapa plenaria, lo que es erróneo debido a que el imputado y el defensor conocen el legajo fiscal y sabía cual era la prueba que la fiscalía pretendía hacer valer en juicio.-

Criticó que la defensa pretende hacer aplicación automática del precedente de la CIDH "FERNANDEZ PRIETO" y "TUMBEIRO", mencionando que este último se asemeja mucho al presente caso Regner, pero soslayando que éste había sido sindicado por la comisión de un hecho ilícito.-

Destacó que incluso tiene otro legajo en trámite en el cual se le atribuyó el delito de Robo en Grado de Tentativa, de fecha 16 de octubre de 2020, en condiciones de ser remitido a juicio.-

Sostuvo que el fallo de Casación siguió las reglas de la sana crítica racional, está motivado y correctamente fundado.-

En otro orden mencionó que en el escrito casatorio sostuvo que el Acta de Procedimiento es un instrumento público que no ha sido redargüido de falso, por lo que cuenta con plena validez, y que en ella se aprecia con claridad que Regner exhibió de manera voluntaria la mochila, y nunca mencionó haberse sentido amedrentado, intimidado, coaccionado por personal policial, lo que a su entender confirma que actuó con plena libertad.-

Puso en conocimiento que Regner registra dos antecedentes condenatorios uno del año 2013 y el otro de 2016, por lo que es una persona que conoce cabalmente cuales son sus derechos y sabía que, en caso de oponerse a la exhibición, la autorización iba a ser otorgada por la magistratura en turno.-

Pidió el rechazo de la impugnación extraordinaria y la confirmación de lo resuelto por la Cámara de Casación.-

VI.- Reseñados como antecede los agravios motivantes de la impugnación extraordinaria articulada y las posturas de las partes, corresponde ingresar al examen del recurso incoado, para ello es menester precisar que, en el libelo recursivo, la defensa del encartado planteó como motivos de agravios la arbitrariedad de la sentencia de casación, cuyos fundamentos es preciso examinar.-

Nos encontramos frente a una extendida crítica impugnativa que inicialmente cuestiona el fallo de Casación que revocó el sobreseimiento dictado inicialmente por la señora Jueza de Garantías y su posterior ratificación por el Vocal del Tribunal de Juicio y Apelaciones.-

Ya expresada mi curiosa digresión sobre ese punto, resulta necesario, para arribar a una solución del planteo impugnativo en examen, abordar la delicada cuestión convencional puesta en análisis desde el inicio -relacionada con la forma en que se arribó a la interceptación de un ciudadano (Regner) por parte de la fuerza policial, a lo que le siguió la requisita personal y secuestro de una mochila conteniendo un arma de fabricación casera, sin proyectiles, y su posterior detención- debiendo examinar también cual ha sido la actividad de las partes en este proceso.-

En cumplimiento de ese cometido, cabe destacar que en fecha 5 de julio de 2020 se produce la Apertura de Causa por parte del Ministerio Público Fiscal, en base a la siguiente plataforma fáctica:

"Que en fecha 04 de julio de 2020, siendo aproximadamente las 08:00 hs., en calle Soldado García, entre sus similares José Hernández y Cortada 502 es identificado Claudio Rubén REGNER quien llevaba una mochila y en su interior dos caños de hierro envueltos con cinta formando un arma de fabricación casera".-

En tal oportunidad, encuadró el hecho en la figura prevista por el art. 189 bis, 2° párrafo, del Cód. Penal; es decir: Tenencia de arma de fuego de uso prohibido y le imprimió trámite de procedimiento en Flagrancia (cftr.: Legajo de IPP, 5/7/2020). Dispuso

asimismo oficiar a criminalística para que realice una pericia respecto del arma, solicitó los antecedentes del RNR y se dio intervención al Médico Forense para que efectúe los exámenes de rigor, todo ello con notificación a la defensa oficial.-

A pedido de la acusación, se celebró -en igual fecha- la Audiencia de Formulación de cargos ante el Juzgado de Garantías en turno.-

En tal oportunidad se imputó el hecho antes descrito, se estableció la calificación legal que ya fuera señalada, se dispuso la libertad del imputado con imposición de restricciones y se fijó la audiencia conclusiva prevista en el art. 241 del Cód. Proc. Penal.-

Esta audiencia tuvo lugar en fecha 14 de agosto de 2020, surgiendo de la videograbación de la misma que el Fiscal interviniente, tras individualizar al imputado Regner y reseñar el hecho -en iguales términos al ya descrito- explicó por qué no otorgaba la *probation* y refirió al fracaso de un acuerdo con la Defensa para arribar a un juicio abreviado, tras lo cual procedió a fundar el pedido de remisión a juicio en los siguientes términos:

"... las evidencias que la Fiscalía cuenta como para instar la elevación a juicio, es básicamente la que fue mencionada en la audiencia de imputación de cargos, vale decir el acta de procedimientos, donde surgen las circunstancias de tiempo, modo y lugar, esto es la aprehensión del imputado Regner, llevando consigo una mochila y en su interior los dos caños que formaban esa arma de uso prohibido que luego fue peritada y se pudo acreditar que la misma es apta para disparo. Esos son los elementos, esa es la fundamentación" (las negritas son mías).-

Agregó que luego de escuchar a la oposición de la Defensa, ofrecería la prueba.-

Tras pasar a un cuarto intermedio, la Defensora, por su parte, se opuso a la elevación, cuestionó los fundamentos en que se basó el procedimiento policial que desembocó en la requisa personal de Regner, el secuestro del arma y la detención del mismo, instando la exclusión

probatoria del acta que detalló el procedimiento por haber afectado éstas garantías individuales plasmadas en la Carta Magna y las Convenciones incorporadas en virtud del art. 75, inc. 22°, tales como la CIDH, PDCyP, DUDH, DADyDH, que prohíben la detención infundada basada en el denominado "mero olfato policial", trayendo a colación lo decidido por la CIDH en "Fernández Prieto - Tumbreiro".-

Cuestionó que, tal como surgía del acta de procedimientos, el motivo dado por la prevención para fundar el abordaje a Regner, fue que estando de recorrida jurisdiccional, avistaron un sujeto y que éste "apuró sus pasos" al advertir el Móvil Policial, lo que motivó su pedido de que se detuviera y, tras ello, las posteriores solicitudes de que abra la mochila, donde se halló el arma cuestionada, es decir que no había ningún motivo -aparte de los pasos apurados- para dar lugar a los actos celebrados contra la privacidad de Regner, como asimismo no hubo urgencia y ni siquiera flagrancia de delito que autorizara el procedimiento. Señaló asimismo que se entrevistó en Defensoría con los policías intervinientes en el procedimiento y con los testigos de actuación, los que -por otra parte- eran también policías y no un mero empleado y un pensionado, como lo afirma el acta.-

Instó la anticonstitucionalidad del procedimiento y la exclusión probatoria de los elementos objetivos reseñados por el Fiscal al momento de fundar la elevación a juicio; es decir el Acta de Procedimiento y la posterior pericia y, como consecuencia, al no existir otras fuentes independientes de investigación más allá de la detallada en el acta, interesó el dictado de sobreseimiento de su defendido.-

Ante tal pedido, luego del planteo de la Defensa, se le corrió vista al Ministerio Público Fiscal para que proceda a la contestación y responde limitándose a argumentar solamente que esa no era la etapa procesal oportuna, sin indicar ni señalar a la Magistrada, la posible existencia de otras evidencias de fuente independiente que pudieran

justificar la continuidad de la causa; no señaló ni ofreció ni interesó para el examen ninguna otra evidencia concreta para que la Jueza tenga en cuenta al momento de resolver.-

Más aún, de la audiencia surge que el Fiscal -tras escuchar el planteo de sobreseimiento de la defensa- dijo, textualmente:

"...Esto sería S.S., y trasladándolo al absurdo, como que yo le diga que yo me entrevisté con los testigos y me dijeron todo lo contrario que lo que le dijeron a la señora defensora, todo lo contrario. Y Ud. a quien le va a creer si no los escuchó? En cambio en el juicio estarán bajo juramento de decir verdad ... Pero no podemos adelantarnos a un estadio previo para dar por cierto lo que tres testigos dicen que dijeron ante la Defensora sin el contralor de la contraparte, porque ahí caeríamos en el absurdo que siempre alega la Defensa que se afecta la igualdad de armas, la señora Defensora no me llamó para que yo pueda contrainterrogar, porque justamente los testigos declaran en juicio o se les puede tomar declaración testimonial como prueba anticipada, con los requisitos que prevé el rito. Entiendo S.S. que los argumentos que ha vertido la Defensa no son suficientes como para construir una certeza negativa que desvirtúe a Regner del hecho que la Fiscalía pretende que se ventile en juicio. Nada más".-

De sus propios dichos se desprende que -hasta el momento de la audiencia- los testigos no habían sido entrevistados por el Ministerio Público Fiscal, ni formaban parte del Legajo, tal como surge -también- de la lectura del mismo (que se encuentra apiolado a estas actuaciones) ya que no se menciona siquiera una entrevista, asistiendo razón al recurrente respecto a que la posición tomada por aquél frente al planteo de sobreseimiento fue cuestionar la oportunidad del tratamiento -afirmando que sólo puede discutirse en el juicio una cuestión de tal naturaleza- pero en ningún momento reseñó o puntualizó que contaría, además, con tal o cual elemento probatorio que configure una fuente de

investigación independiente para hacer valer en un futuro juicio.-

Debemos tener en cuenta, muy especialmente, que el sobreseimiento puede plantearse a partir de recibida la declaración del imputado (art. 395, Cód. Proc. Penal) y procederá en los supuestos previstos por el art. 397.-

Específicamente, en el marco del procedimiento en Flagrancia, el art. 241 señala expresamente que en la Audiencia de Conclusión del Procedimiento puede plantearse y resolverse el sobreseimiento y agrega luego: *"Cuando el Fiscal contare con elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho que le fuera intimado, formulará el requerimiento de elevación de la causa a juicio. El requerimiento se formulará por escrito y se presentará verbalmente en la audiencia de conclusión del procedimiento.*

En la misma audiencia, la querrela o la defensa podrán formular oposición instando el sobreseimiento...".-

Luego, en el párrafo quinto, establece: "El Juez formará su convicción sobre la base de las referencias y argumentos brindados oralmente por las partes".-

Del análisis de tales normas pueden extraerse varias conclusiones:

El requerimiento de elevación a juicio se presenta al inicio de la audiencia conclusiva y allí se señalan las evidencias en que se funda. En la especie, así lo hizo el Fiscal y fundó en los elementos que en tal oportunidad refirió.-

Queda claro que, tras escuchar la remisión a juicio y al formular su oposición, el sobreseimiento ya puede plantearse por parte de la defensa y, en el caso, es lo que hizo -de manera diligente- la Defensora Pública.-

Al correrse el traslado al Fiscal, éste tiene la oportunidad

de contestar el planteo. Pero lo hizo, limitándose a señalar que era prematuro, que no era el momento -y sin referirse de manera puntual y concreta a otros elementos de evidencia que intentara hacer valer. Nótese que luego de formalizada la oposición, con los consecuentes pedidos de exclusión probatoria y sobreseimiento, por parte de la Defensora, y corrido que le fuera el traslado para integrar la *litis*, ninguna otra evidencia aporta el Fiscal, que no sean las ya invocadas al fundamentar su requerimiento (las que a su vez fueron puestas en crisis por la defensa) y la argumentación de la extemporaneidad de la articulación.-

Es así que, ante las posturas partivas, la Jueza interviniente debió formar su convicción en base a las referencias y argumentos que las partes oralmente trajeron a colación, como establece el rito. Debe darse la razón al recurrente cuando afirma que la Jueza *"...procediendo entonces a resolver los planteos, y siendo que las únicas evidencias fueron excluidas, la acusación fiscal quedó huérfana de bases suficientes para la apertura y, al encontrarse clausurada la IPP, no quedaba más alternativa que disponer el sobreseimiento"*.-

Tal como he destacado, deviene evidentemente desacertada la postura del Ministerio Público Fiscal de que la etapa para discutir el sobreseimiento sólo puede ser en juicio. Tan errado criterio implicaría convertir en letra muerta las normas que prevén la posibilidad de tratar el sobreseimiento en cualquier momento después de la declaración de imputado -o en la audiencia conclusiva, más precisamente-.-

Propiciar, como lo hace el Fiscal, que siempre debe requerirse que se sustancie el debate oral y público, se da de bruces con las claras previsiones del código. Si el legislador hubiese sostenido esa postura habría -por ej.- acotado el tratamiento del sobreseimiento sólo por razones de fallecimiento o prescripción, pero sin embargo no lo ha limitado, pudiendo -y debiendo- resolver el Juez de Garantías en base a los aporte orales de las partes.-

Queda claro que las posteriores referencias que el Ministerio Fiscal formuló como otras razones que habría tenido la policía para la detención: violación al Aislamiento Preventivo por razones de pandemia y estar investigando un delito contra la propiedad, fueron introducidas luego del planteo de sobreseimiento, en especial la segunda de ellas que fue traída colación recién al momento de apelar el mismo, y respecto de la cual nada se menciona en el acta de procedimiento, por lo que lucen como "nuevas excusas" tendientes a suplir la "mala o insuficiente razón" que los preventores indicaron, consistente en que el ciudadano "apuró sus pasos".-

Sería una ofensa a la inteligencia entender -como lo afirma el Fiscal *a posteriori*- que la policía no volcó en el acta de procedimientos, como motivo fundantes, que uno de los firmantes como testigos de acta, Giménez -Policía pensionado- había sufrido un robo e incluso reconocido a Regner como uno de sus autores, con la trivial excusa de que no tenía suficientes renglones el modelo de acta con el que trabajan.-

Cuesta asimilar tal planteo, ya que, por un lado, sin perjuicio que el mismo formulario donde se plasma el acta luce espacio suficiente para consignar el motivo del procedimiento -lo cual es, además, esencial-, nada impide, en todo caso, que se escriba en hoja anexa o al pie, como "otro si digo", no resistiendo el menor análisis tal planteo invocado en las instancias recursivas por la Fiscalía, menospreciando la inteligencia del órgano judicial con tan trivial y extemporáneo argumento que, sin embargo, fue insólitamente receptado y ampliado por la Casación sin siquiera constatar su falsedad emergente del formulario del instrumento en cuestión.-

No es posible aceptar dicho argumento, el cual implicaría que los preventores prefirieron volcar en el acta un motivo menor y claramente insustancial e insuficiente para el procedimiento que llevaron a

cabo, como que el sujeto "apuraba sus pasos" y no el supuesto motivo más grave y eventualmente justificante, de estar realizando investigaciones por un supuesto robo que tendría a Regner como sospechoso. Todo luce como una tardía excusa "traída de los pelos", con posterioridad a los hechos, para intentar justificar el irregular accionar policial.-

Cabe destacar, además, que a Regner no se le atribuyó ningún robo, no se le ha imputado por parte de la acusación pública (ni deslizado siquiera por la prevención), ningún atentado contra la propiedad privada, lo que abona aun más lo antes dicho, aunque es dable advertir en los argumentos de la acusación cierta proclividad a aplicar en el caso criterios propios de un deleznable derecho penal de autor, refiriendo los antecedentes penales de Regner y la circunstancia de ser imputado en otra causa en estado de remisión a juicio, hechos que ninguna incidencia ni relevancia pueden exhibir para el *sub examine* y que, en modo inverso al pretendido, sugieren que ese puede haber sido el motivo de la intervención policial.-

Otra cuestión que no puede pasarse por alto es la argumentación que reiteradamente fuera invocada por el Fiscal en las etapas recursivas previas y al contestar la presente impugnación, consistente en pretender que fue voluntaria la entrega de la mochila -por parte de Regner- a la fuerza policial que lo interceptó. Ello no fue así en modo alguno, sino que, como consta en el Acta, la misma fue objeto de indicación de la autoridad policial ("*...solicitando que exhiba lo que tenía en su interior...*", reza el acta, y "*solicitando nuevamente*", según el parte policial), resulta evidente que, más allá de los eufemismos utilizados, se trató de una orden -o reiteración de órdenes si nos atenemos al parte- pues al emanar de una autoridad como la policía, uniformada y armada, dirigida a un sujeto con antecedentes, esa "solicitud" traduce una conminación lisa y llana. Frente a semejante situación, ¿estaba Regner en posición de ejercer libremente su voluntad? ¿Hubiese entregado voluntariamente su mochila,

sabiendo que contenía un elemento comprometedor? ¿Era necesario requisar sus pertenencias por haber supuestamente "acelerado sus pasos" o por haber violado el aislamiento social preventivo y obligatorio? Inexorablemente la respuesta, de acuerdo al más elemental razonamiento racional, debe ser negativa en todos los casos y no computó la eventual sospecha de autoría de delito contra la propiedad, toda vez que nunca se consideró esa alternativa ni se formuló imputación alguna al respecto ni se precisó la real existencia de ese supuesto hecho.-

Tal como invoca la defensa impugnante, el caso guarda estrecha similitud con el precedente "Tumbeiro", en cuya oportunidad se invocó -para requisarlo y detenerlo- *"que estaba nervioso"*, *"su manera de vestir"*, y que fue *"invitado"* por el personal policial a subir al patrullero y exhibir sus pertenencias. En dicho caso -al igual que ocurrió con Fernández Prieto- el Estado Argentino reconoció recientemente su responsabilidad y fue condenado. La CIDH fustigó la actuación policial y dijo que *"... no hubo indicios suficientes y razonables sobre su participación en un hecho delictivo, sino que la detención se efectuó prima facie debido a la sola circunstancia de no reaccionar del modo en que los agentes intervinientes percibían como correcto..."* (cftr.: CIDH, "Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina", 1/9/2020, párr. 82), circunstancias que se asemejan a las del caso en examen.-

Resulta trascendente también la indicación que dicha Corte Interamericana establece respecto de cuándo y quiénes deben efectuar el Control de Convencionalidad, siendo muy ilustrativo lo dispuesto en el Párrafo 100:

"Respecto al control de convencionalidad, el Tribunal ha señalado que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de

normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (cita: "Almonacid Arellano y otros Vs. Chile", párr. 124, y "Petro Urrego Vs. Colombia", párr. 107). Por tanto, en la creación e interpretación de las normas que faculden a la policía a realizar detenciones sin orden judicial o en flagrancia, las autoridades internas, incluidos los tribunales, están obligadas a tomar en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana respecto a la necesidad de que las mismas se realicen en cumplimiento con los estándares en materia de libertad personal, los cuales han sido reiterados en el presente capítulo" (cfr.: CIDH "Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina", cit., párr. 100 -lo resaltado en negrita me pertenece-).-

Queda muy en claro que el control de Convencionalidad, tanto de las normas como de los actos estatales, está en manos de todos los operadores judiciales, en todos los niveles, o sea -en nuestro sistema- los Jueces y las Juezas de Garantías, como ocurrió en el caso, se encuentran suficientemente habilitados para analizar y eventualmente excluir del proceso cualquier acto que detecten contrario a tales postulados fundamentales y, si cuentan con el elemento demostrativo del vicio, no deben diferir la cuestión a la etapa de Juicio, ni esperar al ofrecimiento ulterior e hipotético de otra evidencia o prueba distinta a la que las partes pusieron en discusión al sustanciar la cuestión, como lo determina erróneamente el fallo de Casación que ha sido recurrido; la legitimidad y

justificación de la intervención prevencional debe emerger evidente de sus propios actos iniciales.-

En el caso, la Casación afirmó que el sobreseimiento fue prematuro pues la Jueza desconocía si existían o no otras evidencias que pudieran fundar la apertura del juicio, cuando resulta claro que ellas debían irrumpir patentes de la misma acta que consigna el evento y, además, ni siquiera fueron invocadas por la parte acusadora en oportunidad de resistir el pedido de sobreseimiento, resultando absurdo imponer -como sugiere la sentencia en crisis- que la Jueza de Garantías hipotetice sobre la posibilidad de que existiera alguna evidencia de fuente independiente no invocada siquiera, resultando tal razonamiento por entero equivocado y por entero contrario a nuestro sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial.-

En otras palabras, cabe concluir que ha sido equivocado el fallo de Casación al determinar que el sobreseimiento al que arribó la señora Jueza de Garantías ha sido prematuro, porque aquella -en rigor- tras escuchar a las partes no tenía ofrecidas ni invocadas, por quien debía hacerlo, evidencias susceptibles de generar una fuente alternativa de elementos que permitan acreditar la licitud del procedimiento más allá de las constancias volcadas en el acta de procedimiento, que inequívocamente ofrecía una motivación insuficiente para tal procedimiento y cuya exclusión probatoria se sometió a discusión.-

Tal premisa del razonamiento sentencial resulta claramente equivocada, dado que, además, el art. 198 del Cód. Proc. Penal expresamente habilita la articulación de planteos de exclusión probatoria en cualquier momento durante la Investigación Preparatoria, como ocurre de igual modo con el sobreseimiento, sin que resulte necesario para ello esperar hasta la audiencia de remisión a juicio. Ello en clara concordancia con lo que señala la CIDH en el precedente citado.-

Ello revela el error de los argumentos fundantes del pronunciamiento casatorio en crisis, para receptar en la especie el recurso

de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y no tiene en cuenta que el Código Procesal vigente, no obstante haber desmantelado gran parte del tradicional sistema de nulidades, en este punto particular -acto procesal violatorio de las garantías constitucionales- aun las mantiene como sanción, precisamente por la gravedad que implica para el Estado un acto de tal naturaleza, y si no la contemplara, igualmente la magistratura competente debería declararlas pretorianamente en los casos que corresponda.-

Por otra parte, debo reiterar hasta el hartazgo que, en el caso bajo examen, la posibilidad de evaluar otras pruebas independientes del acto viciado se desvaneció ante la omisión de la autoridad policial de consignar una causa razonable para el procedimiento y del Ministerio Público Fiscal que no hizo referencia concreta a ningún otro elemento útil de convicción que sustente su pretensión, apuntada solamente a convalidar la ilegalidad prevencional por su resultado (intentando maquiavélicamente justificar los medios por su fin) y obtener un diferimiento de la decisión a la etapa del Juicio.-

Otra cuestión muy criticable y desacertada del fallo es que cuestiona que la Jueza de Garantías declaró la invalidez de una evidencia *"que aún no había sido ofrecida como prueba y sin conocer si existían otros elementos que pudieran aportar información de calidad acerca del cómo y el porqué se produjo la detención y la requisita ..."*, con lo cual pone en duda que el Acta de Procedimientos forme parte de la evidencia que sería ofrecida por el Fiscal, cuando es precisamente dicho Acta la casi exclusiva y esencial prueba en que éste había previamente fundado su pedido de conclusión de la investigación y la remisión a juicio, deviniendo absurdo razonar que la Jueza invalidó un acto que *"no se sabía si se iba a ofrecer"*, como puerilmente argumentó la sentencia del tribunal *a quo* y, tras ello, el sentenciante -que cuestionó duramente al fallo del Vocal de Apelaciones por entender que "supuso" o hipotetizó respecto de la imposibilidad de sanearse el acto viciado con otras fuentes autónomas de investigación-

paradójicamente efectuó lo que precisamente ha criticado de su inferior: hipotetizar respecto a que el Fiscal "podría", posteriormente, haber ofrecido otra evidencia para tratar en juicio, y que esta -hipotética e indeterminada- evidencia futura, "podría" justificar el accionar policial, como fuente independiente, reflexión que se da de bruces con la esencia del proceso adversarial que nos rige.-

VII.- Todo lo precedentemente expuesto me lleva necesariamente a concluir que la sentencia analizada padece vicios severos en sus razonamientos y conclusiones, los cuales impiden considerarla como una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las concretas circunstancias comprobadas de la causa y la descalifican como acto judicial válido, en términos de conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre arbitrariedad.-

En consecuencia, considero que corresponde hacer lugar a la impugnación extraordinaria deducida por la defensa de Claudio Rubén Regner, revocar en todas sus partes la sentencia impugnada y dejar firme la resolución de grado que dispuso el sobreseimiento del imputado Claudio Rubén Regner; debiendo declararse las costas de oficio.-

Así voto.-

A LA MISMA CUESTIÓN PROPUESTA, LA SEÑORA VOCAL, DRA. MIZAWAK, DIJO:

Adhiero al voto precedente por análogas consideraciones.-

Así voto.-

A SU TURNO, EL SEÑOR VOCAL, DR. GIORGIO, DIJO:

Adhiero íntegramente a las consideraciones y solución que propicia el Sr. Vocal ponente, a lo que cabría agregar, de acuerdo a todo lo que se ha podido apreciar y conforme a la actuación que le cupo a la Sala I de la Cámara de Casación en el pronunciamiento puesto en crisis, que el temperamento adoptado por ese Tribunal se presenta como riesgosamente

alejado o distanciado de la debida imparcialidad e imparcialidad que debe observar todo juzgador y más aún en una instancia superior de revisión de sentencias, en la que en honor a su jerarquía y por las responsabilidades inherentes al cargo, mayor debería ser el cuidado y respeto a los principios fundamentales de las normas del debido proceso.

En ese sentido, el Tribunal a quo parece acudir en auxilio o rescate de una pretensión acusatoria a todas luces inviable, desprovista totalmente de fundamentos y del correspondiente respaldo probatorio, tratando de adjudicar para ello a la Sra. Jueza de Garantías interviniente un rol que de ninguna manera cabe en el sistema acusatorio vigente, cuando da por sentado que el magistrado actuante debe aventurarse en determinadas hipótesis en torno a posibles evidencias de fuente independiente que no fueron siquiera invocadas, pretendiendo insólitamente que quien debe velar de manera imparcial por la regularidad del proceso supla las deficiencias y/o errores de una de las partes del mismo, lo que conduciría a un claro e inequívoco quebrantamiento del principio de igualdad de los litigantes.

Al respecto, Julio B. Maier nos recuerda que el Estado desdobra sus funciones judiciales y para ello coloca una tarea -la de perseguir penalmente- en manos de unos órganos estatales, fundamentalmente la policía y el ministerio público y destina la otra -la de juzgar- a la competencia de otros órganos, los tribunales. Eso se vincula a la necesidad de respetar ciertos principios básicos en la aplicación del Derecho Penal, más específicamente en la tarea de decidir sobre la aplicación de una pena, principios que, en todo caso, derivan del reconocimiento al ser humano de un potencial mínimo de dignidad individual llamado antes derechos o garantías individuales y hoy derechos humanos, con reconocimiento positivo universal. Uno de esos derechos y garantías sobre todo, el de ser juzgado por un tribunal imparcial -integrado por jueces imparciales-, mediante un juicio justo (fair trial), requiere para

su realización esa división de funciones en órganos distintos, de manera tal que quien juzga no sea el mismo órgano -no esté integrado por las mismas personas- que quien persiga y acuse, así como la práctica de un gobierno democrático reclama, también, la división de ciertos poderes. Del mismo modo, el juicio justo requiere la posibilidad cierta de resistir la imputación en condiciones de eficiencia, y con ello, la realización de la garantía de defensa..." (Julio B. J. Maier en "Derecho Procesal Penal" Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires 2013 pág. 444 y sgte.).

A mayor abundamiento, relacionado a lo antes expuesto, resulta de interés una opinión doctrinaria publicada en la Pagina web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida por el Dr. Carlos Adolfo Picado Vargas, quien al referirse puntualmente a la imparcialidad destaca que ella debe ser entendida como la imposibilidad del juez de realizar tareas propias de las partes. Es decir, la imparcialidad supone la no injerencia del juzgador en cuestiones ajenas a su función, indicando que pensar de otra manera implica directamente propugnar el incumplimiento de funciones. Indica que atendiendo a la posición de tercero del juez en el conflicto que le es traído a su conocimiento, es inconcebible sostener la posibilidad de un juez que realice actividades que correspondan a las partes. En caso de que ello ocurra, inmediatamente se quiebra la imparcialidad y con ella el debido proceso, ya que, si el juez no guarda el deber de imparcialidad no habrá proceso sino sólo una apariencia de su idea.

Pone de resalto este autor lo que en doctrina se denomina "conducta procesal indebida", entendida como un disvalor o conducta disfuncional, puesto que es que el proceso tiene un determinado modo de ser, que exige de los sujetos intervinientes ciertas conductas y prohíbe otras, para de esa manera posibilitar la dilucidación del caso planteado conforme a justicia, seguridad jurídica y derecho positivo. Parte de la máxima de que ningún poder es ilimitado y que el ánimo de ejercitar el poder por el poder es el primer signo de la presencia en una célula maligna

del cáncer de la arbitrariedad.

Concluye así que la función del juez es clara, que es campo de las partes introducir hechos, pruebas, valoraciones, explicar que pasó y probarlo, en esto el director del proceso nada tiene que ver. Si las partes no utilizan ese derecho sea por estratégica decisión o por negligencia, cuestión imposible de dilucidar en ese momento por el juzgador, lo omitido no forma parte del proceso, no ingresó al mundo jurídico y no debe ser forzosamente ingresado. No es campo del juez solucionar las supuestas desigualdades de las partes, además de constituir una desnaturalización de su función esta atribución es imposible de limitar, lo que conlleva necesariamente la pérdida de la seguridad jurídica, ya que nunca podremos mínimamente prever que va a pasar en un proceso (conf. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32673-1.pdf>).

En cuanto a la oportunidad en que ha sido planteado el pedido de sobreseimiento ante el Juzgado de Garantías y si la decisión adoptada ha sido o no prematura, en autos "RODRIGUEZ, JORGE ABEL KEMERER, NESTOR ALBERTO HEYDE, MARIO RICARDO PECULADO s/RECURSO" (Resolución de fecha 9/5/2018) esta Sala ha ratificado "... la plena vigencia de la total potestad del Juez de Garantías para el dictado de un sobreseimiento solicitado por el Ministerio Público Fiscal, el imputado o su defensa, después de producida la "declaración del Imputado" (cfme.: art. 395, Cód. Proc. Penal), frente a la constatación de cualesquiera de las siete específicas causas de procedencia de tal medida consignadas en el art. 397 del código adjetivo, procediendo su dictado "*en cualquier estado del proceso*", no solo en caso de extinción de la acción penal, circunstancia ésta que autoriza, por excepción, el dictado del sobreseimiento por el Tribunal de Juicio.

Nada impide en la ley de rito que el Juez de Garantías ejerza con toda amplitud esa elemental potestad jurisdiccional, sin tener que restringir su ejercicio solamente a los supuestos en que se verifique la

extinción de la acción penal o la aplicación de criterio de oportunidad, mediación, conciliación o reparación, contemplados en el art. 397, incs. 6 y 7, del Cód. Proc. Penal, habida cuenta que esa medida desincriminante ha sido concebida por el legislador, precisamente, para su aplicación por parte del Juez de Garantías y en etapas procesales previas a la efectiva remisión de la causa a juicio; puntualizando expresamente en el párrafo final del citado art. 397 la declaración adicional que el Juez de Garantías hará en los casos de los incisos 1, 2, 3, 4 y 5, de lo cual no cabe interpretar más que se trata de una explícita -aunque, en mi criterio, innecesaria- consagración de la potestad de dicho magistrado para el dictado del sobreseimiento en todos los casos de la aludida norma procesal.-

No debe confundirse la recurribilidad de la denegación del sobreseimiento por extinción de la acción penal en razón de su equiparabilidad a una resolución definitiva -tal como expresamente lo concebía el art. 478, *in fine*, del anterior Código Procesal (Ley N° 4843)- con el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Juez de Garantías para el dictado del sobreseimiento en cualesquiera de los supuestos de procedencia previstos en la ley.-

Por lo demás, la instancia crítica del proceso donde el Juez de Garantías contaría con la mayor cantidad de elementos de convicción para el dictado de esta medida es la intermedia de Remisión de la Causa a Juicio; en ella, la ley autoriza expresamente al defensor del imputado a oponerse a la remisión a juicio instando el sobreseimiento (cftr.: art. 404, 2do. párr., Cód. Proc. Penal) y el órgano jurisdiccional ostenta allí plena potestad crítica, pudiendo oportunamente evitar innecesarias instancias de juicio, no erigiéndose en un mero órgano de admisión de pruebas y obediente homologador de la voluntad de la acusación, sino en analista crítico de la viabilidad de esta última para la apertura de la etapa de Juicio; esta facultad judicial en el "*procedimiento intermedio*" es ponderada por Claus Roxin cuando se lleva a cabo -como en la Provincia de

Entre Ríos- por un Juez distinto e independiente del órgano judicial de juicio, señalando que su importancia principal reside en su *"función de control negativa: discutiendo la admisibilidad y la necesidad de una persecución penal posterior ..."* y, agrega, *"se pretende proporcionar otra posibilidad de evitar el juicio oral, que siempre es discriminatorio para el afectado..."* (cftr.: aut. cit., Derecho procesal penal, traduc. G. E. Córdoba y D. R. Pastor -revis. Por J. B. J. Maier-, pág. 347, Ed. del Puerto, Bs.As., 2000).-..." (conf. voto del Dr. Carubia en fallo de referencia).

En definitiva, por los breves motivos expuestos, adhiero en definitiva al Voto del Sr. Vocal ponente y a la solución que se propugna.

Así voto.-

Con lo cual se dio por terminado el acto, quedando acordada la siguiente:

SENTENCIA:

PARANÁ, 3 de mayo de 2022.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

1º) HACER LUGAR a la impugnación extraordinaria articulada por el Defensor Público de Coordinación -interino-, Dr. Gaspar Ignacio Reca, en representación del encartado Claudio Rubén Regner, contra la sentencia N° 180 dictada por la Sala 1 de la Cámara de Casación Penal y, en consecuencia, REVOCAR en todas sus partes la sentencia impugnada y DEJAR FIRME la resolución de grado que dispuso el sobreseimiento del imputado Claudio Rubén Regner.-

2º) DECLARAR las costas de oficio -art. 584 C.P.P.-.-

Regístrese, notifíquese, oportunamente, bajen.

Dejo constancia que la sentencia que antecede, ha sido dictada el día 3 de mayo de 2022 en los autos "REGNER CLAUDIO RUBEN S/ IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", Expte. N° 5170, por los miembros de la Sala N°1 en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, integrado al efecto por el señor Vocal, Dr. Daniel Omar CARUBIA; la señora Vocal, Dra. Claudia Mónica MIZAWAK y el señor Vocal, Dr. Miguel Ángel GIORGIO, quienes suscribieron la misma mediante firma electrónica, conforme -Resolución N° 28/20 del 12/04/2020, Anexo IV-, asimismo se protocolizó y se notificó a las partes electrónicamente.

Secretaría, 3 de mayo de 2022.-

Melina L. Arduino
Sala N° 1 en lo Penal STJER
-Secretaria Suplente-