

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

La Plata, 5 de mayo de 2011.R.S. 2 T.110 f* 170/178

AUTOS Y VISTOS: Para resolver esta causa N° 6245, caratulada "SUMARIO INTRUIDO POR INFRACCION LEY 23.737", proveniente del Juzgado Federal N° 2 de Lomas de Zamora;

Y CONSIDERANDO:

LA JUEZA CALITRI DIJO:

I.- Recursos de apelación interpuestos.

Interpone recurso de apelación el abogado defensor, (...), contra la resolución que dispone el procesamiento con prisión preventiva de C.E.M., por considerarlo *prima facie*, autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes, previsto y reprimido en el artículo 5°, inc. "c" , agravado por el art. 11 inc. "b" de la Ley 23.737, por su comisión con intimidación y engaño.

A su vez, el doctor D.M.N., abogado defensor de J.A.R., apeló también la resolución de mención, que dispone a su vez, el procesamiento con prisión preventiva del nombrado, por considerarlo *prima facie*, autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes, previsto y reprimido en el artículo 5°, inc. "c" , agravado por el art. 11 inc. "b" de la Ley 23.737, por su comisión con intimidación y engaño.

Los recursos fueron concedidos (...).

Radicadas las presentes actuaciones en esta Sala (...) se corrió vista al Sr. Fiscal de Cámara, quien (...), no adhiere a los recursos de las defensas.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 454 del ordenamiento procesal se recibieron los informes de los abogados defensores de los imputados y quedaron estas actuaciones en condiciones de ser falladas, con autos para resolver, pero el Tribunal, previo suspensión de los autos para resolver, dictó la medida para mejor proveer destinada a adjuntar el informe químico pericial, ausente en la causa, la que fue agregada (...).

Agravios de la defensa de César Esteban Martínez-Planteo de nulidad

Ahora bien, de la lectura del recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor de C.E.M.,

doctor M.B., surge que la única fundamentación de su remedio esta centrado en el planteo de nulidad de las declaraciones indagatorias de su pupilo (...) y del procesamiento atacado, que según su criterio, se valió de ellas para resolver (...).

En ese orden de ideas, entiendo que la resolución sobre ese planteo nulidicente, debió ser resuelto por el juez de grado, previo a la formación de incidente y el cumplimiento del trámite impuesto en el digesto procesal al efecto, antes de elevar las actuaciones a esta Alzada (art.170 y ccdantes del C.P.P.N).

En virtud de ello, siendo fundamental la resolución de la nulidad impetrada para resolver el procesamiento apelado, estimo que las presentes actuaciones deben devolverse a la instancia de origen a fin que el a quo diligencie y resuelva la impugnación efectuada por la defensa de M., en las formas y condiciones ya descriptas.

No se me escapa que el auto apelado también fue recurrido por el co-imputado J.A.R., pero la nulidad interpuesta por el defensor de M. respecto de las declaraciones indagatorias de su pupilo, sustrae parte de los fundamentos brindados por el a quo al dictar el pronunciamiento atacado -más allá de la comunidad e prueba a valorar-, por lo que resulta imposible resolver individualmente la situación de R., hasta tanto no se resuelva el incidente de nulidad.

III. Por tales consideraciones y normas legales citadas propongo al Acuerdo remitir las presentes actuaciones al Juzgado Federal n° 1 de Lomas de Zamora, a fin que el a quo forme el incidente de nulidad por el planteo efectuado (...), y previo el cumplimiento del trámite pertinente, resuelva conforme a derecho (art. 170 y ccdtes. del C.P.P.N.).

Por último, resulta necesario indicar al juez de grado, premura en el cumplimiento de lo aquí dispuesto, dando prioridad al trámite indicado, teniendo presente la existencia de dos personas detenidas en autos.

Así lo voto.

EL JUEZ SCHIFFRIN DIJO:

Poder Judicial de La Nación

I. Los antecedentes del caso se hallan descriptos en los puntos I y II (primer párrafo) del voto de la Jueza Calitri.

No comparto, empero, la solución que propicia la distinguida colega preopinante, pues me parece que las situaciones lesivas al debido proceso que se dan en la instrucción preliminar ante el Juez de primera instancia, directamente son susceptibles de fundar el recurso de apelación.

En ese sentido, corresponde que nos remitamos a lo que expresa Adrián Berdichevsky en su artículo contenido en la obra *Los recursos en el Procedimiento Penal-Compiladores Julio B. J. Maier, Alberto Bovino y Fernando Díaz Cantón, 2º edición actualizada, Buenos Aires, 2004, pág. 115 y sigs.* El artículo lleva el título de *"Reposición y apelación"*, y en su página 122 expresa que entre las características más salientes del recurso de apelación, deben mencionarse que se trata de un recurso: *"a) 'amplio', pues por su intermedio es posible impugnar una resolución que contenga errores sobre la reconstrucción histórica del hecho objeto de análisis; o que contenga un vicio en la actividad desarrollada por el juez de conformidad con la normativa procesal; o que exista una errónea aplicación de la norma jurídica aplicada a la resolución del caso; b) 'ordinario', ya que a través de él se impugnan resoluciones que no adquirieron firmeza, y c) que será resuelto por un tribunal colegiado."*

En el mismo orden de ideas, Clariá Olmedo, después de recordar la distinción tradicional entre los recursos de apelación y de nulidad, manifiesta que *"nuestros códigos de instancia única han partido del principio más moderno de la amplitud absoluta de la apelación"* (Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo V, pág. 491).¹

Asimismo, recuerda con aprobación el ilustre procesalista citado, la ley N° 14.237 que estableció el texto del actual artículo 253 del Código Procesal Civil y Comercial

¹ Cita diversos fallos en los que se destaca que aunque se haya concedido sólo la apelación, en segunda instancia puede examinarse de oficio todo cuanto se vincule con las normas procesales sustanciales, y declarar en su caso, la nulidad de lo actuado.

de la Nación (*"El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia..."*).

También debemos computar, como elemento esencial, que el auto de procesamiento objeto de la apelación, está precedido por los actos que se impugnan como viciados, lo cual significa que el procesamiento dictado por el juez los tiene por fundamento.

Por todas las razones expuestas, estimo que este Tribunal está habilitado para pronunciarse sobre los vicios de procedimiento alegados por la defensa de C.E.M.

II. Ellos se circunscriben a básicos defectos de las declaraciones indagatorias prestadas por los procesados(...), provenientes de que entre (los procesados) existen intereses contrapuestos, pese a lo cual, inicialmente, la asistencia de ambos estuvo a cargo de un solo defensor oficial, (...). Este intervino en la indagatoria de J.A.R. (...), y al hacerse presente en la de C.E.M.(...)advirtió la contraposición de intereses, solicitando la suspensión del acto, lo que el juez dispuso.

Dicho acto suspendido fue continuado sin que conste la presencia de un letrado, y sí que el imputado sostuvo una entrevista previa con un defensor oficial, cuyo nombre también se omite, sin que tampoco exista acta que deje constancia de tal entrevista (...).

En tales condiciones, me parece evidente que C.E.M. no ha contado con la debida asistencia letrada exigida por la defensa en juicio y garantizada por el art. 18 de la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales que la complementan.

Por ello, estimo que corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido a favor de M., anular sus indagatorias (...), y, consecuentemente, el auto de procesamiento en cuanto lo concierne, correspondiendo que el juez de grado escuche a C.E.M. de conformidad a derecho.

Tal es mi voto.

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

Adhiero al voto del juez Schiffrin. En tal sentido corresponde prestar especial atención, tal como lo hace mi colega a que el auto de procesamiento objeto de la apelación está precedido por los actos que se impugnan como viciados,

Poder Judicial de la Nación

como elemento esencial, lo cual significa que el procesamiento dispuesto por el juez los tiene como fundamento.

Esto nos trae como consecuencia que el auto de procesamiento deviene nulo, toda vez que de la lectura de la causa las declaraciones indagatorias, especialmente la de C.E.M. que es objeto de directa impugnación por los vicios ya referidos en los votos que anteceden, son sustento imprescindible de su desarrollo lógico.

Así entonces, si suprimimos la declaración indagatoria, cuya nulidad se declara, el auto de procesamiento pierde sustento y deviene infundado en su totalidad (conf. art. 172 CPPN).

Por tal motivo corresponde declarar la nulidad de las declaraciones indagatorias de C.E.M., y del auto de procesamiento(...). El juez de grado deberá oír nuevamente a M., con arreglo a las formalidades procesales luego de lo cual habrá no sólo de resolver su situación procesal sino también la del coimputado J.A.R.

Así lo voto.

EL JUEZ SCHIFFRIN TAMBIÉN DIJO:

Las razones expuestas por el Juez Álvarez me convencen acerca de que el efecto de las nulidades constatadas debe tener la amplitud que le asigna el distinguido colega. Adhiero, pues, a la modificación que postula.

Por ello y por mayoría, el Tribunal **RESUELVE:**

- 1) DECLARAR la procedencia del recurso de apelación deducido a favor de C.E.M.;
- 2) ANULAR las indagatorias (...);
- 3) ANULAR, el auto de procesamiento(...);
- 4) DISPONER que el juez de grado escuche a C.E.M. de acuerdo con las formas del derecho y resolver la situación procesal del nombrado y de su coimputado J.A.R..

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Fdo. Jueces Sala II
Leopoldo Héctor Schiffrin-César Álvarez-Olga Calitri
Ante mí, Dra. Ana Russo-Secretaria.

