

Mendoza, 21 de junio de 2019.

AUTOS Y VISTOS:

El llamamiento de autos al acuerdo incluido en el registro de la audiencia oral que por el recurso de apelación se realizó en estos autos, de los que,

RESULTA:

I.- Que según se desprende del escrito fotocopiado agregado en este incidente los doctores Carlos Varela Álvarez y Hugo Enoc Ortiz en su carácter de defensores de Mauro Aguirre “Deducen recurso de apelación” (ver fojas 12/14 a pié de página); contra la resolución dictada por la doctora Nancy Lecek integrante del Juzgado Penal Colegiado N° 1 en el marco de la ocurrencia planteada, pidiendo: “control jurisdiccional” a los términos del artículo 345 del C. P. Penal, producto que se había efectivizado la detención de su defendido en el curso de la investigación llevada adelante en los autos P. 18.825/19 por la Unidad Fiscal Especializada Delitos contra la integridad Sexual (ver fojas 1/3 a pié de página), causa en el que el señor Aguirre se había presentado espontáneamente y había solicitado el mantenimiento de su libertad ambulatoria..

Reclaman que esta alzada, al resolver, “haga lugar a la Apelación y ordene la Nulidad de la Orden de Detención, declare además nula la sentencia por las razones alegadas, la inconventionalidad articulada y la falta de riego procesal de nuestro asistido ordenando su inmediata libertad y/o detención domiciliaria”, reclamo que los doctores Ortiz y Varela Álvarez reiteraron en la audiencia oral, argumentos que lucen registrados en el soporte audio visual aludido y que deben tenerse aquí por íntegramente reproducidos por razones de brevedad.

II.- A su turno el Ministerio Fiscal representado en esta ocasión por el doctor Darío Nora; y la querrela particular patrocinada por la doctora Viviana Beigel, expresaron sus argumentos por los cuales solicitaban la plena ratificación del dictum atacado, discursos que también quedaron archivados en el mismo registro y por iguales razones doy aquí por íntegramente reproducidos, y,

CONSIDERANDO:

I.- Más allá de los escasos folios que hoy integran materialmente este incidente y que son los únicos que esta alzada ha podido compulsar con el objeto de alcanzar un panorama amplio de la real dimensión de la controversia que enfrenta a las partes en los reclamos canalizados en la vía recursiva que aquí se resuelve, el análisis exhaustivo de los videos que registraron la audiencia anterior y su desgravación

1

que personalmente efectué, me han permitido conocer que efectivamente como lo puso de resalto en su discurso el doctor Ortiz en la apertura de la audiencia en la instancia anterior, y lo repitió en el día de la fecha, el señor Mauro Aguirre personalmente se presenta el 23 de abril de 2019 a las 11,10 horas ante la Fiscalía de Instrucción en la causa arriba individualizada con un escrito en cuyo encabezamiento se lee “Presentación Espontánea- Pide mantenimiento de

libertad-Designa Abogado Defensor. Solicita se fije audiencia”, peticiones que formula al amparo del artículo 282 del C. P. Penal, cita legal en la que el rito vigente regula el instituto de “Mantenimiento de la libertad”, figura procesal que escribas de rutilante prosapia intelectual en el firmamento jurídico nacional, señalan que no es más que la receptación de la vieja figura de la “presentación espontánea” que regulaba nuestro antiguo código procesal (ley 1908) en su artículo 284 (cns. Creus “derecho...” pag. 287: Cafferata “Introducción al Derecho Procesal Penal, p. 76), más allá de reconocer las diferencias con que ambas normas regulan el momento inicial a partir del cual el imputado podía hacer valer sus derechos de tal.

En efecto, el estudio comparativo de ambas normas, me permite concluir que el actual digesto ceremonial le reconoce hoy a todo ciudadano, más allá de que aún los investigadores judiciales no hayan logrado reunir motivos bastantes para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, a solicitar el mantenimiento de su libertad e incluso lo autoriza a solicitar ser oído, asegurándole con esa regulación, que hasta tanto su petición no sea resuelta en debida forma de acuerdo a la forma que la propia ley establece, y que en caso de serle desfavorable, el mismo no será pasible de sufrir medidas de coerción personal en su persona, hasta tanto la denegatoria no haya devenido firme, luego que haya podido ejercer toda la vía recursiva que la misma norma lo autoriza a utilizar.

Ello a mi entender es una medida más en favor del principio rector que la libertad del imputado durante el transcurso de la sustanciación de un proceso penal es la regla y la privación, la excepción, producto del estado de inocencia que lo ampara, derecho que como todos, no es absoluto y está sometido a la reglamentación que del mismo hagan la respectivas leyes procesales, la que coinciden unánimemente que está justificado excepcionalmente limitar ese derecho a la libertad en la medida que su ejercicio ponga en riesgo el descubrimiento de la real o la actuación de la ley, decisiones que por su importancia deben estar debidamente justificadas, razonadamente fundamentadas y debidamente homologadas luego de los respectivos controles de legalidad que el mismo cuerpo normativo consagra por parte de los estamentos superiores de la autoridad que dispuso la privación de la libertad.

En el caso traído a examen de esta Sala el material compulsado justifica anticipar que les asiste razón a los recurrentes, ya que como lo historió el doctor Ortiz en su argumentación en la instancia anterior, y lo repitió hoy, ante la presentación espontánea del señor Aguirre, el doctor Darío Nora en su carácter de Fiscal investigador en los autos citados en que se formalizó la presentación, el mismo día 23 de abril de 2019 decide mandar tener presente esos pedidos (ver fojas 29, primer apartado), providencia que de acuerdo a las constancias que obran en el incidente nunca fue notificada ni al señor Aguirre, ni a su defensores, quienes además deberán admitir que en este caso y aún cuando no hayan sido notificados, cuando se vencieron los plazos en que la petición debía proveerse (uno o cinco días según el artículo 157 del C.P. Penal) debieron haber ejercido los derecho que la propia ley les otorga para reclamar por la morosidad judicial, exigiendo PRONTO DESPACHO y si aún así, si sus reclamos continuaban inauditos, debieron haber formulado la correspondiente denuncia ante el Superior del funcionario renuente (art. 159).

Ninguna de esas diligencias figura que se hayan concretado los defensores según las constancias obrantes en el incidente que tengo a la vista. Tampoco el doctor

Ortiz argumento que la hubiesen realizado en sus alegaciones de la instancia anterior, ni fueron invocadas haberlas cumplido en esta alzada por ninguno de los dos defensores presentes.

II.- Esa desidia judicial y la pasividad defensiva apuntada, trajo como consecuencias que recién el 9 de mayo de 2019 el doctor Nora según lo que expreso el doctor Ortiz en la

2

instancia anterior, lamentando incluso que no estuviese presente en esa audiencia, decidió por decreto, luego de haberlo consultado con el señor Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual , Dr. Alejandro Iturbide, resolver el pedido de mantenimiento de la libertad que le había presentado el señor Aguirre dieciséis (16) días antes y lo rechaza argumentando que: “la situación procesal de Mauro Aguirre Granzotto encuadra en las previsiones del artículo 284 en función con el art. 293 incisos 2° y 3° del C. P.P”, explicitando entre los fundamentos que la calificación legal dada a los hechos en el avoque no hacen viable una condena de ejecución condicional, deduciendo en cambio, que la futura condena de cumplimiento efectivo tornaba posible que tratara de eludir la acción de la justicia,, incursionando en la doctrina del fallo “Díaz Bessone”, infiriendo de la reiteración delictiva la existencia de un riesgo procesal, avalando su decisión con cita doctrinaria de D Alesio y apoyándose en una resolución de Procuración cuyo número no resulta visible en la fotocopia que tengo a la vista, cerrando su providencia, ordenando insertar en la orden del día local la averiguación paradero y captura de Mauro Aguirre Granzotto, decisión que según expresó el doctor Ortiz en su discurso en la audiencia oral de la instancia anterior, recién le fue notificada con posterioridad a que Aguirre fuera detenido, detención que se concretó el día 10 de mayo de 2019, a las 8.10 horas (ver fojas 44), mostrando hoy en la audiencia el documento que contenía esa notificación.

Cuesta entender que en una resolución judicial se ordene la inserción en la Orden del día la “Averiguación Paradero y Captura de Mauro Aguirre”, cuando el mismo Fiscal de la fiscalía especializada interviniente tenía acreditado por el contenido del escrito que le presentó el propio Mauro Aguirre, que su domicilio real era el de calle Beltrán N° 368 de la Ciudad de Mendoza (ver fojas 27); a lo que se suma que ya desde tres días antes a que dictara esa providencia, es decir desde el día 6 de mayo de 2019, el doctor Nora conocía por informes que le había hecho llegar la División Delitos contra la Integridad Sexual de la Dirección de Investigaciones que el domicilio de residencia de Aguirre era efectivamente en esa dirección e incluso le acompañaron una foto con el frente de la vivienda (ver fojas 34 y vta.); decisión que se torna aún más inentendible cuando se advierte que el oficio que suscribe el mismo Fiscal solicitando orden de allanamiento para efectivizar la orden de detención dictada contra Mauro Aguirre, tiene la misma fecha del decreto de rechazo del mantenimiento de la libertad (ver fojas 37/40), es decir que surge claro que en ningún momento el señor Fiscal tuvo presente que por disposición expresa de la ley (art. 282 último párrafo) su decisión denegatoria debía ser expresa y previamente notificada antes de su ejecución a fin de asegurarle al destinatario de la medida la vía recursiva a la que lo habilitaba la ley y en ese marco encuentran razón las palabras finales del señor Aguirre en la audiencia de la fecha, donde dijo no entender como era violentamente detenido, incluso ante los ojos de sus hijos, si él, por consejo de su abogados se había presentado a estar a derecho...

III.- Esa reseña de la actuación del Ministerio Público hasta acá efectuada con relación al trámite del pedido de mantenimiento de libertad efectuada por el señor Mauro Aguirre, cuando se la compara con la normativa que la regula y con las que la complementan, justifica el anticipo que hice de que le asiste razón a la defensa en el planteo desarrollado en el primer punto del recurso deducido y que el tema central que aquí me ocupa (ver fojas 12 vta. pié de página, punto “a”), ya que en su instrumentación queda acreditado que al señor Aguirre se le ha conculcado en esta causa su derecho de defensa en juicio, por cuanto se ha ejecutado su detención, sin que se le hubiese dado la oportunidad previa de recurrir la decisión denegatoria de su pedido de mantenimiento de libertad tal como lo establece la norma que lo regula y por ende cuando se efectivizó la privación de libertad, la resolución del señor Fiscal de Instrucción por la que rechazaba el pedido de mantenimiento de libertad, no había devenido firme, desvío de poder que le ha impedido al imputado intervenir o participar en el proceso en la forma y en la oportunidades que lo ley lo autoriza, provocando con ello una nulidad absoluta (art. 198 inc. 3), nulidad que a este Tribunal de Derecho le resulta imperativo corregir en el marco de este recurso, ya que ese reclamo tampoco fue de recibo por la magistrada apelada, no obstante que ese había sido el punto inicial de las protestas de la defensa cuando ocurrió ante ella, bajo el nomenclador de “control jurisdiccional” (ver fojas 1/3 a pié de página).. Justificaciones requieren esos anticipos, máxime frente a la crítica severa que desarrollo en la audiencia el doctor Varela Álvarez, criticando el poco apego a las formas que tiene la justifica mendocina.

3

IV.- Nadie discute que en el actual digesto ceremonial el Fiscal de Instrucción tiene atribuciones coercitivas autónomas (art. 344), pero tampoco nadie puede desconocer que esas facultades no son absolutas y que no pueden ejercerse arbitrariamente, sino que por el contrario, están en todo momento, sujetas al contralor jurisdiccional, para lo cual habilita al imputado y a su defensa a que utilizando distintas vías y seleccionando algunos de los nuevos institutos recursivos consagrados (art. 345, 350, 282) puedan cuestionar permanentemente esas decisiones e incluso amplía esos controles autorizando que en casos como el del tema que se debate en autos, pueda utilizar también la vía del recurso de apelación en protección de sus derechos (art. 466).

Esta pequeña síntesis está anticipando de un modo palmario, que en determinados casos, la propia ley adjetiva regula, que la orden de restricción de la libertad cuando el propio acusado ha pedido previamente y en debida forma que se la mantenga, solo puede ejecutarse una vez que la decisión del señor fiscal de rechazarla ha pasado el tamiz de todos los controles jurisdiccionales preestablecidos a favor del acusado.

Aún a costa de ser reiterativo y visto que el núcleo central del planteo que aquí analizo no tuvo un análisis específico por la colega de grado anterior, ya que se ocupó exclusivamente de referirse únicamente a los reclamos de las partes vinculándolos exclusivamente con el instituto de la detención (art. 284) y su relación con los requisitos de la prisión preventiva (art. 293), tema que analizó con una solvencia intelectual admirable, demostrando luego de una valoración pormenorizada de cada una de las pruebas reunidas en la causa principal, la justificación de esa medida, producto de que a su juicio concurren en este caso concreto los “elementos de convicción suficientes” que se exigen para el dictado de la prisión preventiva, y por

ende la detención de Aguirre estaba justificada, pero ese análisis desde mi punto de vista, visto el tema central por el cual la defensa había ocurrido demandando su intervención, no tenía ninguna razón de ser que se realizara en ese momento, porque no era la figura de la detención regulada por el artículo 284 el agravio central por el que reclamaron su intervención los defensores, sino que por el contrario, el tema primario que le plantearon era que el señor Aguirre fue detenido sin haberle permitido ejercer los recursos que la propia ley lo autoriza a ejercer al haber solicitado en tiempo y forma y previo a que se dictara esa orden de detención, el mantenimiento de la libertad, siendo ese el punto específico de los agravios que aquí se deben resolver y visto la confusión que se ha generado en el tratamiento del tema, en parte producto de la poca claridad con que el doctor Ortiz fundamentó ese reclamo, ya que la mayor parte de su extenso discurso en la instancia anterior estuvo encaminado a pretender demostrar la inocencia de su defendido bajo el argumento de que los ataques sexuales que se le atribuyen fueron consentidas y que estas denuncias son producto de un acuerdo previo de una agrupación política contraria para perjudicarlo y denostarlo públicamente a través de los medios de difusión, que a fundamentar jurídicamente las razones de su protestas por la falta de notificación previa, planteo enrevesado que arrastró a las contrapartes, quienes también, particularmente el Ministerio Fiscal, dedicaron un extenso tiempo y todo su esfuerzo dialéctico e intelectual a justificar que la orden de detención estaba perfectamente dictada vista la gravedad de las acusaciones, que a tratar de exigir que se ajustara la discusión al único tema por el que se había abierto la vía recursiva, que era si la orden de detención dada estaba legítimamente ejecutada, pese a no habersele dado al señor Aguirre la posibilidad de discutirla jurídicamente ante la jurisdicción, desvío de poder que me obliga a tener que explayarse en mi análisis, a fin de darle a esta resolución, la completitud que un tema tan álgido y tan emparentado con otros institutos procesales, merece, maxime teniendo en cuenta la queja del doctor Varela Álvarez sobre el poco respeto por las formas de la judicatura mendocina.

V.- En los precedentes “Asunción Martínez” (expte. 3764) y “Kumiko Kosaca (expte. 3759) como juez del voto liderante de la ex Primera Cámara en lo Criminal tuve oportunidad de dejar sentada mi postura personal –vista la desincronización interpretativa que se visualizaba ya en aquella época en esta jurisdicción judicial sobre el tema- historiando los nuevos aires que materia recursiva consagraba el nuevo digesto ceremonial al poner en cabeza del Fiscal de Instrucción la Investigación Penal Preparatoria, ocupándome en particular de fijar las características esenciales de los nuevos institutos consagrados al

4

respecto: la oposición y la ocurrencia, institutos que para alguna doctrina son idénticos (Cafferata –Tarditi “Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba comentado T. 2, pág. 72), y que para otros, entre los que me enrolo, tienen notorias diferencias que explico.

En efecto, según mi punto de vista, la Investigación Penal Preparatoria es en la actualidad conforme al nuevo rito vigente en la provincia, una etapa esencial del proceso penal en casos de delitos de acción pública, cuyo objetivo principal es ser preparatoria del juicio, realizada en forma escrita, relativamente contradictoria y limitadamente pública, y que en Mendoza ha sido confiada exclusivamente en cabeza del Fiscal de Instrucción y tiene por finalidad evitar que el delito sea llevado a consecuencias ulteriores, asegurar la persona del imputado y reunir los elementos de prueba útiles para dar base a la acusación, o al juicio abreviado inicial o al sobreseimiento.

Dada esas características de la Investigación Penal Preparatoria, es que se ha establecido que durante esa etapa preliminar, las resoluciones del señor Fiscal de Instrucción (art. 167, segundo párrafo), sólo pueden ser impugnadas por vía de la oposición o de la ocurrencia, vías recursivas que funcionaban a veces como incidente y en otros como recurso.

La palabra oposición en el código de nuestra provincia ha sido utilizada por el legislador por lo menos en tres sentidos diferentes: 1.- como acto procesal que abre el incidente de oposición en contra de la instancia de constitución de algún sujeto eventual del proceso, es decir, contra un acto de parte (arts.114, 126); 2.- como acto procesal que abre el incidente en contra de los requerimientos del fiscal de instrucción (art.360), supuestos en los que el fiscal como tiene cercenada toda posibilidad de rever su requerimiento, obligatoriamente tiene que remitir el planteo al hoy juez penal. Además, en determinadas situaciones la ley remite expresa o tácitamente al procedimiento de la oposición para resolver otras hipótesis diferentes como es el caso del incidente de nulidad (art. 201). También se observa que aparece el diseño del procedimiento de la oposición en el caso de la recusación del fiscal (art. 90); o en el caso de las excepciones (art. 20 y 21); y 3.- como acto procesal impugnatorio en contra de las resoluciones dictadas por el fiscal de instrucción como director de la investigación penal preparatoria.

Así delineado podríamos definir a la oposición como un recurso (cns. Clariá Olmedo, Tratado, T. V. p.476), autorizado durante la investigación penal preparatoria para impugnar una resolución del Fiscal de Instrucción y por ende no jurisdiccional, eventualmente devolutivo (cns. Ayán "Recursos en materia penal. Principios generales", 1985, p.181), sin formalidades establecidas aunque cumpliendo requisitos mínimos (cns. Buteler, Enrique, "Juez de Control como garantía en la investigación penal preparatoria", p. 11) y para los casos expresamente previstos, que no es otra cosa que su interposición depende exclusivamente de que la ley expresamente lo autorice a recurrir a él (taxatividad legal) y para corroborarlo basta leer el artículo 350 que prescribe: "en los casos que la ley autoriza la oposición a una resolución o al requerimiento fiscal, ésta se deducirá ante quien la dicto en el término de tres (3) días, salvo que se establezca otro trámite..." para que éste la revea y en caso de denegatoria, autoriza que un órgano jurisdiccional (hoy Juez Penal) la revise.-

En cambio la ocurrencia que también se caracteriza como un recurso no jurisdiccional, directo y devolutivo, sin formalidades preestablecidas, procede solo en contra de ciertas resoluciones del Fiscal de Instrucción de carácter denegatorio o para que se modifiquen ciertas resoluciones de éste que implican un carácter limitativo de la libertad (como lo es el caso que aquí nos ocupa), reclamos que se deben interponer directamente hoy, ante el Juez Penal (antes de Garantía), solicitando la revocación de la resolución o la subrogación del magistrado en el ejercicio del acto. Esa es la vía que eligió la defensa, obligado por la actuación del Fiscal de Instrucción que no le permitió ejercer la vía recursiva que el mismo artículo 282 lo autorizaba..

Es directo porque a diferencia de la oposición, la propia ley autoriza a eludir el paso previo de que sea el propio fiscal de instrucción el que revalorice su propia resolución, evitando por un lado un desgaste y una pérdida de tiempo inútil, porque generalmente es muy difícil que se logre alcanzar la

revocación de lo ya dispuesto, ganando de esa forma celeridad procesal que es el motor central que impulsa al sistema acusatorio.

Es devolutivo porque el tema central propuesto con la impugnación será siempre resuelto por un órgano jurisdiccional (hoy el juez penal), el cual por imperio de la ley, funcionalmente es jerárquicamente superior y diferente al órgano que dictó la resolución.

Pero al igual que la oposición, si bien no está sujeto a formalidades preestablecidas, sin embargo existen ciertas condiciones mínimas de exigencias que superan a las requeridas para aquel, ya que no puede presentarse por simple diligencia en el expediente dado que debe ser presentado ante el mismo órgano superior que va a resolver; debe determinar con claridad la causa o expediente a que se refiere aportando la mayor cantidad de datos que permitan su más correcta y rápida individualización para poder solicitárselo al fiscal interviniente; y siendo taxativas las causales ya que la ocurrencia al igual que la oposición solo procede cuando una norma procesal lo autoriza, debe indicarse en esa presentación con precisión en cuál de las causales autorizadas por la ley, se funda, requisito que también se cumplió.

Por ejemplo debe indicar si se le ha rechazado la constitución de querellante particular (ar. 105); o se le han rechazado diligencias de pruebas propuestas (art. 347); o mediante la vía de la ocurrencia general (art.345) se puede solicitar el control jurisdiccional cuando se ha restringido provisoriamente de la libertad personal a una persona (art. 281),; es decir cuando se trata de cuestionar una medida de coerción personal (aprehensión policial o privada en flagrancia o de detención); o se le ha denegado el mantenimiento de libertad (art. 282) -que es nuestro caso-, situaciones en que el acusado se encuentra en una situación totalmente diferente a la de la prisión preventiva la cual tiene una normativa específica que la rige y a la cual también se debe ajustar (art. 293 y ss.), careciendo por último de cualquier tipo de sistematicidad

V.- Queda claro para esta Sala de acuerdo a esa interpretación que pregona, que con la oposición y la ocurrencia, de lege data en el nuevo organigrama procesal vigente se ha renovado totalmente la clasificación de los recursos, ya que ahora existen recursos contra las resoluciones jurisdiccionales (reposición, apelación, casación, inconstitucionalidad, queja y revisión) y recursos contra resoluciones NO jurisdiccionales (oposición y ocurrencia) y que estos últimos proceden solo contra determinadas resoluciones dictadas por el fiscal de instrucción, en su condición de director del proceso y solo tienen posibilidad de ser interpuestos mientras esté vigente la investigación penal preparatoria.

El cuadro comparativo de uno y otros muestra con absoluta claridad que aquellos recursos previstos contra las resoluciones jurisdiccionales tienen un conjunto de normas que los reglan; mientras que los recursos contra las resoluciones no jurisdiccionales tienen una regulación desarticulada, a la que hay que prestarle debida atención para resolver acertadamente sobre su procedencia o no en cada caso, ya que sólo producto de esa desarticulación y a través de dificultosas interpretaciones sistemáticas, pueden elaborarse para estos nuevos recursos aquellos principios mínimos en punto a sus estructuras, procedimientos y fines.

Por eso sostengo que en el caso de la oposición, visto el tema de lege ferenda, la solución adoptada se justifica visto las características del sistema acusatorio, cuya nota distintiva es la celeridad, propósito que como no podía ser de otra manera exigía una vía

impugnativa directa ante un juez (hoy juez penal) y que fuera de rápida resolución, que son precisamente también, las notas distintivas de la ocurrencia, más allá que algunos desacoples que puedan surgir sugieran una más prolija y completa reglamentación de estas dos vías impugnativas, pero mientras esto no ocurra, solo hay que respetar y cumplir con lo que manda la ley en cada caso y respetar lo que esta reglado, aunque en determinados casos, productos de esos desacoples, se produzcan confusiones como la que se visualizan en este reclamo.

6

VI.- Efectivamente, en nuestro caso como lo explicó el doctor Ortiz en la instancia anterior, cuando el señor Aguirre se entera que en los claustros universitarios se estaba promoviendo la investigación de hechos de contenido sexual pretéritos e incluso por publicaciones periodísticas cobran conocimiento que se habían concretado denuncias penales en contra del señor Aguirre para que se investigaran esos hechos, apelan con su cliente a uno de los institutos que la ley le autoriza a recurrir para proteger su libertad ambulatoria, el del mantenimiento de la libertad y se presentan ante el señor Fiscal que estaba interviniendo en la investigación, no solo poniéndose a derecho, sino que solicita ser oído y esta presentación lo obligaba al Fiscal a que resolviera de inmediato sobre su libertad recurriendo a la normativa del artículo 280, aún cuando no tuviera a su disposición las planillas informativas de antecedentes y sin perjuicio que su agregación posterior (art. 290), justificara modificar la decisión y ordenar su detención (art. 284) (cns. Clemente, "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba", T. II, pág.351).

Queda claro con lo dicho que el Fiscal de Instrucción tenía derecho frente a la presentación de Aguirre a proveer a favor de mantener su libertad (art. 282) o considerar que la misma no resulta procedente y disponer su detención, como lo hizo. Hasta ahí su actuación hubiese estado totalmente ajustada a derecho.

El tema que seguía y que el Fiscal estaba obligado a respetar era el tema de la ejecutabilidad de esa medida de privación de libertad que dispuso.

Aquí el señor Fiscal decidió ejecutar la orden de detención de inmediato y para ello sin más, ni más, solicitó la correspondiente orden de allanamiento y la concretó, desconociendo por completo el derecho de impugnabilidad que mediante la ocurrencia la propia norma lo autorizaba a ejercer al señor Aguirre.

Además, debió tener en cuenta, que aún en caso de que por la vía de la ocurrencia tampoco lograra la protección de su derecho a la libertad, la misma ley lo autorizaba a hacer uso del recurso de apelación, que es lo que hizo, demandando la intervención de esta Alzada.

Por eso frente a ese claro mandato legal, cuesta entender la justificación que dio el doctor Nora en la audiencia de que no notificó su decisión de rechazar el mantenimiento de la libertad previamente y optó por ejecutar la orden de detención, con el objetivo de evitar el riesgo de fuga.

Ello es así según mi atalaya valorativo del código vigente, que hoy no se discute, a partir del pronunciamiento favorable de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Bordenave" (ED 142-116), que todo acusado que se encuentra en libertad, tiene derecho a

discutir por la vía recursiva adecuada que le otorgue la ley procesal aplicable, todo intento de restricción a su libertad ambulatoria, incluso siendo un contumaz, y ese derecho en nuestro provincia le es reconocido por el propio código a Aguirre cuando el artículo 282 lo autoriza a que en caso que su petición la resuelvan desfavorablemente puede ocurrir ante el Juez Penal y como aquí se lo privó de ese derecho de recurrir y se ejecutó la orden de detención, ese desconocimiento implica lisa y llanamente que se le ha conculcado su derecho de defensa en juicio y esa afectación de no permitirle intervenir en los casos y en la forma que la ley lo autoriza (art. 198 inc. 3°), provoca una nulidad absoluta que este Tribunal de Derecho debe corregir de inmediato, revocando la resolución de la instancia anterior que da cuenta la reseña de fojas 8 y vta. a pié de página y retrotrayendo los procedimientos en la causa principal hasta la fojas en que figura agregada la decisión del señor Fiscal de Instrucción de rechazar el pedido de mantenimiento de libertad solicitado por Mauro Aguirre, disponiendo en cambio su detención (folios que no han sido agregados en el incidente), decisión que deberá ser notificada de inmediato al peticionante y sus defensores para que estos resuelvan si deciden o no recurrir la misma, debiendo suspenderse su ejecución hasta tanto esa resolución devenga firme, debiendo resolver además en forma urgente la situación de detención que hoy se encuentra sufriendo Mauro Aguirre en virtud de la ejecución de esa orden que aquí se anula, dado que el mismo se encuentra detenido a su exclusiva disposición,

7

todo en virtud de las razones expresadas en este decisorio..

Por todo ello, esta Sala,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa de Mauro Aguirre (art. 473 del C. P. Penal).

II.- En su consecuencia revocar en todos su términos la resolución dictada por la magistrada del Juzgado Penal Colegiado N° 1 que obra en el soporte digital acompañado y cuya reseña aparece volcada en la actuación glosada a fojas 8 y vta. en virtud de haberse omitido el tratamiento del tema central planteado en el recurso de ocurrencia deducido ante ese juzgado (at. 282 último párrafo del C. P. Penal).

III.- No hacer lugar al apartamiento solicitado de la doctora Nancy Lecek por cuanto la misma no ha sido la causante de la nulidad que se declara en autos y su resolución resulta justificada visto los planteos complementarios introducidos por la propia parte apelante y que la magistrada tenía obligación de resolver dado el carácter amplio y multipropósito que caracterizan hoy a las audiencias orales (arts. 204, 362 y cc. del C. P. Penal), todo ello sin perjuicio de que las partes recurran al instituto regulado por el artículo 78 y siguientes código citado..

IV.- Declarar la nulidad absoluta de las medidas que se realizaron para efectivizar la orden de detención que se había dictado contra Mauro Aguirre, dado que la mismas se ejecutaron sin que hubiese devenido firme la resolución que la ordenaba y sin advertir que no se le había dado al acusado la oportunidad de ejercer la vía recursiva que la propia ley procesal lo autorizaba a utilizar, afectándose de ese modo la garantía constitucional de defensa en juicio, al

impedirle su intervención en los casos y en la forma que la ley lo autoriza (art. 282 último párrafo, 197, 198 inc. 3°ss. y cc. del C. P. Penal).

V.- Retrotraer los procedimientos en la causa principal hasta la fojas en que figura agregada la decisión del señor Fiscal de Instrucción de rechazar el pedido de mantenimiento de libertad solicitado por Mauro Aguirre, disponiendo en cambio su detención (folios que no han sido agregados en el incidente), debiendo notificar esa decisión de inmediato al señor Aguirre y sus defensores a fin de asegurarle el ejercicio de la vía recursiva que la propia ley los autoriza a utilizar (arts. 203, 282 último párrafo y cc. del C. P. Penal), debiendo resolver además con la misma premura la situación de detención que se encuentra sufriendo hoy Mauro Aguirre, dado que el mismo se encuentra detenido a su exclusiva disposición, todo en virtud de las razones jurídicas expresadas en este decisorio. (art. 203 último apartado del C. P. Penal).

VI.- Diferir la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna.

VII.- Mandar tener presente que ninguna de las partes intervinientes en esta audiencia han hecho reservas de ejercer alguna vía recursiva contra este decisorio.

Cópiese, regístrese, protocolícese, téngase por notificadas las partes presentes en la audiencia y bajen.