

Causa I-80.518-2016/II "R., A. G. s/ apelación-morigeración de la prisión preventiva".

San Isidro, 02 de noviembre de 2016.

AUTOS Y VISTOS: Para resolver el recurso de apelación deducido contra el auto que en copia obra a fs. 54/57vta;

Y CONSIDERANDO:

El Sr. Juez Pitlevnik dijo: I. Introducción. Viene el presente incidente a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de apelación deducido por la Defensa, contra el auto dictado por la Sra. Jueza del Tribunal Oral Criminal Nro 1 de San Isidro, Dra. María Elena Márquez, mediante el que resolvió no hacer lugar al pedido de atenuación de la medida de coerción que viene sufriendo A. G. R..

II. Admisibilidad. El recurso de apelación fue deducido tempestivamente por la Defensa, conforme el derecho que posee, con indicación de los motivos de agravio y sus fundamentos. Corresponde declarar su admisibilidad (arts. 163, 421, 424, 433, 439, 441 y 442 del Código Procesal Penal).

III. El hecho imputado. A R. se le imputa el delito de comercialización de sustancias estupefacientes (art. 5 inc. "c" de la ley 23737). El hecho por el cual será llevado a juicio (el próximo 4 de noviembre conforme surge de fs. 244 del ppal) es haber comercializado clorhidrato de cocaína y marihuana en la modalidad de kiosco en dosis fraccionada en su domicilio de O'Higgins entre Reconquista y Arroyo El Claro, de Benavídez, Tigre. La investigación de los hechos se inicio con la constatación de maniobras compatibles con la comercialización al menudeo del día 29 de julio de 2015 y terminó con el allanamiento del día 1ro de octubre del mismo año en que se realizó un allanamiento en el domicilio mencionado y se secuestraron 44 gramos de marihuana y 15 gramos de cocaína (en verdad es el peso de las sustancias con sus envoltos). Conforme surge del acta de allanamiento, se secuestró también dinero en efectivo (446 pesos) y teléfonos celulares.

IV. - La evaluación de los riesgos y la viabilidad de la petición.

a.- Para analizar el riesgo procesal que habilite la adopción de una medida menos gravosa que la que sufre el encartado una de las consideraciones que deben tomarse es la del monto de la escala penal previsto por el delito enrostrado. En este caso, la escala excluye la aplicación de las previsiones de los incs. 1, 2 y 3 de art. 169 del C.P.P. Ello importa un estándar de riesgo que debe ser evaluado, en función de los parámetros que el legislador utilizó para medir el riesgo de fuga.-

b.- Por otro lado tanto la Corte Suprema de Justicia (casos Verbitsky del 3/5/2005, Loyo Fraire del 6/3/2014), entre otros), como la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (Del Valle del 12/11/2003, entre otros) han sostenido la excepcionalidad del encarcelamiento preventivo. Dicha doctrina es también la que emana de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Canese del 31/8/2004, Tibi, del 7/9/ 2004, entre otros) y de los informes de la CIDH (informe 77/02 del 27/12/2002, Peyrano Basso -inf. 35/07-, entre otros).

Debe destacarse que la Relatoría de personas privadas de la libertad de la CIDH ha emitido un comunicado de prensa hace pocos días (19/10/2016) luego de la visita de monitoreo de la situación carcelaria en nuestro país. Allí se recordó especialmente que la prisión preventiva debe tener carácter estrictamente excepcional, y que su aplicación se debe adecuar a los principios de legalidad, presunción de inocencia, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. Puso también de resalto a fin de reducir el uso de la prisión preventiva y mitigar el impacto negativo de la privación de libertad, la implementación de los mecanismos electrónicos de seguimiento. Cabe agregar que la proporcionalidad de la medida es también un requisito impuesto por el art. 146 del C.P.P.

Dentro del cuadro jurisprudencial mencionado, en el citado fallo Loyo Fraire del 6/3/2014,, la Corte Federal ha fijado la doctrina que señala que los estándares de pena previstos para la excarcelación son presunciones iuris tantum de riesgo procesal que no pueden ser aplicadas como si no admitiesen prueba en contrario. Señaló también que deben tenerse en cuenta las condiciones personales del imputado, su comportamiento durante el proceso y reiteró las exigencias para la adopción de una medida cautelar según la jurisprudencia de la Corte IDH: que debe ser motivada, indispensable, idónea y proporcional (no debe haber otra menos gravosa). El fallo de la Corte es especialmente relevante pues en él, el máximo tribunal del país cuestionó la coerción impuesta a una persona que había sido condenada de manera no firme a la pena de cuatro años y tres meses de prisión, en carácter de partícipe necesario de los delitos de estafa -sesenta hechos- y falsedad ideológica -cincuenta y un hechos-, en concurso real. Digo que es relevante para este caso porque la pena mencionada supera el mínimo de la escala penal que se le aplicaría a R. en caso de condena.

c.- En cuanto a la gravedad del hecho, -estándar que el art. 148 del C.P.P. impone para medir los riesgos procesales-, lo cierto es que a R., como se refiriera, no se le secuestró una enorme cantidad de material estupefaciente, ni tampoco una cantidad de dinero considerable. Téngase en cuenta que los 446 pesos es todo lo que se encontró dentro del domicilio. Nada autoriza a pensar que todo ese dinero era destinado o producto del comercio de estupefacientes cuando también se menciona que se vendían sándwiches de milanesa y otros comestibles.

De la droga secuestrada la mayor cantidad fueron 44 gramos de marihuana. Conforme lo señalé en resoluciones anteriores, (Causa Nº 78.082/II, entre otras), el flagelo del narcotráfico con su secuela de daño y dolor no nos debe impedir discriminar la diferente gravedad de los hechos que se verían denotados por esta actividad, ni apreciar la diferencia entre sustancias comercializadas. Mencioné específicamente la clasificación entre drogas "blandas" y "duras" según su mayor poder vulnerante en cuanto a la posible afectación a la salud, dependencia y efectos sociales. La marihuana, clásicamente ha sido tenida como de las primeras, de modo que no es de las sustancias prohibidas que más gravemente atentan contra la salud pública. Por otro lado, dicha droga no solo es la sustancia ilegal más consumida en el mundo (conf. Informe mundial de drogas 2013 de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito), sino que, parece gozar de un cierto nivel de tolerancia social, quizás por la mencionada característica de generar dependencia física y psicológica de leve a moderada, en comparación con otras sustancias estupefacientes. Con ello, obviamente, no se pretende negar la ilicitud de la conducta, sino evaluarla a los efectos de fijar el tipo de coerción en función de la gravedad de la infracción.

De acuerdo con la cantidad de droga incautada y el dinero hallado, no parece que estemos ante un tráfico a gran escala, una infraestructura comercial compleja o una distribución de enorme alcance. Que no se trata de una estructura de comercialización desarrollada se aprecia en lo que se lee en el acta de allanamiento: una vivienda precaria mitad de madera, y mitad de ladrillo sin revocar, que el personal policial describe de la siguiente manera: "la totalidad de la vivienda se encuentra desordenada, sucia, mal arreglada, vivienda casi en la promiscuidad" y donde se ve un cartel escrito con tiza "venta de milanesas, hamburguesas, pizzas, sandwiches", actividad que la mujer que vive en la casa (pareja del causante, aunque dice que conviven a pesar de haberse separado) tendría en forma ambulante. Todo ello se aprecia también en las copias de las fotos de fs. 68/72.-

De lo dicho se desprende que las fuerzas policiales dedicadas a la lucha contra el narcotráfico, en este caso habrían logrado dar con uno de los eslabones de la cadena de comercialización más débiles, montado precariamente en un contexto de miseria y marginalidad.

d.- En cuanto a los antecedentes penales que pudieran influir en contra del imputado conforme lo regula el art. 148 del C.P.P., a un año y casi cuatro meses de tramitación no se ha acreditado que R. pueda ser declarado reincidente. A fs. 85/6 se menciona una condena a veinte días de prisión sustituidos por trabajos comunitarios y ninguna otra sentencia en su contra, a pesar de los antecedentes informados en el legajo que corre por cuerda. Allí se menciona una captura de hace más de dieciséis años. Tampoco se ha informado sobre posibles excarcelaciones gozadas por R. y que pudieran operar en su contra.

e.- En cuanto al arraigo, el imputado se domiciliaba en el lugar donde fue detenido, y ha propuesto, a los efectos de la medida morigeradora, el domicilio de su hermana, Laura Susana R.. La perito de la Oficina Pericial, Lic. en Trabajo Social, Silvina L. de Newton (fs. 43/44), ha puesto de manifiesto que, más allá de la precariedad habitacional de la mencionada, se trata de una familia trabajadora, dispuesta a acompañar al causante y preocupada por su situación. El cuñado de R. hace 25 años que trabajaría en el mismo lugar, la hermana también trabaja desde hace tiempo y tienen tres hijos, dos de los cuales terminaron el secundario y el tercero aún se encuentra cursando (el penúltimo año).

f.- Conforme surge del informe que antecede R. se encuentra detenido en una Unidad en la que la población total y la de su pabellón, ronda el 150 por ciento con respecto a su capacidad real. La capacidad es 39 internos, pero hay 57 en su pabellón; la de la Unidad es de 824, pero tiene en la actualidad 1240.

El hacinamiento implica restricción de espacio, de acceso a sanitarios, de personal de seguridad disponible para gestionar la vida cotidiana, de oferta de actividades en la unidad (que en total tiene 416 personas más que las que debería tener), camas y colchones.

La Corte Federal y luego la Corte Provincial han encomendado a los jueces que en sus respectivas causas impidan y hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de las condiciones de detención y que deberán ponderar nuevamente la necesidad de mantener encarceladas a las personas detenidas o bien, disponer medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas (en Verbitsky, de la CSJN del 3/5/2005 y la SCBA del 11/5/2005). Aunque sea una verdad de Perogrullo, debo destacar que sería inadmisibles alegar que dicha regla regía solo

para la causa en la que se dictó, pues sería igual a afirmar que los jueces no tienen la obligación de cumplir con las garantías impuestas por la Constitución y los Tratados internacionales, sino en las causas en que las Cortes provinciales o Federal lo indicaron expresamente.

Tengo en cuenta también que el art. 163 del C.P.P. prevé la morigeradora como medida excepcional, cuando no se dan los supuestos previstos en el art. 159 del C.P.P. (mayores de 70, enfermedad incurable en período terminal, mujer embarazada o con hijos menores de 5 años). Entiendo que en este caso se da el supuesto extraordinario previstos por la ley, a menos que se pretenda sostener y de este modo, naturalizar, que el Estado mantenga a una persona detenida en las condiciones apuntadas.

g).- La medida que se solicita es la de morigeradora de prisión preventiva. No importa libertad sino de un recurso previsto por la ley bonaerense para asegurar la ligazón al proceso sin recurrir al alojamiento de una persona en una prisión. Es por ello que aunque no se den los supuestos del art. 169 del C.P.P., la medida requerida puede ser viable, pues importa un régimen más severo que el excarcelatorio.

Debe recordarse que el 22 de marzo de 2010, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas realizó un examen de los informes presentados con arreglo al artículo 40 del PIDCyP, donde, con relación a la Argentina y más específicamente a la provincia de Buenos Aires se resalta los defectos en la aplicación de los estándares fijados en el fallo Verbitsky. Dice el Comité que "El Estado Parte debe tomar medidas con celeridad para reducir el número de personas en detención preventiva y el tiempo de su detención en esta situación, tales como un mayor recurso a medidas cautelares, la fianza de excarcelación o un mayor uso del brazalete electrónico. El Comité reitera que la imposición de la prisión preventiva no debe ser la norma, que sólo se debe recurrir a ella como medida excepcional y en el grado necesario y compatible con las debidas garantías".-

h).- Como corolario de lo desarrollado hasta aquí, entiendo que las características propias del hecho, las circunstancias personales del autor y las condiciones en que se llevan adelante su actual encarcelamiento operan en conjunto para volver desproporcionada la medida adoptada. Las constancias en el expediente de ningún modo evidencian que el Estado necesite mantener a R. en las condiciones de detención descriptas para asegurar la continuidad del proceso.

Las consideraciones realizadas, la jurisprudencia citada y la normativa de mención, imponen la adopción de una medida menos gravosa para con el imputado R. y es por ello que voto por la imposición de una detención domiciliaria en la vivienda propuesta bajo la modalidad de monitoreo electrónico el que podrá hacerse mediante sistema GPS.

En consecuencia, postulo se revoque la resolución apelada y se morigeren los efectos de la prisión preventiva que actualmente padece A. G. R., mediante su prisión domiciliaria con monitoreo electrónico en el lugar de residencia informado a fs. 43/44, bajo las demás condiciones y/o obligaciones que la Jueza "a quo" estime corresponder (arts. 144, 146, 148, 159, 160, 163 inc. 1ro. del C.P.P.).

i.- Por último he de manifestar que conforme doctrina sentada de esta Alzada en la Causa n° 74.470/Ila., caratulada "DAVORAVISKI, ERNESTO TOMAS s/Inc. de apelación" (del 13 de abril de 2011), entre otras; la resolución mediante la cual la Cámara de Apelación y Garantías resuelve otorgar una medida morigeradora de la prisión preventiva, resolución que debe quedar firme para

su operatividad (art. 163 del C.P.P.), no son recurribles ante el Tribunal de Casación (arts. 450 del C.P.P. "a contrario").-

En consecuencia, corresponde remitir, sin mas trámite, el incidente al Tribunal de origen a efectos de que cumpla con la resolución que antecede, siempre y cuando el imputado no registre impedimentos legales, difiriéndose para ello la actualización del RUD y las notificaciones pertinentes.

El Sr. Juez Stepaniuc dijo: He de apartarme respetuosamente del voto de mi colega preopinante, pues considero que la resolución impugnada debe ser ratificada por las siguientes razones.

A G. R. A. , conforme ya fue explicado, se le imputa la comisión del delito de comercialización de estupefacientes (art.5 inc. "c" de la ley 23.737), cuyas circunstancias particulares valoré en la oportunidad de ratificar el encarcelamiento preventivo que hoy padece el nombrado (incidencia F-6644-2016/II, resuelta el 28/1/2016). Entonces fue considerada la necesidad de la medida de coerción para asegurar el desarrollo del proceso y el ejercicio de la jurisdicción, de acuerdo al riesgo procesal inferido, tomando en cuenta la pena en expectativa, la existencia de un antecedente condenatorio y la proporcionalidad de la medida coercitiva con el objeto de tutela.

Con ese marco, advierto que a la fecha cuando el imputado lleva privado de su libertad 13 meses, subsisten la proporcionalidad y la necesidad de mantener la privación de la libertad de R. para asegurar el avance del proceso y la eventual aplicación de la ley, máxime cuando se encuentra próximo el desarrollo del debate oportunidad en la que corresponderá adoptar una resolución definitiva sobre la imputación.

Por otra parte, en concordancia con la Juez "a quo", no se advierte en el caso alguna de las situaciones previstas por el artículo 159 del ritual para disponer una medida menos gravosa que cumpla el aseguramiento perseguido, como así tampoco observo circunstancias de relevancia que justifiquen imponer excepcionalmente una medida morigeradora en los términos previstos por el artículo 163 párrafo segundo del C.P.P..

En ese sentido, también tengo en cuenta, que del informe de la perito asistente social que luce a fs. 43/44, en mi opinión, aparece relativizada la capacidad de contención que podría brindar el grupo familiar de la hermana del causante, más allá del ofrecimiento del domicilio. Adviértase que la buena voluntad parece estar supeditada a la construcción de una precaria habitación contigua, dado el espacio reducido en el que habita el grupo familiar con tres hijos. A ello se suma, que la hermana del causante manifestó no haber podido hablar con el encartado desde que fue privado de su libertad. Sumado a lo ya expresado y sin perjuicio de que no resulte determinante, según el informe de fs. 52, a esta altura, tampoco se encuentra acreditada la posibilidad de establecer el control por monitoreo electrónico.

En definitiva, postulo que se confirme el auto impugnado mediante el que se resolvió no hacer lugar al pedido de atenuación de la medida de coerción que padece A. G. R. (arts. 144, 148, 159 y 163 "a contrario", 434, 435 y 447 del C.P.P.).

Asimismo, con relación a las condiciones de detención del imputado, que fueran constatadas en forma preliminar mediante comunicación telefónica, una vez vueltos los autos al

órgano de origen, deberá requerirse un informe detallado referido a las condiciones actuales de detención de R.; ello, a fin de disponerse su inmediato traslado a otra unidad o las medidas que el Tribunal "a quo" estime adecuadas.

El Sr. Juez Cayuela dijo:

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

Por ello el Tribunal, RESUELVE por unanimidad:

I) DECLARAR ADMISIBLE el recurso de apelación que fuera interpuesto contra el auto que obra a fs. 54/57vta., de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (arts. 163, 421, 424, 433, 439, 441 y 442 y ccdtes. del C.P.P. -ley 11.922 y sus modificatorias-).

Por mayoría:

II) CONFIRMAR el auto apelado que obra a fs. 54/57vta., en cuanto no hace lugar al pedido de atenuación de la medida de coerción que padece A. G. R., de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (arts. 144, 148, 159 y 163 "a contrario", 434, 435 y 447 del C.P.P.).

III) DEBERÁ el Sr. Juez "a quo", una vez vueltos los autos al órgano de origen, requerir un informe detallado referido a las condiciones actuales de detención de A. G. R.; ello, a fin de disponerse su inmediato traslado a otra unidad o las medidas que el Tribunal "a quo" estime adecuadas.

Regístrese, actualícese el R.U.D., notifíquese y devuélvase al origen sirviendo el presente de atenta nota de remisión. Fdo Dres. Leonardo G. Pitlevnik, Juan E. Stepaniuc y Luis C. Cayuela, Jueces de Cámara. Ante mi Dra. Viviana A. Vega, Secretaria.