

Causa nro. I-80514-2016/II "Inc. de apelación de la prisión preventiva de M.F. B. "

San Isidro, 10 de noviembre de 2016.

AUTOS Y VISTOS: Para resolver en orden al recurso de apelación interpuesto contra el auto de fs. 2/18vta.

Y CONSIDERANDO: El Sr. Juez Stepaniuc dijo:

I.) Viene el presente incidente a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Particular, Dr. Marcelo Scachi, contra el auto por medio del cual el Sr. Juez de Garantías nro. 4 Departamental, Dr. Esteban Rossignoli, convirtió en prisión preventiva la detención de M.F. B en orden al delito de comercialización de sustancias estupefacientes de uso prohibido y tenencia de sustancias estupefacientes de uso prohibido con fines de comercio, ambas figuras agravadas por haberse cometido en las inmediaciones de establecimientos educativos y centros asistenciales (art. 5 inc. c) y 11 inc. e) de la Ley 23.737).

El Sr. Defensor Particular cuestionó la decisión adoptada por el Magistrado Garante y consideró que no se encuentra acreditado en autos los peligros procesales que ameriten la continuidad de la detención de su defendido. Refirió que las tareas investigativas se encuentran prácticamente colectadas y que aún subsiste el principio de inocencia pues todavía no se dictó sentencia respecto del presente hecho. Hizo mención a doctrina y jurisprudencia al respecto.

El quejoso cuestionó la prueba recabada. Sostuvo que los movimientos compatibles con la comercialización de estupefacientes sólo se encuentran acreditados por los dichos del personal policial, y que las manifestaciones formuladas resultan inverosímiles. No existe filmación de lo que relataron, y casualmente, cuando obtienen alguna filmación no se observa ninguna de las maniobras descriptas. Tampoco se pudo acreditar fehacientemente que las personas entregaran estupefacientes y dinero.

El apelante sostuvo que el "a quo" mencionó la existencia de un comprador previo, pero en realidad dicho sujeto es sobrino de la imputada. Ese relato también resulta, a su entender, poco creíble dado las circunstancias en las que se desarrolló. Por otra parte, los estupefacientes encontrados en el domicilio de B lo fueron en un lugar que no es exclusiva de su custodia, ya que estaban entre las vestimentas y pertenencias de su hijo mayor. Tampoco se secuestraron elementos que den cuenta que allí se fraccionara o estirase droga, ni gran cantidad de dinero producto de la venta de ésta.

La Defensa cuestionó la imposición de la agravante mencionada en el inc. e) del art. 11 de la ley 23737 -cerca de un establecimiento de enseñanza- respecto de su defendida. Fundamentó ello en la existencia de otras causas en las que participó como defensor y que dieron origen a investigaciones respecto de la supuesta existencia de venta de droga a escasos 50 mts. del domicilio donde vivía su asistida, sin que se impusiera dicha agravante. Aportó jurisprudencia al respecto.

Finalmente relató que su defendida B es madre soltera, posee 7 hijos de los cuales 6 resultan ser menores de edad, demostrativo -a su entender- del arraigo con su domicilio pues nunca los dejaría solos. Señaló el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y también la última

reforma introducida por la ley 13449. Hizo mención al carácter restrictivo de las medidas de coerción y a los arts. 3 y 144 del C.P.P. y a los Protocolos y Convenios Internacionales en la materia.

II.) El recurso traído a conocimiento de esta Alzada es tempestivo y quien lo interpuso -la Defensa- tenía derecho a hacerlo, cumpliendo, en lo demás, con las exigencias previstas por los arts. 421, 433, 439, 441, 442, 443 y ccdtes. del C.P.P.

III.) a) De la autoría:

Conforme surge del auto en crisis se imputa a M.F. B que: "...al menos desde el día 4 de mayo de 2016 hasta el 4 de agosto de 2016 la aquí imputada ha comercializado sustancias estupefacientes -marihuana y cocaína-, entregando envoltorios conteniendo dichas sustancias a cambio de sumas indeterminadas de dinero a los eventuales adquirentes que se hacían presentes en el domicilio sito Pascuala del Uncal y 25 de Mayo de la localidad y partido de San Fernando, la que no tiene numeración visible y se encuentra a la izquierda de la finca que posee numeración 2302 de la arteria 25 de Mayo. La misma posee mampostería pintada de color bordo y sus vigas pintadas de B y único acceso por una puerta de chapa color B y a su derecha una ventana, ello sobre la calle 25 de Mayo y sobre la arteria Pascuala del Uncal dos ventanas, resultando la vivienda que se encuentra justo en la esquina. Dicha vivienda utilizada por la imputada se encuentra en proximidades de a) la Unidad de Diagnostico Precoz de San Fernando sita en 25 de Mayo nro. 2209, tan solo veinte metros aproximadamente de la misma, b) Centro Educativo Integral Municipal nro. 1 ubicado sobre la calle Pascuala del Uncal -frente a la finca de la investigada-, c) Colegio Cultural San Rafael sito en la calle Entre Ríos nro. 777 de San Fernando y d) el Instituto Madre Rafaela sito en la calle Entre Ríos nro. 751 del mismo medio. Que el día 27/7/16 hizo entrega a un sujeto de sexo masculino un envoltorio conteniendo marihuana a cambio de una suma indeterminada de dinero. Que al producirse la diligencia de allanamiento de la vivienda antes mencionada se procedió al secuestro de una bolsa de nylon de color blanca conteniendo una sustancia vegetal que arrojó resultado positivo para marihuana con un peso total de 23 gramos y la cantidad de 28 envoltorios de nylon color negro conteniendo una sustancia blanca pulverulenta que arrojó resultado positivo para clorhidrato de cocaína con un peso total de siete gramos y la suma de doscientos veinte pesos presumiblemente fruto de la actividad ilegal endilgada. Que dichos estupefacientes secuestrados por el modo de acondicionamiento, fraccionamiento y circunstancias verificadas durante la investigación eran detentados por la imputada con la finalidad de continuar con el comercio ilícito de estupefacientes...".

Contrariamente a la pretensión de la Defensa, entiendo que la valoración de los elementos de prueba colectados al presente realizada por el Juez "a quo" conforme las pautas de los arts. 209, 210 y ccdtes. del C.P.P. ha sido correcta. La parte no ha podido ingresar con éxito sus agravios a esta instancia ni demostrado error en la valoración y razonamiento de la decisión jurisdiccional.

La causa se inició como consecuencia de una denuncia anónima dando cuenta que en el domicilio sito en la calle Uncal Pascuala y 25 de Mayo una mujer de aproximadamente 45 años, de tez blanca y pelo oscuro, de 1.60 mts. vendería droga (cocaína) y que su novio trasladaría esas sustancias estupefacientes al mencionado domicilio para su venta a bordo de un auto de color negro, dominio IDG-870.

Como consecuencia de ello, se dispusieron tareas investigativas, las que llevaron a cabo el Oficial Inspector Facundo Allendes y el Capitán Raúl Oscar Sosa, quienes fueron contestes en

expresar que los días 25/04/16 (fs.8vta y 10/vta), 04/05/16 (fs. 11/12 y 16/17), 16/05/16 (fs. 18/19 y 20/21), 30/05/16 (fs. 22/vta. y 27/vta.), 03/06/16 (fs.28/vta. y 29/vta.), 13/06/16 (fs. 30/vta. y 31/vta.), 01/07/16 (fs.32/33 y 34/vta.), 13/07/16 (fs. 37/vta. y 38/vta.), 27/07/16 (fs. 51/vta y 52/vta) y 28/07/16 (fs. 53/vta., 67/vta. y 68/vta.) observaron la presencia de distintas personas que arribaron al domicilio donde habitaba M.F. B y, previo dialogar con la nombrada, efectuaron maniobras compatibles con venta de estupefacientes.

El accionar fue similar en todos los casos. La persona llamaba a la puerta, salía la coimputada Blanco, quien recibía un objeto -el que sería dinero, pues la mujer lo contabilizaba y ordenaba-, para luego ingresar a la finca y retornar con un objeto de pequeñas dimensiones que entregaban a quienes concurrirían al domicilio. Luego de lo cual los presuntos compradores se retiraban del lugar.

También pudieron observar que, en algunas ocasiones, estas personas dialogaban con B y se retiraban del lugar sin efectuar ninguna transacción aparente. Transcurrido veinte minutos aproximadamente llegaba G. A. G. "alias EL GEDE" -coimputado de autos-, quien entregaba a B una bolsa de nylon color roja para luego irse. Al rato retornaban las mismas personas que habían mantenido dialogo con la aquí imputada y efectuaban un intercambio aparentemente de dinero y un objeto de pequeñas dimensiones que entregaba la coimputada, para luego alejarse en distintas direcciones.

Los dichos del personal policial mencionado precedentemente fueron ratificados en sede fiscal -fs. 73/75 y 76/77vta.), aclarando que no existía kiosco o comercio en el domicilio de B que justificase la concurrencia de la cantidad de personas que habitualmente se dirigían a dicho lugar.

El acta de procedimiento que luce a fs. 39/40 dio cuenta que el 27 de julio del cte. año personal policial advirtió la existencia de movimientos compatibles con la comercialización de estupefacientes, lográndose individualizar a un comprador previo.

En efecto, mientras el Inspector Allendes caminaba cerca de la vivienda de la coimputada, pudo observar que una persona de sexo masculino, de aproximadamente 18 o 20 años ingresó a la vivienda de Blanco, y al dejar la puerta abierta pudo observar que el hombre le hizo entrega de algo que parecía dinero, a la vez que B le entregaba un objeto de pequeñas dimensiones. El Oficial le avisó al Subteniente Cabre, quien estaba en el patrullero, que el sujeto se dirigía hacia donde estaba apostado, mientras el primero lo seguía a pie. Dicha persona fue interceptada, en presencia de un testigo hábil, e identificado como B. T. I. Se requisó al nombrado incautándole del interior del bolsillo derecho de la campera color celeste, un envoltorio de nylon transparente conteniendo en su interior una sustancia vegetal de color verde pardusca de similares características a la marihuana. Efectuado el test orientativo dio un pesaje de 5.9 gramos (fs. 39/40).

Se efectuaron allanamientos en el domicilio donde habita M.F. B y se logró secuestrar en el interior del dormitorio de los hijos de ésta una bolsa conteniendo en su interior 28 envoltorios pequeños de nylon color negro conteniendo 7 gramos de cocaína y 1 envoltorio conteniendo 23 gramos de marihuana. También se secuestró un teléfono celular perteneciente a la coimputada, 3 bolsas de consorcio color negro de similares características a los utilizados para realizar los envoltorios descritos. La medida fue llevada a cabo en presencia de testigos hábiles (fs. 93/vta. y

94/vta.). Por otra parte, se practico un allanamiento en el domicilio del coimputado -G. A. G.-, secuestrándose también sustancias estupefacientes -cocaína-.

Finalmente luce a fs. 188/vta. una transcripción de mensajes de textos de dos teléfonos celulares secuestrados en autos que dan cuenta de maniobras compatibles con venta de sustancias estupefacientes.

Las quejas defensasistas deben ser rechazadas.

A partir de las constancias existentes en autos entiendo que existen elementos suficientes para tener por acreditado "prima facie" el ilícito denunciado y la coautoría de B en el hecho en trato.

Los cuestionamientos del quejoso respecto de que únicamente se cuenta con los dichos del personal policial carecen de sustento. No solo porque las tareas investigativas se iniciaron como consecuencia de una denuncia, sino que practicadas diligencias de allanamientos las mismas dieron resultado positivo.

A diferencia de lo que sostiene el apelante la circunstancia de que la droga secuestrada en el domicilio de la coimputada fuese en el dormitorio de sus hijos, en nada hace variar su relación con ésta, toda vez que B tenía acceso a todos los lugares de su vivienda, máxime siendo la única persona mayor de edad que habitaba el lugar.

Tampoco resulta determinante para imputarle a la coimputada el ilícito en trato que se secuestrase en su domicilio elementos para fraccionamiento o estire de la droga, puesto que de acuerdo a la denuncia y a la investigación efectuada su pareja -García- llevaba la droga fraccionada a su domicilio para que ella la vendiese, por lo que fácil resulta suponer que la misma ya venía fraccionada en la forma en que fue secuestrada.

Además la transcripción del teléfono celular secuestrado en el domicilio de la coimputada resulta un elemento más para tener por acreditado su participación en el hecho.

En cuanto la veracidad de los dichos del personal policial entiendo que no alcanza con las manifestaciones defensasistas para desacreditar tales testimonios. No existen en autos elementos que permitan considerar que las declaraciones de los uniformados fueron falaces y tampoco motivos valederos para inferir que, sin más, quisieran perjudicar a la coimputada.

La cantidad de personas que en diferentes días y horarios concurrirían al domicilio de B para efectuar movimientos compatibles con venta de estupefacientes, y la individualización de un comprador previo resulta suficiente "prima facie" para tener por acreditado la comisión del ilícito denunciado, más allá del parentesco mencionado por el defensor y que no se encuentra acreditado en autos. Lo cierto es que el personal policial relató lo que observó, sin que existan elementos en autos que desacrediten dichas circunstancias.

En síntesis, las constancias reseñadas permiten acreditar la participación de B en el hecho en trato (art. 157 inc. 3ro. del C.P.P.).

b.) De la calificación legal

El quejoso cuestionó la agravante impuesta en autos, pues refirió que la selección de ésta fue antojadiza y que intervino en numerosas causas en donde el lugar del hecho era justo al lado de la institución educativa mencionada en autos sin que se aplicara la misma.

Con independencia de si corresponde o no aplicar la agravante impuesta por el "a quo", lo cierto es que la solicitud de la Defensa no es susceptible de incidir en la medida de coerción impuesta a Blanco.

La pena del delito en trato en su tipo básico va de los 4 años a los 15 años de prisión, por lo que no se pone en juego la libertad del imputado. En virtud de ello, no corresponde a esta Cámara ingresar en la cuestión propuesta por la quejosa (art. 23 inc. 5to. del C.P.P.).

c.) De la medida de coerción

Contrariamente a lo sostenido por la Defensa, entiendo que se verifican peligros procesales que imponen la homologación de la medida de coerción decretada.

En ese sentido corresponde valorar como riesgo procesal la magnitud de la pena en expectativa con relación al delito reprochado -comercialización de sustancias estupefacientes de uso prohibido y tenencia de sustancias estupefacientes de uso prohibido con fines de comercio, ambas figuras agravadas por haberse cometido en las inmediaciones de establecimientos educativos y centros asistenciales-, que prevé una escala penal que va desde los seis a los veinte años de reclusión o prisión; por lo que ante una eventual sentencia condenatoria, ésta será de efectivo cumplimiento (art. 5 inc. c) y art. 11 inc. e) de la Ley 23.737).

A ello sumo que la nombrada posee antecedentes condenatorios. En efecto, B fue condenada el 27 de mayo de 2011 por los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 7 Departamental a la pena de cuatro (4) años de prisión por resultar coautora penalmente responsable del delito de comercialización de estupefacientes. Dicha pena venció el 21/08/2013 por lo que existe la posibilidad de que la nombrada sea declarada reincidente conforme lo normado por el art. 50 del C.P.

Agrego que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el informe 12/96, del 1ro. de marzo de 1996 que "la detención preventiva se aplica sólo en casos excepcionales". Aceptó que "tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido". Y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben servir de guía para la interpretación de las convenciones sobre derechos humanos, en Giroldi (del 4/11/95), Bramajo (LL, 1996-E-411), Sánchez Reise (Fallos 321:1328), Romero Cacharane (09/03/04).

Los peligros procesales aludidos, atento lo normado por el art. 171 del C.P.P., excluyen la posibilidad de aplicar algún supuesto excarcelatorio para con la encausada (art. 169 "a contrario sensu" del C.P.P.), por lo cual se encuentra abastecido el recaudo establecido por el art. 157 inc. 4to. del C.P.P..

Además, el tiempo de detención que viene cursando B no resulta desproporcionado con relación al objeto de tutela (art. 146 inc. 3ro. del C.P.P.).

Por ello, considero que el encarcelamiento preventivo, en el caso, resulta, el único medio que asegura la comparecencia de la encartada al proceso, a los fines de su normal desarrollo y la eventual aplicación de la ley material; no pudiéndose adoptar, al menos por el momento, una medida menos gravosa que la dispuesta. En consecuencia, postulo confirmar la resolución puesta en crisis en todo cuanto decide y fuera materia de recurso (arts. 146, 148, 157, 158, 434 y ccodes. del C.P.P. -Ley 11.922 y sus modificatorias).

El Sr. Juez Pitlevnik dijo:

a.- Adhiero al voto precedente en función de sus fundamentos en cuanto a la admisibilidad y acreditación de la materialidad infraccionaria y la autoría de la imputada.-

b.- Me aparto en cuanto a la calificación pues ello, de conformidad con lo que explico en el acápite siguiente, tendrá efectos sobre la coerción.

La Defensa solicita, en subsidio, que se adecue la figura legal al encuadramiento básico del art. 5to inc. c de la ley 23737. Estoy de acuerdo con su posición que fundamenta con cita de jurisprudencia acertada. El agravante del art. 11 inc. e debe aplicarse en cuanto la venta de estupefacientes pudiera importar un riesgo ligado a su cercanía con establecimientos de enseñanza, centros asistenciales, lugares de detención, instituciones sociales, deportivas o culturales, o sitios donde se realicen espectáculos públicos o lugares a los cuales estudiantes acuden a realizar actividades deportivas, educativas o sociales. La sola cercanía, cuando no hay elementos que pongan en evidencia el vínculo que pudiera tener con la conducta ilícita, no puede válidamente agravar una pena de 6 a 20 años de prisión. Reitero, ello debe ser entendido así cuando no existe evidencia alguna de que la actividad pueda poner en peligro la salud de aquellos que concurren o están en esos sitios.

Ese parece ser el criterio, por otra parte, que se sostuvo en la causa anterior seguida a Blanco, conforme se aprecia en las constancias relacionadas con dicho antecedente condenatorio a fs. 71/72 y 174/175. En dicha oportunidad no se agravó la conducta de la imputada pese a que la comercialización endilgada ocurría en el mismo domicilio de la calle Pascuala de Uncal y 25 de Mayo, en San Fernando.

Debe, por ende, calificarse la conducta endilgada como un hecho de comercialización y tenencia para comercialización de estupefacientes de uso prohibido de conformidad con lo normado por el art. 5 inc. "c" de la ley 23.737.-

c) Cierto es que en la causa se ha reunido un cúmulo de pruebas cargosas sobre los hechos investigados que permiten afirmar cierto estándar de riesgo procesal. En ese sentido debe valorarse en contra de la imputada el antecedente condenatorio por el mismo delito y, como quedara dicho, en el mismo domicilio en el que ocurriera el hecho materia de condena. Se informa respecto de B una captura que se habría solicitado en el año 1997 (fs 195) en el marco de un procedimiento de ejecución que por datar de hace 19 años carecería de valor negativo en función de lo dispuesto en el art. 51 del C.P.

Lo anterior no importa afirmar la necesidad de mantener su encarcelamiento preventivo pues, por el contrario, entiendo que en este caso corresponde recurrir al remedio excarcelatorio en

función de los argumentos que a continuación expongo y basado en lo normado por el art. 170 del C.P.P.

c.1.- La excepcionalidad del encarcelamiento: 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, Bayarri del 30/10/2008, 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. Lo dicho debe ser tenido en cuenta en función de 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 aplicados 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 es que es relevante para este caso porque la pena mencionada supera el mínimo de la escala penal que se le aplicaría a B en caso de condena.

c.2. Las características del hecho.

c.2.a. La venta de droga al menudeo. Conforme han venido señalando acertadamente diversos organismos judiciales, las conductas del art. 5 inc. "c" de la ley 23737 presentan usualmente características diversas, de modo que quedan atrapadas tanto estructuras comerciales, de tráfico y distribución complejas con fuerte afectación a la salud pública, como la venta precaria de escasas cantidades de sustancias que, incluso, pueden ser de las que menos afectan al bien jurídico protegido. No se trata de menospreciar el disvalor de la venta de marihuana al menudeo, sino de poner de resalto el tipo de respuesta punitiva que, en este caso, por ejemplo (y aun rechazando la figura agravada propuesta por la Fiscalía), supera la amenaza de pena de hechos de extrema dañosidad como el envenenamiento de aguas potables destinadas al consumo (art. 200 del C.P.) la propagación dolosa de enfermedades peligrosas graves (art. 202 del C.P.) o el incendio con peligro de muerte de un tercero (art. 186.4. del C.P.).

Ello ha llevado a diversos tribunales a cuestionar esa escala en abstracto o a fijar una pena menor en función de las características del caso concreto.

En el primer grupo se encuentra el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que, por mayoría, en causa "Loyola", nro. 1147952 del 27/10/2016, declaró la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 5 inc. c) en función del art. 34 inc. 1º) de la ley 23.737. El Tribunal discriminó de esa manera las conductas del art. 5 inc. "c" que quedaron bajo la órbita federal, de aquellas que pasaron al fuero provincial. Tuvo en cuenta que, al reservar la competencia federal para la comercialización a gran escala (que afecta intereses federales y es objeto de tratados internacionales que obligan a nuestro país), la ley ha creado una división con la comercialización de menor gravedad, que queda en manos de las autoridades locales. Sostuvo el máximo tribunal cordobés en su voto mayoritario que se han creado dos grupos dentro del art. 5 inc. c) de la ley 23.737, pues el propio legislador entendió "que entre el comercio mayorista y el minorista existen diferencias sustanciales sobre las que hace descansar la modificación de la competencia federal y la asignación de los delitos menores a las jurisdicciones provinciales". Mantener la misma escala penal, dijo la mayoría del tribunal, viola los principios de proporcionalidad e igualdad. En la sentencia, además de la cita de doctrina y de jurisprudencia nacional y extranjera, se tuvieron en cuenta diversos documentos de la Organización de los Estados Americanos en los que se llamó a los estados miembros a discriminar los casos de tráfico de lo que importan venta al menudeo, valorar el modo en que esto último afecta especialmente a las mujeres, merituar en su debido valor la participación en los eslabones más débiles de la cadena, y considerar el hacinamiento carcelario y las alternativas al encarcelamiento a partir del modo en que se recurre a la prisionización de quienes realizan estas conductas (Declaración de Antigua-Guatemala de la OEA del 6/6/2013, Declaración de la Asamblea General el 19/9/2014, "Informe del problema de las drogas en las Américas - 16 meses de debates y consensos", del 2014).

La posición del tribunal, como surge del propio fallo, había sido desarrollada antes en minoría por el votante Pérez Barberá en "Giménez", del 30/4/2015 de la Cámara de Acusación de la Ciudad de Córdoba y había sido también aplicada en el fallo "Sánchez Bustamante" del 17/6/2015 sala unipersonal de la Cámara en lo Criminal de 6º Nominación, Secretaría Nº 12 de esa provincia.

En el segundo grupo, otros tribunales han preferido evaluar lo que se denomina la "perforación del mínimo". Así lo resolvió en causa Ríos, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal (fecha 16/4/2013), acogiendo el criterio del Fiscal en un caso de venta el menudeo en función de la escasa afectación al bien jurídico tutelado. Se entendió que el piso de la escala excedía la medida de culpabilidad, violando los principios de proporcionalidad y la prohibición de imponer penas inhumanas, crueles e infamantes.

Lo dicho hasta aquí no tiene la finalidad de ingresar a la discusión constitucional de la escala del delito, pues estamos ante la evaluación de riesgos procesales donde, como señaló la Corte, la escala no importa presunción absoluta y no es impidiendo de la excarcelación. Pero viene al caso su mención pues, con independencia de las soluciones que cada tribunal haya tomado en las decisiones revisadas, lo que con razón ellas ponen en evidencia es de qué modo la legislación que reprime los delitos ligados al tráfico de estupefacientes se proyecta en los casos "desfederalizables" con penas muy altas sobre los eslabones más débiles, vulnerables y de incidencia menos lesiva dentro de la cadena.



c.2.b. El hecho específico prima facie probado. Lo cierto es que en este caso, nos hallamos ante un supuesto de aquellos que han tenido en cuenta los tribunales mencionados en el apartado anterior, tanto en cuanto a la tipificación en abstracto, como en cuanto al hecho efectivamente investigado. Debe recordarse que la gravedad del hecho es uno de los estándares que el art. 148 del C.P.P. impone para medir los riesgos procesales.

En el domicilio de B se secuestró una cantidad escasa de estupefacientes: el pesaje realizado durante el allanamiento incluye tanto la sustancia estupefaciente como el envoltorio. En estas condiciones (es decir, teniendo en cuenta que el peso real de droga debería ser menor) el pesaje dio 7 gramos en el caso de cocaína y 23 gramos en el caso de marihuana (fs. 90/92vta).

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 diferenciar la gravedad de los hechos denotados por esta actividad. 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.

A ello debe agregarse que la imputación contra B incluye "la suma de doscientos veinte pesos presumiblemente fruto de la actividad ilícita endilgada". Ése es todo el dinero que se secuestró en la vivienda. El allanamiento se realizó a las 21:00, es decir después de un día de comercialización ya realizada (teniendo en cuenta que la investigación anterior la policía observó durante varios días anteriores un número considerable de pasamanos en horas previas a aquella en que se realizó el registro domiciliario). La escala de tráfico que parece haber llevado adelante la imputada es mínima, a tenor de la cantidad de dinero que manejaba como producto de su actividad. De modo que en base a la cantidad de droga y la suma de dinero secuestrados, no parece que estemos ante un tráfico a gran escala, una infraestructura comercial compleja o una distribución de enorme alcance.

Tampoco del registro de los teléfonos secuestrados pudo extraerse elemento alguno que pudiera llevar a concluir en la existencia de una red de comercialización que incluyera, al menos, la utilización de telefonía para pedir, encargar o consultar sobre la venta de drogas (extremo que suele ser común cuando se trata de este tipo de actividad y que justificó el pedido de ingreso a la información existente en los celulares incautados).-

Lo dicho me permite sostener, al menos con los elementos habidos hasta hoy, que se trata de un comercio de escasa envergadura y limitada proyección.

c.3. Nivel de sospecha. Señala con acierto Alejandro Carrió que el peso de la prueba de cargo debe ser evaluado al momento de decidir la coerción (en "Excarcelaciones, presunción de inocencia, peligro de fuga y peligrosidad, ¿no es hora de mezclar y dar de nuevo?", Revista de Derecho Procesal

Penal -Excarcelación, Santa Fé, 2005, pág. 69 y sigtes.). Ello quiere decir que, aunque se alcance un mínimo de sospecha razonable, una prueba más endeble de la imputación, impone mayores exigencias para decidir un encarcelamiento preventivo. Este es el criterio que ha sentado el Tribunal Superior de Mendoza en el caso del "Hábeas Corpus Correctivo y Colectivo (Penitenciaria de Mendoza)", del 23 de diciembre de 2015, al señalar que mayores deben ser los resguardos en cuanto a la medición de los riesgos procesales cuando los indicios de culpabilidad sólo alcanzan "un mero juicio de probabilidad afirmativa -no de alta probabilidad- respecto de su autoría o participación en el hecho". Se señaló también en la decisión del máximo tribunal mendocino que "en la medida en que más aumente el riesgo de absolución, mayores serán los recaudos que se debe tomar en cada caso respecto al peligro procesal concreto. Así, si por un hecho de suma gravedad en el que la responsabilidad del acusado se encuentra sólo probablemente acreditada, ya no bastará con reunir indicios débiles para demostrar, por ejemplo, el riesgo de fuga, sino que serán necesarios indicios de mayor peso inductivo para poder afirmar el peligro procesal en el caso concreto".

En la causa el estándar de prueba alcanzado es suficiente para mantener a la imputada ligada al proceso, pero cierto es también que existen elementos probatorios que de algún modo erosionan el valor convictivo cargoso del modo en que acabo de mencionar. Como bien señala mi colega preopinante existe una variada cantidad de declaraciones bajo juramento de personal policial en las que aseguran haber visto intercambios que de manera unívoca permitían concluir en que B vendía estupefacientes al menudeo. Los numerarios se apostaron varios días en el lugar, comprobaron que aquello que las llamadas telefónicas anónimas habían referido parecía evidenciarse en lo que luego observaron, dieron con un "comprador previo" a quien se le secuestró droga en su poder, concurren al lugar con una cámara que permitiera filmar a distancia y con escasa luz, hicieron seguimientos desde un rodado y de a pie, al punto de retirarse en algún momento ante la posibilidad de que su vigilancia se pusiera en evidencia. (fs. 22vta, fs. 73/75 y 76/77). Finalmente, aunque escasa cantidad, se encontró estupefaciente en el domicilio.

Dicho lo anterior, también debe aceptarse como contrapartida que, quizás por las dificultades que importó la filmación lo cierto es que el disco compacto agregado muestra la escena que los policías describen a fs. 32/33 y 34/vta y no se logra apreciar lo que los numerarios señalan (de hecho, Allendes a fs. 73/75 y Sosa a fs. 76/77 aceptan que en las imágenes grabadas no se ve la transacción que el primero dice haber visto desde otro ángulo). En la filmación se ve la llegada de dos personas, el juego de manos con un niño en la puerta de la casa, un trato que parece cordial entre todos y la posterior salida del señor y la joven de campera blanca, pero no puede colegirse de lo que se observa que esa escena se corresponda con una transacción de estupefacientes. En el minuto 3.46 el sujeto habría entrado al domicilio, luego lo habría hecho la joven en el minuto 4.16 (al menos dejan de ser vistos en la filmación) y los dos se retiran en el minuto 07:42 sin ninguna actitud que parezca extraña, evasiva o nerviosa. Las manos en los bolsillos de la campera de la joven no se diferencia de cualquier movimiento semejante compatible con infinidad de contextos diferentes.

A ello agrego que, como bien dice la Defensa, en el domicilio no se encontraron los llamados "elementos de corte", balanzas u otro adminículo que pudiera ser utilizado con fines de comercialización.

Tampoco en los teléfonos secuestrados se encontró nada en ese sentido. A fs. 188/vta se menciona un mensaje de whatsapp en el que quizá se podría estar mencionando algo ligado al comercio de estupefacientes, pero es de una equivocidad tal que de ningún modo permite llegar a esa conclusión (alguien que se refiere a B como "tía", menciona que algo vale 1,50 "los 5", se le responde que es muy caro y que se irá a preguntar precios a otro lado). Luego aparece un mensaje de texto en el que se informa que están allanando el domicilio de Blanco. A diferencia de lo que ocurre en otras investigaciones de este tipo de delitos en los que los vendedores suelen acordar vía mensajes escritos las entregas, precios o momentos del día en que realizarán una transacción; en el caso de Blanco, nada de ello se ha constatado.

Además, la droga secuestrada, lo fue en el placard de la habitación en la que dormirían los hijos de la imputada y no ella (fs. 91).

A ello se suma que, como quedara dicho, la cantidad de dinero y droga incautada no parece -en principio- compatibilizarse con el ritmo de venta que se menciona en alguna de las actas,

La Defensa dice que el comprador previo identificado en el procedimiento de fs. 39/40 sería el sobrino de la imputada, extremo que no surge de las actuaciones (ni de los apellidos consignados en las diversas actas), pero que de demostrarse podría también tener incidencia en el conjunto de prueba.

Se aprecia de lo dicho que, si bien nada permite desconfiar de los numerosos dichos juramentados de los policías Facundo Allendes, Raúl Oscar Sosa y Santiago Ignacio Cabré, lo cierto es que la prueba que debía constatar sus relatos ha dejado abierto un espacio que merece la discusión futura y que, incluso, podría afectar su potencia convictiva.

En resumen, y en consonancia con los términos expuestos precedentemente, es que entiendo que la probabilidad de condena fijada con los elementos de cargo exigen un elevado y comprobado riesgo de fuga para dictar una medida de coerción.

c.4. Las condiciones personales de Blanco. Según surge del acta de allanamiento, B es madre de cuatro niños, el menor de los cuales se encuentra en el límite de edad que la ley impone para rever la coerción de su madre. Ello, obviamente, lo excluye formalmente de las previsiones del art. 159 y 163 del C.P.P. pero no deja de ser un elemento que, con menor intensidad, puede seguir gravitando en la mensuración de las condiciones familiares de la imputada. La mencionada, además, tiene domicilio fijo y aparece, en principio, como único sostén familiar.

c.5. Otras razones procesales. El art. 148 fija otros estándares de riesgo procesal que no se acreditan en este caso. Si bien la condena anterior, como ya quedara dicho, es un índice de riesgo, lo cierto es que no se ha acreditado que la imputada haya gozado de excarcelaciones anteriores. Tampoco parece razonable que pueda obstruir la investigación o incidir sobre los testigos pues la mayor cantidad de prueba cargosa que pueda surgir "del campo" ya parece haberse producido.

c.6. La adecuación de la situación Barrios al supuesto previsto en el art. 170 del C.P.P. De lo expuesto se deriva que la coerción de B no se encuentra justificada por elementos suficientes que permitan sospechar que eludirá la acción de la justicia o que obstruirá la investigación. No se aprecian otros riesgos procesales que los mencionados en el inicio y que aparecen contrarrestados con lo expuesto en los puntos c.1 a c.5, lo que permite aplicar al caso la excarcelación prevista en el

art. 170 del C.P.P. Ciertamente es que el título que el legislador ha dado a dicho supuesto es el de "excarcelación extraordinaria", pero al describir en qué casos corresponde su aplicación dispone: "cuando por la objetiva valoración de las características del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se considere, se pudiera presumir que el mismo no procurará eludir u obstaculizar la acción de la investigación ni burlar la acción de la justicia." Esto es lo que, conforme ha quedado acreditado, ocurre en la presente causa y, por ende, justifica la excarcelación prevista en la norma procesal.

Los riesgos procesales mencionados en el inicio y la propia mención que se hace en el informe médico de fs. 121 en cuanto al consumo de cocaína por parte de Blanco, justifica la imposición de obligaciones especiales (art. 180 del C.P.P.) a la imputada en función de su salud y la de sus hijos. Es por ello que, con independencia de la caución que le juez a quo considere pertinentes, deberá B acreditar mensualmente la concurrencia de sus hijos a la escuela y la asunción de su parte de un tratamiento para la adicción que ella misma ha dicho padecer.

Por último he de manifestar que conforme doctrina sentada de esta Alzada en reiteradas oportunidades; la resolución mediante la cual la Cámara de Apelación y Garantías resuelve confirmar una excarcelación extraordinaria, resolución que debe quedar firme para su operatividad (art. 170 del C.P.P.), no es recurrible ante el Tribunal de Casación (arts. 450 del C.P.P. "a contrario"). Se trata del mismo criterio que esta Sala sostiene con relación a la morigeradora extraordinaria (que, a diferencia de la excarcelación del art. 170, sí fija de manera expresa su carácter excepcional y exige una previa vista al fiscal) en la Causa n° 74.470/IIa., caratulada "DAVORAVISKI" del 13/4/2011, entre otras, por no ser recurrible ante el Tribunal de Casación (arts. 450 del C.P.P. "a contrario").

En consecuencia, corresponde remitir, sin más trámite, el incidente al Juzgado de origen, a efectos de que efectivice la libertad de Blanco, bajo las garantías y condiciones que el Juez a quo entienda pertinentes y siempre que la imputada no registre impedimentos legales, difiriéndose para ello la notificación del Fiscal de Cámara y encomendándose la actualización del RUD y demás notificaciones pertinentes.

El Sr. Juez Cayuela dijo: Llamado a dirimir en orden a la calificación legal de la conducta reprochada a la imputada B y su incidencia en la medida de coerción dispuesta a su respecto, respetuosamente he de adherir a mi Colega preopinante el Dr. Stepaniuc. Considero que la desaplicación de la agravante impuesta (art. 11 inc. e) de la ley 23.737), tal como lo señalara el primer votante, no modificaría la medida cautelar dispuesta, pues subsiste, teniendo en cuenta el tipo básico del delito en trato, una escala penal que parte de 4 años de prisión. Este escenario, entonces, no pone en juego la libertad de la imputada, circunstancia que permitiría a este Tribunal de Alzada el ingreso a su análisis (art. 23 inc. 5to. del C.P.P.)

Por otro lado entiendo que, por el momento, y conforme los elementos que señalara el Dr. Stepaniuc en su voto, el encarcelamiento preventivo en este caso, es el único medio que asegura la presencia de la encartada en el proceso, para su normal desarrollo y la eventual aplicación de la ley material. Entiendo, como dije por el momento, que no existen circunstancias que permitan morigerar los efectos de dicha medida dispuesta. No sólo es la escala penal antes referida la que permite adoptar esta solución que se propone, sino también la condena previa que registra Blanco, por igual delito que el que aquí se investiga, respecto de la que no han transcurrido los plazos que establece el art. 50 del C.P.

Así entonces, llamado a dirimir en orden a los puntos referidos de desacuerdo, adhiero mi voto al de mi Colega preopinante Dr. Stepaniuc, por sus motivos y fundamentos.

Por ello, el Tribunal RESUELVE:

Por unanimidad;

I.) DECLARAR ADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto contra el auto que en copia luce a fs. 2/18vta. en virtud de los motivos expuestos en el considerando (art. 421, 433, 439, 441, 442, 443 y ccdtes. del C.P.P.).

Por mayoría;

II.) CONFIRMAR el auto que en copia luce a fs. 2/18vta. en cuanto convirtió en prisión preventiva la actual detención de M. F. B por considerarla "prima facie" coautora penalmente responsable de los delitos de comercialización de sustancias estupefacientes de uso prohibido y tenencia de sustancias estupefacientes de uso prohibido con fines de comercio, ambas figuras agravadas por haberse cometido en las inmediaciones de establecimientos educativos y centros asistenciales, en virtud de los motivos expuestos en el considerando (art. 5 inc. c) y 11 inc. c) de la Ley 23737).

Regístrese, actualícese el RUD, notifíquese y devuélvase a la instancia a sus efectos. Sirva el presente de atenta nota de envío.Fdo Dres Juan E. Stepaniuc, Leonardo G. Pitlevnik y Luis C. Cayuela, Jueces de Cámara.nte mi : Dra Viviana A. Vega, Secretaria.