

Expediente IPP diez mil novecientos sesenta y nueve.

Número de Orden:502

Libro de Interlocutoria nro.:14

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los diecisiete **días del mes de diciembre del año dos mil doce**, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Gustavo Angel Barbieri, Pablo Hernán Soumoulou y Guillermo Alberto Giambelluca**, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 10.969/I** caratulada "**Incidente de excarcelación de M., N. I.**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: doctores **Giambelluca, Barbieri y Soumoulou**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿ Es justa la resolución apelada ?

2º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO: El señor Defensor Particular -Dr. Gustavo Gabriel Giorgiani- interpone recurso de apelación a fs. 17/20 contra la resolución de fs. 8/10, por la cual el señor Juez de Garantías -Doctor Guillermo Gastón Mercuri-, no hace lugar a la excarcelación de N. I. M..

Que abordando el análisis de los argumentos expuestos por el recurrente y lo que surge de la causa principal (Investigación Penal Preparatoria nro. 16946-12 que se tiene a la vista), entiendo que no le asiste razón al apelante, correspondiendo confirmar el resolutorio atacado.

Que respecto a la calificación legal y a la viabilidad del instituto, cabe recordar que el artículo 171 del Código Procesal Penal -texto según ley

13.449- dispone que, en ningún caso, se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, indicándose que la eventual existencia de estos peligros procesales, podrá inferirse de las circunstancias previstas en el artículo 148 del mismo cuerpo legal.

Remitiéndonos al texto de ésta última norma, en su primer párrafo se indica que para merituar los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta, entre otras pautas, la objetiva y provisional valoración de las características del hecho.

En el sub-lite, no obstante que la calificación atribuida al hecho (daño agravado y resistencia a la autoridad en los términos de los artículos 184 inciso 1º y 239 del C. Penal) permitiría que M. acceda al beneficio que solicita (conf. art. 169 inc. 1º del C.P.P.), las particulares características del suceso conllevan a la conclusión de que el imputado en libertad puede evadir la acción de la justicia. Valoro así a partir del acta de procedimiento de fs. 1/2, ratificada por los agentes policiales intervinientes C. P., M. S., P. P., V. G., E. G. y M. P. (fs. 12 y 57; 13 y 58; 14, 15, 16 y 63 y 17 y 64 respectivamente) que el hecho se produjera en la madrugada, desoyendo la voz de alto de los funcionarios policiales. A ello debo sumar la violencia y saña puesta de manifiesto por el prevenido quien en medio de una situación tumultuosa toma una piedra de grandes dimensiones y la arroja contra el móvil policial número 11998 (fs. 6), todo lo cual son pautas suficientes, para acreditar el peligro procesal referenciado.

Complementando lo anterior, también las condiciones personales de M. llevan a la misma conclusión. Así no puede dejar de señalarse que del antecedente penal informado a fs. 6/7, surge la existencia de una sentencia condenatoria dictada por el Juzgado en lo Correccional Nro. 1 Departamental de fecha 29 de diciembre de 2009, a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional, por lo que en el supuesto de recaer condena en la presente la pena eventualmente a imponer sería de cumplimiento efectivo.

En síntesis, y con los argumentos ut supra indicados que resultan reveladores del peligro procesal de fuga, corresponde confirmar la resolución en crisis.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Voy a disentir con los fundamentos y el sentido del voto precedente, proponiendo la revocación del fallo recurrido.

Es que analizadas las **constancias de la causa debo expresar que en este caso no se encuentran acreditados los riesgos procesales, o al menos no con tal entidad** que justifique la continuación de la privación de libertad del justiciable.

En tal sentido adelanto que propongo hacer lugar a la **libertad caucionada de M. con la imposición de obligaciones especiales**, resolutorio cuyos alcances deberán extenderse al auto de prisión preventiva dictado en el expte. 16946-12 (fs. 70/75 vta.) con el fin de que tenga eficacia lo resuelto, y ello -claro está- únicamente en lo tocante a la previsión del inciso 4to. del artículo 157 del C.P.P.

Así y atento los agravios formulados por el impugnante, corresponde que **analizace la existencia de los peligros procesales**, conforme surge del art. 171 en relación con el art. 148 del Rito.

En el auto en crisis el Señor Juez A-quo sostiene que existen indicios vehementes que permiten considerar que el imputado -de concederse el beneficio- intentará eludir la acción de la justicia, con fundamento en diversas circunstancias que emanan de esta causa, entre ellos la naturaleza del hecho (nocturnidad, pluralidad de intervinientes, calidad de los daños infligidos al móvil policial) y el antecedente que se informa a fs. 7 de esta incidencia.

Percibo inicialmente que **tales argumentos -en este caso-** no resultan impedimento para la obtención de la libertad que se solicita por los motivos que a continuación paso a desarrollar. Resumo que dos son los elementos

valorados por el A-Quo: **naturaleza del hecho intimado y antecedente penal del justiciable.**

En cuanto al **primer extremo** señalo que la calificación legal otorgada a los hechos que se le imputan en la presente causa a N. I. M. -**daño agravado y resistencia a la autoridad** en los términos del art. 184 inciso 1ero., 239 y 55 del Código Penal- tiene previsto un **quántum punitivo** que permite encuadrar **su situación en lo dispuesto por el art. 169 inc. 2do. del C.P.P.**, por lo que existe desde el vamos una **presunción iuris tantum -de ausencia de riesgos- establecida por el legislador provincial.**

Pero si pretende analizarse la **naturaleza del hecho intimado**, y en el reducido ámbito de este incidente, surge de los medios de convicción reunidos en el expediente principal, (ver especialmente el acta de procedimiento de fs. 1 y declaraciones testimoniales de fs. 12, 13, 14, 15, 16 y 17), que **el acontecer no se habría perpetrado con pluralidad de intervinientes sino que sólo se trató de un hecho tumultuoso**, lo que conlleva a desmerecer ese elemento como pauta a los fines de mensurar la pena en expectativa.

Y **la nocturnidad en este caso** no parece haber sido "utilizada" para lograr la impunidad ni para evitar los auxilios de la fuerza pública (pues justamente resultaron damnificados del accionar), sino que derechamente el daño ocurrió de noche como lo podría haber sido diurno. Eso no es "aprovechamiento", que autorizaría a agravar la pena en los términos del art. 41 del C.P.

Rechazados los extremos tenidos en cuenta para calificar como gravosa la naturaleza del acontecer, digo en cuanto a las **condiciones personales de M.** que tampoco (su antecedente penal computable) resulta suficiente -como único elemento- para denegar el beneficio.

En efecto tal como lo señala el Magistrado de Grado **el encausado registra el antecedente que consta a fs. 7** de esta incidencia, en donde

se da cuenta que M. posee una condena anterior dictada por el Juzgado en lo Correccional Nro. 1 Departamental, a la **pena de dos años de prisión de ejecución condicional**. Si bien tal circunstancia **impediría la aplicación de una nueva pena en suspenso -en caso de arribarse aquí a una sentencia condenatoria-** lo cierto es que **ello no es un requisito según lo establecido en el art. 169 inciso segundo del Rito** para los concursos delictuales **cuyo cuántum punitivo máximo no exceda los ocho años de privación de libertad (y que sí es exigido en el inciso 3ero. del mismo artículo para los que superen esos 8 años).**

Así expresamente lo reformó el legislador provincial en la ley 13.449 en consonancia con los considerandos expuestos por la Corte Suprema de Justicia Nacional en el renombrado fallo "Verbitsky").

En ese sentido resta ver la fundamentación del proyecto de elevación de la reforma establecida por ley 13.449 en donde la Honorable Cámara de Senadores de este Estado -entre otras cosas- refirió: "*...Por el presente **proyecto de ley se propicia la modificación de la Ley...** El Código Procesal de la Nación ha mantenido el máximo en ocho (8) años...Atento la **extrema situación que en materia carcelaria atraviesa la provincia de Buenos Aires con motivo del incremento sustancial de detenidos** producido durante los últimos años, especialmente a partir de la sanción de la Ley 12.405 (2000), 13.177 y 13.183 (ambas 2004), y en tanto dicha normativa no ha logrado una reducción notoria de la criminalidad, sino que por el contrario **ha agravado el estado de cosas al mantener un significativo número de detenidos -sin condena- en condiciones de hacinamiento,** es que se impone una adecuación del ordenamiento procesal penal vigente... Que al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 3 de mayo de 2005 se expidió en el recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en "Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", exhortando a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares mínimos*

constitucionales e internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación. Ello, en tanto **podría devenir en una tacha de inconstitucionalidad de la legislación vigente en la provincia de Buenos Aires en dichas materias y una eventual responsabilidad del Estado federal ante los organismos internacionales** (considerandos 41, 58 y sigs. "Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus)... Que ya no hay controversias respecto a que el 75% de detenidos en la provincia de Buenos Aires no tiene condena firme...**Se retorna a la original redacción del artículo 144 de la Ley 11.922**, por entender que ratifica los principios constitucionales provinciales y nacionales, estableciendo la libertad personal como regla y su restricción excepcional sólo cuando fuera absolutamente indispensable... En tanto el **artículo 148**, vinculado a las medidas de coerción, detalla las circunstancias que deben atenderse para decidir acerca de los llamados **peligros procesales** (peligro de fuga y entorpecimiento de la investigación), propiciando que tales extremos sean **considerados en el caso concreto y no como reglas de aplicación automática**, a fin de no menoscabar en forma genérica el principio de inocencia... Se modifica el **artículo 169 en materia de excarcelaciones**, en tanto establece como **criterio objetivo el máximo de la pena del delito excarcelable en 8 años**, y el concurso en ese mismo tope para cada uno de los delitos que lo integran. Asimismo, posibilita que **aún superando la pena el criterio objetivo antedicho, pueda concedérsela si se evalúa la posibilidad de que correspondiera una condena de ejecución condicional**... Por último, se eliminan los supuestos restrictivos incorporados por otras reformas al Art. 171 del Código Procesal, limitando únicamente la concesión de la excarcelación en los casos que se verifiquen los denominados peligros procesales..."

Lo resaltado en negrita me pertenece y lo efectúo sólo con el fin de reafirmar el espíritu de la reforma legal y cuya vigencia por el presente reafirmo.

Pero además en **caso de unificarse ambas sanciones por acumulación** (en los términos del art 58 del Digesto de las Penas) **me refiero a la**

condena anterior con la prevista por los delitos ahora enrostrados (1 año -art. 239 del C.P.- y 4 años -art. 184 inc. 1º del C.P.-), **aún efectuando una suma aritmética** (peor hipótesis para M.) **su caso aún podría enmarcarse dentro de los parámetros del artículo 169 inciso 2do. del C.P.P.** (por lo que la **presunción de ausencia de riesgos establecida por el legislador provincial, aún se mantiene;** ver en ese sentido doctrina de los fallos 37.804 de la Sala I del T.C.P.B.A. y causa 39.018 de la Sala II del mismo Cuerpo).

Por otra parte valoro en favor del encausado que este cuenta con un domicilio constatado a fs. 19, el que junto con las alegadas circunstancias familiares enunciadas a fs. 20 de este incidente, permiten presumir que el riesgo procesal (que reconozco) emanado del antecedente condenatorio, puede ser aventado con la imposición de obligaciones especiales, de las previstas por los arts. 179 y 180 del C.P.P.

La sola invocación del antecedente condenatorio, no constituye un argumento bastante para denegar el beneficio formulado, pues no permite "per se" presumir que necesariamente el encausado habrá de eludir la acción de la justicia, en particular cuando la pena de prisión anteriormente impuesta al justiciable fue de ejecución condicional.

Sabido es que el **principio de libertad** debe regir durante todo el desarrollo de procedimiento (como derivación de la presunción de inocencia impuesta por el Constituyente Nacional en el art. 18 de nuestra Carta Magna), ha sido mantenido desde el texto original de la ley 11.922 -y a pesar de las distintas reformas posteriores- en el **artículo 144 del C.P.P.**, demostrando así que ha sido **la intención del legislador provincial del año 1998 y mantenido hasta la actualidad.**

Se entiende entonces que la limitación a la garantía enunciada por dicho precepto debe ser de manera excepcional y como "ultima ratio", tal como expresamente lo prevé la norma cuando en su segundo párrafo dispone que: "...La

libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuese absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley."

Tal **regla general de libertad** se encuentra garantizada no sólo por preceptos de orden local y constitucional (**artículo 14 y 18 de la Constitución Nacional y 10 de la Constitución Provincial**), sino por aquellos **Pactos y Tratados internacionales que, incorporados al texto constitucional (por el legislador nacional)** por vía del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, integran **ese bloque constitucional (ver en ese sentido arts 9.3 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 Convención Americana de Derechos Humanos)**.-

En apoyo a lo expuesto la **Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Caso Bayarri vs. Argentina"**, sentencia del 30 de octubre de 2008, ha resuelto que *"... Este Tribunal ha establecido que, al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una 'obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia'. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia . Efectivamente, en ocasiones anteriores, el Tribunal ha estimado que al privar de la libertad, en forma innecesaria o desproporcionada, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, el Estado incurre en una violación del derecho de toda persona a que se le presuma inocente, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. A igual conclusión se debe llegar si el Estado mantiene a una persona privada de su libertad preventivamente más allá de los límites temporales que impone el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención*

Americana...".

En consonancia con lo expuesto precedentemente el Tribunal de Casación Penal Provincial también tiene dicho que: *"...Sumado a ello, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos –sobre la temática en trato- fijan pautas restrictivas a los Estados Partes. En tal inteligencia del juego armónico que propone el art. 7 incisos 3ero. y 5to. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende que '...nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario (...) su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparencia en el juicio...'*, cuestiones estas que permiten afirmar, que el esquema dominante debe efectuarse sobre la base de ... que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...' (art. 8 inc. 2do. de la citada regulación internacional)..." (T.C.P.B.A., Sala III, causa 38.180 RSD-580-9 S 15-9-2009 , Juez CARRAL (SD) CARATULA: P.,O. s/ Recurso de casación. MAG. VOTANTES: Carral - Violini).

Con similares consideraciones se pronunció la Sala II de dicho alto Tribunal cuando resolviera que *"...Debe quedar claro que una de las características principales de la coerción es que, en sí, no es un fin en sí misma, sino que es sólo un medio para asegurar otros fines, que en este caso son los del proceso. Por eso no tienen estas medidas carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales, que se conciben como formas de restricción imprescindibles para neutralizar los peligros que puede tener la libertad de la persona que lleven a que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte, y la actuación de la ley sustantiva, por la otra..."* (T.C.P.B.A., Sala I, causa 37.804 "JARA, Martín Segundo s/ Recurso de Casación" de fecha 5/11/2009, doctores SAL LLARGUES – PIOMBO).

Todo lo expuesto me permite, por el momento al menos, ponderar como viable el otorgamiento de la excarcelacion, conforme lo propone la apelante, con las obligaciones especiales que ut-infra propondré.

Atento lo propuesto, y en lo que hace exclusivamente a

dicho extremo, en caso de hacer mayoría, **corresponderá extender los alcances del presente al auto de prisión preventiva** dictada en el expte. 16946-12 (fs. 70/75 vta.) tal como lo prevé el inciso 4to. del artículo 157 de dicho ordenamiento legal, y ello por resultar equiparables los fundamentos y con el fin de hacer efectiva la libertad caucionada propuesta; ello **sin perjuicio claro está de la posibilidad que le cabe al señor Agente Fiscal** de impugnar esta providencia. Igualmente quedará la **posibilidad de que el imputado y el señor Defensor Particular puedan recurrir** aquella resolución en lo que hace a la materialidad delictiva y a la autoría penalmente responsable.-

No obstante lo expuesto, **reconociendo la existencia del peligro que emerge del antecedente condenatorio, propongo imponer al encausado como obligaciones especiales:** la de constituir domicilio del que no podrá ausentarse por más de 24 horas sin conocimiento previo de la autoridad jurisdiccional que corresponda; someterse al contralor del Patronato de Liberados (de la jurisdicción donde constituyera su domicilio real); presentarse una vez por mes (del 1 al 10 de cada mes) ante al Juzgado donde tramite su causa, debiendo labrarse acta por Secretaría a esos efectos; comparecer a la fecha de Debate que pudiera fijarse en estos obrados (en caso de ser elevada la causa a esos fines) y de presentarse a la lectura de la resolución definitiva que pudiera fijarse. Todas ellas bajo apercibimiento de revocarse el beneficio concedido en caso de incumplimiento.

Así lo voto

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri y sufrago en el mismo sentido.

Así lo voto

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde revocar -por mayoría de opiniones- la resolución apelada de fs. 8/10 y ordenar la inmediata libertad del justiciable en esta causa, bajo las condiciones referenciadas en la

cuestión precedente.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Adhiero al sufragio precedente.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero al voto del Dr. Giambelluca.

lkCon lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.

RESOLUCION

Bahía Blanca, diciembre diecisiete de 2.012.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto **(por mayoría de opiniones)**, que no es justa la resolución impugnada de fs. 8/10.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: **SE RESUELVE:** -por mayoría de opiniones- **hacer lugar al recurso de apelación** interpuesto a fs. 17/20 por el señor Defensor Particular, doctor Gustavo Gabriel Giorgiani y en consecuencia, **REVOCAR la resolución apelada de fs. 8/10,** y otorgar la **EXCARCELACION** del procesado N. I. M., **ordenando su libertad -en esta causa-, previa caución juratoria que deberá prestar en la instancia de origen, imponiéndosele como obligaciones especiales las siguientes:**

- constituir domicilio del que no puede ausentarse por más de 24 horas sin conocimiento previo de la autoridad jurisdiccional que corresponda;
- someterse al contralor del Patronato de Liberados (de la jurisdicción donde constituyera su domicilio real);
- presentarse una vez por mes (del 1 al 10 de cada mes) ante al Juzgado donde tramite

su causa, debiendo labrarse acta por Secretaría a esos efectos;

- comparecer a la fecha de Debate que pudiera fijarse en estos obrados (en caso de ser elevada la causa a esos fines) y de presentarse a la lectura de la resolución definitiva que pudiera fijarse.

Todo lo expuesto bajo apercibimiento de -en caso de incumplimiento- revocarse el beneficio concedido (arts. 14 y 18 de la C.N., 10 de la Prov. Pactos internacionales citados; artículos 144, 148, 169 inciso 2do., 439, 447 y ccdds. del Código Procesal Penal).

Remitir sin más trámite esta incidencia y la causa principal al Juzgado de Gtías. actuante, para **que haga efectiva la medida, previa constatación de que no existan anotaciones a disposición de otros organismos Jurisdiccionales y previa acta por Secretaría donde se preste la caución y se hagan saber las obligaciones especiales impuestas (arts. 179, 180 y ccdds. del Rito).**

Previo notificar el contenido de la presente al Sr. Fiscal General Dptal., mediante libramiento de oficio y al Sr. Defensor Particular mediante libramiento de cédula, adjuntando copia certificada de la presente.