

En la ciudad de San Salvador de Jujuy, Capital de la Provincia, Departamento Dr. Manuel Belgrano, Provincia de Jujuy, República Argentina, a los CUATRO días del mes de Abril del año Dos Mil Dieciséis, reunidos en el recinto de acuerdos de la Cámara de Apelaciones y Control, los Señores Vocales, Doctora GLORIA MARIA MERCEDES PORTAL DE ALBISETTI, Juez; Doctor NÉSTOR HUGO PAOLONI, Juez; Doctor HUMBERTO MARIO GONZALEZ, Juez – por habilitación en la presente causa - bajo la Presidencia de la mencionada en primer término, vieron el Expte. N° C-19/16 – “RECURSO DE APELACION interpuesto por la Sra. Fiscal de Investigación Penal N° 1, Dra. Liliana Fernández de Montiel (por habilitación) en Expte. N° P-129652-II/16 (JC N° 3 – FIP N° 1) caratulado: “Incidente de Cese de Detención a favor de Pablo Sebastián TOLOSA PEREA y Martha Isabel GUTIÉRREZ TORRES” (Expte. Ppal. N° P-129652/16 recaratulado: “SALA Milagro Amalia Ángela; NIEVA Javier Osvaldo; y otros; p.s.a. de asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión; TOLOSA PEREA Pablo y GUTIERREZ TORRES Martha Isabel; p.s.a. de fraude a la administración pública (catorce hechos en concurso real);... Ciudad.)”.-

VISTOS Y CONSIDERANDO

La Señora Presidente de trámite, Doctora GLORIA MARIA MERCEDES PORTAL DE ALBISETTI, dijo:

Corresponde a esta Alzada tratar el recurso de apelación deducido por la Doctora Liliana Beatriz Fernández de Montiel en su carácter de Fiscal de Investigación Penal N° 1 – por habilitación -, planteado en contra de la resolución pronunciada por el Señor Juez de Control N° 1, Doctor Gastón Mercau, quien en fecha 16 de febrero de 2.016 dispusiera: **Hacer lugar al cese de detención solicitado por el Doctor Elías Efraín Garay a favor de los inculpados PABLO SEBASTIÁN TOLOSA PEREA Y MARTHA ISABEL GUTIERREZ TORRES (artículos 316, 319 “a contrario sensu” y cctes. del Código Procesal Penal de la Provincia.-**

Al expresar sus agravios dijo que el interlocutorio dictado por el Señor Juez de Control Doctor Gastón Mercau, conforme los hechos relatados, causa gravamen no solo por carecer de fundamentación legal y fáctica, sino que resulta autocontradictoria con la decisión emanada del propio Juez y dictada tan solo quince días antes en sentido distinto en torno a la restricción de la libertad a los ahora imputados en libertad.-

Que conforme jurisprudencia que cita – la que doy por reproducida en honor a la brevedad -, es conteste en destacar con precisión los agravios que desestiman la validez de los pronunciamientos. La impugnación que propugna no es una mera discrepancia con la decisión del Magistrado, sino que se pretende lograr con la misma una resolución acorde con la ley, y a lo probado hasta este estadio procesal.-

Señala puntualmente como agravio, que el Señor Juez a fs. 16/19 sostiene en último párrafo de fs. 17 "... Si bien es cierto que la etapa de investigación se encuentra recién en su comienzo, no advierto cuáles son las medidas procesales de fundamental importancia que tendrían que llevarse a cabo, para las que resulte esencial la privación de la libertad de los prevenidos"; en este sentido, el Juzgador no ha advertido que de las constancias de los allanamientos (fs. 560/561 y 568/571 vta.) surge la imperiosa necesidad de realizar medidas urgentes y relevantes para el esclarecimiento de la defraudación millonaria que se investiga; en el domicilio de Martha Isabel Gutiérrez, se secuestraron folios conteniendo abundante documentación con Logo del Instituto de Vivienda y Urbanismo de Jujuy como también del Tribunal de Cuentas de la Provincia; y lo propio surge del acta de allanamiento del domicilio del imputado Pablo Tolosa Perea, en donde se secuestro gran cantidad de documentación referente a la Entrega Inicial de Programas Habitacionales de San Pedro de Jujuy, Planilla de Postulantes para Viviendas en la misma ciudad, Programas de Viviendas de Perico, Plan de Obras para todos los Argentinos con logo del IVUJ, distintas carpetas A4 con variada documentación perteneciente a la función que el encartado desempeñaba en el IVUJ en el período en el cual se atribuyen las defraudaciones; cantidades de documentación que resultan alarmantes.-

El Señor Juez no ha reparado en la obligatoriedad que se impone de realizar medidas procesales de fundamental importancia sobre los bienes secuestrados para continuar con la investigación, y eventualmente, ampliar la misma sobre éstas u otras personas.-

Agrega, que tampoco resultan justificadas las afirmaciones del juzgador respecto al quantum de la pena que se le atribuye a los encartados en relación al delito imputado, al decir, que la figura penal contempla una pena mínima de dos años de prisión, y que eventualmente podría corresponderles una condena de ejecución condicional; por lo tanto, no corresponde la interpretación realizada por la recurrente al justificar los motivos por los que procedería una condena efectiva, y por ende no se puede incluir a Tolosa y Gutiérrez en las previsiones del primer inciso del artículo 319.- El análisis efectuado por el Magistrado es desapegado a las constancias probatorias inicialmente, porque no se les atribuye "un delito" a los imputados Tolosa y Gutiérrez, sino que son **catorce hechos independientes**, es decir, son catorce hechos de FRAUDE A LA ADMINISTRACION PUBLICA, es decir, que son catorce delitos, y en caso de recaer condena será de cumplimiento efectivo, y reitera CATORCE, cantidad ésta que en su decisión el Juez no merita.-

Respecto a que éste Ministerio omitió acudir a la aplicación de una condena no condicional, no se ajusta a la realidad. Así, su parte recurrió al artículo 319 del C. P. P., - a poco que se revisa la solicitud de detención de fs.493/494 de los autos principales -, específicamente en el apartado que se pide la detención de los instados Tolosa y Gutiérrez, invocando la aplicación de los artículos 308 y 319 y cctes. del C. P. P., descartando que el derecho resulta sabido por el Señor Juez, quien debe admitir o no la aplicabilidad de la norma; pero no acudir al argumento de que no se invocó la concurrencia de las restricciones a la libertad personal contempladas por la norma citada.-

En el mismo sentido de análisis – dice – resulta un agravio relevante, el argumento decisonal de liberación del Juez de Control al afirmar, por un lado, que la

recurrente no solicitó nuevas ordenes de allanamiento o secuestro por lo tanto no se vislumbra la necesidad de mantener el encierro de los encartados solicitado por la Fiscal.- Mientras que al momento de fundar la orden de detención (fs. 495/496), entiende que sin perjuicio de que a los imputados les pueda corresponder condena de ejecución condicional, la naturaleza, magnitud y circunstancias de los hechos que se investigan, así como el carácter de funcionarios públicos que revestían los inculcados al momento de la supuesta comisión del hecho, además de la necesidad de realizar medidas urgentes, permite inferir que se da el caso de la norma prevista en el inciso 2º del artículo 319 del C. P. P., es decir, existe riesgo procesal de que en caso de obtener la libertad puedan obstruir la marcha del proceso.-

La contradicción en que incurre el Señor Juez resalta a la hora de ordenar la soltura de los prevenidos Tolosa y Gutiérrez, al alegar que los argumentos decisionales de la detención hoy no se encuentran vigentes; pues estos argumentos nunca fueron desplegados para sostener la necesidad de la medida de coerción, es decir, nunca el Magistrado dijo "detengo para allanar y secuestrar", sino que lo hizo por las razones que obran en la decisión del 28 de enero de 2016.-

En otro orden, la recurrente indica que equivoca el Señor Juez en su apreciación en el auto de soltura al no asistirle razón al apreciar que la defensa no pudo demostrar que las fundamentaciones dadas por el Ministerio resultan insuficientes para otorgar la privación de libertad, a ello responde, que sí es tarea de la defensa desarticular los fundamentos - expresados por la Fiscalía -; y demostrar con probanzas fundadas que aquellas razones de detención fueron inconsistentes y por lo tanto autorizan a revertir la situación de encierro; pero nada de ello ocurrió, la defensa solo desplegó argumentaciones genéricas de "colaboración voluntaria" con arraigo en la Provincia, de permanencia laboral en la misma.-

Finalmente cita jurisprudencia nacional, y fallo local, pronunciado por el Señor Juez de Control Doctor Gastón Mercau, más precisamente Expediente Nº P-129317-III/16, en el que el Magistrado (en forma casi concomitante al caso de autos), hizo

lugar al pedido del Ministerio Fiscal de no otorgar la libertad al instado Quispe Lucio Agustín por la comisión del delito de tentativa de robo con arma, amenazas con arma y resistencia a la autoridad, por los argumentos expresados; a cuyos argumentos me remito por cuestiones de economía procesal.-

En atención a todo lo expresado, la Señora Fiscal solicita se revoque la decisión que liberó a los encartados Pablo Tolosa y Martha Gutiérrez, al advertirse la contradicción del resolutorio que impugna, por cuanto la finalidad investigativa, cuya eficiencia se debía garantizar con la detención de los instados, por los fundamentos dados por el propio Juez, luego se vio entorpecida por la decisión del mismo que los liberó a solo días de la detención, so pretexto de falta de actitud investigativa e inexistencia de las razones invocadas el 28 de enero del año en curso.-

Para concluir, pide se haga lugar al recurso y se revoque el auto impugnado en base a los argumentos esgrimidos, mandando detener a los instados Pablo Sebastián Tolosa y Martha Isabel Gutiérrez.-

Concedido el recurso (fs. 33) y luego de los pasos procesales de rigor, los autos llegan a este Tribunal.- Se presenta a contestar la apelación los Doctores, Elías Efraín Garay en representación del inculpado Tolosa (44 y 47/53 y vta.), formulando su oposición; y Lucas Ramón Grenni en ejercicio de la defensa material de Gutiérrez, (fs. 56), solicitando dar sus fundamentos in voce.-

Integrado el mismo, firme su constitución, conferido el traslado al Señor Fiscal de la Cámara de Apelaciones y Control, Doctor Miguel Ángel Lemir, emite dictamen a fs. 63/65, manteniendo el recurso deducido, y a las consideraciones dadas, que comparto, hago remisión por razones de brevedad.-

Realizada la audiencia prevista en el art. 455 del C.P. Penal (fs. 71/72 y vlta. de autos) con las partes intervinientes en el proceso, la causa se encuentra en estado de

ser resuelta.- Anticipo mi decisión por el progreso del recurso planteado en la instancia, y ello así por los siguientes fundamentos.-

I.- En cuanto al agravio referido a que la sentencia puesta en crisis a más de carecer de fundamentación legal y fáctica resulta autocontradictoria con la decisión emanada por el propio Juez y dictada tan sólo quince días antes y en sentido distinto, fundamentando el *a quo* su decisión de soltura de los imputados al decir que: "Si bien es cierto que la etapa de investigación se encuentra recién en su comienzo, no advierto cuales son las medidas procesales de fundamental importancia que podrán llevarse a cabo, para las que resulte esencial la privación de la libertad de los prevenidos.- A ello diré, que le asiste la razón a la Señora Fiscal recurrente en tanto existen ya en los obrados prueba relevante como es la documentación secuestrada en los allanamientos efectuados en los domicilios de Martha Isabel Gutiérrez (fs.560/561) como de Pablo Sebastián Tolosa (fs. 568/571 y vlta.), cuyo análisis se impone y en el carácter de obligatorio, del cual seguramente muchas y variadas podrán ser las medidas procesales a adoptar y que seguramente revestirán fundamental importancia (al estar a los términos del *a quo*); pero nada de esa investigación y/o sus consecuencias se advierte en autos al tiempo de emitir el presente voto.-

Adviértase que en el allanamiento de la imputada Gutiérrez se secuestró- entre otros de los elementos incautados -, documentación correspondiente al Tribunal de Cuentas de la provincia, instrumentos que desde luego merecen un detallado y profundo análisis siendo que nada de ello obra en la causa.-

II.- También se agravia la recurrente al decir el *a quo* que "el delito que se les atribuye a ambos instados contempla una pena mínima de dos años de prisión, es decir que a partir de allí podrá imponerse la penalidad, de tal modo que podría corresponderle una condena de ejecución condicional... entonces no podemos incluir a Tolosa y Gutiérrez en las previsiones del primer inciso del artículo 319..."- A ello debo sólo adherirme a lo manifestado por la Fiscal agraviada en tanto NO se trata de un solo hecho sino de CATORCE HECHOS INDEPENDIENTES DE FRAUDE A LA

ADMINISTRACION PÚBLICA concursados realmente, y dada la NATURALEZA y GRAVEDAD de los delitos imputados, resulta imposible merituar el mínimo de la pena que en abstracto pudiera corresponder aplicar para un solo hecho, pues la valoración debe ser por los CATORCE (14) HECHOS de FRAUDE a la Administración Pública.-

Además, debe tenerse presente lo expresado por el Señor Fiscal de Estado Doctor Mariano Gabriel Miranda que al denunciar a los prevenidos de autos (fs.262/266 de autos principales), expresamente dijo "que toda la operatoria a que se refiere la presente ha sido posible por la participación de funcionarios públicos que integraban esta Asociación Ilícita y sin los cuales no hubiera podido lograrse cometer los delitos descriptos; estos funcionarios son quienes firmaron los convenios de obra y dieron la orden de pago sin respaldo técnico necesario: El Sr. LUCIO ABREGÚ en su carácter de Presidente del I.V.U.J en la época en que ocurrieron los hechos, autorizando de los pagos irregulares, y la Jefa del Departamento Administrativo Financiero la C. P. N. Martha I. Gutiérrez T. quien libró los fondos pese a las anomalías existentes; es por ello que sus conductas quedan encuadradas en la Asociación Ilícita Agravada del artículo 210 *bis* el Código Penal. Ello sin perjuicio de que, tratándose de funcionarios públicos, sus actos recaigan además en otros tipos penales que requieran esta cualidad como lo son el Incumplimiento de los Deberes de Funcionarios Públicos previsto en el artículo 248 del Código Penal y Malversación de Caudales Públicos que sanciona el artículo 260 del Código Penal".-

III.- Indica como otro agravio lo expresado por el Juez de Control que en sus fundamentos para liberar a los imputados dijo: "También es importante destacar que en la solicitud de detención que rola a fs.493/494 la representante del Ministerio Fiscal no invocó la posibilidad de una condena no condicional".- Considero un fundamento excesivamente esforzado, pues la representante del Ministerio Público a fs.493/494 al solicitar la orden de detención de los instados Tolosa y Gutiérrez entre los fundamentos dados dijo claramente: *"También deberá ordenar la detención conforme lo prescripto*

por el artículo 27, incisos 2,9,11 y 12 de la Constitución de la provincia, y los artículos 308 y 319 y concordantes del Código Procesal Penal...”.-

Es decir, la recurrente indicó concretamente como una de las disposiciones legales a aplicar para detener a Tolosa y Gutiérrez, la norma del artículo 319 del C.P Penal, y el *a quo* haciéndose eco de ello al disponer los allanamientos y detención de los prevenidos nombrados, dijo textualmente a fs. 495/496: “además de la necesidad de realizar medidas urgentes para la obtención de pruebas relevantes para la investigación, **me permite inferir que se da en el caso la situación contemplada en el inc. 2 del Art. 319 del CPP**, es decir que existe riesgo procesal de que en caso de que los prevenidos permanezcan en libertad podría obstruir la marcha del proceso...”.-

Lo resaltado es propio.-

Entonces, el Juez aplicó sin más el artículo 319 inciso 2. de la normativa del rito, la que prevé la situación que aún procediendo condena de ejecución condicional, existe riesgo procesal de que los imputados trataran de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.-

En suma: La representante del Ministerio Fiscal, en la solicitud de detención invocó la norma del **artículo 319**, precepto que contempla dos situaciones: la condena no condicional (inciso 1), y la condena condicional más riesgo procesal (inciso 2); y el Juez de Control aplicó al dictar la orden de detención y allanamientos – entre otras disposiciones -, el precepto normativo ya indicado por el Ministerio Fiscal (**artículo 319**) con precisión del (inciso 2.).-

IV.- También expresa como agravio relevante por el que sostiene su impugnación, la afirmación del *a quo* cuando en su resolución dice: “al ordenar la medida de coerción la que fue fundamentada en la necesidad de llevar a cabo actos necesarios y urgentes para la obtención de pruebas relevantes para la pesquisa. Tales

medidas consistieron en los allanamientos y registros de aquellos lugares donde podía haber documentación u otros elementos relacionados con el delito que se investiga; cumplidos los mismos entre los días 28 y 29 del mes de enero del corriente año, el Ministerio Público no solicitó nuevas órdenes de allanamiento o secuestro...”.-

Y en este punto de agravio también le asiste la razón a la Fiscal de Investigación recurrente, en tanto cuando el Juez de Control dictó la orden de allanamiento y detención se fundó no solamente en la necesidad de llevar a cabo actos NECESARIOS Y URGENTES PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS RELEVANTES PARA LA INVESTIGACIÓN, sino que primeramente, y luego de dejar a salvo que a los instados le podría caber condena de ejecución condicional, indicó como fundamento de la decisión de detención: **“la naturaleza, magnitud y circunstancias de los hechos que se investigan, así como el carácter de funcionarios públicos que revestían los mismos al momento de la supuesta comisión de los ilícitos...”**.

Lo resaltado me pertenece.-

Es decir, la necesidad de obtener pruebas relevantes para la investigación no fue el único argumento por el cual el Juez ordenara la detención de Tolosa y Gutiérrez, antes de ello, y en orden de prelación, con un alto criterio tuvo en miras la naturaleza, magnitud, circunstancias de los hechos y el carácter de funcionarios públicos de los instados; argumentos éstos que aún subsisten.-

Y digo ello, pues, si bien los allanamientos, registros y secuestros de la documentación encontrada en los domicilios de los encartados, ya se cumplimentó, considero que agotadas las medidas dispuestas con la realización de los tales actos procesales, sus *efectos* aún subsisten, pues la abundante DOCUMENTACION SECUESTRADA no fue analizada por el *a quo* y si lo fue, no consta en autos que hubiere tenido una entidad tan exigua que de lugar a la soltura de los instados.-

En cuanto a la NATURALEZA, tratase de un fraude en perjuicio de la administración pública, una gran e importante lesión al patrimonio del Estado.-

Respecto a LA MAGNITUD, dado que no se trata de un (1) solo hecho delictivo, sino de CATORCE (14) hechos concursados realmente de una estafa millonaria, y que de acuerdo a las constancias obrantes en la causa, puede dar lugar a la ampliación de la imputación.-

CIRCUNSTANCIAS DE LOS HECHOS, suscripción de convenios con personas físicas y/o jurídicas, emisión de cheques sin cumplimentarse las exigencias previstas en dichos convenios.-

CARÁCTER DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS, que de acuerdo a su designación especial y legal –ya sea por decreto ejecutivo, ya sea por elección -, y de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público.-

V.- En relación al agravio sostenido por la recurrente en cuanto a lo expresado por el Magistrado interviniente respecto a que: “No es la defensa quien debe acreditar la ausencia de peligro procesal sino que la existencia de éste debe demostrarse a efectos de justificar el dictado de la medida de coerción”; en este tópico igualmente le asiste razón a la representante Fiscal, en tanto los argumentos empleados por la defensa y que constan a fs. 1/5 y vlt. de autos, en modo alguno pudieron conmover al juzgador para ordenar el cese de detención de los imputados de la causa, pues al citar jurisprudencia, analizar normas constitucionales, también de Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, con el fin de aplicarla al caso de autos, sin dar fundamentos válidos, firmes y concretos como sería la invocación de **nuevos elementos de juicio que puedan demostrar que los motivos exigidos por el artículo 319 del C. P. Penal, ya no concurren.-** (artículo 321 del Código de formas).-

Es de advertir que desde el dictado de la orden de **detención (fs. 558/559 y vlta. de autos principales)**, ninguna circunstancia ocurrió en la causa para favorecer a los imputados con el goce de su libertad ambulatoria; por el contrario, surgieron nuevos elementos de prueba que comprometen la situación procesal de los mismos, así tenemos pedido del Señor Fiscal de Estado de la provincia de Jujuy, Doctor Mariano Gabriel Miranda que a fs. 599/604 involucra a los imputados Tolosa y Gutiérrez en la supuesta comisión de los delitos previstos en los artículos: 174 inciso 5º Código Penal: DESFRAUDACIONES AGRAVADAS; 210 *bis*: ASOCIACIÓN ILÍCITA AGRAVADA; 248: ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PÚBLICO y 260: MALVERSACION DE CAUDALES PÚBLICOS.-

A fs. 510/511 y vlta. de los autos principales obra Pedido de Informes efectuado por la Fiscal de Investigación Penal actuante a entidades bancarias de esta provincia: Banco Macro y Banco Nación, respondiendo en primer término el Gerente del Banco de la Nación Argentina, Señor Mario Oscar Ávila (fs.713/946), adjuntando en la oportunidad, imágenes de 202 cheques.- Se advierte que ese total, fueron librados por la C.P.N. Martha I. Gutiérrez juntamente con el Presidente del IVUJ, Lucio Abregú a favor de distintas Cooperativas y Municipios.-

También el responde fue del Gerente del Banco Macro Sucursal Jujuy (fs. 985), adjuntando copias de siete (7) cheques, librados por el Instituto de Vivienda y Urbanismo de Jujuy a favor de distintas cooperativas involucradas en autos, de cuyo análisis surge que cuatro (4) de ellos fueron librados por la C.P.N. Martha I. Gutiérrez T, juntamente con el Presidente del I.V.U.J, Lucio Abregú, y dos (2) de los cuales, librados por C.P.N. Martha.I.Gutiérrez T, y el Señor Pablo S. Tolosa a cargo de la Presidencia del I.V.U.J..-

VI.- Se trata de una causa compleja, que en el estado que transita considero improcedente confirmar la resolución del Magistrado de Control a favor de la libertad ambulatoria de los instados Tolosa y Gutiérrez.-

En esta línea de pensamiento, he de citar la doctrina invocada en distintos fallos al pronunciarme por la denegatoria del cese de detención, para lo cual transcribiré las conclusiones arribadas por el Dr. Osvaldo Alfredo Gozaín las que comparto y hago propias, expresadas en su trabajo: "La Libertad en el Proceso Penal", publicada en Revista del Derecho Procesal Penal" (Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2.005, pág. 56):

"Al cabo de lo expuesto corresponde confirmar la libertad de uno de los derechos fundamentales del hombre. Pensar en su disponibilidad constituye una variable de análisis que exacerba la discrecionalidad judicial. Pero, al mismo tiempo, mantenerla como si fuera un estándar que sigue la regla: *Mientras no hay sentencia no hay privación de la libertad, es tan peligroso como la falta de prudencia.*

En consecuencia, si la libertad ambulatoria es una garantía especial que se consagra en el marco superior de la libertad como derecho humano, ¿cómo se resuelve la seguridad de los demás ante potenciales delincuentes que se amparan en una presunción que los favorece?

Una vez más, confrontan las ideas y los paradigmas: o confiamos en la serenidad y prudencia de los jueces para analizar circunstancialmente el caso y evitar, eventualmente, que la detención se convierta en un anticipo de la condena (en cuyo caso, la privación de la libertad se justifica como medida provisional) o le damos a la libertad un carácter automático mientras no haya condena no habrá encarcelados.

¿Hay un justo medio? Creemos que si, y se sostiene en apreciaciones objetivas: a) posible elusión a la acción de la justicia; b) antecedentes del imputado; c) necesidad imprescindible de privar de libertad; d) análisis de la pena; e) conducta del imputado; f) complejidad de la causa, entre otras más que vuelven la mirada hacia el juez, como garante de las garantías constitucionales.-

Estas son apreciaciones que quedan perfectamente alineadas en el pensamiento de la Dra. Ángela Ledesma, en su voto en la causa "Machieraldo", igualmente

adoptadas por el Dr. Edgardo E. Donna en la causa "Barbará" que acompañan estos comentarios".-

Entonces, si aplicamos esta doctrina al presente caso, cual sería el justo medio?, considero, y de acuerdo al amplio cuadro probatorio producido en autos, es la necesidad de privar la libertad de los prevenidos de autos atento la **gravedad de los delitos imputados.-**

VII.- Surgiendo tanto de la denuncia de fs. 1 / 2 de los autos principales efectuada por Julia del Carmen Gutiérrez respecto a las operaciones que da cuenta del hecho allí denunciado y que se realizaban en las Municipalidades de San Salvador de Jujuy, El Carmen y Monterrico, más precisamente: "en la oficina de la contadora o contador de la Municipalidad correspondiente.."; denuncia formulada por Leopoldo Jacinto Basualdo (fs. 6/7 de autos principales): "..esto era en la oficina de la contadora o contador de la Municipalidad correspondiente, que estaba presente también..."; e igualmente de las constancias de fs. 727, 729, 730, 731, 732, 736, 773, 774, 775, 776, 778, 792, 832, 946, y conforme el Acta de ampliación de denuncia efectuada por la Arquitecta Mariana Marcela Franco a fs. 457 de los autos principales que clarifica en detalle el manejo del sistema convenido en relación a los hechos investigados en la causa; todo lo cual es ratificadorio una vez más que aún restan importantes medidas investigativas tendientes a determinar **respecto a la participación de los funcionarios de los municipios indicados que intervinieron en la operatoria con las distintas cooperativas involucradas en autos, como así también determinar a los autores intelectuales de los hechos investigados.-**

En mérito a lo expuesto, voto por hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en autos, revocando en consecuencia la resolución de fecha 12 de febrero de 2.016 obrante a fs. 16/19 de estos obrados.-

El Señor Vocal, Doctor NESTOR HUGO PAOLONI, dijo:

Luego de analizar en forma pormenorizada tanto la sentencia puesta en crisis, pruebas incorporadas, como así también los argumentos esgrimidos por la recurrente y la defensa técnica de los prevenidos, presto mi adhesión al voto que para el caso brinda la Sra. Presidente de Trámite Dra. Gloria M. M. Portal de Albisetti, por los fundamentos expresados en el mismo los cuales comparto.-

Solo me permitiré agregar pequeñas consideraciones que estimo de utilidad, en efecto entrando a analizar el fondo de la cuestión, como lo vengo sosteniendo, el cese de la detención motivado en las disposiciones contenidas en el nuevo Código Procesal Penal no es un derecho absoluto, su procedencia está determinada por la normativa establecida en el Art. 318 y siguientes del mencionado Código, por lo tanto es facultativo de los jueces determinar las condiciones tanto objetivas como subjetivas para conceder la condicionalidad en base a juicios de valor que necesariamente se deben efectuar respecto al quantum de la pena que en abstracto corresponde aplicar (art. 319 inc. 1ero del C.P.P.), como así también se deben evaluar los presupuestos que permiten restringir la libertad ambulatoria, vehementes indicios de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) o entorpecimiento de la investigación (peligro de obstaculizar el proceso).-

En el caso traído a consideración la pena que en abstracto se conmina para los delitos de Fraude a la Administración Publica reiterada Catorce hechos concursados realmente (art. 174 inc. 5º y 55 del Código Penal) por el cual vienen imputados Pablo Sebastian Tolosa Perea y Martha Isabel Gutiérrez Torres tienen pena privativa de la libertad cuyo mínimo es de dos años y un máximo de 50 años, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 40 y 41 del Código Penal en cuanto a las circunstancias a valorar en la mensuración de la pena que en abstracto se conmina en este caso, soy de opinión que no habilitarían una libertad condicional (Art. 26 del Código Penal).-

No se debe dejar de tener en cuenta que existen medidas de pruebas pendientes en su realización, y que por lo tanto la etapa de investigación aún no se encuentra concluida.

Es por ello que considero de aplicación la siguiente jurisprudencia "No se trata de entender la denegación de la excarcelación como antejudio determinante o como el castigo previo, sino de ubicar en cada caso particular –dejando de lado ciertos excesos abolicionistas- la correcta y real situación procesal de algunos individuos que conociéndola, se sirven de la no discutible benevolencia constitucional que –hay que recordarlo- también tiene límites (a veces olvidados) poco utilizados, pero no por ello menos válidos o reales. Las diferentes medidas de coerción procedimentales no por ser de aplicación restringida, deben ser dejadas de tener en cuenta en materia penal. La no asunción por los órganos estatales competentes de las facultades punitivas. En las que tiende a favorecer a la delincuencia en perjuicio de la seguridad que diariamente observamos viene reclamando la sociedad toda, corriéndose el peligro de anarquización, del quebrantamiento del equilibrio social, y por consiguiente, el ejercicio de la justicia por manos propias dejándose de lado uno de los valores fundamentales e irrenunciables sobre los que necesariamente deben erigirse los Estados, esto es, la función de la seguridad. Si ésta se descuida, toda perspectiva de bienestar individual o comunitario se torna aleatoria y ello es lo que en la medida de sus posibilidades la justicia, como poder independiente, debe evitar. (confr. "S., A.R.–Incidente de Excarcelación" 21.0.95) Fallos Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Concepción del Uruguay, Entre Ríos. Sala 01 (García – López - Moras). Carrera, G.A. s/ de Apelación. Interlocutorio, 6462 del 18 de Noviembre de 1997."

Debo resaltar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación indicó que "el derecho consistente en gozar de libertad hasta el momento en que se dicte sentencia de condena no constituye una salvaguardia contra el arresto, detención y prisión preventiva, medidas cautelares éstas cuentan con respaldo constitucional" (C.S., agosto 4-983, Legumbres S.A., L.L.1883-D).-

Del mismo modo se sostuvo que: "El respeto debido a la libertad individual no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias no sólo para asegurar el éxito de la investigación sino también para garantizar, en casos graves, que no se siga delinquiendo y que no se frustre la ejecución de la eventual condena por la incomparecencia del reo...". (C.S. Fallos 280:297).-

Así también, coincido con lo expuesto por el Sr. Fiscal de ésta Cámara de Apelaciones y Control, Dr. Miguel Ángel Lemir en cuanto corresponde hacer lugar a la solicitud planteada.-

Entiendo que no se violenta de ninguna manera precepto constitucional, ni se vulneran garantías elementales; ya que en virtud al principio de proporcionalidad que debe regir en las decisiones resulta procedente la medida de coerción personal peticionada.-

Sostengo además que la revocatoria de los cese de prisión encuentran razón de ser en la naturaleza, gravedad y particularidades del hecho, como así en el entendimiento que en caso de eventual condena, la misma no sería de cumplimiento condicional (art. 26 del Código Penal).-

La defensa técnica de la inculpada Gutiérrez menciona doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia la cual por su característica no constituye doctrina obligatoria, a tal efecto debo decir que los jueces inferiores tienen total capacidad de decisión dentro del marco de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional y las leyes que en su consecuencia se dicten y dentro de cuyo marco deberán expedirse, correspondiendo a la CSJN ajustar aquéllas decisiones que se escapen de dicha normativa, pero sin subordinar a los magistrados que deben ser independientes no sólo como integrantes del organismo del cual forman parte sino también como Poder del Estado.-

En efecto los prevenidos Tolosa Perea y Gutiérrez Torres si bien no registra antecedentes, la gravedad, entidad y cantidad de hechos (CATORCE), atento a la función que desempeñaban los mismos en el IVUJ y el quantum de la pena que en abstracto se conmina para los delitos endilgados, dan motivo suficiente para pensar que de recuperar su libertad, podría entorpecer el curso de la investigación (etapa investigativa no concluida y pruebas a producir) como así también intentar profugarse, ello se ajusta acabadamente al peligro procesal, contemplado en la expresión: "tratara de eludir el accionar de la justicia" y esto es así no por utilizar una expresión meramente dogmática sino porque las pruebas objetivas así lo determinan.

Lo manifestado surge al confrontar las actuaciones de autos que dan soporte y sustento a la aseveración antes expresada, lo que los sitúa en situación desfavorable para obtener el beneficio solicitado que les permitiría transitar el proceso en libertad.-

Por lo tanto entiendo procedente hacer lugar al recurso de Apelación interpuesto por el Ministerio Público de la Acusación en todas sus partes.-

El Señor Vocal, Doctor HUMBERTO MARIO GONZALEZ, dijo:

Que vienen las presentes actuaciones con el objeto de emitir voto, respecto del recurso de Apelación interpuesto por la Agente Fiscal Dra. Liliana Fernández en contra de la resolución dictada por el Señor Juez de Control en la que dispone otorgar la libertad de Pablo Tolosa y Marta Isabel Gutiérrez.-

Que respetuosamente no voy a compartir el voto emitido por la Señora Presidente de trámite, sí me voy a remitir a las constancias y pruebas mencionadas, por razones de brevedad y a fin de evitar innecesarias repeticiones.-

Entrando al análisis del planteo efectuado por la Señora Fiscal, necesariamente debe verificarse si se encuentran acreditados los extremos que prevé el art. 316 del C.P.P. para poder disponer la soltura de los imputados. Tal como lo dispone su inc. 2 la norma procedimental antes citada, deben darse los extremos expresamente contemplados por el Código de Procedimientos Penales de la Provincia.-

Tal como surge de las actuaciones, a los prevenidos se les imputa varios hechos de Fraude en perjuicio de la administración pública, si bien el defensor técnico nada dice ni aclara al respecto, la Señor Fiscal y el Juez de Control aclaran que se tratan de catorce hechos de Estafa en contra de la Administración Pública.

Esta referencia a tener en cuenta, sobre la cantidad de hechos que se están investigando o que se le atribuyen a los acusados, permiten sortear la primera de las hipótesis a tener en cuenta para la aplicación del art. 316 del C.P.P. y art. 319 del C.P.P.. Si se afirma que se tratan de catorce hechos de Estafa en perjuicio de la administración pública, y se tiene en cuenta las escalas penales que contiene la mencionada figura penal, van de un mínimo de dos (2) años a un máximo de seis (6) años y que los mismos concurren realmente art. 55 del Código Penal de la Nación, se puede deducir, que el mínimo no va sufrir variaciones, en el entendimiento que siempre se tiene en cuenta el mínimo mayor, en cambio si va a variar el máximo de la pena, ya que para la aplicación de la misma los máximos se suman aritméticamente, entonces se puede concluir, teniendo en cuenta que estamos en el inicio de la investigación, la sanción penal que podría aplicarse a los acusados, puede ser de cumplimiento condicional y no efectivo. Esta circunstancia fue debidamente ponderada por el Señor Juez de Control.-

También, el Juez de Control tuvo en cuenta otras calidades personales de los acusados, ambos son mayores de edad, y que Gutiérrez es una persona de 59 años de de edad, que no volverían a cumplir tareas al mismo lugar de trabajo, que tienen arraigo y domicilio en la provincia, pautas que fueron oportunamente consideradas por el Juez de Control. Otra cosa, que puso de relieve fue que no se puede considerar

situaciones futuras a cumplirse, sino que se debe tener en cuenta pautas objetivas que permitan hacer una valoración real del peligro procesal existente en cada caso particular y concreto.-

Siguiendo con las pautas objetivas que tuvo en cuenta el Juez de Control, destacó que los acusados no tienen antecedentes penales, y fundamentalmente que las medidas de allanamientos y secuestro en los domicilios que poseen los mismos ya se cumplieron, por lo que el peligro de entorpecimiento de la investigación no se configuraría o por lo menos no se vislumbra tal posibilidad, pues un acto judicial no puede fundarse en conjeturas o posibilidades abstractas ya que no sería el reflejo de las normas procesales de rigor y en vigencia. Se trata de un acto judicial fundado, que responde a los estándares jurídicos del derecho positivo.-

Esta interpretación jurídico procesal no es sino la interpretación de las enseñanzas que deja la doctrina y jurisprudencia. Así, cabe recordar que la libertad física es, por así decir, la forma de libertad imprescindible para que la mayoría de las demás libertades pueda funcionar, su tutela ha sido precaución casi tan antigua como el hombre (Bidart Campos Germán, Derecho Constitucional, Editorial Ediar, pag 505). De modo tal que el derecho constitucional de "permanencia en libertad durante la sustanciación del proceso penal", emanado de los arts 14, 18 y 75 inc. 22 de la C.N., solo puede ceder en situaciones excepcionales y cuando los jueces consideren que existen causas ciertas, concretas y claras, en orden a que el imputado eludirá la acción de la justicia (art. 280 del C.P.P.). Estas causales son las constitutivas del "periculum in mora" como presupuesto habilitante de la medida cautelar, siempre que se haya configurado la verosimilitud del derecho "fumus bonis iure". Es decir, que el órgano jurisdiccional debe valorar necesariamente las pruebas que le permitan presumir la existencia de "peligro en la demora". De ahí que entre los caracteres de las medidas privativas de la libertad, se encuentren la necesidad de un mínimo de prueba, la interpretación restrictiva, la subsidiariedad de la medida y el favor libertatis, con fundamento en la previsión constitucional antes citada. Que la privación de la libertad

“no debe ser la regla”, constituye un principio expreso constitucionalizado (art. 9 inc 3 del PIDCP). Alberto Bovino enseña que el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria (art 14 y 75 inc 22 de la C.N. y art 8.2 CADH y 14.2 PIDCP) y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia) art. 18 y 75 inc 22 de la C.N., art. 9.1 del PIDCP y art 7 CADH. El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos, publicado en problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, BsAs, 1998, pág 148/149.-

En palabras de Roxin la prisión preventiva es la privación de libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Ella tiene tres objetivos: 1.1. Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, 2.1 Garantizar una investigación de los hechos en debida forma por los órganos de la investigación penal, 3.1 Asegurar la ejecución penal. No pretende por ende otros fines.

De tal suerte que la resolución dictada por el Señor de Juez de Control en la que dispuso la soltura de Tolosa y Gutiérrez se encuentra debidamente fundada y responde a las exigencias del art.176 del C.P.P., en consecuencia voto por la confirmación de la resolución dictada por el Señor Juez de Control de fs. 16/19.

Por todo lo expuesto, esta **CAMARA DE APELACIONES Y CONTROL, POR MAYORIA**

RESUELVE

I.- Hacer lugar al recurso de apelación deducido en autos por la Señora Fiscal de Investigación Penal N° 1, Doctora Liliana Beatriz Fernández de Montiel – por habilitación -; y en consecuencia, revocar la resolución pronunciada por el Señor Juez

de Control Nº 1, Doctor Gastón Mercau en fecha 16 de febrero de 2.016 que dispone: Hacer lugar al cese de detención solicitado por el Doctor Elías Efraín Garay a favor de los inculpados PABLO SEBASTIAN TOLOSA PEREA y MARTHA ISABEL GUTIERREZ TORRES (artículos 316, 319 "a contrario sensu" y cctes. del C. P. Penal); por los fundamentos expresados en los considerandos de la presente y en cuanto ha sido materia de recurso.- (VOTO EN DISIDENCIA: DOCTOR HUMBERTO MARIO GONZALEZ – POR HABILITACION -).-

II.- REGISTRAR, AGREGAR COPIA, NOTIFICAR CON HABILITACION DE DIAS Y HORAS, PROTOCOLIZAR.-

FIRMADO: DRA. GLORIA MARIA MERCEDES PORTAL DE ALBISETTI – JUEZ –

DR. NESTOR HUGO PAOLONI –JUEZ-

DR. HUMBERTO MARIO GONZALEZ – JUEZ POR HABILITACION-

DRA. CLAUDIA CAROLINA ELIAS – SECRETARIA DE CAMARA-