

EXCARCELACIÓN. ESTUPEFACIENTES. INF. AR
TS.5 INCS.B) Y C) Y 11 INCS. C) Y E)
LEY 23.737. CAUCIÓN JURATORIA. ART. 321
CPPN. MEDIDAS CAUTELARES. APLICACIÓN
ART. 310 CPPN. INTERPRETACIÓN ART. 18
C.N.. ESTADO DE INOCENCIA. FUNDAMENTO
DE LA PRESUNCIÓN LEGAL: LA PLATAFORMA
FÁCTICA.

PRINCIPIOS RECTORES DEL INSTITUTO EN
ANÁLISIS. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA
DEL PLENARIO "DIAZ BESSONE"
CNCP. FALLO CNCP Y PRECEDENTE SALA
II CFALP. NATURALEZA DEL
HECHO, GRAVEDAD Y CALIFICACIÓN LEGAL.

EXCARCELACIÓN. ESTUPEFACIENTES. INF. ARTS. 5

INCS.B) Y C) Y 11 INCS. C) Y E) LEY
23.737. CAUCIÓN JURATORIA. ART. 321 CPPN. MEDIDAS
CAUTELARES. APLICACIÓN ART. 310
CPPN. INTERPRETACIÓN ART. 18 C.N.. ESTADO DE
INOCENCIA. FUNDAMENTO DE LA PRESUNCIÓN
LEGAL: LA PLATAFORMA FÁCTICA.

A los efectos de una correcta interpretación del artículo 18 de la Constitución Nacional, cabe señalar que dicha norma no consagra una presunción sino un estado de inocencia, aceptándose sin embargo la presunción de responsabilidad que resulta del procesamiento, que no es otra cosa que la asignación provisoria de culpabilidad. Del mismo modo la norma procesal establece una presunción *iuris tantum* respecto

de la posibilidad de elusión de la acción de la justicia, la que sin embargo debe compadecerse con elementos concretos y de acuerdo a pautas objetivas. Remisión votos vertidos en precedentes de Sala II. La presunción legal que sirve de fundamento a la privación cautelar de la libertad, cede ante la existencia de circunstancias precisas y comprobables, es decir una plataforma fáctica y no solo una referencia teórica general. (del voto del Juez ÁLVAREZ con adhesión del Juez SCHIFFRIN en los términos del voto vertido in re "incidente de excarcelación a favor de Felipe Bogado Jiménez)

EXCARCELACIÓN. ESTUPEFACIENTES. INF. ARTS. 5

INCS. B) Y C) Y 11 INCS. C) Y E) LEY

23. 737. CAUCIÓN JURATORIA. ART. 321 CPPN. MEDIDAS

CAUTELARES. APLICACIÓN ART. 310 CPPN.

Si bien el nombrado es de nacionalidad peruana, reside en nuestro país desde el año 2003 y al momento de su detención convivía con (...), también peruana, y con una hija de ambos de 4 años de edad, de nacionalidad argentina. Por otra parte, tiene un domicilio fijo constatado y de acuerdo a lo que surge el informe agregado se desempeñaba laboralmente como ebanista junto a su padre, en la planta baja del mismo inmueble que habita. Por otro lado, el mismo magistrado de primera instancia hace alusión a que el nombrado cumplía una función secundaria dentro de la organización delictiva que aparentemente integraba, recibiendo directivas impartidas por otras personas, por lo cual resulta endeble el argumento basado en una supuesta facilidad para salir del territorio nacional. Un análisis razonable de estas circunstancias me lleva a presumir que el imputado no va a darse a la fuga en caso de recuperar su libertad, y, a su vez, no existe ningún elemento en las actuaciones que

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

permite suponer que el nombrado pueda entorpecer el curso de las investigaciones. Entiendo que corresponde concederle la excarcelación a Jimmy Zamora Navarro, bajo caución juratoria, en los términos del artículo 321 del Código Procesal Penal de la Nación. Asimismo, cabe imponerle una serie de medidas cautelares, por aplicación de lo previsto por el artículo 310 del C.P.P.N., a saber: deberá permanecer en todo momento en un radio no mayor de 60 kilómetros de su domicilio, salvo conocimiento y autorización previa del juez de la causa; deberá presentarse dos veces por semana en la seccional policial de su domicilio, dejándose debida constancia de ello; y tiene expresa prohibición de salir del territorio nacional, lo cual deberá ponerse en conocimiento de las autoridades migratorias correspondientes y adoptar las medidas necesarias para tal fin, reteniéndole su pasaporte en la sede del juzgado. .(del voto del Juez ÁLVAREZ con adhesión del Juez SCHIFFRIN en los términos del voto vertido in re "incidente de excarcelación a favor de Felipe Bogado Jiménez)

EXCARCELACIÓN. ESTUPEFACIENTES. INF. ARTS. 5

INCS. B) Y C) Y 11 INCS. C) Y E) LEY
23.737. PRINCIPIOS RECTORES DEL INSTITUTO EN
ANÁLISIS.

El art. 18 de la Constitución Nacional consagra el principio de presunción de inocencia de toda persona privada de su libertad ambulatoria hasta tanto una resolución condenatoria quiebre dicha presunción. Principio que ha sido receptado en los Instrumentos Internacionales incorporados al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Así lo establece el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; art. 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos.Que cuando el art. 18 de la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme. Así lo entendió esta Corte en un viejo precedente de 1871, al decir que "...es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario" (Fallos 10:338), axioma que tiempo después acuñó en la definición de "presunción de inocuidad" (Fallos 102:219, 1905). 6. Que como consecuencia necesaria de ese principio se ha reconocido la existencia del derecho a gozar de la libertad durante el proceso, al que se le ha conferido jerarquía constitucional (Fallos 314:451, consid. 2º), sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio (Fallos 304:319 LA LEY, 1982D, 259, 1524) (CS, "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis CP", 22/12/98).La Corte Interamericana de Derechos Humanos -cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, ha consagrado, dentro del contexto general de los instrumentos internacionales vigentes, que la prisión preventiva es la medida cautelar, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general, pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia. ("Suárez Rosero").En el orden interno nuestro código instrumental establece en su Art. 2 que "toda disposición legal que coarte la libertad personal...deberá interpretarse restrictivamente".A su vez el art. 280 del texto legal antes citado dispone que: "La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley".A los fines de la correcta interpretación de los arts. 316, 317 y 319 la Cámara Nacional de Casación Penal sentó la doctrina plenaria, de aplicación obligatoria conforme el art. 10 inc. c) de la ley 24.050, *in re "Díaz Bessone"*, según la cual "*No basta en materia de excarcelación*

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.) sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal". (del voto en minoría de la Jueza CALITRI).

EXCARCELACIÓN. ESTUPEFACIENTES. INF. ARTS. 5

INCS.B) Y C) Y 11 INCS. C) Y E) LEY 23.737.

APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL PLENARIO "DIAZ

BESSONE" CNCP.FALLO CNCP Y PRECEDENTE SALA II

CFALP.NATURALEZA DEL HECHO, GRAVEDAD Y

CALIFICACIÓN LEGAL.

Nos hallamos ante un supuesto en que, en caso de recaer condena ni su mínimo podrá ser de ejecución condicional y su máximo excederá notablemente la pena máxima dispuesta, aun cuando se considerare que no se hubieren configurado ninguna de las agravantes antes mencionadas. De ese modo, es que ha de hacerse aplicación de la doctrina sentada en el fallo plenario "Díaz Bessone" a fin de considerar si en el caso del *sub lite* si existe probable entorpecimiento de la investigación o peligro de fuga. Y de acuerdo a la altas penas que prevén las figuras delictivas simple y calificadas, dispuestas en el auto de procesamiento y consecuente dictado de la prisión preventiva, resulta razonable y ajustado a derecho suponer que en caso de otorgársele su libertad ambulatoria el imputado entorpecerá la investigación y/o se dará a la fuga. En ese sentido se ha expedido la Cámara Nacional de Casación Penal in re "Zapata, Víctor Ramón s/recurso de casación, Causa N° 11358- Sala IV- rta. 25.11.2009. Esta Sala ha sostenido, por mayoría de votos, que "Las reglas establecidas en los art. 316 y 317 del Código Procesal Penal de la Nación no constituyen una presunción *iure et de iure*, sino que deben interpretarse armónicamente con el principio de inocencia (Causa n° 4937, "Incidente de Excárcelación a favor de Felipe Bogado Jiménez"). Asimismo, se destacó, en el precedente antes mencionado, que el plenario

"Díaz Bessone" atribuye a la amenaza de pena superior a ocho años de prisión, o a su cumplimiento efectivo, un fuerte grado de probabilidad de generar la elusión del imputado o, al menos, una actividad encaminada a socavar el éxito del proceso penal. Así, el voto que lidera la mayoría expresó "Sin embargo, aun considerándolo un baremo flexible, la fuerza de convicción respecto a la posibilidad de fuga o entorpecimiento de la investigación que arrastra la escala penal prevista para el delito endilgado no es menor, ni tampoco irrazonable". Que "para la presunción carezca de virtualidad, deberá resultar indefectiblemente cuestionada, con éxito; pues si no se la controvierte -y desvirtúa por prueba en contrario-, la presunción operará plenamente. Así, sólo en el supuesto de que se pretenda desvirtuar la presunción legal, habrá de decidir si ella continúa rigiendo o si, por el contrario, ha perdido virtualidad y deja habilitada la libertad" y que "para la pretendida destrucción de la presunción legal, deberán arrimarse la mayor cantidad de elementos descalificantes de ella, cuanto más alto sea el monto de la pena que se espera en definitiva (Voto del doctor Pedro David)". Por ende, la naturaleza del hecho, su gravedad, la calificación legal escogida por el Sr. Juez a quo, la activa participación de éste en los sucesos investigados puestos de relieve en el decisorio en crisis, hace presumir que de recuperar su libertad el imputado intentará entorpecer el éxito de la investigación o eludir la acción de la justicia. ". (del voto en minoría de la Jueza CALITRI)

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

La Plata, 24 de agosto de 2010. R.S. II T 106 f*122/126

VISTO: Este expediente 5867, "Incidente de excarcelación a favor de Z. N., J.", procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes.

Y CONSIDERANDO:

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

I. Llegan estas actuaciones a conocimiento de la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa (del imputado) contra la resolución que deniega la excarcelación solicitada en favor del nombrado (...).

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

II. El magistrado de primera instancia fundó su decisión en el hallazgo de sustancias estupefacientes en el lugar en donde residía (...). Asimismo, destacó que en autos se investiga una estructura organizacional delictiva dedicada al estiramiento, fraccionamiento, distribución y venta de estupefacientes, cuyos organizadores impartirían órdenes a los demás integrantes, entre ellos al nombrado(...), quien – según afirma el a quo- era uno de los encargados de preparar la sustancia estupefaciente.

En atención a ello, el magistrado afirma que en caso de transitar el proceso en libertad, (el imputado) podrá eludir la acción de la justicia y entorpecer el proceso, habida cuenta de que la organización delictiva investigada tiene conexiones internacionales y el imputado podría fugarse a su país de origen.

III. El letrado defensor sostiene que en la resolución apelada no están especificados los riesgos procesales que derivarían de otorgarle la libertad al imputado, y que la decisión del señor juez de grado se ha basado únicamente en la escala penal de los hechos que se investigan, sin analizar el caso concreto.

En tal sentido, sostiene que el magistrado no ha tenido en cuenta la situación personal (del imputado), quien no registra rebeldías decretadas, no tiene antecedentes penales, nunca falseó su identidad ni su domicilio, y no posee excarcelaciones anteriores. Asimismo, hizo hincapié en que su defendido tiene residencia en nuestro país desde el año 2003, vive junto a su familia en un domicilio fijo constatado, tiene trabajo estable y una familia conformada, y vive con su esposa y su hija de cuatro años de edad, destacando que se encontraría imposibilitado económicamente de vivir a escondidas.

Por otra parte, afirma que tampoco existe peligro de que su asistido entorpezca las investigaciones, dado que todos los imputados se encuentran identificados y procesados por el juez de primera instancia.

IV. Ahora bien, a los efectos de una correcta interpretación del artículo 18 de la Constitución Nacional, cabe señalar que dicha norma no consagra una presunción sino un estado de inocencia, aceptándose sin embargo la presunción

de responsabilidad que resulta del procesamiento, que no es otra cosa que la asignación provisoria de culpabilidad.

Del mismo modo la norma procesal establece una presunción *iuris tantum* respecto de la posibilidad de elusión de la acción de la justicia, la que sin embargo debe compadecerse con elementos concretos y de acuerdo a pautas objetivas. Ver en este sentido mis votos en las causas N° 5016, "María Inés Spinetta s/ Plantea Inconstitucionalidad - Solicitud Excárcel a favor de Juan Carlos Herzberg", N° (1) 5797, "Incidente de excarcelación a favor de Pardini, José Luis", y N° 5552, "Murua, Carlos Alberto s/ excarcelación", entre otras, a los que me remito en razón de brevedad.

La presunción legal que sirve de fundamento a la privación cautelar de la libertad, cede ante la existencia de circunstancias precisas y comprobables, es decir una plataforma fáctica y no solo una referencia teórica general.

En el caso que nos ocupa, (el imputado) se encuentra procesado por el magistrado de primera instancia en orden a los delitos de preparación y comercio de estupefacientes, agravado por la participación de más de tres personas y por su comisión en las inmediaciones de institutos de enseñanza, sociales y deportivos, previsto por los artículos 5°, incisos b) y c), y 11, incisos c) y e), de la ley 23.737.

Sin embargo, considero que no se encuentra comprobada la existencia de peligro de fuga o de entorpecimiento de las investigaciones.

En tal sentido, entiendo que los argumentos expuestos por el *a quo* no bastan para determinar que, en caso de recuperar su libertad, (el imputado) vaya a eludir el accionar de la justicia o a entorpecer el curso de la investigación.

En primer lugar cabe referir que si bien el nombrado es de nacionalidad peruana, reside en nuestro país desde el año 2003 y al momento de su detención convivía con I.H.C., también peruana, y con una hija de ambos de 4 años de edad, de nacionalidad argentina. Por otra parte, tiene un domicilio fijo constatado y de acuerdo a lo que surge el informe agregado (...) se desempeñaba laboralmente como ebanista junto a su padre, en la planta baja del mismo inmueble que habita.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

Por otro lado, el mismo magistrado de primera instancia hace alusión a que el nombrado cumplía una función secundaria dentro de la organización delictiva que aparentemente integraba, recibiendo directivas impartidas por otras personas, por lo cual resulta endeble el argumento basado en una supuesta facilidad para salir del territorio nacional.

Un análisis razonable de estas circunstancias me lleva a presumir que el imputado (...) no va a darse a la fuga en caso de recuperar su libertad, y, a su vez, no existe ningún elemento en las actuaciones que permita suponer que el nombrado pueda entorpecer el curso de las investigaciones.

V. Por consiguiente, entiendo que corresponde concederle la excarcelación (...), bajo caución juratoria, en los términos del artículo 321 del Código Procesal Penal de la Nación.

Asimismo, cabe imponerle una serie de medidas cautelares, por aplicación de lo previsto por el artículo 310 del C.P.P.N., a saber: deberá permanecer en todo momento en un radio no mayor de 60 kilómetros de su domicilio, salvo conocimiento y autorización previa del juez de la causa; deberá presentarse dos veces por semana en la seccional policial de su domicilio, dejándose debida constancia de ello; y tiene expresa prohibición de salir del territorio nacional, lo cual deberá ponerse en conocimiento de las autoridades migratorias correspondientes y adoptar las medidas necesarias para tal fin, reteniéndole su pasaporte en la sede del juzgado.

VI. En orden a las consideraciones que anteceden, propongo revocar la resolución apelada y conceder la excarcelación (...), bajo las condiciones expuestas precedentemente.

Así lo voto.

LA JUEZA CALITRI DIJO:

Se eleva la presente incidencia a esta Cámara merced al recurso de apelación interpuesto por el letrado defensor del imputado (...), contra la resolución que no hace lugar a la excarcelación solicitada, el que es concedido (...).

En esta sede y a los fines de dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 454 del código instrumental el apelante presentó la ampliación de sus fundamentos que ha sido debidamente glosado(...), dictándose la providencia de autos para resolver (...).

La decisión judicial

El Sr. Juez a quo decidió no hacer lugar a la excarcelación del antes nombrado por cuanto consideró que "en el hecho de marras y en el supuesto caso de transitar el proceso en libertad, el imputado (...) podrá poner en riesgo los fines de la investigación", razón por la cual consideró apropiado no otorgarle el beneficio de la excarcelación (arts. 319 del código de rito).

Ello, según agrega, habida cuenta de que la organización delictiva investigada tiene conexiones internacionales y la aquí imputada podría profugarse a su país de origen.

Por último, agrega que ha tenido en cuenta a esos fines la "gravedad de los acontecimientos, la naturaleza del delito reprochado, toda vez, que la imputada en autos participaba activamente de la organización delictiva descompuesta".

Agravios del recurrente

Dichos agravios se circunscriben a la interpretación que efectúa el letrado defensor acerca de que la resolución denegatoria de la excarcelación de su pupilo resulta ser arbitraria pues, según dice, en el pedido de excarcelación se ha demostrado la imposibilidad de que (el imputado) pueda generar aquel riesgo procesal - entorpecer la investigación y/o peligro de fuga-, ya que no posee antecedentes condenatorios, tiene residencia fija, empleo estable y que la decisión negativa para acceder a su libertad ambulatoria radica en su condición de extranjero.

Principios rectores del instituto en análisis

El art. 18 de la Constitución Nacional consagra el principio de presunción de inocencia de toda persona privada de su libertad ambulatoria hasta tanto una resolución condenatoria quiebre dicha presunción.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

Principio que ha sido receptado en los Instrumentos Internacionales incorporados al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Así lo establece el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; art. 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Que cuando el art. 18 de la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme. Así lo entendió esta Corte en un viejo precedente de 1871, al decir que "...es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario" (Fallos 10:338), axioma que tiempo después acuñó en la definición de "presunción de inocubilidad" (Fallos 102:219, 1905). 6. Que como consecuencia necesaria de ese principio se ha reconocido la existencia del derecho a gozar de la libertad durante el proceso, al que se le ha conferido jerarquía constitucional (Fallos 314:451, consid. 2º), sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio (Fallos 304:319 LA LEY, 1982D, 259, 1524) (CS, "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis CP", 22/12/98).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos – cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, ha consagrado, dentro del contexto general de los instrumentos internacionales vigentes, que la prisión preventiva es la medida cautelar, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general, pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia. ("Suárez Rosero")

En el orden interno nuestro código instrumental establece en su Art. 2 que "toda disposición legal que coarte la libertad personal...deberá interpretarse restrictivamente".

A su vez el art. 280 del texto legal antes citado dispone que: "La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley"

A los fines de la correcta interpretación de los arts. 316, 317 y 319 la Cámara Nacional de Casación Penal sentó la doctrina plenaria, de aplicación obligatoria conforme el art. 10 inc. c) de la ley 24.050, *in re "Díaz Bessone"*, según la cual "*No basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.) sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal*"

Antecedentes del caso

Surge de las actuaciones acollaradas al presente que el Sr. Juez a quo dispuso el allanamiento en el domicilio (del imputado), (...), lugar de donde se incautó una prensa hidráulica, un molde de siete elementos cilíndricos con vestigios de sustancia, 1436 gramos de sustancia de corte, recortes de nylon, un colador y aproximadamente la cantidad dineraria de (...) pesos.

Califica el hecho como constitutivo del delito de preparación y comercio de estupefacientes, agravado por la participación de más de tres personas y por su comisión en las inmediaciones de un instituto de enseñanza, sociales y deportivos (arts. 5º incs. b) y c) de la ley 23.737, agravado por el art. 11 incisos "c" y "e" de la ley 23.737.

Recordemos que el art. 5º, incisos b) y c) de la ley 23.737, describe la conducta de quien produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes y del que comercie con ellos, respectivamente, para lo cual prevé una pena de prisión de cuatro a quince años y multa.

Dicha figura delictiva, a su vez, se ve doblemente agravada por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlos y por la inmediación de institutos de enseñanza, sociales y deportivos.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

En este último supuesto y conforme reza la norma "las penas previstas en los artículos precedentes serán aumentadas en un tercio del máximo a la mitad del mínimo..."

Es decir, que nos hallamos ante un supuesto en que, en caso de recaer condena ni su mínimo podrá ser de ejecución condicional y su máximo excederá notablemente la pena máxima dispuesta, aun cuando se considerare que no se hubieren configurado ninguna de las agravantes antes mencionadas.

De ese modo, es que ha de hacerse aplicación de la doctrina sentada en el fallo plenario "Díaz Bessone" a fin de considerar si en el caso del *sub lite* si existe probable entorpecimiento de la investigación o peligro de fuga.

Y de acuerdo a la altas penas que prevén las figuras delictivas simple y calificadas, dispuestas en el auto de procesamiento y consecuente dictado de la prisión preventiva, resulta razonable y ajustado a derecho suponer que en caso de otorgársele su libertad ambulatoria el imputado entorpecerá la investigación y/o se dará a la fuga.

En ese sentido se ha expedido la Cámara Nacional de Casación Penal in re "Zapata, Víctor Ramón s/recurso de casación, Causa N° 11358- Sala IV- rta. 25.11.2009.

Por otra parte, esta Sala ha sostenido, por mayoría de votos, que "Las reglas establecidas en los art. 316 y 317 del Código Procesal Penal de la Nación no constituyen una presunción *iure et de iure*, sino que deben interpretarse armónicamente con el principio de inocencia (Causa n° 4937, "Incidente de Excarcelación a favor de Felipe Bogado Jiménez") (2).

Asimismo, se destacó, en el precedente antes mencionado, que el plenario "Díaz Bessone" atribuye a la amenaza de pena superior a ocho años de prisión, o a su cumplimiento efectivo, un fuerte grado de probabilidad de generar la elusión del imputado o, al menos, una actividad encaminada a socavar el éxito del proceso penal.

Así, el voto que lidera la mayoría expresó "Sin embargo, aun considerándolo un baremo flexible, la fuerza de convicción respecto a la posibilidad de fuga o

entorpecimiento de la investigación que arrastra la escala penal prevista para el delito endilgado no es menor, ni tampoco irrazonable".

Que "para la presunción carezca de virtualidad, deberá resultar indefectiblemente cuestionada, con éxito; pues si no se la controvierte -y desvirtúa por prueba en contrario-, la presunción operará plenamente. Así, sólo en el supuesto de que se pretenda desvirtuar la presunción legal, habrá de decidir si ella continúa rigiendo o si, por el contrario, ha perdido virtualidad y deja habilitada la libertad" y que "para la pretendida destrucción de la presunción legal, deberán arrimarse la mayor cantidad de elementos descalificantes de ella, cuanto más alto sea el monto de la pena que se espera en definitiva (Voto del doctor Pedro David)".

Por ende, la naturaleza del hecho, su gravedad, la calificación legal escogida por el Sr. Juez a quo, la activa participación de éste en los sucesos investigados puestos de relieve en el decisorio en crisis, hace presumir que de recuperar su libertad el imputado intentará entorpecer el éxito de la investigación o eludir la acción de la justicia.

Por lo tanto, voto por que se confirme la resolución materia de apelación.

EL JUEZ SCHIFFRIN DIJO:

Adhiero a la solución propuesta por el Juez Álvarez, en los términos de mi voto in re "Incidente de excarcelación a favor de Felipe Bogado Jiménez", expediente nº 4937, de 3 de febrero de 2009 (2).

Por ello, y por mayoría, el Tribunal **RESUELVE**:

- 1) Revocar la resolución apelada y conceder la excarcelación (...), bajo las condiciones expuestas en el voto del Juez Álvarez, las que se cumplirán a través del Juzgado de origen.
- 2) Regístrese, notifíquese y remítase.

Fdo.: Jueces: Schiffirin- Álvarez- Calitri.

Ante mí: Ana Russo. Secretaria Federal.

NOTAS (1): se transcribe a continuación:

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

**EXCARCELACIÓN. RECHAZO. NUEVO
PRONUNCIAMIENTO TENIENDO EN CUENTA LA
DOCTRINA DEL PLENARIO "DIAZ
BESSIONE". DELITOS DE LESA HUMANIDAD. (INF.
ART. 146 C.P. (LEY 24.410) Y 139 INC. 2
(LEY 24.410) C.P..**

USO OFICIAL

Adelanto que propondré no hacer lugar al beneficio de la excarcelación porque entiendo que la aplicación del Plenario "Díaz Bessone" de la Cámara Nacional de Casación Penal (Acuerdo 1/2008, Plenario 13, del 30 de octubre de 2008), de carácter obligatorio, conforme lo prescripto por el art.10 inc. c) de la ley 24.050, a las circunstancia de la causa obligan a arribar a aquella solución. En base a los lineamientos trazados en el caso "Díaz Bessone", encontramos los siguientes motivos para concluir en tal sentido: 1) existe un pronóstico de pena en contra del solicitante superior a los ocho años, y, en consecuencia, se presume *iuris tantum* (art. 316 C.P.P.N.) que el imputado entorpecerá el accionar de la justicia o se fugará 2) existe también una presumible organización o maquinaria que procura impunidad para los autores de estos delitos, lo que refuerza dicha presunción 3) los motivos alegados por la defensa no contrarrestan seriamente las razones expuestas con anterioridad y no existen elementos que permitan concluir en la falta de riesgos de ese tipo 4) la causa se halla próxima a ser decidida en juicio oral. Desarrollo de los motivos. (Juez FLEICHER).

Aclaración sobre un manejo impropio que se hace con frecuencia del art. 18 de la C.N. y que puede restar valor a la solución que se propone. No debemos confundirnos al considerar que la presunción que pueda derivarse de los arts. 316 y 319 C.P.P.N. posee una jerarquía menor que la "presunción" de inocencia, garantizada por nuestra Constitución Nacional, y que, por lo tanto, este choque frontal en la mayoría de los casos deslegitimaría la prisión preventiva. Lo que en realidad garantiza nuestra Carta Magna no es una "presunción" de inocencia, sino un estado de

inocencia. Éste exige una sentencia condenatoria para ser derribado y obliga también a que el imputado se lo trate como a un inocente durante el proceso. Sólo cuando se encuentran reunidas ambas presunciones, es decir la referente a su responsabilidad en el caso y a la existencia de datos que permitan suponer que el imputado podrá entorpecer las investigaciones o se fugará, el mantenimiento de la prisión preventiva aparece como una medida armónica con aquel estado garantizado por el art. 18 de la C.N. En nuestro caso, se presentan ambas circunstancias y, por ello, considero que corresponde denegar el beneficio solicitado. Consideraciones al respecto. (Juez ÁLVAREZ).

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

La Plata, 10 de noviembre de 2009. R.S.2 T.102 f*47/63

VISTO: el presente incidente n° 5016 "María Inés Spinetta s/Plantea Inconstitucionalidad - Solicita Excárcel a favor de Juan Carlos Herzberg", procedente de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Y CONSIDERANDO:

EL JUEZ FLEICHER DIJO:

1) Llegan estas actuaciones a la Alzada en virtud de lo dispuesto por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en fecha 2 de septiembre de 2009, que, por mayoría, resolvió anular la decisión de esta Sala de fecha 23 de septiembre de 2008 y reenviar el caso al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento.

2) La decisión que fue anulada por la Cámara de Casación había confirmado la decisión del juez de primera instancia de no hacer lugar a la excárcel (del imputado). Las razones de esta Sala para confirmar el rechazo de la excárcel pueden ser resumida del siguiente modo: 1) el pronóstico de pena en concreto que podría cabrer (...), de acuerdo con la calidad de su participación en el hecho y las escalas previstas en las figuras aplicables (arts. 146 y 139 inc. 2, C.P.), superaba los ocho años de prisión que prevé el art. 316 C.P.P.N., 2) el complemento de esa presunción con el hecho de que los imputados de delitos cometidos durante la última dictadura militar hayan recibido ayuda de una presunta maquinaria que asegura impunidad y que opera a través de la

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

intimidación de testigos y jueces, 3) las razones alegadas por la defensa respecto de su edad (...) y de los padecimientos que sufre no constituyen circunstancias decisivas para suponer que (...) no se fugará o no entorpecerá el curso de la investigación, y 4) la fuga de J. C. confirma la existencia de aquella organización (ver fs. 42/44 del incidente de excarcelación n° 5016, registro de esta Sala).

Cabe tener presente que en aquel momento el caso no fue decidido teniendo en cuenta el Plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal "Díaz Bessone", de fecha posterior.

3) Para arribar a la decisión de anular el pronunciamiento de esta Alzada, los jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, doctores Luis M. García y Guillermo Yacobucci (el doctor W. Gustavo Mitchell en disidencia), partieron de la doctrina sentada en el mencionado fallo "Díaz Bessone, Ramón G. s/recurso de inaplicabilidad", de fecha 30 de octubre de 2008. Esta doctrina, recordemos, dice así: "No basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal".

Ambos jueces coincidieron en que la gravedad del delito y de la pena no sólo tiene base legal expresa en las disposiciones procesales, sino que, además, es un criterio comprendido entre los enunciados en el dispositivo del fallo plenario "Díaz Bessone", y, en tal sentido, no objetaron el pronóstico de pena efectuado por este Tribunal (fs. 43 vta. del incidente 11046, registro de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal). Sin embargo, al momento de examinar los motivos alegados por esta Sala a tenor de lo establecido en el art. 319 C.P.P.N. entendieron lo siguiente: 1) que la circunstancia misma de la participación del imputado en el delito no puede considerarse un motivo que

pueda subsumirse en el art. 319 del C.P.P.N. (...), 2) que el argumento de que se haya puesto en marcha una maquinaria para obtener impunidad conduciría necesariamente a la conclusión de que subsista el entorpecimiento o el riesgo de aumento del entorpecimiento, y, por ende, los hechos que caigan bajo esa definición sean siempre inexcarcelables en los términos del art. 319 C.P.P.N. -(...)-, 3) que no se identifica a ningún testigo que se hubiese quejado por haber sufrido amenazas con relación a los hechos objeto de este proceso y no se explica por qué el mantenimiento de la prisión preventiva impediría que él u otras personas no detenidas los amenazasen u hostigasen de algún modo -(...)-, y 4) que la fuga de J.C. constituye un argumento impertinente por su generalidad y que el Tribunal no ha presentado ningún indicio de fuga en concreto -(...)-.

A partir de estas consideraciones, y con apoyo en Informes de la Comisión IDH, sentencias de la Corte IDH, y en los pactos y convenciones internacionales que mencionan, los dos jueces decidieron hacer lugar al recurso, anular la decisión de esta Sala "y puesto que se requiere una apreciación concreta y circunstanciada de elementos objetivos que pudiesen dar sustento a un riesgo de fuga o entorpecimiento (...) debe reenviarse el caso para que se dicte nuevo pronunciamiento" (...).

4) Ahora bien, adelanto que propondré no hacer lugar al beneficio de la excarcelación porque entiendo que la aplicación del Plenario "Díaz Bessone" de la Cámara Nacional de Casación Penal (Acuerdo 1/2008, Plenario 13, del 30 de octubre de 2008), de carácter obligatorio, conforme lo prescripto por el art.10 inc. c) de la ley 24.050, a las circunstancia de la causa obligan a arribar a aquella solución.

Ante todo, cabe recordar entonces la doctrina que surge de ese caso y los fundamentos esgrimidos por los integrantes de la Cámara Nacional de Casación Penal.

En cuanto a lo primero, se sentó como doctrina plenaria lo siguiente: "*Declarar como doctrina plenaria que "no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una*

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317), sino que deben valorarse en forma conjunta otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal".

En relación a la fundamentación del fallo, cabe destacar que se han presentado distintos argumentos empáticos y otros marcadamente diferenciados, respecto al tema propuesto al Acuerdo Plenario.

En relación a estos últimos, la posición minoritaria sostuvo, en prieta síntesis, que en materia de excarcelación y/o de exención de prisión basta para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de libertad superior a ocho años (v. votos doctores Catucci, Madueño, entre otros).

Por otro lado, la posición mayoritaria, que logró sustentar el número para el Acuerdo *supra* transcripto, expuso diversos fundamentos, alguno de los cuales entiendo importantes destacar, ya que son los que informan a la solución arribada.

Así, el doctor David, sostuvo al comienzo de su análisis, y con cita de fallos del Alto Tribunal Nacional, que cuando el art. 18 de la C.N. dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona deba ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme (Fallos: 10:338; 102:219 -1905-; causa N.284 XXXII "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P.", rta. el 22 de diciembre de 1998, considerando 5°).

En ese orden de ideas, también con palabras de la Corte, señaló que la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley de forma, y que las normas procesales dictadas por el Congreso de la Nación en esa materia son inmediatamente reglamentarias del derecho consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional.

El mismo votante, coincidente con lo expuesto por Nelson Pessoa, dijo que si bien es cierto que existe un derecho constitucional a la libertad durante el trámite del proceso penal no lo es menos que ese derecho (como todos) no es absoluto; ello significa que los habitantes gozan de él, conforme las leyes que lo reglamentan; el Estado puede reglamentarlo en función de una legítima finalidad: la de evitar que el individuo sometido a proceso eluda la acción de la justicia, sea impidiendo u obstaculizando la investigación del hecho o no cumpliendo la eventual pena que se imponga. En es línea, citó jurisprudencia de la Corte.

Continuando con su voto, y adentrándose al tema del plenario, el doctor David, sostuvo que las pautas establecidas en los arts. 316 y 317 del código de forma, operan como presunción *iuris tantum*, variando criterios que había sostenido anteriormente, y ello, con base en la necesidad de fijar condiciones aptas para el otorgamiento de beneficios liberatorios, en aquellos casos en que la prisión preventiva -ordenada tan sólo en función de las escalas penales conminadas en abstracto-, se tornaba irrita.

Así, señaló, que cuando el máximo de la escala penal aplicable en abstracto no supera los ocho años de pena privativa de la libertad, el legislador ha presumido la "no fuga" del imputado. En cambio, cuando supere tal monto ha presupuesto que se fugará. Al resultar ambas presunciones *iuris tantum* devienen rebatibles por prueba en contrario: para el primer caso, menos de ocho años, acudiendo a indicadores de riesgo procesal que existan en el caso concreto (fundado en la aplicación del art.319 del C.P.P.N); para el segundo, (más de ocho años), arrimando a través de indicadores de "no fuga" y de "no entorpecimiento de la investigación" elementos valorativos concretos que permitan tener por desvirtuada tal presunción -que deberán llevar mayor poder de convicción cuanto mayor sea la gravedad de la pena en expectativa.

También sostuvo, que la fuerza de convicción respecto de la posibilidad de fuga o entorpecimiento en la investigación que arrastra la escala penal prevista para el delito endilgado, no es menor ni tampoco irrazonable. Asimismo, citando a Marcelo Solimine, manifestó que para que la

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

presunción carezca de virtualidad, deberá resultar indefectiblemente cuestionada con éxito; pues si no se la controvierte - y desvirtúa por prueba en contrario-, la presunción operará plenamente. Así, sólo en el supuesto de que se pretenda desvirtuar la presunción legal, habrá que decidir si ella continúa rigiendo o si por el contrario, ha perdido virtualidad y deja habilitada la libertad.

El mismo votante de la mayoría reflexionó que, a la presunción *iuris tantum* del art. 316 del código de rito, corresponde analizarla en conjunto con la magnitud de la pena en expectativa y verificar si la gravedad de la pena está dada en el caso concreto, estableciendo así una presunción de fuga en virtud de la severidad de la pena en expectativa, que se relaciona con la presunción del art. 316 del C.P.P.N. De este modo, para la pretendida destrucción de la presunción legal, deberán arrimarse mayor cantidad de elementos descalificantes de ella, cuanto más alto sea el monto de la pena que se espera en definitiva, reiterando que no resulta posible realizar esta ponderación de la pena en expectativa, sin tener en cuenta la naturaleza del hecho incriminado, conforme surge del art. 319 del código de rito.

Advirtió, que ello se encuentra avalado por distintos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre ellos el 12/96 y 2/97, donde se afirma que la seriedad del delito, y la eventual severidad de la pena son factores a tenerse en cuenta para evaluar el intento de elusión de la acción de la justicia, aunque afirmando que no resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Allí, se agrega que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a los efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia, invitando a analizar la procedencia o no de la excarcelación a la luz de un análisis de razonabilidad de la duración de la detención preventiva.

En tal sentido, explicó que todo pronunciamiento acerca de la procedencia de alguno de los institutos liberatorios, debe tener en cuenta de manera integrada, la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva. En el mismo orden de ideas, citando a Gelli, subrayó que no constituyen formas

genéricas la que toman en consideración la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de la autoridad competente, por lo que pueden aplicarse para mensurar el plazo razonable de detención.

También destaca el votante citado, que otra cuestión que debe ser analizada a los efectos de descartar la presunción legal del art. 316 del C.P.P.N., es la solidez de la imputación.

Por su parte, el doctor Fégoli también reseñó, en consonancia con lo que enseña el Informe 2/97 de la C.I.D.H, que la etapa procesal por la cual transitan las actuaciones debe ser ponderada, considerando a tal fin que la proximidad de debate oral resulta parámetro a tomar en cuenta a los efectos de analizar la procedencia de la soltura anticipada.

En lo que atañe al tema tratado, el doctor Riggi, destacó la evolución de la jurisprudencia nacional sobre el tema a decidir en el plenario, señalando que nos encontramos en presencia de un verdadero cambio de paradigma en la interpretación de las normas jurídicas que rigen el instituto de la libertad durante el proceso y que ello obedece principalmente, a la recepción en el reforma constitucional realizada en nuestro país en el año 1994, mediante la cual se acordó jerarquía constitucional a un importante catálogo de instrumentos internacionales de derechos humanos que abordan la cuestión, entre los que se cuenta y destaca la Convención Americana de Derechos Humanos y que conforme lo ha establecido nuestro Máximo Tribunal, las opiniones que en legítimo ejercicio de su jurisdicción emita la C.I.D.H, deben ser tenidas como un parámetro válido y de necesaria consideración al momento de resolver cuestiones que se encuentren comprendidas dentro de las disposiciones de la citada convención.

Asimismo señaló que el argumento de la severidad de la sanción penal no puede ser el único parámetro a tener en cuenta a la hora de evaluar sobre la procedencia del dictado de una medida cautelar de coerción personal, por lo que resulta necesario establecer cuales son aquellos otros elementos de juicio que deben ser atendidos al resolver sobre el particular, mas ello no sin advertir que lo expuesto en modo alguno significa desconocer la importancia de las

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

disposiciones de los artículos 312 y 316 del Código Procesal Penal, atento a que debe determinarse el modo en que dichas disposiciones se concilian con lo dispuesto en el art. 280 del mismo cuerpo legal, como con las normas de fuente legal y constitucional que aseguran el principio de inocencia. En tal sentido, destacó los requisitos que surgen de los mencionados Informes 12/96 y 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En definitiva, entre otras pautas de sumo interés, el doctor Riggi expuso que el artículo 316 del C.P.P.N. contiene una presunción *iuris tantum* que indica que en aquellos casos en los que el acusado se enfrente a una sanción penal de la severidad que prevé esa norma, su natural instinto a preservar su libertad lo impulsará a intentar eludir el accionar de la justicia. Sin embargo, cuando las particulares circunstancias de la causa demuestren en forma inequívoca el desacuerdo en el caso de la presunción legal, corresponderá acordar la excarcelación o la exención de prisión.

Por su lado, el doctor Hornos, señaló, entre otros aspectos, que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional (función cautelar que es la única constitucionalmente admisible) y que sólo puede tener fines procesales: evitar la fuga del imputado y la frustración o entorpecimiento de la investigación de la verdad.

Ahora bien, en resguardo del fundamento constitucional de la prisión preventiva, reseño el doctor Hornos, que deviene obligatoria la conclusión de que las pautas contenidas en los artículos 316 y 317 del C.P.P.N., no pueden operar sino como presunciones *iuris tantum*, que por propia definición, deben caer frente a la configuración, en el caso concreto, de circunstancias objetivas y subjetivas que no autorizaren a concluir la existencia de ese riesgo procesal, sino que antes bien, permitiesen presumir su inexistencia.

Otro de los votantes por la mayoría, el doctor Tragant, subrayó que cabe tener presente que si bien la imputación de un delito determinado no puede, por sí sólo, ser tomada como una circunstancia excluyente de cualquier otra en el análisis que corresponde efectuar a la luz de lo dispuesto por los arts. 280, 312 y 316 a 319 del C.P.P.N., lo cierto es que la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son

dos factores que deben tomarse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos al expedirse en el Informe de Fondo 2/97).

A ello agregó, que la posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada (Informe citado).

También señaló que el indicado informe establece otras pautas para fundar la medida coercitiva citando que "El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado. ("Riesgo de presión sobre los testigos", punto 35).

Resulta relevante lo expuesto por el doctor Tragant, en cuanto a que el derecho constitucional a permanecer en libertad durante el proceso, sustentado en el principio de inocencia, no tiene carácter absoluto. Por el contrario, encuentra su limitación en la existencia de razones para suponer que el imputado eludirá la acción de la justicia si se lo pone en libertad, frustrando así el juicio del que habla el art. 18 de la Constitución Nacional. El Alto Tribunal otorgó raigambre constitucional a la prisión preventiva sustentado en que dicha norma autoriza el arresto

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

en virtud de orden escrita de autoridad competente, pues 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 (Fallos 280:297; 300:642).

Por su parte, la doctora Ledesma, al inicio de su voto destacó que a la luz de los principios constitucionales, corresponde asignarle el derecho al imputado a permanecer en libertad. En tal sentido, plantea la inversión de la pregunta del plenario, toda vez, que a su entender, el problema radica en definir cuando procede el encarcelamiento preventivo, ya que por imperio constitucional, es el Estado quien debe demostrar que existen razones que hacen necesario encerrar a una persona durante el proceso y no como sucede actualmente, que en su opinión, se invierte la carga de la prueba.

En este orden de ideas, remarcó 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, pág. 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 un alto grado de probabilidad o un estado de probabilidad prevaleciente de que el imputado eludirá la acción de la justicia (art. 280 del C.P.P.).

También, merece destacarse, entre otros, lo expuesto por el doctor Michelli, en cuanto sostuvo que no es suficiente, para resolver sobre la libertad de una persona durante el trámite del proceso, atenerse automáticamente, sin una evaluación de las peculiaridades del caso en concreto, a los criterios modales y cuantitativos establecidos en los artículos 316 y 317 del C.P.P.N., toda vez que estas normas sólo establecen una ficción relativa que debe ceder cuando

existen razones para sostener que la libertad del individuo no generará un riesgo procesal.

Asimismo resaltó la relevancia de la reforma constitucional de 1994 al añadir normas que tiene directa relación con el régimen de la prisión preventiva, estableciendo pautas mínimas para su imposición, señalando alguno de los principios sobre el encarcelamiento provisional que se desprende de ellos en cada caso: razonable, excepcional, motivada, no arbitraria .

Por otra parte, señaló el doctor Michelli, que la magnitud de la pena eventual, la conducta procesal, las actitudes elusivas adoptadas en el mismo proceso o en otro, la naturaleza y entidad de la maniobra, en particular cuando se trata de delitos organizados o con cierta permanencia y estabilidad, la amplitud de medios delictivos, la falta de arraigo, todos ellos pueden ser cánones razonables, mas no pueden establecerse en forma anticipada sino que, en cada uno de los casos, y sobre la base de un razonamiento individual ajustado al caso, corresponderá determinar si existen o no razones para presumir que la libertad comprometerá el desarrollo del proceso.

5) Pues bien, como adelantamos, la aplicación de la doctrina plenaria a las circunstancias del caso obliga al Tribunal a rechazar el beneficio excarcelatorio. En base a los lineamientos trazados en el caso "Díaz Bessone", encontramos los siguientes motivos para concluir en tal sentido: 1) existe un pronóstico de pena en contra (del imputado) superior a los ocho años, y, en consecuencia, se presume *iuris tantum* (art. 316 C.P.P.N.) que el imputado entorpecerá el accionar de la justicia o se fugará 2) existe también una presumible organización o maquinaria que procura impunidad para los autores de estos delitos, lo que refuerza dicha presunción 3) los motivos alegados por la defensa no contrarrestan seriamente las razones expuestas con anterioridad y no existen elementos que permitan concluir en la falta de riesgos de ese tipo 4) la causa se halla próxima a ser decidida en juicio oral.

En efecto, recordemos ante todo que esta Sala, en fecha 22 de octubre de 2008, confirmó el procesamiento (del

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

imputado) como coautor de los delitos previstos y reprimidos en los arts. 146 C.P. (ley 24.410) y 139, inc. 2, (ley 24.410) C.P. Se consideró que había jugado un rol fundamental en la sustracción de M.N.S.N. de su ámbito materno al poco tiempo de haber nacido. Él era funcionario de la Armada - (...) - y la habría recibido de un tal "comisario M.", convirtiéndose en retenedor de ella por breve tiempo, para luego entregarla a un tercero, (...), que llevaría adelante la apropiación definitiva de la menor a partir del día 8 de agosto de 1977. En su calidad de padrino de la menor, (el imputado) pasó muchos años ocultando la verdadera identidad de M.N. hasta que finalmente tuvo que pedirle perdón a ella después de que el hecho se tornara público por las continuas medidas de extracción de sangre ordenadas por la justicia (ver considerandos 47 a 50 y 62, de la resolución de esta Sala II, de fecha 22 de octubre de 2008, en causa n° 4758 - reg. de esta Sala- "Legajo de apelación 'Alonso, Omar s/Pta. Inf. Art. 139, 146 y 293 C.P.'" y causa n° 4953 -reg. de esta Sala- "Incidente auto de procesamiento causa n° 111 Herzberg, Juan Carlos").

Las características recién relatadas sobre la intervención (del imputado) en ese hecho y las escalas penales previstas en las figuras por las que se encuentra procesado, permiten estimar que el pronóstico de pena en caso de condena superará los ocho años de prisión. De esta circunstancia deriva una presunción *iuris tantum* de que el imputado tratará de entorpecer las investigaciones o se fugará, interpretación compatible con los votos de algunos jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal en el Plenario "Díaz Bessone" y con la cita de la Comisión IDH (Inf. 35/07, parágrafo 85) efectuada por los jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en la decisión que anuló la de esta Alzada (fs. 46, expte. 11.046, reg. de Casación).

6) A propósito de la observación de los jueces de Sala II de la excelentísima Cámara Nacional de Casación Penal, relativa a que las características de la intervención delictiva no pueda considerarse un motivo evocado a tenor del art. 319 del C.P.P.N. (fs. 44. expte. 11.046), merece ser aclarado lo siguiente. La evaluación de la conducta (del

imputado) de recibir a M.N.S.N., de entregarla a A. y de ocultar la identidad de la menor -de la forma y por los medios que fueran-, permitiendo la consumación del delito por muchísimo tiempo, es un dato que interesa a este tribunal para determinar la magnitud de pena *en concreto* que podría caber al imputado en la instancia final de debate y, por ende, para hacer valer o no la presunción que deriva del art. 316 C.P.P.N. Ese es el alcance que se le otorga en este fallo.

7) Tengamos en mente entonces aquella presunción *iuris tantum*, derivada del elevado pronóstico de pena, para analizar otro dato que refuerza la idea de que si se concediese la libertad (...), se crearian condiciones favorables para que se entorpezca la investigación o se pueda fugar. Creemos que detrás de los autores de los crímenes contra la humanidad ocurridos durante el último gobierno militar existe una organización que procura impunidad para ellos, y que lo hace operando por medio de amenazas a jueces y testigos, de la comisión del delito de desaparición forzada y de la ayuda a los imputados para que se fuguen. Este argumento refuerza definitivamente la presunción de entorpecimiento o fuga derivada del elevado pronóstico de pena (art. 316 C.P.P.N.).

Sin embargo, adelantamos al comienzo que este argumento no fue compartido por los jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal. En la decisión agregada (...) (expte. N° 11.046) se advierten al menos dos críticas. La primera gira en torno a que el argumento sobre la puesta en marcha de una maquinaria para obtener impunidad conduciría necesariamente a la conclusión de que subsista el entorpecimiento o el riesgo de aumento del entorpecimiento, y, por ende, de que los hechos que caigan bajo esa definición son siempre inexcarcelables en los términos del art. 319 C.P.P.N. (...). La segunda, a que no se identificó a ningún testigo que se hubiese quejado por haber sido objeto de amenazas con relación a los hechos de este proceso y no se explicó por qué el mantenimiento de la prisión preventiva impediría que él u otras personas no detenidas los amenazasen u hostigasen de algún modo (...).

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

8) A la primera observación, digamos que lo que busca esta Sala ahora al tomar el dato de una presumible maquinaria que procura impunidad es analizarlo conjuntamente con los otros elementos de la causa, es decir con la presunción que pueda surgir del pronóstico de pena, con los datos aportados por la defensa para demostrar la falta de riesgos y con los otros que puedan surgir de la propia instrucción.

Compartimos por eso con la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal que la simple existencia de una organización de ese tipo no puede en todos los casos privar a cualquier imputado por delitos contra la humanidad de gozar el beneficio de la excarcelación. No creemos que la existencia de esa maquinaria funcione como un elemento que torne inviable el beneficio referido en todos los casos. Entendemos también con los jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal que la naturaleza del delito no es argumento suficiente para denegar el beneficio de excarcelación en ningún caso, y, por eso, suscribimos las citas que ellos formulan de la Corte IDH, relativas al rechazo de la imposición automática de la prisión preventiva sobre la base de la gravedad del delito o de la pena (...).

En todo caso, consideramos que no se debe subestimar la actuación de esa red de complicidad, que pretende ahora más que nunca impedir violentamente el avance de los juicios del modo que sea. Veremos enseguida que esa organización se caracteriza por una actuación versátil e imprevisible y, por lo tanto, no podemos de antemano excluir ese dato de la constelación de circunstancias que debemos tener presentes para adoptar una solución en cualquier caso.

9) A pesar de esa aclaración, queda en pie la segunda crítica, cuyo análisis amerita previamente una breve introducción sobre el despliegue de esa organización principalmente -pero no exclusivamente- en la jurisdicción de esta Alzada.

La decidida voluntad política del Estado argentino, encaminada al juzgamiento de los autores de crímenes aberrantes durante la última dictadura militar, logró derribar a principio del nuevo milenio el escollo principal

que ponía trabas al desarrollo de los juicios contra los responsables de esos crímenes: las leyes de "Punto Final" y "Obediencia Debida". Ello ha tenido su costo, porque la impunidad asegurada con el dictado formal de esas leyes, tuvo que mantenerse ahora de hecho a través de una estructura que o bien emplea los métodos que caracterizaron aquella triste etapa de la historia argentina (intimidaciones, amenazas, desaparición forzada de personas) contra víctimas, testigos y jueces o bien ayuda a los imputados para evitar que sean juzgados.

En ninguna parte salta esto más a la vista que del análisis retrospectivo de los hechos que han golpeado a la justicia federal platense. A esos sucesos accedemos sencillamente a través de *Internet*, y hemos tenido oportunidad de corroborarlos por medio de informes del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por el trato directo con las víctimas de los casos y por el análisis de las propias causas penales sobre los hechos de la última dictadura que el tribunal ha tenido que decidir.

Que la jurisdicción federal platense haya venido siendo escenario principal de esos hechos se explica con facilidad. Debido a la derogación de las leyes de impunidad en el año 1998, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata ha intentado de manera ininterrumpida ofrecer respuestas a los miles de familiares sobre el destino de las víctimas. Lo ha hecho por medio de los denominados "juicios por la verdad", reuniendo a la vez una enorme cantidad de elementos comprometedores respecto de los funcionarios que integraron el aparato represor.

Uno de los fiscales del "juicio por la verdad" fue el doctor Carlos Dualu Dumm, designado por el Procurador General de la Nación para intervenir de manera exclusiva y excluyente allí y en los sumarios y juicios que se sustancian en la jurisdicción por crímenes de la última dictadura militar (Res. PGN 32/03). En el desempeño de esta última función, intervino en el juicio oral contra Miguel Osvaldo Etchecolatz y el médico Jorge Bergés, juicio que terminó con la condena de ambos en marzo de 2004 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de La Plata.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

No es casualidad que con esos antecedentes el doctor Carlos Dulau Dumm fuera una de las primeras víctimas. El 26 de julio de 2004, a las 8 hs, se dirigió a dar clase de Derecho Procesal Penal a la Escuela Superior de la Policía, pero, justo antes de entrar, fue secuestrado por extraños que lo pasearon por calles céntricas de esta ciudad, amenazándolo de muerte. Le recriminaron su participación en los "juicios por la verdad" y la cantidad de años que había solicitado por Bergés y Etchecolatz, y le dijeron que "se dejara de joder con los guerrilleros o subversivos porque iba a ser boleta". Las amenazas no sólo fueron contra su persona sino también le hicieron saber que estaban dirigidas a su colega, doctor Marcelo Molina, que fuera designado también por el Procurador General para intervenir conjuntamente en esas causas (Res. PGN 32/03), y a otro fiscal, esta vez de Bahía Blanca, Hugo Cañón, referente indiscutible de la lucha contra la impunidad de los crímenes de terrorismo de estado en la Argentina. A los diez minutos lo liberaron.

Como era de toda evidencia que el objetivo del secuestro y de las amenazas tenía por finalidad paralizar la ola de causas que se estaban instruyendo en esta jurisdicción, no se hicieron esperar un fortísimo repudio de parte de varios organismos de DD.HH., que pidieron que se garantice la seguridad de todos aquéllos que trabajan en estas causas judiciales, y expresiones de solidaridad de varios sectores sociales, que obtuvieron algunos proyectos de Declaración en la Cámara de Diputados de la Nación.

Etchecolatz tendría que afrontar otra condena en septiembre del año 2006, ante el mismo Tribunal Oral n° 1 de esta ciudad, juicio en donde fueron testigos M.I.C.de M., N.E. y J.J.L.. La primera, suegra de D.T., cuyo asesinato se imputó al ex Comisario, fue amenazada con dos anónimos, en los que se le advertía que si se condenaba a Etchecolatz, iban a volar la casa en que vivió y murió su nuera. A N. E. le dejaron una grabación en la que se escuchaban gritos de una mujer que estaba siendo torturada. Y, en relación a J.J. L., todos sabemos que fue otra vez víctima del delito de desaparición forzada de persona.

A los días siguientes de pronunciarse la condena a prisión perpetua en contra de Etchecolatz, distintos

funcionarios y víctimas recibieron amenazas. Entre ellos, los miembros del Tribunal Oral nº 1, Carlos Rosanzki, Horacio Isaurralde y Eduardo Lorenzo, el secretario de DD.HH. de la provincia de Buenos Aires, Edgardo Binstock, el fiscal federal coadyuvante en la investigación de los juicios de terrorismo de estado llevados a cabo en la jurisdicción platense, doctor Sergio Franco (designado por Res. PGN 160/04), el titular del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal nº 3 de esta ciudad, Arnaldo Hugo Corazza, y la titular de Abuelas de Plaza de Mayo, Estela Carlotto.

Ello dio lugar a varias denuncias penales ante el juez Corazza y a que el propio Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas tomara cartas en el asunto. En el informe presentado por el representante especial de la Secretaría General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Hina Jilani, del 3 de marzo de 2008, ha quedado asentado el llamado de atención al Gobierno por las amenazas dirigidas a los tres jueces del Tribunal Oral que condenara a Etchecolatz, al juez Arnaldo Hugo Corazza, al fiscal Sergio Franco y a numerosos testigos y abogados vinculados con los procesos penales en los que se investigan delitos cometidos en la última dictadura militar (A/HRC/7/28/Add.1).

También, en octubre de 2006, el juez Rozanski habría recibido llamados telefónicos amenazantes que provinieron del Servicio Penitenciario Federal: uno de la Unidad 2 de Devoto y otro de la Unidad 27 femenino, realizados desde teléfonos que utiliza el personal a los que los internos no tienen acceso (A/HRC/7/28/Add.1).

Las llamadas intimidantes contra el juez Rozanski siguieron en el mes de mayo de 2007, ahora con motivo del juicio llevado adelante contra el ex capellán de policía de la provincia de Buenos Aires, Christian von Wernich. Las denuncias fueron hechas esta vez ante el titular del Juzgado Federal nº 1 de La Plata, doctor Manuel H. Blanco (Pagina/12, martes 8 de mayo de 2007).

De la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, conozco también el caso de amenazas sufridas por el juez Leopoldo H. Schiffirin, excusado en esta incidencia.

La causa en la que se investiga a los responsables de torturas, desapariciones forzadas de persona y asesinatos

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

cometidos en la Unidad n° 9 de La Plata durante la última dictadura militar fue objeto de estudio por esta Alzada por razón de los recursos de apelación interpuestos por las defensas de los procesados, ex funcionarios de ese establecimiento (ver 3884 "DUPUY, Abel David s/Homicidio, torturas, tormentos y privación ilegítima de la libertad" y el expediente n° 3988 "DUPUY, Abel David s/Homicidio, torturas, tormentos y privación ilegítima de la libertad", fecha 27 de septiembre de 2007).

Allí advertimos también que las amenazas no eran ajenas al desarrollo de esa investigación penal, porque un testigo, Eduardo Zavala, que brindó testimonio en contra de los funcionarios de ese establecimiento, manifestó ante el juez Manuel H. Blanco, titular del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal n° 1 de esta ciudad, que había sufrido amenazas telefónicas, cuyo mensaje era que "no abriera el pico por nada porque [iba a ser] boleta". A su vez, hemos tenido oportunidad de realizar el juez Schiffri y quien suscribe una inspección judicial en la Unidad n° 9 a fines del año 2006, dispuesta en dicha causa, con la intención de recuperar prueba documental de aquel período como libros de registros, por ejemplo, pero curiosamente faltaban casi todos aquéllos correspondientes a los años en que se cometieron los delitos investigados en esa causa.

Estas dos circunstancias formaron el suelo sobre el que se levantaron los fundamentos para denegar la excarcelación a numerosos imputados en esa causa, sobre quienes pesaban, en todos los casos, pronósticos de pena superiores a los ocho años de prisión (expte. 4314 "Excárcelación Dupuy, Abel David" de fecha 15 de mayo de 2007; 4299 "Excárcelación Vega Isabelino", de fecha 15 de mayo de 2007; 4308 "Exención de prisión Guerrero, Pedro César", de fecha 15 de mayo de 2007; 4428 "Excárcelación Morel, Catalino", de fecha 30 de agosto de 2007; 4850 "Excárcelación Acuña Héctor Raúl", de fecha 22 de mayo de 2008; 4978 "Excárcelación Víctor Ríos", de fecha 23 de septiembre de 2008; 4979 "Excárcelación de Segundo Basualdo", de fecha 23 de septiembre de 2008; 4980 "Excárcelación de Valentín Romero, de fecha 23 de septiembre de 2008; 4977 "Excárcelación de Elbio Cossío", de fecha 23 de septiembre de 2008; 5231 "Excárcelación Catalino Morel", de

fecha 12 de marzo de 2009; 5267 "Excárcelación de Raúl Acuña", de fecha 7 de mayo de 2009").

La causa "López", compuesta por una treintena de cuerpos y cientos de legajos, se sigue instruyendo en el fuero federal platense, ahora por el juez Manuel H. Blanco. Antes, la causa estuvo a cargo del juez Arnaldo H. Corazza, bajo cuya dirección se privilegió la línea de investigación basada en que el testigo había sido secuestrado por una banda de policías y militares en actividad y retirados, siendo el motivo del secuestro el haber contribuido en las causas penales iniciadas contra represores de centros clandestinos (Página/12, lunes 14 de septiembre de 2009).

Las acciones descriptas, cuya finalidad repetimos es la de mantener la impunidad, no son de producción exclusiva en el ámbito federal platense, sino que se han repetido en otros lugares del país (Santa Fé, Tucumán, etc.), y tampoco se circunscriben a las amenazas, a la destrucción de pruebas o al desaparición forzada de personas, sino que se extienden también a posibilitar la fuga de los imputados, como sucedió con J. C..

10) Lo que queremos poner de relieve en el considerando anterior es que la forma en que se han producido los hechos y su falta de esclarecimiento en la mayoría de los casos suponen una estructura articulada alrededor de estos juicios, una maquinaria, cuyos integrantes están en condiciones de ponerla en marcha en cualquier causa de las que se siguen en esta jurisdicción. Su actuación, como vemos, es muy diversa, y de antemano no se puede saber con seguridad cómo van a actuar o sobre quiénes pesaran las intimidaciones, los secuestros o la ayuda a evitar el juzgamiento de los imputados.

Dadas la forma de actuar de esa organización de la que venimos hablando y la finalidad perseguida por ella, que es lograr que se impida el avance de estos juicios en todo el país y, en especial, en esta jurisdicción, consideramos que su sola existencia y su posible injerencia en esta causa bastan para conformar un dato a tener en cuenta, aunque hasta el momento se carezca de acciones concretas de amenazas

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

contra víctimas, testigos o jueces o de indicios de ayuda al imputado en este proceso.

Desde luego, se suele experimentar cierta resistencia a aceptar como posible argumento para rechazar el beneficio excarcelatorio la sola existencia de esa presumible maquinaria cuando no se presentan otros elementos que puedan demostrar un peligro más concreto. Ese sentimiento se encuentra esencialmente ligado, a mi modo de ver, a una imagen mental muy difícil de erradicar que ve, en estos procesos, casos comunes, aislados o, lo que es lo mismo, una generalidad de sucesos con características similares pero desconectados los unos de los otros, a los que les serían aplicables las estructuras de razonamiento propias de estos últimos.

Posiblemente, a esta falacia se llegue por creer que la radicación de una enorme cantidad de causas de terrorismo de estado en muchísimas jurisdicciones territoriales, a lo largo y a lo ancho del país, indica que estos procesos carecen de todo tipo de conexión.

Empero, la estrecha vinculación existente en todos los hechos cometidos en la dictadura, y en las causas a que han dado lugar, es tan notoria que, en teoría, no habría habido objeciones formales para que la misma Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Capital Federal, que condenó a los integrantes de la juntas militares en la causa 13/84, hubiese juzgado a los funcionarios ubicados por debajo de sus cargos. La razón de esto se halla en que todos los hechos criminales cometidos por estos últimos funcionarios en cualquier lugar del país tuvieron origen en el plan criminal ideado por aquéllos, y esta circunstancia unida a aquel primer juzgamiento por esa Cámara habría actuado como imán de todos los procesos.

En la práctica, sin embargo, era absolutamente imposible sostener que un solo tribunal argentino pudiera enfrentar un proceso de dimensiones monumentales. Por eso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tuvo que dictar pautas para el juzgamiento de los *autores directos* de los crímenes de la dictadura de un modo diferente, otorgando competencia a los jueces del lugar en que se hubiesen consumados (*Fallos*, 306:2147 "Videla" y *Fallos*, 307:2430 "Arisone Avellaneda", y

ver el voto del juez Schiffriin *in re* n° 4955 "Olmedo Barrios, Sebastián s/plantea incompetencia" de fecha 30 de octubre de 2008, adherido por el suscripto).

Pero de allí no cabe presumir la independencia total de esos juicios entre sí ni considerar que las vicisitudes observadas en algunos casos no tengan vinculación directa o no puedan ser extensibles a otros.

Podemos concluir entonces en que la rígida exigencia de una amenaza u otro hecho delictivo a víctimas, testigos o jueces, como síndrome de riesgo para la investigación, o de un indicio de fuga en concreto *en el marco de este proceso* no aparece como requisito imprescindible para hacer valer en esta causa el peligro que emerge de la existencia y posible injerencia de esa organización, a la luz de la explicación que hemos brindado.

En tales condiciones, no aceptamos que esos sucesos se produzcan en estas actuaciones o que se pongan en peligro el juzgamiento del imputado a través de un pronunciamiento liberatorio que pueda favorecer la injerencia de esa maquinaria en esta causa, ya sea para obstruir el avance del proceso ya sea para hacer posible su fuga, por razón de que Herzberg poseería un ámbito de mayor autodeterminación a tal fin.

Tengamos en cuenta además que, según lo ha manifestado M.N.S.N. en el "juicio por la verdad" (la declaración entera ha sido transcripta en el voto del doctor Schiffriin, en la decisión de esta Sala fecha 22 de octubre de 2008, en causa n° 4758 -reg. de esta Sala- "Legajo de apelación 'Alonso, Omar s/Pta. Inf. Art. 139, 146 y 293 C.P.'" y causa n° 4953 -reg. de esta Sala- "Incidente auto de procesamiento causa n° 111 Herzberg, Juan Carlos"), (el imputado) habría sido jefe de un grupo de tareas (...) con actuación en varios centros clandestinos, entre ellos, "La Cacha", y, por lo tanto, no cabría pensar que su conducta fue tan marginal y causal que faltaría interés en beneficiarlo.

Por tales circunstancias, el mantenimiento (del imputado) en prisión permite suponer lógicamente una reducción del riesgo derivado de las circunstancias mencionadas.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

11) Sabemos, no obstante, que la presunción a favor del entorpecimiento de la investigación o peligro de fuga del imputado, basada en el elevado pronóstico de pena y en la existencia y posible injerencia de una presumible maquinaria que procura impunidad, puede ser dejada sin efecto si la defensa o el propio imputado se encargan de demostrar que una suposición de ese tipo es errónea o si existen otros datos que así lo demuestran.

Con esa intención, se ha ocupado la defensora, (...), de manifestar por ejemplo que su defendido se ha presentado de forma inmediata ante la justicia ([...]), expte. n° 5016, registro de esta Sala).

Sin embargo, ese dato carece de entidad suficiente para decidir el caso a favor de su asistido. Quien concurre al llamado de la justicia, aún como imputado, no sabe con seguridad si va a quedar detenido o no, pues ello, en todo caso, lo decide el juez en función de numerosas circunstancias que escapan a la previsión del lego y de cualquier defensa técnica. Aun si por hipótesis supusiéramos que (el imputado) hubiese estado al tanto de que iba a ser detenido y procesado con prisión preventiva en calidad de coautor de un hecho calificable en los arts. 146 y 139, inc. 2, C.P. (ley 24.410), en concurso ideal, parecería del todo aventurado sostener que su presencia formal ante la justicia es un dato que controveinte la presunción aludida y descarta toda posibilidad de fuga o entorpecimiento de la investigación.

No adquiere mayor fuerza ese dato al evaluarlo conjuntamente con los otros elementos que ella aporta para concluir en la falta de riesgos. La defensora hace notar además que (el imputado) posee un domicilio fijo donde convive con su esposa desde hace muchísimos años, es un hombre con ochenta años de edad y padecimientos propios de edad avanzada. Sin ninguna explicación adicional acerca de cómo esas circunstancias alejarían toda duda sobre un posible peligro para la investigación o riesgo de fuga, la defensa concluye abruptamente, casi como de un golpe, que es impensable que su asistido pueda entorpecer el accionar de la justicia (fs. 38 y 38 vta., expte. n° 5016, registro de esta Sala).

Ninguna de las tres circunstancias alegadas por la defensora (edad, salud y familia) puede asegurar la falta de riesgo en el sentido expuesto. Arribamos a esta conclusión a partir de dos premisas básicas. De un lado, el sentido común, que nos dice que una persona en esas condiciones no se ve imposibilitada para generar él mismo, por sí o con la ayuda de terceros, conductas que puedan incidir en el curso del proceso, sobre todo si existe una organización que puede facilitar ambas cosas. De otro, si se mira con cuidado nuestro sistema procesal penal, apreciaremos que se ha otorgado a la mayoría de edad, al estado familiar y al estado de salud -inclusive al terminal- relevancia decisiva para decidir el cambio de lugar donde se cumple la prisión preventiva, pero no para obtener la libertad inmediata durante el proceso.

En consecuencia, a lo que en verdad se hallan vinculadas las manifestaciones de la defensa es a la posibilidad de que (el imputado) acceda a esa alternativa, extremo que no puede ser decidido en esta incidencia. Porque así como esta Sala tiene dicho que las cuestiones de autoría y responsabilidad no pueden ser evaluadas en los incidentes de excarcelación (ver, en igual sentido, causa 36 "Sosa, Juan Alberto s/Excarcelación", de fecha 10 de septiembre de 1996; expte. n° 66, "Criado, Rubén s/Excarcelación", de fecha 22 de octubre de 1996; expte. n° 809, expte. n° 3886, "Incidente de Exención de prisión de García Jorge Luis", de fecha 5 de diciembre de 2006, entre otros), tampoco las circunstancias que se vinculan directamente con la posibilidad de que el imputado acceda a la prisión domiciliaria pueden ser tratadas por esta vía procesal (ver en igual sentido expte. n° 5461 "Excarcelación Alfredo Eduardo Fonseca", de fecha 24 de septiembre de 2009, entre otros). Ello no es una determinación caprichosa, sino responde a que la decisión sumamente delicada de hacer lugar a esa alternativa requiere el análisis de requisitos exigidos por la propia normativa de forma (entre otros, informes sociales, médicos y psicológicos), que en este expediente no se han adjuntado.

Tampoco la alusión de la defensora de la falta de mención por el a quo de las pruebas pendientes de producción sirve para demostrar que la acción (del imputado) para

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

obstruir el proceso es nula. Si por suposición no faltara ningún elemento probatorio por producirse, la magistratura debe velar para que aquéllas ya producidas puedan ser reeditadas en el debate oral. En vista de este objetivo, y tomando en cuenta los hechos de público y notorio que hemos relatado arriba, la denegación del beneficio aparece justificado también desde este punto de vista.

En consecuencia, se puede apreciar que las razones de la defensa para vencer la presunción *iuris tantum* sobre el riesgo de entorpecimiento o peligro de fuga, que surge de un pronóstico de pena superior a los ocho años y de la existencia de una presumible maquinaria que procura impunidad y de su posible injerencia, constituyen simples alegaciones que no alcanzan a contrarrestar seriamente esa presunción.

USO OFICIAL

12) Por último, se suma otra circunstancia más para denegar el beneficio que encuentra apoyo en el voto del doctor Fégoli en el Plenario "Díaz Bessone". Es la relativa a que la causa se encuentra en un estadio muy avanzado y ya elevada a juicio, según lo informó el juez Corazza a esta Alzada en otro expediente que tramita en la Sala, n° 5556 (registro interno), "Herzberg, Juan Carlos s/Inf. Arts. 139, inc. 2, 146 y 144 C.P. - Recurso de Queja".

Esa circunstancia creo que adquiere gran dimensión en *sub júdice*, porque, según hemos analizado arriba, cuanto más cerca a la etapa de debate se encontraba el imputado, más visibles se volvían las acciones delictivas desplegadas por esa presumible maquinaria.

En conclusión, de acuerdo con los lineamiento de la doctrina Plenaria del caso "Díaz Bessone" concluimos en que no corresponde conceder el beneficio de excarcelación (...) por los cuatro aspectos analizados: el pronóstico de pena superior a ocho años, el riesgo derivado de la existencia y posible injerencia de una maquinaria de impunidad, la falta de razones que controvierten la presunción de entorpecimiento de las investigaciones o de fuga derivada de esos datos y la elevación a juicio oral de la causa principal.

Por lo expuesto, entonces, propongo al Acuerdo confirmar la decisión apelada.

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

I. Llegan estas actuaciones a la Alzada en virtud de lo dispuesto por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en fecha 2 de septiembre de 2009, que, por mayoría, resolvió anular la decisión de esta Sala de fecha 23 de septiembre de 2008 y reenviar el caso al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento.

II. En este incidente, el *thema decidendum* versa sobre si (...), imputado de un delito de desaparición forzada de persona cometido en la última dictadura militar, se encuentra en condiciones de acceder al beneficio de excarcelación.

La defensora (...) sostiene que sí, en base a una serie de razones que fueron resumidas en el voto del colega preopinante, quien, contrariamente, se ha decidido por no hacer lugar al pedido de la defensa.

III. Adelanto que propondré confirmar la decisión apelada.

Ante todo, me parece necesario comenzar con una aclaración sobre un manejo impropio que se hace con frecuencia del art. 18 de la C.N. y que puede restar valor a la solución que se propone. En efecto, no debemos confundirnos al considerar que la presunción que pueda derivarse de los arts. 316 y 319 C.P.P.N. posee una jerarquía menor que la "presunción" de inocencia, garantizada por nuestra Constitución Nacional, y que, por lo tanto, este choque frontal en la mayoría de los casos deslegitimaría la prisión preventiva.

Lo que en realidad garantiza nuestra Carta Magna no es una "presunción" de inocencia, sino un *estado de inocencia*. Éste exige una sentencia condenatoria para ser derribado y obliga también a que el imputado se lo trate como a un inocente durante el proceso.

Sí, en cambio, se puede presumir que el imputado ha participado en el delito o puede entorpecer la marcha del proceso o fugarse. En ambos casos la presunción debe ser generada por el análisis de los elementos probatorios y este

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

mismo análisis será el que permita, por un lado, avanzar sobre los actos procesales necesarios (citación, indagatoria, procesamiento, elevación de la causa a juicio) para llegar a la etapa de juicio, y, por otro, adoptar medidas tendientes a garantizar el efectivo ejercicio de la justicia, en caso de ser necesarias.

Sólo cuando se encuentran reunidas ambas presunciones, es decir la referente a su responsabilidad en el caso y a la existencia de datos que permitan suponer que el imputado podrá entorpecer las investigaciones o se fugará, el mantenimiento de la prisión preventiva aparece como una medida armónica con aquel estado garantizado por el art. 18 de la C.N. (me parecen fundamentales estas precisiones, que han sido esbozadas con toda claridad por el doctor Mario Magariños, juez del Tribunal Oral Criminal n° 23 de Capital Federal, en el fallo emitido en causa n° 123, "Villadóniga, José", de fecha 12 de abril de 1995, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IV, Número 8 B, 1998, p{ag. 358 y ss.}).

En nuestro caso, se presentan ambas circunstancias y, por ello, considero que corresponde denegar el beneficio solicitado.

IV. Respecto de lo primero, debemos tener presente que esta misma Sala, con otra conformación, ha confirmado la responsabilidad (del imputado) por el delito de desaparición forzada de persona. En la extensa resolución de fecha 22 de octubre de 2008 ha quedado comprobada la intervención (del imputado), con un rol central en la consumación del injusto. El recibió a M.N.S.N. de una persona identificada como "Comisario M." el mismo día en que ella nació (8 de agosto de 1977) para, luego, entregarla a O.A., quien, a partir de esa fecha, se apropiaría de la menor. En base a esta intervención, que encuentra apoyo en los elementos probatorios que se mencionan en el fallo, la Sala consideró que (el imputado) fue coautor de los delitos previstos en los arts. 146 y 139, inc. 2, C.P., en concurso ideal.

Cabe tener presente, además, que según lo informó el juez Corazza a esta Alzada en otro expediente que tramita ante el tribunal, n° 5556 (registro interno), "Herzberg, Juan

Carlos s/Inf. Arts. 139, inc. 2, 146 y 144 C.P. - Recurso de Queja", la causa ya fue elevada a juicio oral.

En tales condiciones podemos presumir que la intervención (del imputado) ha quedado acreditada hasta el momento.

V. En cuanto a lo segundo, cabe decir que aquí contamos con un pronóstico de pena superior a los ocho años de prisión, del que deriva la presunción *iuris tantum* de que el imputado intentará entorpecer las investigaciones o fugarse (art. 316 C.P.P.N.).

Esta presunción podría ser controvertida si analizáramos las circunstancias específicas del caso y advirtiéramos que aquélla no tiene sustento alguno, pero, contrariamente, surge de las actuaciones un dato que da mayor solidez a esa presunción. En efecto, del análisis de los hechos ilícitos que han sufrido víctimas, testigos y jueces de la jurisdicción platense, vinculados a las investigaciones judiciales por los crímenes ocurridos durante la última dictadura militar, se puede apreciar la existencia de una organización preparada para actuar en cualquier caso, obstruyendo procesos o ayudando a cualquier imputado a evitar su juzgamiento.

Sólo los que estamos convencidos de que esa red de complicidad no es una mera ilusión, sino un dato real y objetivo, conformado por elementos que demuestran su injerencia en todos los casos de la jurisdicción en que se pronunciaron sentencias condenatorias, podemos aceptar sin problemas la conclusión de que la puesta en marcha de esa maquinaria podría implicar "que subsiste el entorpecimiento o el riesgo de aumento del entorpecimiento, y que por ende, los hechos que caen bajo esa definición son siempre inexcarcelables en los términos del art. 319 C.P.P.N.". Desde luego, la defensa o el imputado podrán controvertir ese razonamiento, pero, para que ello suceda, deberán presentar elementos que demuestren el error de pensar que esa organización, cuya finalidad es la de mantener la impunidad de todos los imputados por delitos cometidos en la última dictadura, podría ayudar al imputado. En nuestro caso esto no ha ocurrido.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

No estamos, por ende, frente al supuesto en el cual sólo se vislumbre un pronóstico de pena desfavorable para el imputado, que nos podría hacer pensar que el reo tratará instintivamente de eludir el accionar de la justicia. La presunción es mucho más fuerte en nuestro caso por el agregado de ese otro dato notorio, definitorio, referente a la existencia de una organización que ayuda a los imputados de estos delitos, cuya actuación este Tribunal facilitaría si concediese (...) la excarcelación.

En consecuencia de todo lo expuesto, propongo al Acuerdo confirmar la decisión apelada.

Por todo lo expuesto, el Tribunal RESUELVE:

I.- CONFIRMAR la decisión apelada.

II.- Regístrese, notifíquese y devuélvase. Firmado Jueces Sala II Gregorio Julio Fleicher. César Álvarez.

Ante mí: Dra. Ana Russo. Secretaria.

NOTA (2): obra publicado en el sitio [USO OFICIAL](http://www.pjn.gov.ar/Fueros_Federales/Justicia_Federal_La_plata/Fallos_destacados/carpetaS tmáticaS PENAL y PROCESAL PENAL (FD. 652) .</u></p></div><div data-bbox=)