

///nos Aires, 13 de mayo de 2005.-

Y. 26.909 - "Chabán, Omar Emir s/excarcelación" - CNCRIM Y CORREC DE LA CAPITAL FEDERAL - Sala V - 13/05/2005

///nos Aires, 13 de mayo de 2005.-

AUTOS Y VISTOS:

Convoca la atención de la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto de fs. 12/14vta. del presente incidente en cuanto no hizo lugar a la excarcelación de Ornar Emir Chabán bajo tipo alguno de caución (arts. 317, inc. 1º, en relación a lo dispuesto en el 316, a contrario sensu y 319, CPPN).-

Y CONSIDERANDO:

El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo:

Llega a estudio de esta Sala el presente incidente ante el recurso de apelación interpuesto por Pedro Antonio D'Attoli, defensor de Ornar Emir Chabán, contra la resolución de fs. 12/14 que no () hace lugar al pedido de excarcelación de este último.-

En pos de la obtención de la excarcelación se plantearon argumentos referidos al fondo de la investigación;; concretamente relacionados con la errónea calificación que se habría adoptado al momento de asignar significación jurídica a los hechos investigados, a los que se sumó la explicación de los motivos que llevaban a concluir, en su entender, que no existía riesgo de fuga en caso de obtener la soltura.-

Se citó asimismo jurisprudencia de la Sala I de esta Cámara en apoyo de la concesión de la liberación, suscripta con anterioridad a este pronunciamiento por uno de quienes me acompañan en la presente.-

Posteriormente, y ya en esta cámara se hizo llegar un escrito confeccionado por el encartado, relatando los pormenores que rodearon el hecho y su detención.-

Ornar Emir Chabán ha sido procesado por el delito de homicidio simple, pronunciamiento que a la actualidad se encuentra firme.-

He sostenido en numerosos antecedentes que la amenaza de imposición de pena de efectivo cumplimiento, resulta un elemento de gran relevancia para presumir, conforme a la experiencia recogida, que quien recupere su libertad intentará eludir el accionar de la justicia (c. 2.587 "Pizarro, Sandro D. S/excarcelación, Sala V, rta 10-12-04; c. 25.604 "Rodríguez, Néstor F. S/excarcelación, Sala V, rta. 12-11-04, c. 25.057 Contigiani, Danile D. S/excarcelación, Sala V, rta. 24-9-04, entre muchos otros).-

Entiendo que quien sabe que deberá volver a prisión, al menos en algún momento del proceso, tal vez no inmediato, lo evitará, no resultando suficiente para impedirlo condición o caución alguna.-

La comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en el informe 2/97 que "la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse 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." (Ver punto 28, "peligro de fuga").-

La actitud de Chabán con posterioridad al hecho investigado no puede contemplarse como de ponerse a disposición de la autoridad, muy por el contrario, numerosos testigos manifestaron haberlo visto retirarse del lugar, sin siquiera prestar colaboración con quienes se encontraban allí.-

Fue detenido al día siguiente del trágico suceso en un lugar distinto a su domicilio habitual y al que se llegó luego de una larga cadena de allanamientos.-

Resulta lógico concluir que si en ese momento, sin duda confusión mediante, y sin saber cuál podía ser su responsabilidad por lo que pasó, evitó ser ubicado en lo inmediato, en la actualidad y ante la imputación que sobre él pesa, la actitud no será distinta. No desconozco la doctrina sentada por mis distinguidísimos colegas en anteriores pronunciamientos, y aún cuando pudiera coincidir en muchos de sus presupuestos, no puedo dejar de lado la convicción de que objetivamente valorados los elementos que por el momento se han arrimado al expediente, permiten concluir con gran grado de coherencia que existe un real peligro de fuga si se concediese la libertad solicitada.-

Considero entonces que no debe hacerse lugar a lugar a la excarcelación solicitada bajo ningún tipo de caución.-

Los jueces María Laura Garrigós de Rébora y Gustavo A. Bruzzone dijeron:

I) El nombrado se encuentra con procesamiento firme en orden al delito de homicidio simple, cometido en forma reiterada en ciento noventa y dos oportunidades (192), que concurren materialmente entre sí (art. 55, CP) (cfr. fs. 7361/7474). Posteriormente, se amplió la imputación con relación a las hipótesis de cohecho activo y homicidio simple en perjuicio del último de los muertos producto de la tragedia ocurrida en el local República Cromañón el pasado 30 de diciembre de 2004, Sebastián Facundo Vázquez, modificando la regla del concurso de delitos por la ideal (art. 54, CP) (cfr. fs. 18.675/18.815 del principal).-

La defensa de Omar Chabán plantea por esta vía una serie de cuestiones que exceden el instituto en análisis, por lo que deben ser reservadas para la ocasión procesal oportuna. En lo que se refiere a la cuestión central a analizar, invocando precedentes de este tribunal y jurisprudencia afín, señala que la situación de libertad de su cliente debe ser revisada, ya que no se constatan los peligros procesales respectivos ni el monto de pena en expectativa puede ser causal automática de denegación.-

II) Hemos sostenido en numerosos pronunciamientos que el principio rector para decidir privar, o no, a una persona de su libertad durante la tramitación del proceso penal es lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin. En esa etapa, la del juicio, es donde se decidirá acerca de la culpabilidad o inocencia de un imputado y, consecuentemente, sobre su eventual condena o absolución producto de la sentencia que se debe dictar como conclusión.-

Queda claro de esa forma, que "excarcelación" nunca puede ser sinónimo de "absolución", porque esa decisión sólo puede emerger como la conclusión del juicio (sentencia), luego del debate, siendo esta una etapa preparatorio de ello. Esta aclaración no es ociosa, porque con un alto grado de irresponsabilidad en algunos casos (especialmente por el amarillismo periodístico) o por desconocimiento en otros, se suele equiparar excarcelación con absolución, invirtiendo el principio constitucional y republicano de presunción de inocencia, constituyendo un grave error procesal (cfr. Bidart Campos, Germán J., "Vicios de inconstitucionalidad en la privación de libertad durante el juicio penal", LL, 2004, t.A, pág. 612).-

Por ese motivo, las medidas de coerción que se puedan adoptar respecto de una persona imputada de haber cometido un delito antes del dictado de la sentencia deben tener siempre carácter excepcional y sólo se justifican en la neutralización de los peligros aludidos: de fuga o de entorpecimiento de la investigación.-

Las pautas a tener en cuenta para encarcelar a un ciudadano previo al dictado de la sentencia condenatoria, se fundan en el mismo punto de partida, autorizando a los jueces a dictar la más grave medida de coerción personal, la prisión preventiva, si se constatan objetivamente esos peligros. Como medida cautelar, a su vez, y sin perjuicio de su obvia similitud, no puede confundirse con la pena privativa de la libertad, en su fundamentación. Este es un valor que debe ser reafirmado en nuestro país, siendo un principio asentado y respetado en toda la tradición jurídica de Occidente, que solo en los supuestos estrictamente necesarios para neutralizar la posibilidad de fuga del imputado o de entorpecimiento de la investigación, corresponde encarcelar preventivamente, como lo establece el art. 280, CPPN y lo que en concordancia con él fija el art.319 del mismo cuerpo legal.-

Procedentes de este tribunal, y en su historia reciente, contamos con los siguientes fallos: de la Sala I, causa No 21.143, "[Barbará, R. R.](#)", rta. 10/11/03; causa No 22.822 [[Fallo en extenso: elDial - AA1CD2](#)], "Di Zeo, R.", rta. 30/12/03; causa N° 25.714, "Fernández, G: A.", rta. 22/3/03, entre muchos otros; de la Sala IV, si bien muchos de ellos en minoría, causa No 24.520, "Panno, J.C.", rta. 17/7/04; causa N° 26.018, "Romero González, G. S.", rta. 2/3/05; causa N° 26.178, "Farías, G.", rta. 8/3/05; causa N° 26.213, "Benítez, M.", rta. 8/3/05; causa N° 26.126, "Flores, R F.", rta. 23/3/05; causa N° 26.443, "Ardiles, A.", rta. 14/4/05; causa N° 26.512, "Bolaño, T.", rta. 20/4/05; causa N° 26.437, "Rimólo, M. C. M", rta. 2/5/05; causa No 26.513, "Soiohaga", rta. 4/05/05; causa No 26.618, "Soza, S. A.", rta. 10/5/05; causa No 26.604, "Natal, L. A.", rta. 10/5/05; causa No 26.417, "De Sanliborio, M", rta. 11/5/05, entre otras).-

Asimismo, lo recientemente sostenido por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa N° 5472, "[Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, rta. 22/12/04](#) [[Fallo en extenso: elDial - AA271F](#)] y lo que surge del fallo de la CSJN, "[Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus](#)" [[Fallo en extenso: elDial - AA29AF](#)], V. 856. XXXVIII, y sus citas, que refieren a una larga tradición de la Corte en ese sentido, aunque con importantes contradicciones.-

Si no se avizoran estos peligros, la privación de la libertad de las personas durante el trámite del proceso penal se torna infundada y, por lo tanto, inconstitucional por ser la interpretación "automática", iuris et de iure, de lo dispuesto en el art. 316, CPPN, contraria a la CN. Conviene volver a resaltar este punto: no es inconstitucional en sí misma la prisión preventiva; lo que es inconstitucional es una interpretación rígida de esa regla al no admitir prueba en contrario.-

En efecto, nuestra Constitución, en el art. 18, y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que la integran, contienen las garantías indispensables, alcanzadas tras cuantos sucesos históricos, para resguardar a las personas que viven en un Estado de Derecho.-

La mayor victoria, en este sentido, y que no podemos ahorrar esfuerzos en defender, es que resultan aplicables a todos los ciudadanos por igual, nacionales o extranjeros, en tanto la ley penal argentina les sea aplicable. Y aun cuando, en algunos casos, pueda quedar la impresión de que esa igualdad aparece como injusta, nunca podemos caer en la tentación, por más grave que sea la imputación dirigida o el clamor social implicado en busca de venganza, de renunciar a ella, porque, precisamente, esos principios, enmarcados en el proceso penal que nos rige, son los que le habrán de dar el cauce legítimo correspondiente, pero no a cualquier costo.-

Lo contrario, sería actuar en un contexto de presión social que la lógica jurídica, especialmente en su faz práctica, no puede admitir a riesgo de traicionar los pilares, éticos y profesionales, que dan apoyo a la labor del juez penal, como encausador de los justos reclamos de venganza en el marco de los derechos y garantías del ciudadano que surgen de la CN. En ellos, la venganza privada y la política criminal del Estado encuentran un dique; ese dique son los principios constitucionales que los jueces penales deben resguardar.-

El más grande logro de un Estado de Derecho es garantizar, incluso en los casos extremos en los que atontan contra él, que las personas enjuiciadas sean condenadas y, de proceder,

encarcelarlas, tras el juicio previo que los declare culpables, con todas las garantías previstas por la Constitución Nacional.-

No existe duda alguna que la libertad es uno de los derechos más preciados por el ser humano y el encierro la medida más drástica que el Estado puede imponer. Por ello, esa medida cautelar, debe ser aplicada restrictivamente, tal como recomendó la ONU a través del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes, respecto del caso Argentino el 10 de diciembre de 2004, citado por la CSJN, en el mencionado fallo "Verbitsky", en los siguientes términos: "(...) Considere revisar [sus] prácticas en materia de detención preventiva, a fin de que la imposición de la prisión preventiva se aplique sólo como medida excepcional(...). "(cons. 50, 4 (i)).-

Entonces, sólo se puede considerar la imposición de esta medida como último recurso para asegurar la realización del juicio, cuando toda otra restricción resulte infructuosa para neutralizar los peligros procesales mencionados. Pero no sucede esto en el caso en análisis, por lo que ya se puede adelantar, que corresponde revocar el auto apelado.-

III) Con relación al curso de la investigación, a esta altura del sumario, tras toda la tarea realizada y diligencias producidas hasta el momento y habiéndose dictado ya un auto de mérito a su respecto, se debe descartar que Chabán pueda entorpecer la investigación por recuperar su libertad; porque no se advierte objetivamente de qué manera podría afectarlo, obstruyendo la recolección de pruebas o el normal desarrollo de los procedimientos, con miras a frustrar la realización del debate oral en donde se habrá de concretar el juicio que, en principio, se vislumbra como necesario para poder establecer su responsabilidad y la del resto de los implicados. Las constancias de la causa, hasta el momento, no permiten inferir otra cosa, por lo menos en lo que al nombrado se refiere, sin perjuicio de la información que debe terminar de completarse en punto a su patrimonio, pero que no puede computarse a efectos de extraer conclusiones en lo que aquí interesa.-

IV) Descartado ese peligro, corresponde analizar el de fuga, respecto del cual, de la misma forma, no se advierte objetivamente que Chabán intentará eludir la acción de la justicia, lo que constituye el nudo de las discusiones que separan, en doctrina y jurisprudencia, a los que consideran que la expectativa de pena, por sí sola, ya es un elemento determinante y definitivo para impedir que un imputado pueda transitar el proceso penal en libertad, de la de otros que consideran que esa circunstancia sólo es un elemento de peso a ponderar, pero nunca definitorio. Los que sostienen la primera posición, consideran que ello no admite prueba en contrario (*iuris et de iure*); los segundos sí (*iuris tantum*).-

Como surge de lo expuesto hasta aquí, nosotros nos enrolamos en la última posición. En realidad, en el presente caso, tanto el Juez Lucini como el distinguido colega preopinante, se hacen cargo de esa posición, pero valoran la constatación del peligro de fuga de manera diferente a como lo hacemos nosotros.-

Por ello, en primer lugar, es necesario ingresar al análisis de las escalas penales previstas para los delitos que se le imputan y las consecuencias que, en abstracto, contempla nuestra legislación, tanto de forma como de fondo.-

La letra del art. 316, CPPN -al que remite el inciso 1° del art. 317 del mismo código-, si se interpreta aisladamente y como una presunción *iuris et de iure*, constituiría un obstáculo insuperable para la concesión de la libertad de Chabán, puesto que la pena máxima prevista superaría holgadamente los ocho años de prisión, y tampoco procedería, en caso de recaer condena, una pena de cumplimiento en suspenso, conforme el art. 26 del Código Penal, porque el mínimo superaría los 3 años de privación de la libertad. Pero, este dato de extrema importancia debe ser confrontado con la actitud asumida por el imputado una vez ocurrido el hecho por el cual se encuentra procesado y que podemos representarnos, objetivamente, habrá de ocurrir en el futuro de recuperar su libertad.-

Repasando las actas escritas que conforman el sumario se puede señalar que, con la presencia del Agente Fiscal en el lugar del hecho, y ya habiendo tomado conocimiento la Sra. Jueza

interviniente de lo sucedido, la imputación fue calificada, provisoriamente, como: "Incendio seguido de muerte" (cfr. fs. 1 bis del principal) y en ese marco, al día siguiente (en realidad, a las pocas horas de ocurrido atento a la hora en que se produjo y el momento en que es ubicado Chabán), se comenzaron a librar órdenes de allanamiento con relación a inmuebles en los que podían encontrarse elementos y documentación útiles a la investigación en ciernes.-

En ese contexto, el Fiscal Sansone solicitó, además, que en caso de hallarse a Omar Emir Chabán en alguno de esos lugares, se lo trasladara a la sede policial en los términos del art. 281, CPPN (fs. 197/vta. del principal).-

Es decir, hasta el momento en que fue arrestado, el 31 de diciembre de 2004, a las 18:00 hs, aproximadamente, no se había librado formalmente orden de captura en su contra ni se había dispuesto su detención, sino que se había ordenado su individualización para ser arrestado y en tal carácter, junto a los preventores que lo ubicaron en el domicilio de la calle Salta, concurrió a la Comisaría 7a (fs. 366/vta. del principal), luego de haberles abierto la puerta del lugar -donde se encontraba solo-, sin oponer reparos o resistencia de alguna clase.-

Si bien no se hallaba en el departamento en el que reside habitualmente, lo cierto es que en el que fue encontrado -Salta 638-, es de su propiedad y los efectos que tenía consigo -pasta dental, cepillo de dientes, carnet de la obra social y un teléfono celular, entre otros, conforme boleta de alcaldía 0005350- no constituyen elementos que permitan sostener objetivamente que estaba intentando darse a la fuga, máxime si se tiene en cuenta que no tenía en su poder su documentación personal (DNI, CI o pasaporte), sumado al escaso dinero en efectivo que llevaba en ese momento u otro elemento que le permitiera hacerse de él.-

Estas circunstancias, objetivamente valoradas, corroboran, a su vez, la versión brindada por el imputado acerca de su actitud en los momentos posteriores al hecho hasta que fuera ubicado en la calle Salta, que hablan de una persona desbordada por lo acontecido, humana y profesionalmente y, aunque conciente de algunas muertes, sin una clara dimensión de la magnitud de la tragedia y de los efectos mediáticos y sociales que se habrían de desencadenar sobre su persona; que también había sido afectado físicamente por el hecho, así como su hermano, un sobrino, empleados y muchos amigos, y que, impotente, se representaba una y otra vez a los jóvenes que utilizaron las "candelas" o "tres tiros" que impactaron sobre el revestimiento de isonorización del que emanó el humo conteniendo cianuro. En ese contexto buscaba un lugar donde estar en soledad para poder pensar qué curso de acción seguir, analizando, incluso, la posibilidad de suicidarse. Esa, probablemente, haya sido la forma más eficaz de escape que pudo haber imaginado. Así, fue encontrado por personal policial como ya fuera descrito (cfr. la presentación manuscrita obrante en sobre a fs. 28 del incidente).-

En esas condiciones es encontrado Chabán, sin que nos permitan inferir otra cosa que la relatada por él (tanto en la presentación mencionada como en la audiencia llevada a cabo en el día de la fecha, cfr. fs. 42/vta del incidente), sin riesgo de caer en afirmaciones carentes, de momento, de sustento probatorio.-

Omar Emir Chabán se halla detenido desde hace más de cuatro meses y "si los magistrados que entienden en la causa no tienen posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada" (CIDH, Informe del 11 de marzo de 1997).-

Por tal motivo, y contando con arraigo, consideramos que, desde ese punto de vista, corresponde revocar el auto apelado, al no detectarse objetivamente los peligros antes mencionados.-

V) La circunstancia de que deba ser excarcelado, y por ello, permanecer en libertad a resultas del juicio, impone analizar bajo qué forma de caución ello es procedente. En este sentido, la expectativa de pena cobra nuevamente vigencia por lo dicho más arriba, ya que no es lo mismo una persona que espera la realización de su juicio frente a una posible condena que puede ser dejada en suspenso, que otra respecto de la cual, de recaer condena, será fatalmente de efectivo

cumplimiento;; y aunque en esta cuestión no es posible efectuar mayores pronósticos acerca de cuál será en definitiva la calificación legal del hecho -para el caso de ser encontrado culpable-, debemos estar, de momento, al auto de procesamiento, firme, de fs. 7361/7474. En ese contexto, de especie real, es la caución que se debería imponer, conforme también ya sostuviéramos en los precedentes mencionados.-

Pero en el caso traído a estudio ello no sería eficaz en el sentido de neutralizar el peligro de fuga, atento el embargo dispuesto en su contra, y el resultado de la intimación respectiva (cfr. incidente de embargo), donde no se efectuó depósito alguno o se declaró sobre qué bienes concretarlo. Se puede afirmar que la totalidad del patrimonio de Chabán se encuentra comprometido, y a los efectos de poder establecer el monto correspondiente en lo que hace a la caución a fijar, nunca podría cubrir las expectativas necesarias, porque por vía de embargo él ya está afectado. En consecuencia, y a efectos de no convertir la caución de imposible cumplimiento, teniendo en cuenta su situación personal, las características del hecho imputado y la personalidad del autor consideramos que se impone de aplicación la caución personal prevista en el art. 322 del CPPN, consistente en la obligación que el imputado asume junto con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que el juez fije al conceder la excarcelación.-

Teniendo en cuenta esas cuestiones, las propiedades de las cuales sería titular Ornar Chabán, el giro empresario de su actividad que se vincula a diversas personas jurídicas cuyo objeto, integración y composición, en algunos casos es difícil de establecer y es, incluso, materia de investigación, impone que uno, o más, fiadores personales -que no pueden superar el número de tres-, en los límites del art. 323, CPPN, con capacidad para contratar y acreditada solvencia, garanticen su comparecencia al proceso cada vez que el órgano jurisdiccional lo requiera, sobre un monto que se fija en la suma de quinientos mil pesos (\$ 500.000.-), debiendo quedar reservada en el Juzgado la documentación respaldatoria de las garantías respectivas.-

A su vez, se habrán de imponer las siguientes condiciones:

- a . Prohibición de salida del país, para lo cual deberán quedar reservados en la instancia de origen el pasaporte -en caso de haberle sido expedido-, la cédula de identidad y DNI del imputado, debiendo el Sr. Juez de grado librar oficios a las dependencias respectivas a efectos de poner en conocimiento el impedimento de emitir duplicados de la documentación referida, todo ello, salvo autorización expresa en contrario.-
- b. Obligación de informar al tribunal cualquier alteración en lo que respecta a su residencia habitual o de los lugares donde pueda ser ubicado cuando sea requerido.-
- c. Para el caso que lo estime necesario, el Sr. Juez de grado, podrá fijar un régimen de comparecencia al juzgado o comisaría que determine, para realizar el seguimiento de su conducta procesal.-

Por consiguiente, como surge del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE:

Revocar el auto de fs. 12/14vta. y conceder la excarcelación a Ornar Emir Chabán, bajo caución personal de quinientos mil pesos (\$500.000.-) y sujeta a las restantes medidas que surgen del considerando V de la presente resolución, debiendo el Sr. Juez de grado librar los oficios pertinentes a los efectos indicados en el punto a.-

Devuélvase, practíquense las notificaciones correspondientes en el juzgado de origen y sirva lo proveído de atenta nota de envío.//-

Fdo.: RODOLFO POCIELLO ARGERICH (En disidencia) - MARIA LAURA GARRIGOS DE RÉBORI - GUSTAVO A. BRUZZONE