

ACUERDO

:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los **seis** días del mes de **octubre** de **dos mil catorce**, reunidos los señores miembros de la Excm. Cámara de Casación Penal de Paraná, a saber: Presidente Dr. **HUGO DANIEL PEROTTI** y Vocales, Dres. **MARCELA DAVITE** y **RUBÉN ALBERTO CHAIA**, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. **CLAUDIA A. GEIST**, fue traída para resolver la causa caratulada: "**DIAZ, SILVIO RAMÓN - HOMICIDIO Y LESIONES GRAVES s/ RECURSO DE CASACION**".-

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: Dres. **PEROTTI, DAVITE** y **CHAIA**.-

Estudiados los autos, la Excm. Cámara planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?.-

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Cómo deben imponerse las costas causídicas?.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. PEROTTI DIJO:

1- Por resolución de fecha 23 de julio de 2014, el Tribunal de FERIA resolvió, a fs. 312/316, rechazar el recurso de apelación deducido por la recurrente y confirmar íntegramente el resolutorio de fs. 218/236 emanado de la Sra. Jueza de Instrucción Nº 6 de Paraná, Dra. Marina E. BARBAGELATA, quien decretó el procesamiento y prisión preventiva del encartado Silvio DÍAZ por el delito de HOMICIDIO y LESIONES GRAVES en concurso ideal, desestimando en dicho resolutorio el planteo excarcelatorio impetrado por la Dra. BEISEL -arts. 54, 79, 90 del Código Penal Argentino y 302 del Código Procesal Penal de Entre Ríos.-

2- Contra esa decisión dedujo recurso de casación -fs. 322/331- la Dra. Corina Andrea BEISEL, en ejercicio de la Defensa Técnica del imputado DÍAZ.-

Examinando el libelo impugnativo, se verifica que la Defensora, luego de precisar el objeto de su recurso y explayarse sobre la procedencia formal y sustancial del remedio intentado, entendió que la resolución cuestionada resultó equívoca por cuanto no se advierte que de los elementos de juicio y prueba colectada se pueda concluir que su defendido intentara eludir la acción de la justicia u obstaculizar la investigación.-

Puntualmente se disconformó con lo afirmado por el Tribunal -de FERIA- en el punto "IX" de fs. 315, cuando consideraron -para denegar la excarcelación de DÍAZ- la gravedad de la pena, la escasa actividad laboral, la carencia de vínculos afectivos sólidos, su adicción a las drogas y al alcohol que tornan peligrosa su personalidad, expresando que su defendido vivió toda su vida en Paraná, en el mismo barrio, que cuenta con amigos, tiene una hija, que no está desocupado -sólo tiene una escasa actividad laboral-, y que se lo prejuizó al encausado por su adicción a las drogas, advirtiéndose un uso irracional del derecho penal de autor y no de acto en relación a la peligrosidad del imputado.-

Afirmó que el hecho debe ser calificado como HOMICIDIO CULPOSO y no como HOMICIDIO DOLOSO.-

Consideró que la posibilidad de fuga de DÍAZ no tuvo asidero real ni demostrable, resultando -esa utilización del peligro de fuga- violatoria a las garantías constitucionales, denotando un déficit de solvencia jurídica para analizar y resolver sobre la libertad de un ser humano, ya que no se constatan peligros procesales y que el monto de la pena en expectativa no puede ser causal automática de la denegación de la excarcelación, compartiendo con los argumentos de la doctrina y jurisprudencia que consideran que esa circunstancia -pena en expectativa- es sólo un elemento de peso a ponderar, pero nunca definitivo -postura de la presunción iuris tantum-.-

Abogó por la inconstitucionalidad del inc. 1º del art. 313 del Código Procesal Penal, peticionando que se revoque el auto recurrido y la prisión preventiva dispuesta en los autos principales, teniéndose presente que lo prescripto en el art. 314 inc. 2º resulta atrapado por el mismo efecto.-

Propugnó que se case la resolución en crisis por inobservancia de las normas procesales, receptando la inconstitucionalidad articulada, y en consecuencia se conceda la libertad de Silvio DÍAZ, bajo caución juratoria o la que se determine, haciendo expresa reserva del caso federal y de acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, agregando que se debe tener presente como antecedente jurisprudencial aplicable lo resuelto en autos: "ESCOBAR, VICTOR Y OTRO S/ ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA - RECURSO DE CASACIÓN" Expte. Nº 2893/2006, fallo del 12/02/2007.-

3- Celebrada la audiencia prevista en los arts. 485 y 486 del C.P.P. -Ley 4.843- comparecieron la Sra. Defensora Particular, Dra. Corina Andrea BEISEL, el Sr. Representante de la Querrela particular, Dr. Marciano MARTINEZ y la Sra. Procuradora Adjunta de esta Provincia, Dra. Cecilia A. GOYENECHÉ.-

3. a) La Dra. **Corina Andrea BEISEL** consideró que los riesgos procesales -peligro de fuga y entorpecimiento de la investigación- no han sido probados por el órgano acusador, agregando que los rechazos de la excarcelación de DÍAZ se basaron en presunciones legales rígidas, y tales consideraciones han sido resueltas en precedentes como "MASCHERALDO", "CHABAN" y "DIAZ BESSONE". Asimismo entendió -en relación a la gravedad del hecho y al monto de la pena- que existió una violación al principio de igualdad ante la ley, por cuanto en casos como: "VILMA MESA", "YAMILA RUEDA", "WAIGEL", "PACAYUT" y "TURANO - ACTIS" fueron concedidas las excarcelaciones solicitadas y ni la querrela ni el fiscal apelaron, todos sin embargo, con el mismo impacto social.-

En relación al arraigo del imputado, refirió que no hay contancias de que se haya valorado concretamente la situación de su defendido, destacando que no se puede considerar el postulado del entorpecimiento de la investigación, porque el imputado jamás incurrió en esa acción y la Defensa acompañó la solicitud de la Dra. GOYENECHÉ para que forme Incidente y baje el expediente al Organismo de origen a fin de continuar con la investigación.-

Mencionó, en cuanto a la calificación legal, que su defendido reconoció la autoría del hecho y que se encuentra concientizado de la aplicación de una pena de cumplimiento efectivo, ello dentro del marco de la razonabilidad y del principio de legalidad, y en ese sentido entendió que el dolo eventual es una ficción jurídica, de creación doctrinaria y jurisprudencial, cuya introducción ha sido cuestionada por violatoria al principio de legalidad.-

Concluyó solicitando que se conceda la libertad de su defendido, sin perjuicio de tomarse las medidas de seguridad pertinentes, ya que de lo contrario, se estaría incurriendo en un anticipo de pena y el plenario convalidaría la misma, violentando lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sus parámetros mínimos irrenunciables, y asimismo interesó que se revoque el resolutorio, fijando una caución equitativa, haciendo reserva de recurrir por la vía del extraordinario Federal y ante los Organismos Internacionales, con costas.-

3. b) A su turno, la Dra. **Cecilia A. GOYENCHE** solicitó el rechazo del recurso articulado, reiterando los argumentos esbozados en la instancia de apelación respectiva.-

Consideró que, habitualmente, los motivos para justificar la prisión preventiva son el peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación, y que ellos -según los dichos de la Defensa- no fueron probados por el Ministerio Público Fiscal, destacando que esa inacción por parte de la Fiscalía se ha dado porque esos supuestos peligros de acciones humanas son indemostrables.-

Afirmó que los pronósticos de actuaciones futuras se regulan en el sistema normativo a través de elementos nomológicos que funcionan como datos reveladores de esos supuestos pronósticos, tales como el monto de pena -cuestionado por la doctrina procesalista-, que es el postulado por excelencia para demostrar el peligro de fuga, lo que ha llevado a la justicia provincial a derivar en criterios subjetivos para determinar la viabilidad de la prisión preventiva, y al seguir esa postura de la subjetividad se enfoca el sistema a un acrecentamiento de la selectividad, y frente a delitos de "cuello blanco", esos peligros no serán vistos de la misma manera que los delitos más habituales donde los peligros -de fuga- resultan más evidentes.-

Destacó como otros elementos para evaluar la libertad del imputado, la necesidad de aseguramiento cognitivo frente al peligro de reiteración -no en este caso-, pero sí la flagrancia -situación de prueba contundente- ya que no puede ser tratado de la misma manera un caso en donde se encuentra acreditada la autoría -recordando que DÍAZ fue detenido en el mismo momento del hecho- y continuó expresando que esa flagrancia tiene dos efectos sociales, uno probatorio, y otro, que los Tribunales deben considerar, que se trata de un hecho desestabilizador socialmente, por cuanto, ante un suceso en flagrancia, no exista una reacción del derecho penal, no sólo en la aplicación de una pena luego del juicio, sino como necesidad de generar nuevamente las expectativas en la vigencia del derecho.-

Advirtió que la gravedad del injusto también sopesa en ese balance para determinar la libertad del imputado, citando el caso "SUAREZ MASON" en donde a una persona de 81 años se le impuso una prisión preventiva por haber cometido crímenes de lesa humanidad, y no por haber existido riesgo de fuga o entorpecimiento, sino solamente por la gravedad del injusto.-

Finalizó solicitando que se rechace el recurso incoado y se mantenga la medida cautelar de prisión preventiva de la libertad en contra de Silvio DÍAZ.-

3. c) Finalmente, el Dr. **Marciano MARTÍNEZ** manifestó que la prisión preventiva debe dictarse con criterios de ponderación - sobre la proporcionalidad y la racionalidad de cómo ocurrió el hecho y de la pena, en cuanto a la calificación legal-, sin rigidez ni causas exclusivas o taxativas, por cuanto se ha superado la etapa de la prisión preventiva matemática.-

Valoró la labor de la Defensa en cuanto a la cuestión introducida respecto al dolo eventual, pero consideró que en el caso no se discute esta figura por cuanto la jueza sostuvo que hay dolo, y no eventual, y esa resolución se encuentra firme, agregando que en esta instancia se está analizando la libertad.-

Afirmó que DÍAZ puede fugarse, por considerar que es un hombre sin responsabilidades, y que no tiene domicilio, por cuanto en el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N°2 obran las actuaciones "DIAZ RAMON ANTONIO S/ SUCESIÓN AB IN TESTATO", en el cual, no lograron notificar al imputado en el domicilio que denunció porque en ese lugar están construyendo un edificio, razón por la cual lo notificaron en la cárcel -por ser de público conocimiento que estaba privado de la libertad.-

Reiteró que debe analizarse el caso aplicando la "Teoría de la Ponderación", respecto de la proporcionalidad y racionalidad de los actos probados, no futuros.-

Consideró que en el presente caso no se da el supuesto de una prisión preventiva con plazo irrazonable, atento a que el hecho ocurrió el 06 de junio, solicitando finalmente el rechazo del pedido de libertad remitiéndose a la conducta de DÍAZ al momento del hecho, donde no cumplió ninguna norma de convivencia humana.-

4- Reseñado así el marco de controversia abierto por el Recurso de Casación traído a conocimiento de este Tribunal, corresponde ingresar al examen de las pretensiones casacionistas esgrimidas.-

En esa inteligencia, no puedo menos que aclarar que el tema de la libertad durante el proceso o su restricción mediante la mayor medida coercitiva que la legislación adjetiva contempla (la prisión preventiva) ya se ha expedido la doctrina casi en forma unánime, como así la Jurisprudencia, aunque siendo en este caso objeto de infinitas -y diversas- decisiones jurisdiccionales. En ese tren, no puedo dejar de recordar que como integrante de la Sala 1ra de la Cámara del Crimen de Paraná me he expedido en numerosas oportunidades, sea como primer voto o adhiriendo a la opinión coincidente de colegas. Por eso, voy a reiterar lo que dije, por ejemplo, en causas tales como: "**ARRUA**" (del 16/09/05), "**MANRIQUE**" (del 17/10/05), "**CABRERA**" (del 21/10/05), "**PANIAGUA**" (del 30/11/05), "**GAITAN**" (del 23/11/05), "**MORENO y OTROS**" (29/11/05), "**BRITOS**", "**BARRETO**" y varios más, donde fijé posición en cuanto que la interpretación racional y sistemática de la normativa del art. 313 del código ritual indica que la conminación penal en abstracto que prevé la norma, no debe ser realizada en forma absolutamente literal sino dentro del marco y del Paradigma Constitucional que marca el art. 18 de la C.N., reforzado y potenciado con la incorporación a la Carta Magna de los Pactos Internacionales que destacan y fortalecen el estado de inocencia y, consecuentemente, el estado de libertad de cualquier ciudadano sometido a proceso como regla; en contrario, el encarcelamiento del procesado como único medio de coerción con sentido cautelar, esto es para evitar un posible peligro de fuga o que el imputado pueda obstaculizar la acción de la justicia.-

De tal manera -lo dije y lo reitero- las reglas en materia de encarcelamiento preventivo establecidas en los arts. 313 y 314 del C.P.P. NO constituyen una presunción "juris et de jure", sino que deben interpretarse armónicamente con el principio de inocencia, de modo tal que sólo constituyen un elemento más a valorar, con otros indicios que hagan presumir el riesgo de frustración del juicio previo por elusión, agregando que, en mi opinión, la correcta doctrina que emerge de los arts. 18 C.N. y 1,

3 y 280 C.P.P. es que resulta necesario en cada caso la concreta verificación de peligro de daño jurídico si se efectivizare la libertad del imputado. Más allá de eso, cualquier argumento restrictivo aparece incompatible con la vigencia del Estado de Derecho y con un sistema que parte del estado natural de libertad del individuo, aún del sospechado por la comisión de un delito.-

Por honestidad intelectual, debo aclarar que, en todos esos votos, tuve principalmente en cuenta diversos Fallos tales como "BARBARA", "MACCHIERALDO", "CHABAN", "GRASSI", el plenario "DIAZ BESSONE" (todos de la Cámara Nacional de Casación Penal), los Fallos DELFIN-BORRO de la Sala Penal del S.T.J. (con sus precedentes "MARTINEZ Mario y BRIGNOLI" y sus posteriores "PANTIN", "DORALES", "GONZALEZ", "PEREYRA", "GAREIS", "PESOA", etc); tuve en cuenta, además, numerosas obras y trabajos doctrinarios como, a título de ejemplos, "La Excarcelación" de Carlos CHIARA DIAZ, "Medidas de Coerción en el Proceso Penal" de José CAFFERATA NORES, "Cuestiones Fundamentales sobre la Libertad del Imputado y su situación en el Proceso Penal", de Julio MAIER, "Principios de Inocencia, Proceso y Pena" de Daniel ERBETTA, "La Libertad en el Proceso Penal" de Héctor GRANILLO FERNANDEZ, "Algo más sobre la coerción penal", de Angela LEDESMA, "El nuevo Cód. Proc. de la Nación - Análisis crítico", de Daniel PASTOR, etc., a cuyas obras me remito en homenaje a la brevedad de la presente.-

5- Pues bien; siendo ésta la primer oportunidad que tengo de expedirme como integrante de la Cámara de Casación Penal en este tema en examen, iniciaré mi voto teniendo presente que el encarcelamiento preventivo -hoy en estudio- implica la mayor vulneración de la libertad personal y de los principios de juicio previo e inocencia. Es bien sabido que en el proceso penal se representa un cuadro de tensión permanente entre la actuación del poder penal del Estado -tendiente a averiguar la verdad para asegurar la aplicación de la ley- y su deber de garantizar el respeto de la dignidad del imputado y la plena vigencia de sus derechos fundamentales.- Es fácilmente advertible que una manifestación importante de esta tensión se refleja en los opuestos: prisión o libertad durante el proceso penal, pues mientras el encarcelamiento preventivo asegura del modo más firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, pero vulnerando al mismo tiempo de manera cruenta los derechos fundamentales del imputado. En cambio, la libertad irrestricta durante el proceso no importa afectación a esos derechos, pero pone en peligro -por la posible fuga del imputado o la hipotética obstaculización de la investigación- la realización del juicio y la aplicación de la ley.-

El gran interrogante -teórico, y a la vez práctico, es decir, en cada caso concreto- es: en qué supuestos, y con qué fundamentos, se decidirá la oscilación de este péndulo hacia uno u otro de los polos en tensión?. En otras palabras ¿En qué casos el imputado vivirá su proceso penal en libertad, y en cuáles será privado de ella?.-

Para responder a tal pregunta, en esta ocasión y para no ser reiterativo con mis anteriores decisiones como Vocal de la Cámara del Crimen, -cuando efectué una interpretación racional, sistemática y constitucional de las normas procedimentales en juego- desarrollaré ahora mi postura partiendo de la normativa consagrada en los Pactos y Tratados Internacionales que, como es bien sabido, integran el bloque constitucional desde el año 1994, por imperio de la cláusula contenida en el Art. 75 inc. 22º de la C.N.. Por supuesto, que en este examen no faltará la necesaria complementación de aquélla normativa con las cláusulas contenidas en las Constituciones Nacional y Provincial.-

Porque, liminarmente, debo decir que para la correcta solución de este dilema, no se debe perder de vista la vigencia de UN PRINCIPIO de PRINCIPIOS, básico en los sistemas jurídicos pertenecientes al Estado de derecho moderno: la supremacía de las reglas constitucionales y de los catálogos de derechos humanos supranacionales y supraconstitucionales.- Desde 1992 la Corte Suprema de Justicia estableció (en el caso "EKMEKDJIAN C/ SOFOVICH"), la jerarquía superior de los Tratados Internacionales, siendo el Fallo "GIROLDI" donde expresamente le reconoció jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos y luego, en el caso "BRAMAJO" admitiendo la relevancia de la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la que debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales) a punto tal que la Corte Suprema de la Nación ha establecido la obligatoriedad de los fallos y opiniones consultivas y la consecuente responsabilidad del Estado argentino por no acatarlas, mencionándose -a título de ejemplo, lo resuelto en el caso "RIOPAR". Allí, el Alto Tribunal dijo: "*reviste gravedad institucional la posibilidad que se origine la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales*" (FALLOS 319:2411, confr. Alberto BOVINO en NDP 1998-B-631, pag.633/635). Todo ello, de la mano del Informe Nº 1/95 de la Comisión IDH que dice: "*las violaciones a derechos humanos protegidos por la Convención Americana que sean el resultado de actos u omisiones atribuibles a cualquiera de los órganos de un Estado, generan responsabilidad internacional para éste último.*"

Creo necesario, entonces, recordar que han establecido tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, teniendo en cuenta asimismo lo que se ha resuelto específicamente tanto en la Corte Interamericana como en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.-

En ambas Convenciones Internacionales, en relación al tema ahora en estudio, se habla expresamente de tres "principios" interrelacionados: **a)** Status de inocencia del imputado.- **b)** Situación de libertad ambulatoria durante el proceso.- **c)** Condiciones de la Prisión Preventiva.- A su lectura textual me remito por cuestión de tiempo y espacio; aquí simplemente menciono las normas establecidas en dichos Pactos:

a)

El principio de inocencia tiene expresa cabida en los Arts. 14º, párrafo 2 del PIDCyP y en el Art. 7º, párrafo 5 de la C.A.D.H.. Antes de éste, ya la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre lo había establecido en su Art. XXVI.- Nuestra Carta Magna lo repta en el Art. 18, y la Constitución de la Provincia lo trata en su Art. 54.-

b)

La libertad ambulatoria se encuentra prescripta en el Art. 9º, inc. 1 del PIDCyP, y en el Art. 7º, párrafo 2 de la C.A.D.H.- La Constitución Nacional en su Art. 14 y la Const. Provincial en el canon 31.-

c)

Finalmente, la prisión preventiva halla sustento normativo en los Arts. 9º, párrafo 3 de la PIDCyP, y en el 7º, párrafo 5 de la C.A.D.H.. Este instituto NO es contemplado -expresamente- en las Cartas Magnas nacional y provincial, sin perjuicio de su jurisprudencial aceptación, como más adelante lo veremos.-

De la citada normativa supranacional emerge, con meridiana claridad, que la prisión preventiva constituye una medida de coerción en el proceso penal, que sólo debería tener como fines asegurar la realización del proceso, el juicio y la ejecución de la pena.- (Confr. **GARCIA, Luis** en "La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal", Abaco, 2002).-

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe N° 12/96 de fecha 01/03/96 (por denuncia de Jorge Alberto GIMENEZ) estimó que "...el objetivo de la detención preventiva era asegurar que el acusado no se evadiera o interfiriera de alguna manera en la investigación judicial". Subrayó que "... la detención preventiva era una medida excepcional y que se aplicaba solamente en los casos en que había una sospecha razonable de que el acusado podía evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia".-

Igualmente, en el Derecho Comparado y Consultivo se reconoció al entorpecimiento de la investigación -además de la posibilidad de fuga- como un suficiente sustento para fundamentar una prisión preventiva. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), justificó la prisión preventiva cuando se trataba de situaciones en que la liberación del imputado ponía en riesgo la supresión de prueba (casos "**WEMHOFF C/ REPUBLICA FEDERAL de ALEMANIA**" e "**IMRE C/ HUNGRIA**") o posibilitaba presión sobre los testigos que pudiera entrañar un cambio en los dichos de éstos (casos "**LETELIER C/ FRANCIA**" y "**CONTRADA C/ ITALIA**").-

Y si nos ceñimos a la normativa consagrada en nuestra Carta Magna, tengamos presente que el Derecho procesal penal es, en verdad (como nos enseñara **VAZQUEZ ROSSI**) Derecho Constitucional reglamentado.- Fue **ROXIN** quien en algún momento se refirió al derecho procesal penal en su dependencia histórico-cultural de la Constitución estatal, calificándolo además al derecho procesal como "sismógrafo" de la Constitución.-

En esta línea, es indudable que el Derecho Procesal Penal, por su naturaleza instrumental, reglamenta el proceso penal según las líneas estructurales que fija la Constitución del Estado. El Derecho Constitucional prevé, en detalle, tanto reglas de organización judicial para enjuiciar penalmente, como reglas específicamente referidas al procedimiento, las que, armonizadas y reformuladas en la ley procesal, deben ser la expresión del proceso penal seleccionado por el constituyente.-

En el caso de nuestra ley fundamental, varias son las reglas que estructuran un proceso determinado y que son llamadas BASES CONSTITUCIONALES del enjuiciamiento penal o PROGRAMA CONSTITUCIONAL, a las que se añaden las que enuncian los pactos internacionales de derechos humanos.-

El programa procesal penal de la Constitución estatal impone la reglamentación básica de las medidas de coerción personal que puede utilizar el derecho procesal penal y regula, específicamente, la finalidad de esas medidas, los requisitos necesarios para su procedencia y los límites de su ejercicio. Es decir, la C.N. establece los lineamientos básicos para saber en qué casos el péndulo de los riesgos procesales (al que me referí "ut supra") se orientará hacia la vulneración de los derechos fundamentales del imputado y en qué casos será el Estado quien deberá soportar los riesgos de respetarlos a ultranza.-

Los Arts. 14 y 18 de la C.N. consagran el derecho de todo habitante a gozar de su libertad personal, y de contar con un proceso antes de ser condenado. Este derecho sólo puede ceder, en el ámbito que estamos analizando, ante la pena impuesta a través de un juicio previo, oral y público (y estoy tentado de decir, además, por jurados) fundado en una ley previa, llevado a cabo por el Juez natural, respetando todas las garantías que le C.N. le otorga al imputado. Fundamentalmente, antes de la sentencia el imputado debe ser tratado como inocente, es decir, no puede ser encerrado como si ya estuviera condenado. En resumen: la libertad sólo puede ser privada por aplicación de la pena estatal a través de un "proceso limpio" ("fair play", "due process of law", proceso legal y regular", "debido proceso", etc.).-

Esto significa que en el programa procesal penal de la CN el punto de partida para el tratamiento de este tema es la vigencia de la garantía de toda persona perseguida penalmente a ver y vivir su proceso penal en libertad.-

Sin adentrarme en aquellas posiciones (extremas, y que por ello no comparto) que afirman la inconstitucionalidad de la prisión preventiva, creo que es posible aceptar la existencia de un derecho constitucional del Estado a encarcelar preventivamente, desde que el Art. 18 C.N. admite el arresto (bajo orden escrita de autoridad competente).-

De allí que según la C.N., la ley reglamentaria del proceso penal debe establecer la libertad como regla, y el encarcelamiento preventivo sólo puede funcionar como excepción.-

Del mismo Art. 18 C.N. se desprende que el fin de la privación de la libertad durante el procedimiento, es sólo el de seguridad de los fines del proceso ("*...las cárceles serán sanas y limpias para seguridad...*").-

La privación de la libertad anterior a la sentencia sólo será constitucionalmente admisible -como razonable restricción al derecho de todo habitante a permanecer en libertad durante el proceso- si además del obvio "fumus bonis juris" (esto es, que el imputado aparezca, con gran probabilidad, sospechado de haber cometido un hecho punible reprimido con pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento), y de la también obvia necesidad de que el imputado haya podido conocer la intimación y cuente con abogado defensor y oportunidad de ser oído, se crea fundadamente que la libertad del imputado pone en peligro los fines del proceso, esto es, averiguar la verdad y aplicar la ley sustantiva (peligro procesal); en otros términos, peligro de fuga o peligro de entorpecimiento, ("periculum in mora"), metas éstas que son universalmente reconocidas por la literatura especializada en el tema.-

Profundizando algo más: la decisión debe estar fundada en la comprobación fehaciente de los extremos que la justifican, que - lo reitero- son: el peligro de fuga (porque afecta el fin de realizar el juicio y eventualmente aplicar la ley penal), o el peligro de entorpecimiento de la persecución (porque afecta el fin de averiguar la verdad). Doy también por supuesto que la presencia de dicha situación de peligro para los fines del proceso, debe ser razonable y verosímil, siendo el Estado -si quiere aplicar un encarcelamiento preventivo constitucionalmente autorizado- quien debe probar sus presupuestos.-

Va de suyo -ya lo dije antes- que estoy absolutamente en contra de las presunciones "jure et de jure" (como las previstas en el Art. 313 inc. 1º o 314 inc. "a" del CPPER) pues de ser así, tales normas resultarían inconstitucionales. Sin embargo, creo que no resulta necesario llegar a la sanción más grave que preve el ordenamiento jurídico, si existe un modo interpretativo de las normas procesales que mantenga la validez constitucional.-

Finalmente, como criterio rector y habida cuenta que la prisión provisional se asemeja en su apariencia externa a la pena privativa de libertad, entiendo que será contrario al reglamento procesal penal todo encarcelamiento preventivo que se imponga como pena anticipada, es decir, fundado en la necesidad de aplicar -durante el proceso- los fines de la pena estatal, y no con la función de asegurar los fines del proceso (como es la interpretación sustantivista de la prisión preventiva).- Aclaro además que pienso que la "similitud" o " semejanza" entre la prisión preventiva y la pena de prisión, es indudablemente práctica, un dato de la realidad, porque en rigor de verdad no se está cumpliendo -en lo cotidiano- con la manda 54 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos: "*En ningún caso la prisión preventiva se cumplirá en las cárceles públicas destinados a penados..*".

Colofón de todo lo dicho, considero que actualmente nadie discute que las dos grandes vertientes (ya veremos si son las únicas) que justifican de manera legítima el encarcelamiento preventivo, son aquéllas que la doctrina ha unificado bajo el común concepto de "riesgo" o "peligro" procesal, y que se muestran bajo la idea de la obstrucción a la labor investigativa (porque afecta la búsqueda de la verdad, que es uno de los grandes fines del proceso penal) y la posibilidad de fuga (porque al no existir el juicio en rebeldía, impide la realización del debate y, eventualmente, la ejecución de la pena dictada).-

No puedo avanzar hacia el examen particularizado del caso traído a conocimiento de este Tribunal, sin antes expresar, en breves párrafos, mi discrepancia con otros dos criterios que en algunas ocasiones se han utilizado para denegar la excarcelación: me estoy refiriendo al criterio de la alarma social y la peligrosidad del sujeto.-

Son, ambos supuestos, criterios de neto corte sustantivista (o metaprocesal) proscripto por la C.I.D.H. y la Corte I. D. H. desde el caso "**SUAREZ ROSERO**" donde se estableció la prohibición de legitimar el encarcelamiento de inocentes en fines de tipo sustancial. El Estado no puede, bajo ninguna circunstancia, fundamentar el dictado o la mantención de la prisión preventiva, en la presunta peligrosidad sustancial -o social- del imputado, pues ello implica lisa y llanamente un adelantamiento de pena.-

Al respecto, La Corte Interamericana ha dicho que la Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva, los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial.-

Por ello, se deben desechar los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado o la repercusión social del hecho, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva.-

6- Pues bien; ha llegado el momento de analizar puntualmente el caso traído a conocimiento y decisión de este Tribunal, estudiando ahora si corresponde que Silvio Ramón DIAZ continúe detenido mientras se sustancia el proceso en su contra, o si procede otorgarle la libertad provisoria y esperar, en su caso, una sentencia condenatoria firme para que sea legítimamente encarcelado.-

En esta labor, resulta difícil no considerar la naturaleza del hecho delictivo que se le enrostra, cuya existencia y autoría material siquiera el propio justiciable puso en tela de juicio. Incluso, tampoco se discute en esta instancia la provisoria calificación legal - HOMICIDIO SIMPLE, Art. 79 del Cód. Penal- aunque la Defensora deslizara en la audiencia oral -casi como al pasar- que no consentiría tal encuadre típico pues entendía que se trataba de un homicidio imprudente.-

Más allá de eso, se trata de un hecho de ribetes inusuales, pero varias de las circunstancias que a primera vista conducen a la afirmación de encontrarnos ante un grave hecho (como la excesiva velocidad a la que DIAZ conducía su automóvil, su estado de embriaguez y/o bajo los efectos de drogas y/o estupefacientes, la notoria violación de las elementales reglas que rigen en el tránsito vehicular, etc) son las que, precisamente, justificaron el dictado de una resolución de mérito positivo en su contra (Auto de Procesamiento) y la antes mencionada calificación legal. No podemos, ergo, utilizar esas mismas pautas y parámetros para legitimar la prisión preventiva, porque entonces sí le damos razón a quienes afirman que esta medida cautelar es, en realidad, un anticipo de pena encubierto, una "**pena prohibida**", al decir de Daniel ERBETTA.-

De todas maneras, insisto en que la sola gravedad del delito, su naturaleza, la pena en abstracto, no es dirimente "per se" para denegar la excarcelación de un justiciable. Por esa razón es que la Jurisprudencia entrerriana se ha destacado en otorgar la libertad provisoria de imputados por la comisión de gravísimos delitos a Marcelo COSTA, a Liliana RIVAS, HASENAUER, BRUSELARIO, etc. (en los casos referidos, por delitos de HOMICIDIO CALIFICADO y ABUSO SEXUAL AGRAVADO) .-

De ninguna manera puedo hablar en el subjúdice de "reiteración delictiva" (este es el primer hecho ilícito que se le reprocha a DIAZ), y el posible riesgo de que vuelva a cometer un delito similar en el futuro, se neutraliza con una simple orden de abstención provisional y temporaria de conducir vehículos de cualquier clase, mientras dure este proceso y hasta el dictado de una sentencia que resuelva en forma definitiva su situación vinculada al conflicto subyacente.-

Ya dije que la "alarma social" no es admisible como causal obstativa de la excarcelación; tampoco lo es la "peligrosidad personal", porque la utilización de una detención con fines de prevención general constituye una violación a una de las garantías procesales consagradas en las revoluciones liberales del siglo XVIII en tanto el Estado, como Estado de Derecho, sólo puede privar de la libertad a una persona (que es inocente) luego de la realización de un juicio.- Por último, tampoco acepto -como causal autónoma de restricción de la libertad provisional- el argumento de la "evidencia" acerca de la materialidad del hecho y su autoría: en relación a ello, entiendo que la situación de "flagrancia" autoriza o legitima la aprehensión sin orden judicial, y justifica además proseguir un trámite procesal distinto (en el nuevo Código Procesal). Estimo

que de ser cierto que nos encontramos ante un panorama fáctico-probatorio completo, entonces lo atinado es cerrar la investigación y remitir la causa a juicio cuanto antes, e incluso sondear la posibilidad de un procedimiento abreviado.- Pero nada de lo "ut supra" referido legitima, a mi entender, la prisión preventiva.-

Volvamos al comienzo: ¿Hay indicios suficientes, objetivos, valederos, que permitan válidamente pensar que DIAZ eludirá la acción de la Justicia?. Cabe aquí darle razón a la Abogada Defensora cuando afirmó que su pupilo tiene familia, domicilio fijo, arraigo, trabajo (aunque precario, relativo o poco retributivo). Las afirmaciones que el imputado brindó en el acto de su indagatoria (que vive en calle Soler N° 2976 de Paraná, ciudad donde nació y donde siempre residió, que su madre Elvira Luero vive en ese mismo domicilio, que es gestor de automotores, etc.) no han sido desvirtuada por probanza alguna, y por otra parte, son escasas las posibilidades de huir del país. De todos modos, cualquier intento de fuga se desbarata con el retiro del pasaporte y con la pertinente comunicación a las autoridades migratorias, amén de imponerle la obligación de presentarse periódicamente ante el Juzgado que corresponda para dar cuenta de su domicilio actual.-

¿Es dable pensar que, de recuperar DIAZ su libertad locomotiva, pueda hacer mal uso de ella e intente obstaculizar la labor de la Justicia, entorpeciendo la investigación?. Me parece muy poco creíble, ya que advierto que la Instrucción está muy avanzada, y según la Jueza interviniente en esa instancia, sólo resta una pericia psiquiátrica - psicológica. Pensar que estando en libertad pueda "asesorarse" para influir en el resultado de dicha prueba, me parece absurdo. De aceptarse esa línea de pensamiento, tendríase que detener preventivamente, entonces, a todos los imputados a quienes corresponde realizar una pericia de ese tipo.-

En resumen; denegar la libertad ambulatoria, y convalidar el dictado de una prisión preventiva con el argumento de la gravedad de la pena, la escasa actividad laboral del imputado, la carencia de vínculos afectivos sólidos o la condición de adicto a las drogas y al alcohol (que son los únicos a los que hace referencia el Punto IX del pronunciamiento en crisis, obrante a fs 312/316, a mi juicio NO son fundamento jurídico suficiente para restringirle a DIAZ su derecho constitucional a vivir en libertad durante el proceso penal incoado en su contra.-

Incluso, la alegada adicción a las drogas y al alcohol -que fue otro de los argumentos utilizados para pretender el encarcelamiento preventivo de DIAZ- puede constituirse en razón o motivo para conminar al justiciable a realizarse un tratamiento -siempre que profesionales médicos así lo indiquen- justificándose una medida restrictiva de tal naturaleza en la circunstancia de que cualquier sustituto de la prisión es preferible antes que ésta, y además con ello se procura alcanzar un beneficio para el imputado.-

Finalmente, voy a rechazar enfáticamente la equivocada idea de que hay que tratar al imputado DIAZ como "cosa" y no como sujeto. Muy por el contrario, la legitimidad intrínseca del Estado de Derecho y del ordenamiento jurídico, es precisamente que seguimos reconociendo al imputado, como a una persona, como un sujeto de derecho. Y si se lo declara responsable por la comisión de un delito, y se le aplica una pena, es justamente porque el Derecho lo considera una persona, y no una "cosa".-

Así, la Corte IDH dejó sentado, en el Fallo "**VELAZQUEZ RODRIGUEZ**" que *"por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana".-*

En resumen: la libertad provisoria o caucionada del imputado DIAZ se impone a poco que el Juez aplique los Pactos y Tratados Internacionales, la Constitución Nacional y Provincial, y el mismo Código Procesal Penal de la Provincia de E. Ríos - interpretado éste como ya lo hemos expresado, a la luz de aquéllos ordenamientos supranacionales.-

Por supuesto que esta libertad no va a ser -de compartirse mi criterio- total y absoluta, sino que le serán aplicables las restricciones que en su momento señalé, siempre en resguardo de los fines del proceso penal, siendo deseable, finalmente, **que la averiguación de las circunstancias del presente caso culmine lo más rápido posible, para que los hechos investigados y enrostrados al encartado se ventilen cuanto antes en audiencias orales y públicas**, para saber recién allí si DÍAZ es culpable del ilícito que se le atribuye y cuál es, eventualmente, la pena que corresponde asignarle.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta la Señora Vocal, Dra. **DAVITE**, manifiesta:

Sobre la base de los precedentes sentados en los fallos Delfín- Borro por parte de la Sala Penal del STJER, adhiero a la premisa de que la prisión preventiva debe ser aplicada en muy limitada medida conjuntamente con el afán que hagan al derecho a un juicio pronto que resuelva la situación de incertidumbre que debe sobrellevar el sospechado.-

Por ello, comparto la solución propuesta por el colega preopinante, y estoy de acuerdo también en que, entre las medidas restrictivas deben incluirse el impedimento para conducir cualquier tipo de vehículos, y la imposición de un tratamiento curativo que aborde el consumo problemático de estupefacientes por parte de DÍAZ, pero agregó que tal medida deber ser impuesta en los términos del art. 19 de la ley 23.737.-

Ello así en tanto, el universo de situaciones que se nos presentan, nos obligan a repensar la naturaleza y finalidad de las instituciones jurídicas en supuestos como el presente, donde es necesario dar una respuesta desde el ordenamiento jurídico.-

En ese orden es dable recordar que el ordenamiento jurídico responde con penas y medidas de seguridad pos-delictuales, y en paralelo, antes de la sentencia y durante el proceso penal se adelanta la coerción mediante el instituto de la prisión preventiva y de las medidas preventivas de seguridad. A su vez, estas medidas pueden recaer sobre inimputables o sobre imputables, en este último supuesto pueden ser impuestas junto con la pena, de acuerdo al sistema vicarial, distinguiéndose entre las curativas, educativas y de seguridad.-

Si se admite que se trata de medidas de coerción, sobre una persona que goza del principio de inocencia, los motivos por los cuales se aplica deberán, por tanto, ser explicitados, razonados y argumentados; y su duración, claro está, tenida en cuenta desde el momento mismo de su aplicación.-

El escaso rendimiento empírico de las medidas de seguridad y su vinculación a un derecho penal de autor ha puesto seriamente en crisis el instituto, al punto que, parte de la doctrina ve con muy buenos ojos su eliminación del sistema penal. Sin embargo creo, que la circunstancia de que se haya hecho un mal uso de la figura legal no debería ser la razón para reclamar su absoluta supresión, sino que corresponde, en todo caso, al igual que con la pena, esclarecer la cuestión de cómo puede legitimarse su aplicación en el marco del Estado de Derecho y frente al mismo afectado.-

El principal cuestionamiento que se le hace a las medidas de seguridad es la imposibilidad de pronosticar el comportamiento humano futuro, de modo que el vaticinio queda librado a la intuición judicial o a los resultados de las estadísticas, entonces, como señala Frisch: "no es de sorprender que un instituto respecto del cual los presupuestos centrales para su ordenación están definidos de este modo no cuente con el aprecio del aplicador del derecho consciente de su responsabilidad", por lo que es evidente que a la hora de aplicar una medida se debe abandonar el presupuesto "del grado de probabilidad" y recurrir a otro tipo de dato que legitime, frente al sujeto particular, la aplicación de una medida, sobre todo en casos como el presente en el que se trata de un sujeto responsable. (conf. Wolfgang Frisch "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal" publicado en el sitio de Internet InDret, revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio 2007).-

Una primera justificación podría surgir de la misma finalidad de prevención especial: es necesario que del autor provenga el riesgo de ulteriores delitos, tiene que ser "peligroso" y la medida ha de servir para conjurar ese peligro. La antigua doctrina influida por las ideas del positivismo no encontraba en esto ninguna dificultad, puesto que en las medidas sólo estaba en juego la cuestión de su utilidad con arreglo a fines. Sin embargo, a partir de los excesos cometidos por el régimen nazi en nombre de su utilidad social, la doctrina jurídico penal de la posguerra debió determinar con precisión los presupuestos legitimadores de una injerencia en la libertad individual que no responda al principio de culpabilidad.-

Ahora bien, en la justificación de las medidas, el debate se centra principalmente en relación a las de seguridad de tipo eliminatorio, en tanto las educativas y curativas se legitiman por los fines que persiguen.-

En este orden de ideas, la medida curativa tiende a eliminar la peligrosidad actuando terapéuticamente sobre el factor morboso que la determina y la intención es preservar a la persona y a la seguridad de terceros. En definitiva, la legitimación de las medidas curativas no deriva exclusivamente de la defensa social, sino también, y preponderantemente del respeto al otro como ser humano, a quien se lo limita, pero con el objetivo de procurarle la posibilidad de una curación o al menos de una mejora.-

Patricia Ziffer destaca que la doctrina más moderna y garantista entiende que el principio del interés preponderante, constituye un fundamento válido con la salvedad de que sólo cubre un segmento de la justificación. Esto es así, porque cuando el Estado se presenta con el ejercicio del poder soberano debe hacerlo al servicio de intereses valiosos o preponderantes dentro del ámbito de sus funciones (protección de bienes jurídicos frente a daños). Pero además y en pie de igualdad, debe respetar los derechos del individuo (conf. Medidas de Seguridad- Pronóstico de Peligrosidad en Derecho Penal. Ed. Hammurabi- 2008).-

Según la misma autora, "...en un Estado de Derecho, toda injerencia estatal ha de producirse con sujeción a límites, en el caso de las penas, el límite es estricto y deriva del principio de culpabilidad, respecto de las medidas de seguridad, en cambio, rige la regla general de la prohibición de excesos, y su consecuencia: el principio de proporcionalidad. Lo decisivo por lo tanto, será determinar si el peligro que emana del autor para intereses jurídicamente protegidos tiene tanto peso como para que parezca razonable la injerencia en sus derechos personales, es decir necesaria para repeler ese peligro.(conf. SANCINETTI, Marcelo A., "Casos de Derecho Penal" Parte General Tomo 1, 3º ed. Hammurabi, 2005, p.319).-

Sobre la base de estos argumentos, a la hora de aplicarse una medida es necesario ponderar entonces dos deberes estatales en conflicto: el de proteger de futuros daños a los bienes jurídicos y el de respetar los derechos de los individuos.-

La ley 23.737 establece en su art. 16 una medida de seguridad curativa para condenados por cualquier delito, que consiste en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación, y que -conforme lo dispone el art. 19- puede aplicarse preventivamente al procesado cuando prestare su consentimiento para ello o cuando existiere peligro que se dañe a sí mismo o a los demás.-

Tratándose de una medida curativa pos-delictual la peligrosidad es concebida como un juicio de probabilidad en base a argumentos que descansan en hechos y no solamente en condiciones subjetivas abstractas. Como ya lo señalé, no se trata de la "peligrosidad" de las teorías positivistas, ya que aquellas se nutrían de un saber pseudo-científico que equiparaba factores de índole psicobiológico y sociales a las conductas criminales, sino en un juicio que se sustenta en las circunstancias fácticas acreditadas; de allí que haya un abismo entre afirmar que una persona es peligrosa por su forma de ser, a sostener que los es -para sí misma y para los demás- porque ha ocasionado una muerte en un contexto vinculado al consumo de estupefacientes.-

Ha sido el mismo legislador quien, en el ámbito de su competencia, ha estandarizado y regulado las situaciones de peligro y con el mismo criterio -preventivo- que tipifica los delitos de peligro, tipifica también las medidas de seguridad.-

El art. 16 de la ley de estupefacientes es una muestra de ello, se trata de una medida que requiere, en primer lugar, una condena (condicional o no) por cualquier delito, ya sea incluido en esa ley u otro cualquiera. El art. 19 prevé expresamente, que en el caso de que el imputado preste su consentimiento o pueda dañarse a sí mismo o a los demás, el juez preventivamente puede ordenar el tratamiento.-

Resta analizar si se dan en el caso los presupuestos materiales que habilitan la imposición de una medida curativa de las previstas en el art. 19 de la ley 23.737, y entonces corresponde verificar que el hecho se encuentre acreditado con grado de probabilidad, que Díaz es adicto a los estupefacientes y que la medida es proporcional.-

En cuanto al primer requisito considero que la flagrancia elimina todo tipo de cuestionamiento en relación al elevado grado de probabilidad acerca de la existencia del hecho y la participación de Díaz.-

En cuanto a su adicción, si bien aún resta el diagnóstico médico que la acredite, existen en la causa numerosos elementos que permiten afirmar que al menos mantiene un "consumo de tipo problemático", que se define como aquel tipo de consumo que directa o indirectamente ya produce consecuencias negativas para el individuo o para terceros, en las áreas de salud, armonía familiar, rendimiento (laboral o escolar) seguridad personal y funcionamiento social. (conf. documento de la comisión interdisciplinaria de expertos en adicciones "Guía de orientación a la Magistratura para la Adecuada Atención de Personas Consumidoras de Sustancias Psicoactivas").-

Según las constancias de la causa, al momento de ser revisado en el Hospital "San Martín", Díaz se encontraba lúcido, orientado en tiempo y espacio y colaborador con el examen, relató que ya había pasado por otra colisión, que tuvieron que armarlo de nuevo, y tenía restos de polvo blanco en ambas fosas nasales (fs. 42). Cuando lo revisó el equipo del Departamento Médico Forense, constataron que se encontraba: "lúcido, vigil y conciente, orientado témporo espacialmente, con conciencia de situación, con capacidad de comprensión y elaboración de respuestas de manera espontánea. Refiere consumo de psicofármacos (clonazepan y alprazolán), los cuales, según sus dichos son automedicados.". Por su parte, en el informe químico que obra a fs. 77, consta que se detectó en orina la presencia de COCAÍNA y sus metabolitos.", y en el que obra a fs. 188 se constató que, tanto en la orina como en la muestra de hisopado nasal realizado a Díaz, se detectó la presencia de COCAÍNA y LIDOCAÍNA.-

Además, se peritó un pequeño envoltorio que se encontraba dentro del automóvil en el que se conducía el imputado, cuyo resultados obran a fs. 199 y conforme al cual: "en la muestra de polvo blanco contenida en la bolsita de nailon color amarillo se detectó la presencia de cocaína, ecgonina methyl ester, trans-cinnamoylcocaína y levamisol. La ecgonina methyl ester y la trans-cinnamoylcocaína son metabolitos de cocaína. El levamisol es un antiparasitario utilizado en los procesos comunmente denominados estiramiento de cocaína.".-

En este punto es imposible soslayar la descripción que el mismo imputado hizo acerca de su consumo de sustancias estupefacientes, en las dos oportunidades que compareció a prestar declaración indagatoria, en las que, a preguntas formuladas por su defensor respondió que: desde el día anterior venía consumiendo alcohol y cocaína; es adicto a los estupefacientes, especialmente a la cocaína y que en la unidad penal toma la medicación que le indicó el médico "pero además consume todo lo que puede".-

Por último, teniendo en cuenta la gravedad del hecho que se investiga y la conmoción social que generó, la restricción que eventualmente implicará un tratamiento -beneficioso en primer lugar para el mismo imputado- resulta verdaderamente insignificante.-

De acuerdo a lo dicho, entiendo que es proporcional y prudente la restricción impuesta por el Vocal que me precede, que la decisión adoptada se enmarca en el tratamiento de las adicciones que prevé la ley de salud mental N° 26.657 y que su implementación coercitiva como "medida curativa preventiva" encuentra su quicio en lo dispuesto en el art. 19 en función del 16 de la ley 23.737.-

Por todo ello, adhiero sin reservas a la solución contenida en el voto precedente.-

Así voto.-

A su turno el Señor Vocal, Dr. **CHAIA**, expresa:

I-

Habiendo, el Señor Vocal de primer voto realizado un exhaustivo análisis de las posturas parciales y las circunstancias del caso, en honor a la brevedad he de remitirme a ellas, ingresando así al tratamiento del *thema decidendi*.-

II

- En ese sentido, sin perjuicio de coincidir con la solución propuesta por el doctor PEROTTI, debo realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar entiendo necesario analizar los fundamentos volcados en el punto IX. de la decisión impugnada a propósito de verificar si resultan suficientes para confirmar una medida cautelar que tiene por objeto la restricción de la libertad ambulatoria

previo al dictado de sentencia en función de los agravios expuestos por la defensa y la contestación brindada en audiencia por la acusación pública y privada.-

En esa senda, vemos que el resolutorio atacado resuelve no conceder la excarcelación teniendo en cuenta *"la gravedad de la pena que eventualmente correspondería imponer, la escasa actividad laboral del imputado, la carencia de vínculos afectivos sólidos y la condición de adicto a las drogas y el alcohol que toman peligrosa su personalidad"*.-

Ahora bien, confrontando esos argumentos con las posturas doctrinarias absolutamente mayoritarias y la interpretación enarbolada desde hace tiempo por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos es dable advertir que los mismos no se dirigen a conjurar la eventualidad cierta y concreta que el instituido en libertad pudiera perjudicar el desenvolvimiento normal de la actividad judicial, poniendo en riesgo la aplicación genuina de la ley penal.-

En otros términos, la sentencia enumera aspectos que hacen a la investigación pero no los desarrolla, ni computa datos que expresen aspectos concretos demostrativos de la existencia de lo que se denomina *"peligro", "enturbiamiento" o "riesgo de daño jurídico o procesal"* que permitan obstaculizar el acceso a la libertad ambulatoria y por tanto que autorice su restricción excepcional hasta que esas circunstancias se neutralicen, desaparezcan o se dicte sentencia condenatoria -entre otros ver: "SOSA", Sala Penal, STJER, 04/07/08; "VILLAGRA", Sala Penal, STJER, 10/10/08; "MUÑOZ", Sala Penal, STJER, 28/08/07; "OJEDA", Sala Penal, STJER, 14/03/07, en sintonía: MAIER, "La privación de la libertad durante el procedimiento penal", La cultura penal, Del Puerto, 2009, p.401.-

Recordemos que al amparo de la doctrina casatoria analizada, la libertad durante la tramitación del proceso es la *"regla"* y que la *"excepción"* es la prisión preventiva, cuestión prevista en el artículo 9 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, tomado por el artículo 18 de la C.N. -y arts. 7 y 8, CADH-, caso contrario se ha dicho, que la restricción importaría una violación ilegítima del estado de inocencia que ampara al imputado hasta el dictado de una sentencia condenatoria.-

Por tal motivo, al imponer la coerción personal *"las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia."* -CIDH, "Bayarri vs. Argentina", con cita de la causa "Chaparro vs. Ecuador", en esa línea: CSJN, "Gómez", 311:652, "Estevez", 320:2105, "Napoli", 321:3630 y "Trusso", 326:2716.-

Se colige entonces que la prisión preventiva no se sustenta sólo en la ley o la facultad de quien la dicta, requiere siempre un juicio de "proporcionalidad" entre sus fines y los elementos de convicción que la avalan y la conviertan en **a)** necesaria, **b)** indispensable, **c)** proporcional *strictu sensu* y **d)** de duración razonable. En este caso podría ser necesaria e indispensable al inicio, pero luego de cuatro meses, con la investigación prácticamente concluida, ha dejado de serlo y puede ser sustituida.-

Y si bien creo que la privación de la libertad en la génesis del proceso puede ser razonable hasta tanto se materialicen las medidas urgentes, incluso en el marco del procedimiento de flagrancia tal como prevé el nuevo CPP, en este caso se ha perdido un valiosísimo tiempo al elevarse las actuaciones principales -artículo 473 del CPP- para el tratamiento del recurso, impidiendo la continuidad de la investigación a más de cuatro meses del luctuoso hecho que nos ocupa.-

Sentado ello, habré de repasar los motivos que llevan a la acusación a pedir la mantención del encierro preventivo de DIAZ. En ese andarivel la fiscalía habló de "*necesidad de aseguramiento cognitivo*", "*flagrancia*" y sus efectos probatorios y sociales, la "*gravedad del injusto*", en tanto la querrela lo motivó en la proporcionalidad del hecho y la pena, la conducción por la vida de DIAZ a quien caracterizó de drogadicto y alcohólico, las circunstancias del caso, el mensaje que se daría a la sociedad, entre otras cosas.-

Ahora bien, analizando esos argumentos en pos de decidir sobre la libertad personal del acusado previo a la sustanciación del juicio y sobre la base de los principios rectores antes enunciados, debo señalar que más allá de la gravedad del hecho investigado, las consecuencias del ilícito, el modo de vida que lleve DIAZ y la repercusión social que ha tenido este lamentable hecho, considero que tengo el deber de ponderar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que adopto en punto a poder mantenerlas coherentemente en función de otros casos que he resuelto y seguramente deberé resolver en el futuro en orden al actual desarrollo de la ciencia volcando en el presente los motivos que apuntalan la solución adoptada, evitando comprometer la responsabilidad Internacional del estado ante la conculcación de preceptos supranacionales.-

Considero que ni la personalidad del imputado, ni su conducción por la vida pueden sustentar *per se* la prisión preventiva ante un derecho penal de "acto". La CIDH, ha sido contundente en indicar que "*las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva*" -ver: "Lopez Alvarez vs. Honduras", 01/02/06; sobre la dificultad de evaluar y pronosticar conductas peligrosas: FRISCH, (comp.) "*Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis*", Baden-Baden, 1994.-

Entiendo entonces que los argumentos esbozados por la acusación, no resultan suficientes ni demostrativos de "*riesgo procesal*" que incluso en precedentes recientes -"SANCHEZ", CCParaná, 14/08/14-, percibiendo la creciente tensión entre las necesidades de protección social y las garantías individuales de los ciudadanos sometidos a proceso -"máxima protección vs. máximas garantías"-, he ampliado hacia aspectos que tienen que ver con la imposible convivencia barrial por reiteración de episodios de violencia e intimidación de víctimas y testigos, aceptando el encierro preventivo en los casos comúnmente llamados "*balaceras*" o enfrentamiento de "*bandas*", persuadido que debemos aceptar discutir los "*viejos*" principios o institutos que muchas veces aplicamos sin beneficio de inventario y que han sido torneados al calor de las luchas internas al tiempo de formar y/o consolidar los estados nacionales cuyo poder punitivo debía ser encausado y ciertamente limitado. Pero, para encarar esa faena, se requieren nuevos o renovados elementos de análisis, propuestas innovadoras o superadoras que se sitúen por encima del derecho penal de "autor" o de la "peligrosidad" -conceptos que de algún modo marcaron la actividad represiva de una época- y que no han sido aportados en la especie.-

En ese sentido, si bien la privación de libertad no puede residir exclusivamente en consideraciones "preventivo -generales" ("Chaparro Alvarez vs. Ecuador", CIDH, 21/11/07), sí puede constituir un elemento más que permita ilustrarnos sobre el contexto y las expectativas que el accionar de la justicia genera en la sociedad (ver: Informe 2/97, CIDH, y art. 6.1, Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre procedimiento penal), pero en esta causa no ha se ha alegado, ni demostrado "reiteración" ni "intimidación" a testigos o situaciones similares a las mencionadas por autores que tienen una prédica desde otro ángulo como por ejemplo JAKOBS, quien lo proyecta sobre delitos contra la autodeterminación sexual o la propiedad, donde según el profesor de Bonn, "*el riesgo de reincidencia per se constituye un motivo de ingreso a la prisión provisional*" por tratarse del "*aseguramiento de una fuente de peligro*" -La pena estatal: su significado y finalidad, Civitas, 2006, p. 168.-

Sobre el particular la doctrina nacional y extranjera es contundente en afirmar que para privar de la libertad ambulatoria a una persona sometida a proceso, que aún conserva su condición de sujeto de derecho y el estado jurídico de inocencia **se requiere una sentencia dictada en su contra que reconozca su culpabilidad y le imponga una pena privativa de libertad** destacando la noción de "*medida cautelar*" de la prisión preventiva y descartando la posibilidad de considerarla un "*anticipo de pena*" en consideración de su carácter instrumental -ver: CHIARA DIAZ, "El proceso penal y la coerción personal", RDDP 2005, p. 13 y ss., también: BINDER, Introducción al derecho procesal penal, Ad-Hoc., 2005, p.198 y ss., BOVINO, Justicia penal y derechos humanos, Del Puerto, 2005, p.12 y ss., además: "GAREIS", Sala Penal, STJER, 24/06/11.-

Incluso, desde posturas funcionalistas, cuando se habla de "*asegurar expectativas normativas*" se lo hace desde la lógica de la "*teoría de la pena*", es decir se apela necesariamente a la idea de contradecir a quien quebró la vigencia de las normas imponiéndole una sanción y ello requiere, como presupuesto imprescindible, de un "juicio previo" que tenga como resultado

una "condena". Lo contrario habilitaría a "penar sin condenar". Esta es, según los autores, la "prestación" o "contribución" que el derecho penal hace en un estado al garantizar la "identidad normativa, la construcción de la sociedad" a través de la pena -MONTEALEGRE LYNETT, PERDOMO TORRES, Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Gunther Jakobs, Externado de Colombia, 2006, p. 9 y ss.-

En ese mismo sentido se despacha el profesor HASSEMER al señalar: "*Quien lucha contra la criminalidad en forma prematura, es decir, antes de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de inocencia, le quita valor al procedimiento principal y lesiona sin fundamento jurídico a una persona*" -Crítica al derecho penal de hoy, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 110, ver también: ROXIN, Derecho procesal penal, Del Puerto, 2000, p. 257 y ss.-

Desde esta óptica la "necesidad de aseguramiento cognitivo", la "gravedad del injusto", la "proporcionalidad del hecho y la pena", las características personales y morales del autor deben ser evaluadas y en su caso mensuradas a la hora de resolver el caso en **juicio oral y público tal como expresamente se regula en los artículos 40 y 41 del Código Penal** y a partir de allí, eventualmente imponer la sanción que el Tribunal de Juicio considere pertinente, pero no es éste el momento para hacer ese juicio de valor, estamos en el curso de una investigación y en ese marco, el propósito de la prisión preventiva es otro, sin que se hayan acreditado los extremos que viabilicen su dictado.-

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en el Informe 12/96, "*ninguna persona puede ser objeto de sanción sin juicio previo que incluye la presentación de cargos, la oportunidad de defenderse y la sentencia*" -punto 76- "*El objetivo de la prisión preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional*" -punto 84-. No obstante ello, reconocido a la seriedad de la infracción y severidad de la pena como elementos a tener en cuenta, advirtiendo que dada su inspiración en criterios de "retribución penal", no pueden convertirse, por su duración, en sustitutos de la pena, máxime cuando se pueden adoptar otros medios cautelares -CIDH, "Gangaram Panday vs. Surinam", CIDH, 21/01/94- como los aquí dispuestos y aquellos que las partes puedan proponer.-

En punto a las restricciones quiero aclarar que las impuestas pueden variar en función de las necesidades y propuestas que invito a la acusación pública y privada realicen para mantener los fines buscados en el marco de esta investigación. Ellas no constituyen un número cerrado ni son por naturaleza definitivas; sólo basta con que materialicen sugerencias o alternativas al Señor Juez de la causa para que éste las analice y proceda según corresponda.-

Para finalizar y a propósito de evitar malos entendidos o propagación de información parcializada quiero señalar que con lo resuelto esta Cámara **no está afirmando que DIAZ quedó desvinculado del proceso, que se terminó el caso**, el debate es exclusivamente sobre los argumentos dados y rebatidos en punto a mantener o no el encierro preventivo del acusado -que lleva cuatro meses en prisión- y en tal sentido, si ese encierro puede ser sustituido en función de los propósitos buscados a través de otros medios, como son una caución real y estrictas restricciones que deberá cumplir, bajo apercibimiento de revocación -art. 327 CPP- hasta tanto, se concrete el juicio oral y público.-

Así voto.-

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA EL SR. VOCAL, Dr. PEROTTI, DIJO:

En relación a las costas y atento a la decisión que ha arribado este Tribunal cabe que las mismas sean declaradas de oficio.-

No hubo petición expresa de los Letrados acerca de la regulación de sus honorarios profesionales, de modo que en relación a este punto no cabe decidir nada (Art. 97 inc. 1º de la Ley 7046).-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta la Señora Vocal, Dra. **DAVITE**, expresa su adhesión al voto del Sr. Vocal preopinante.-

A su turno el Señor Vocal, Dr. **CHAIA**, expresa su adhesión al voto del Sr. Vocal, Dr. PEROTTI.-

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto quedando acordada la siguiente sentencia:

HUGO D. PEROTTI

MARCELA A. DAVITE RUBEN A. CHAIA

PARANÁ, 6 de octubre de 2014.-

SENTENCIA

;

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE

:

I- HACER LUGAR al recurso deducido a fs 322/331 por la Dra. Corina BEISEL, revocándose en consecuencia la decisión de fs. 312/316 en lo que concierne a la prisión preventiva del imputado Silvio Ramón DÍAZ, disponiéndose la EXCARCELACIÓN del mismo una vez que efectivice la caución real -cuyo monto será razonablemente fijado por el Juez de Transición actuante.-

II- IMPONER, en carácter de restricciones preventivas, las siguientes: **a)** Prohibición de salir del país, librándose los pertinentes oficios a las autoridades migratorias y policía de frontera.- **b)** Fijar domicilio y no ausentarse ni mudarse de él sin autorización, mientras dure el proceso.- **c)** Presentarse una vez por semana en el Juzgado actuante, en día y hora que se le fijará oportunamente.- **d)** Imponerle la abstención absoluta de conducir vehículos, mientras se tramite la presente causa, oficiándose al respecto a las autoridades policiales y municipales pertinentes.- **e)** Presentarse ante un Organismo -público o privado- para que profesionales examinen y diagnostiquen la necesidad de realizar un tratamiento para la adicción, acreditando tal presentación ante el Juzgado interviniente en el término de 48 horas.-

III- DECLARAR las costas de oficio -arts. 547 del CPP.-

IV- NO REGULAR los honorarios de los Dres. BEISEL y MARTINEZ, porque no fueron expresamente solicitados (Art. 97 inc. 1º de la Ley de Aranceles Profesionales).-

V- Protocolícese, notifíquese, y en estado, bajen, encomendándose al Tribunal de mérito proceda a efectivizar las medidas dispuestas precedentemente, notificando al interno DÍAZ lo aquí resuelto.-

HUGO D. PEROTTI

MARCELA A. DAVITE RUBEN A. CHAIA

Ante mi:

CLAUDIA ANALIA GEIST

-Secretaria-

Se protocolizó. Conste.-

CLAUDIA ANALIA GEIST

-Secretaria-