

Título: La excarcelación en delitos con pena grave: ¿Se habilitó la puerta giratoria de la Justicia? (A propósito del fallo plenario "Díaz Bessone" de la Cámara Nacional de Casación)

Autor: Hairabedián, Maximiliano

Publicado en: Sup. Penal2008 (noviembre), 23 - LA LEY2008-F, 587

Cita Online: AR/DOC/3202/2008

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. - II. El pronóstico de pena futura efectiva como causal de prisión preventiva. - III. El fallo plenario. - IV. Conclusiones.

"Como demuestra la experiencia, por regla general los delincuentes violan la ley penal porque esperan no ser descubiertos o, en todo caso, no ser declarados culpables"⁽¹⁾.

I. Introducción

El título de este comentario fue tomado de la gráfica —y compartida- expresión atribuida al Presidente de la Corte Suprema, cuando recientemente en el coloquio anual de Idea en Mar del Plata declaró que respetar las garantías no significa que la Justicia sea una "puerta giratoria"⁽²⁾.

El pasado 30 de octubre la Cámara Nacional de Casación ha emitido un fallo plenario en la causa "Díaz Bessone", en el que muchos —sobre todo los medios- han creído que habilita la temida puerta giratoria. Dicho acuerdo sentó como doctrina 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 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".

El fallo se expide sobre el sistema de libertad/cárcel del Código Procesal Penal de la Nación que, en lo central, tiene como eje las pruebas de culpabilidad y el pronóstico de pena. Recordemos que las disposiciones en juego son las que autorizan a eximir de prisión o excarcelar cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los 8 años de pena privativa de la libertad; y cuando no obstante ello se estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional —primer condena que no exceda de 3 años de prisión, según art. 26 del CP- (CPPN., 316 y 317). La libertad podrá restringirse también cuando por las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiese gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de lo justicia o entorpecer las investigaciones (Ibib. 319).

El acuerdo es relevante por varios motivos: el tema es de los más importantes en el proceso penal; el Tribunal, por su jerarquía y posición en la estructura judicial argentina fija criterios jurisprudenciales para toda la justicia nacional y federal del país, y más aun tratándose de un fallo plenario.

II. El pronóstico de pena futura efectiva como causal de prisión preventiva

El pronóstico de cumplimiento de cierta pena privativa de libertad efectiva como causal del encierro cautelar es bastante común en el derecho procesal penal argentino. Se basa en la presunción de que el imputado que probablemente afrontará una pena real tratará de frustrar la imposición de la condena y con ello atentará contra los fines del proceso (en términos más simples: eventual condena a cumplir en la cárcel = imputado peligroso durante el proceso).

Esta es la explicación jurídica ⁽³⁾ del tema, para poder justificar la prisión preventiva frente al principio de inocencia (fin meramente cautelar —y no punitivo- que deben tener todas las medidas de coerción).

Partamos de la base que no obstante muchas críticas doctrinarias, la causal de prisión preventiva basada en la pena prevista para el hecho, como el mismo fallo que se comenta lo reconoce, ha sido declarada constitucional por los organismos supranacionales ⁽⁴⁾.

Pero hay distintas formas de interpretarla ⁽⁵⁾:

1) Como una presunción jure et de jure, es decir, que no admite prueba en contrario. La concurrencia de evidencias de cargo y una pena futura importante genera automáticamente y sin mayor discusión la privación de libertad. Para ser más gráfico: pruebas + pena esperable efectiva= detención o prisión preventiva. Era una posición que podríamos llamar "tradicional", porque es la que imperó hasta hace unos años tanto en los códigos procesales como en su aplicación ⁽⁶⁾ y sigue actualmente vigente en muchos tribunales inferiores, que es donde mayor efecto puede tener el fallo plenario que se anota.

2) Como una presunción "juris tantum" que admite prueba en contrario pero que se mantiene y rige mientras no haya elementos que convengan al órgano judicial de lo contrario. A esta posición —en la que me enrolo ⁽⁷⁾- se la puede llamar intermedia. En base a este criterio, cada vez que haya pruebas de cargo suficientes y sea

esperable una pena de cárcel importante, la presunción de que el imputado va a tratar de impedirlo juega en su contra y puede admitir excepciones cuando existan pruebas de que con la libertad del acusado no estarán en riesgo los fines del proceso. Dicho de otra forma, se podrá conceder la eximición de prisión o excarcelación de aquél imputado de un delito por el que corresponderá pena de prisión efectiva, sólo en el caso especial de comprobada inexistencia de riesgo procesal.

Exponente de esta posición es el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, cuando admite que "puedan concurrir circunstancias específicas que enerven la sospecha en el caso concreto, como ocurre cuando se presentan condiciones distintas del común denominador de las personas imputadas por un delito, que por sí resulten suficientes para desactivar la presunción legal"⁽⁸⁾.

3) Como un indicador de peligro procesal que sólo puede funcionar si va acompañado de la prueba de situaciones concretas de riesgo procesal o de otros elementos en tal sentido ⁽⁹⁾. Es decir, para esta posición —que llamaré "garantista ⁽¹⁰⁾"—, no basta para privar de libertad al imputado que haya un pronóstico de pena grave sin pruebas de que el imputado intentará fugar o afectar las pruebas. El órgano judicial que quiera dictar una prisión cautelar, tendrá a su cargo acreditar y fundamentar el riesgo para el proceso, más allá de la presunción legal. En otros términos, se podrá conceder la eximición de prisión o excarcelación al imputado de un delito por el que corresponderá pena efectiva, si no se ha podido invocar otra situación de peligro para los fines del proceso ⁽¹¹⁾.

La principal diferencia con la posición "intermedia" descrita anteriormente, consiste en que en aquella se puede ordenar la prisión cautelar frente a la ausencia de pruebas sobre la falta de peligrosidad procesal. En efecto, para la anterior tesis, la ley presume la frustración del proceso por parte del que esté en riesgo de afrontar una pena grave, por lo que la única forma de romper esa presunción será con pruebas positivas de no peligrosidad. En cambio, en la posición que trato en este punto, el vacío probatorio derrota a la presunción y juega a favor del procesado. La presunción de peligro derivada de la eventual pena no se puede mantener frente a la ausencia de evidencias de cuál será la conducta procesal del imputado.

Más sencillo aún: en la tesis "intermedia" para privar de libertad a los imputados de delitos graves, el Estado no debe argumentar la existencia de otros indicadores de riesgo procesal; le basta con que no haya prueba en contrario. Para la tesis "garantista" necesariamente debe fundamentar dicho riesgo en base a otros elementos.

III. El fallo plenario

a) Posición que adopta en cuanto a la incidencia del pronóstico punitivo en la restricción de la libertad

El fallo de la casación que se comenta: ¿en cuál de los tres grupos de interpretaciones sistematizadas precedentemente entra?

Queda absolutamente claro que la mayoría rechaza que la gravedad de la pena pueda ser una presunción *jure et de jure* de peligrosidad para los fines del proceso. Es decir, cuestiona la posición que llamé "tradicional"⁽¹²⁾. Esto en realidad no es novedoso. La tendencia del derecho procesal penal de los últimos años ha avanzado decididamente en este sentido, situación que hoy se encuentra consolidada, tanto en la doctrina ⁽¹³⁾ como en la jurisprudencia de muchos tribunales jerárquicamente superiores ⁽¹⁴⁾.

Desechada la primera posición; la mayoría ¿se ubica en la segunda -tesis intermedia- o en la tercera -garantista-? Acá la cuestión se complica.

Si empezamos por el final, al leer la doctrina plenaria que enuncia la parte resolutive del fallo, nos da como primer impresión que se ha enrolado en la posición "garantista"; es decir, en aquella que exige que la presunción de peligro procesal derivada de la gravedad de la pena, sea acompañada de otros indicadores de peligrosidad en el caso concreto. Recordemos que en esta resolución se estableció que: "No basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiese 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".

Pero distinta puede ser la conclusión si nos adentramos en el fallo, voto por voto.

El juez David, que lidera el acuerdo, cita en apoyo de su argumentación a Solimine, quien señala que la presunción del legislador en el sentido de que el imputado que pueda ser condenado a más de 8 años se fugará, es *juris tantum* porque resulta "rebatible por prueba en contrario...arimando 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-". Continúa citando al mismo autor: "para que 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". Se advierte entonces en dicha argumentación un fuerte componente de la tesis "intermedia".

El Dr. Mitchell se pregunta qué sentido tendría el art. 316 del CPPN con los topes legales que establece (pena de hasta 8 años o pronóstico de condena en suspenso para eximir de prisión), si la negativa a la libertad estuviese sujeta a la prueba del peligro de fuga o la obstaculización de la justicia. Termina admitiendo que aun dentro de esa interpretación favorable a la presunción, las penalidades referidas en el art. 316 del CPPN "no podrían tomarse como una regla inflexible". Su posición no permite sostener que haya adherido a la tesis "garantista".

El Dr. Riggi adelanta que una de las posibles respuestas a la cuestión que plantea la convocatoria a plenario es que el art. 316 establece una presunción iuris tantum según la cual cuando la pena supere los topes previstos se presume que el imputado podría eludir la acción de la justicia "no obstante la cual resulta posible apartarse de ella cuando las circunstancias del caso evidencien su desacierto". Más adelante agrega que "la citada presunción legal no se encuentra exenta de excepciones, sino que la misma puede ser válidamente conmovida -cuando medien razones que demuestren la inconveniencia de aplicarla en determinada ocasión-". Concluye en que "cuando las particulares circunstancias de la causa demuestren en forma inequívoca el desacierto en el caso de la presunción legal", corresponderá acordar la libertad. Adhiere de esta manera a la tesis "intermedia".

El juez Hornos señala que "las restricciones a la libertad durante el proceso, especialmente transcurrido cierto tiempo de detención, en las respectivas etapas procesales, no pueden basarse única y exclusivamente en la gravedad de los hechos o en la naturaleza de los delitos investigados, sino que deben apoyarse también, en consideración del conjunto de circunstancias concretas del caso, en otros parámetros como los previstos en el artículo 319 del C.P.P.N., que demuestren la imprescindibilidad de tales medidas". Concluye que "no basta para denegar la excarcelación o eximición de prisión 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.), cuando en el caso concreto pueda considerarse comprobada la inexistencia de riesgo procesal". En similar sentido se expide el Dr. Tragant. De lo expuesto se desprende la tesis intermedia, con mayor intensidad si se trata de los primeros momentos procesales.

El juez Hergott se pronuncia "a favor del otorgamiento de la exención de prisión o excarcelación en caso de comprobada inexistencia de peligro procesal". Surge su encuadre dentro de la tesis "intermedia".

El Dr. Michelli señala que las presunciones en la materia son iuris tantum sosteniendo en varios tramos de su discurso que "el encarcelamiento puede dictarse con relación a situaciones objetivamente comprendidas en los artículos 316 y 317 del C.P.P.N. mas, comprobada la inexistencia de riesgos procesales, es procedente la excarcelación... en tanto no se cuente con razones que contrarresten las ficciones sobre las cuales la ley dispone el encarcelamiento, éste debe mantenerse, mas desvirtuadas, debe finalizar". Va precisando su razonamiento al decir que "los artículos 316 y 317 del C.P.P.N. sólo pueden tener validez constitucional en tanto tengan una eficacia provisional, subordinada a la demostración de la existencia de que la libertad generará los riesgos procesales a los que se refiere el artículo 280 del mismo cuerpo de normas. Los fundamentos de la excarcelación deben expresarse en norma individual, con fundamentos propios". Finalmente concluye que cuando la pena máxima supera los ocho años y no pudiere ser en suspenso, la excarcelación o la exención de prisión pueden igualmente concederse "ante la comprobada inexistencia de riesgos procesales: peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación". Su posición aparece mayormente compatible con la tesis "intermedia".

La Dra. Ledesma comienza advirtiendo agudamente que debería invertirse la pregunta del plenario, "toda vez que el problema radica esencialmente en definir cuándo procede el encarcelamiento preventivo" (recuérdese que el fallo se plantea cuándo procede la excarcelación), ya que por imperio constitucional la libertad es la regla y lo que debe justificarse es su restricción. De allí deriva que esta distinción "no es menor, ya que en realidad lo que no se advierte es 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, donde se invierte la carga de la prueba y se exige al imputado que demuestre que no eludirá o afectará el accionar de la justicia". En consecuencia, concluye claramente en que "no basta con alegar, sin consideración de las características del caso, o sin fundamentación alguna que dada determinada circunstancia el imputado evadirá la acción de la justicia. El tribunal debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas que, en concreto, permitan formular un juicio sobre la existencia del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción. Este deber exige que el juicio a acerca de la presencia de ese peligro esté a cargo exclusivamente del tribunal". Invocando la opinión de Bovino, afirma que "Ese juicio requiere la comprobación efectiva de las circunstancias mencionadas, respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable del peligro procesal aludido". Citando a Cafferata Nores y Frascaroli, sostiene que será el Estado "quien debe acreditar que existe riesgo concreto de frustración de los fines del proceso". Claramente la magistrada se enrola en la posición que de acuerdo al lenguaje corriente

denominé "garantista".

Por último, el Juez González Palazzo concluyó que "de comprobarse en el caso concreto la inexistencia de riesgo procesal, puede otorgarse la excarcelación o la eximición de prisión". Esta idea nos permite ubicarlo en la tesis "intermedia".

No puede dejar de señalarse que algunos magistrados consideraron que la presunción de peligrosidad derivada del pronóstico de pena puede sostener la privación de libertad al comienzo de una investigación, pero exigen que se agreguen otros fundamentos de riesgo a medida que el proceso se encuentra más avanzado (votos de los Dres. David, Hornos, Tragant).

En síntesis, de los 13 magistrados intervinientes en el acuerdo, 4 de ellos (los Dres. Catucci, Mitchell, Madueño y Rodríguez Basavilbaso) votaron en una posición más ubicable dentro la tesis "tradicional" (a favor de la privación de libertad cuando haya un pronóstico de pena grave); que 8 (los Dres. David, Hornos, Fégoli, Riggi, Tragant, Hergott, Michelli y González Palazzo) lo hicieron en posición "intermedia" (a favor también de la presunción, pero admitiendo que puede ceder cuando esté comprobado que no hay riesgo procesal concreto); y una (la Dra. Ledesma) dentro de la tesis "garantista" (por la libertad como regla aun frente a una posible pena grave, salvo que excepcionalmente en el caso particular el Estado haya podido probar un peligro concreto de fuga o entorpecimiento).

De lo expuesto surge que la casación nacional ha exigido que en los casos en que aparezca procedente la aplicación de una pena grave (efectiva, mayor de ocho años de prisión), se analice si hay elementos que convezan sobre la ausencia total de riesgo procesal, de manera tal que no se dicte en forma automática e inevitable la detención o prisión preventiva. Sobre todo en los primeros momentos de una investigación, bastará para dictarlas que se exponga el pronóstico de pena adverso a la libertad y la valoración de que en el caso concreto no hay elementos de peso que contrarresten la fuerte presunción de peligro procesal prevista por el legislador frente a tal pronóstico. Muy distinto es decir que a partir de ahora, en los casos con pronóstico de pena elevada, para restringir su libertad habrá que probar en concreto que el imputado se va a fugar o entorpecer la prueba. A mi criterio, no surge esto último del fallo que se comenta, ya que sólo se advierte tal sentido en la fundamentación del voto de la Dra. Ledesma.

b) Otros parámetros a tener en cuenta para fortalecer la presunción de peligrosidad procesal

De los votos analizados surge que los jueces han ido señalando una rica variedad de indicadores de riesgo procesal que se pueden tener en cuenta junto al pronóstico de pena grave, a los fines de justificar el riesgo procesal y la privación de libertad en el caso concreto. En este sentido, son susceptibles de ser valorados, además, de los enumerados por el art. 319 del CPPN (características del hecho, posibilidad de declaración de reincidencia, condiciones personales del imputado, excarcelaciones anteriores [\(15\)](#)), los siguientes: el peso de la prueba o solidez de la imputación (David, Fégoli, Riggi); la existencia de condenas anteriores (David); causas paralelas (David, Riggi —en contra Ledesma-); valores morales del acusado (Riggi, Tragant); sus circunstancias personales (Riggi, Tragant, Michelli, Ledesma); tales como falta de arraigo, de patrimonio, de familia o de medios de vida lícitos; complejidad de la causa (Riggi); violación de la libertad condicional (David, Riggi); rebeldía anterior (David); necesidad de extradición (David, Riggi); facilidad para irse del país u ocultarse (Ledesma); actitud del imputado frente al daño causado (David, Riggi) y ante la marcha de la investigación (David); peligrosidad evidenciada en el accionar (Riggi); historial de violencia que denotan los antecedentes y las características barriales y violentas del delito [\(16\)](#) (Riggi); actitudes elusivas en el mismo proceso (Michelli); delitos organizados o con cierta permanencia y estabilidad, o que presenten amplitud de medios delictivos (Michelli).

c) Otras causales de prisión preventiva

De la lectura del fallo que se comenta, no debe pasar desapercibido que a título de obiter dictum, porque no hace a la solución del interrogante central que motivó la convocatoria a plenario, algunos jueces han admitido otras causales que pueden fundamentar la privación de libertad durante el proceso, y que son fuertemente resistidas por destacada doctrina [\(17\)](#). Me refiero a la posibilidad de disponer la detención o prisión preventiva para que el imputado no siga delinquiendo [\(18\)](#); o para evitar disturbios y reacciones generados por la decisión de conceder la libertad.

El juez David citando a la Corte Suprema (Fallos 316:1947) y a la CIDH (Informe 2/97) acepta que la prisión preventiva puede tener como fin evitar la reiteración delictiva, señalando que dicho peligro debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado, resultando especialmente importante constatar, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares.

El Dr. Riggi cita también a la Comisión en el mismo sentido y agrega que "consideramos necesario abonar el criterio de la Comisión, indicando que el peligro de reiteración delictual, nos remite a revisar -en definitiva- la peligrosidad del agente, valorada ésta en orden a la naturaleza del delito imputado, y los motivos que lo condujeron a delinquir. Repárese en que ciertos delitos, una vez que el autor es descubierto, la posibilidad de que puedan ser vueltos a cometer es ínfima, dado que la iniciación del proceso penal suele encontrarse acompañada de otras medidas adoptadas por las autoridades estatales. Así, a modo de ejemplo, es claro que quien comete un robo tendrá más posibilidades de reincidir que quien comete un delito tributario, dado que en este segundo supuesto las autoridades -luego de comprobada la primera infracción- suelen ser más estrictas en el control que realizan sobre el contribuyente". Agrega que "son, sin dudas, elementos a tener en cuenta para evaluar la posible reiteración, el contexto familiar y moral del acusado, en cuanto pueden contribuir a generar la convicción de que el camino del delito es el incorrecto para arribar a un estado de realización personal y social; el tener medios lícitos de vida (sobre todo, cuando se trata de infracciones penales de contenido patrimonial); la circunstancia que el acusado no posea antecedentes de carácter delictual o contravencional, así como también que ostente una personalidad proclive al respeto de las disposiciones legales, y las reglas sociales y morales de convivencia". Señala que "también debe meritarse, a la par de la gravedad del hecho penal que se imputa, la peligrosidad evidenciada por el acusado, pues la posibilidad de reiteración delictual no deja de ser una presunción que sólo habrá de justificar el encierro cautelar en la medida en que los bienes jurídicos que pudieran encontrarse comprometidos sean de una entidad suficiente para sustentar la medida (cfr. en este sentido la opinión del destacado maestro alemán Claus Roxin en Derecho Procesal Penal, ed. del Puerto SRL, Buenos Aires, 2000, págs.261/262)"(19).

Por su parte, el vocal Tragant, citando a la Corte Suprema (Fallos 280:297 y 300:642) señala que se puede limitar el derecho constitucional a la libertad en el legítimo derecho de la sociedad de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución para garantizar en casos graves que el imputado no siga delinquiendo.

Distinta es la posición de la magistrada Ledesma sobre este punto. Citando también a la CIDH (Informe 35/07, -84-), dice que "se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho...porque se apoyan en criterios de derecho penal material no procesal, propios de la respuesta punitiva".

Pero tal como adelanté al comienzo de este punto, la cuestión no se limita a lo expuesto. El magistrado David, citando a la CIDH (informe 2/97) acepta que también se puede privar de libertad preventivamente al imputado, cuando "en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar". Lo mismo admite Mitchell cuando por la gravedad del hecho causaren una verdadera alarma social e hicieran imprudente la concesión del beneficio postulado.

Debe señalarse que sobre el punto también se expidió anteriormente en su propia sala el Dr. Riggi, cuando señaló que "La denegatoria de la excarcelación del imputado por las reacciones que pudiera tener el público ante ello es una medida realmente excepcional, sólo aplicable ante supuestos en los que la posibilidad de desorden se explique por la confrontación del estupor social que el delito produjo con las aspiraciones de justicia de los ciudadanos, y debe durar tanto como el tiempo que le irroge al Estado generar los mecanismos que conduzcan a evitar el posible disturbio...La excarcelación del imputado puede ser denegada en ciertos casos en los que la extrema gravedad de los hechos que se le imputan y el alto grado de sensibilidad social que estos hubieran ocasionado, conduzcan a que su libertad pudiera exacerbar las legítimas demandas de justicia de la sociedad, conduciendo a los protagonistas a desbordes indeseados"(20).

IV. Conclusiones

De lo expuesto puede colegirse que la alarma que provocó una lectura superficial del fallo plenario emitido recientemente por la casación nacional, es infundada. En primer lugar, como se expuso, la cuestión no es nueva y ya desde hace bastante se venía aceptando en doctrina y jurisprudencia que una eventual pena importante no es un impedimento automático, absoluto e infranqueable para la libertad. Lo resuelto servirá para que se deba analizar en cada caso si aún frente a una amenaza penal grave, hay elementos que puedan convencer sobre la ausencia de riesgo para los fines del proceso. Además, surgen de los votos parámetros como los señalados que dan un buen margen de argumentación a los jueces en tal sentido. Y si a ello le agregamos que algunos magistrados han aceptado causales de prisión preventiva fuertemente cuestionadas por la doctrina considerada como más "progresistas" (como el fin de evitar disturbios o que el imputado siga delinquiendo), puede asegurarse que leído detenidamente el fallo está lejos de habilitar "la puerta giratoria" de la Justicia.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) TSAlemania, cit. por Roxin, "Sobre el desestimiento de la tentativa inacabada", Problemas básicos del Derecho Penal", Reus, Madrid, 1976, p. 253.

(2) Clarín, 31/10/08.

(3) El sentido social común y corriente que se le da a la prisión preventiva no varía —y se confunde— con la pena. Si está preso es porque es culpable; y si no lo está porque la Justicia es ineficiente o corrupta. Claro está que así formulado forma parte de lo que son los "pre —juicios".

(4) CIDH., informes 12/96 del 1/3/96 y 2/97 del 11/3/97.

(5) No me referiré en este trabajo al criterio doctrinario minoritario que considera inconstitucional a la prisión preventiva, por cuanto se trata de una nota a fallo que tiende a hacer hincapié en la aplicación judicial de la medida.

(6) Cafferata Nores, J., "Introducción al Derecho Procesal Penal", p. 175. El juez Eduardo Riggi al votar en el plenario que se comenta, sostiene que esta era también la posición tradicional de la Corte Suprema (conf. Fallos 280:297; 290:393; 300:643 y 311:652).

(7) "El pronóstico de pena efectiva: ¿siempre conduce a la prisión preventiva?" en Eficacia del sistema y garantías procesales, comp. por Cafferata Nores, José I., Mediterránea, 2002.

(8) T.S.J., Sala Penal, "Santucho", S. 54, 14/6/04; "Montero", S. n° 1, 14/2/05; "Spizzo", S. n° 66, 7/07/06, entre otros. "Se trata de condiciones que no logran extralimitar la regularidad de las situaciones que se verifican entre la generalidad de los sometidos a proceso" (T.S.J.Cba., S. N° 310, 11/11/2008, "Nieto"). Considera dicho tribunal que por no ser circunstancias distintas al común denominador de las personas, no alcanzan para desvirtuar la presunción de peligrosidad, las siguientes: "...la sola circunstancia de que el imputado carezca de antecedentes y se domicilie o trabaje en su medio social" ("Montero", cit.; "Spizzo", cit.); que tenga "empleo estable en el establecimiento familiar" o un "fuerte arraigo en el seno de su comunidad" ("Gallotti", S. n° 113, 28/09/06), como tampoco amerita el cese el encartado que "carece de antecedentes penales" ("Peralta", S. n° 195, 21/12/96; "Gallotti"; cit.). Similar contestación recibió la alusión a la "comparecencia espontánea y actitud colaboradora con el proceso" y a "problemas de salud de los padres", tratándose de "un hijo dedicado a la atención de sus padres" ("Gallotti", cit.) o bien "responsabilidades familiares no excepcionales —como lo es el ser padre de un hijo de corta edad—" ("Rodríguez", S. n° 137, 31/10/06) o "madre de dos hijos a los cuales se dedicará" ("Peralta", cit.); "que tenga domicilio fijo y que no haya mentido sobre el mismo"; o "carecer de medios económicos" ("Peralta", cit.) (véase T.S.J., Sala Penal, Sent. N° 140, 28/7/2007, "Alvarez").

(9) Es más débil, es menos, que una presunción "juris tantum", porque lo que caracteriza a éstas es que admiten prueba en contrario, es decir que se sostienen mientras no sean desvirtuadas. En cambio para la posición que se analiza, la presunción no se mantiene sin prueba que la fortifique, aun sin prueba en contrario. Recuérdese que la presunción es una norma legal que suple la prueba del hecho (Cafferata Nores, José I. — Hairabedián, Maximiliano, La prueba en el proceso penal, Lexis Nexis, 2008). Por eso es conceptualmente muy claro el voto de la Dra. Ledesma, cuando cita a Bovino en contra de la idea de presunción: "La existencia de peligro procesal, es importante destacarlo, no se presume. Si se permitiera esa presunción, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aun cuando no existiera peligro alguno" ("El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos", en Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo, Ed. del Puerto, 1998, ps. 148/149). En esta línea de pensamiento puede ubicarse la idea general de Nino en cuanto a que "El papel de los jueces en un Estado de derecho "incluye necesariamente tener la última palabra en la determinación de los hechos (lo que excluye las presunciones fácticas iuris et de iure hechas por el legislador) y en la aplicación de las normas del sistema jurídico a tales hechos" (Nino, Carlos S., Fundamentos de derecho constitucional, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 657).

(10) Uso esta palabra en su sentido jurídico corriente, sólo para darle un nombre que identifique fácilmente la posición.

(11) En esta línea se ubica la Cámara de Acusación de Córdoba (A.I. N° 388, 3/11/06, "Maza", A.I. N° 421 del 7/12/06, "Zamudio", entre muchos otros). El hecho de que este tribunal de apelaciones tenga una tesis distinta a la del Tribunal Superior provincial (ya señalé que sostiene la posición intermedia), le ha sido recientemente advertido por dicho órgano de casación (TSJCba., S. N° 310, 11/11/08 en "Nieto"), por lo que no

sería extraño que en el futuro la Cámara acate el criterio del superior.

(12) Salvo algunos votos en los que se observa una influencia marcada de esta posición, como son los de los Dres. Madueño, Catucci y Rodríguez Basavilbaso.

(13) Cafferata Nores, José I. - Frascaroli, María S., "La entidad de la amenaza penal emanada del delito atribuido ¿justifica por sí sola la imposición del encarcelamiento del imputado durante el proceso?, Lexis Nexis, 19/5/04, Jurisprudencia anotada, SJA 19/5/2004, JA 2004-II-786; Solimine, Marcelo, "Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación", 2003, Ad-Hoc, ps. 27 y ss.; Ziffer, Patricia S., "Acerca de la invalidez del pronóstico de pena como fundamento del encarcelamiento preventivo", L.L. 2000-C-614; Cevasco, L., "El sistema de excarcelación tras la reforma constitucional de 1994", La Ley N° 132 del 14/7/97; Bovino, A., "Problemas del derecho procesal penal contemporáneo", ps. 147 y 148, Ed. del Puerto, 1998; Pastor, Daniel, "El encarcelamiento preventivo", p. 55, en "El nuevo Código Procesal Penal de la Nación", Ed. del Puerto, 1993; Montero, J., "Imputado y restricciones inconstitucionales a su libertad", ps. 95, 96 y 97, en "El imputado", Ed. Lerner, 2001.

(14) CSJN., 3/10/97, Fallos 320:2105 y 12/11/03 en "Trusso"; CNApelCrimyCorrec, sala I, 10/11/03, "Barbará", L.L., 2004-A, 673, con nota de Edwards y L.L., 2004-A, 611, con nota de Bidart Campos; CNApelPenEcon. Sala A, 23/4/07, en "Manothai"; CNCP., Sala III, 11/08/05, "Castells"; 21/07/06, "Amelong"; 12/6/07, "Lardone" y "Padován"; Sala IV, 14/2/07, "Olivera Rovere"; 29/05/06, en "Valenzuela Fuentes"; 20/04/05 en "Pietrocajamarca"; 17/10/05 en "Cheb Terrab"; 17/10/05, "Beraja"; Sala I, 14/4/00 en "Vicario"; T.S.J.Cba., TSJCba., Sents. N° 76 del 11/12/97 en "Aguirre Domínguez", 30/03/05 en "González", entre muchos otros). Inclusive en el fallo plenario que se comenta, los jueces han citado votos anteriores y fallos de sus salas en los que venían admitiendo esta tendencia.

(15) La juez Ledesma se expide en contra de valorar la posibilidad de reincidencia y las excarcelaciones anteriores,

(16) Conduce a la presunción de que el imputado podría intentar amedrentar a los testigos.

(17) Cafferata Nores, José I., "Limitación temporal a la prisión preventiva", Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Del Puerto, 2da. Edición, p. 191.

(18) La casación cordobesa encuentra relación entre la causal de prisión preventiva basada en el pronóstico de pena efectiva y la prosecución delictiva: "La aplicación de la prisión preventiva, en tanto remite a la procedencia de la condena de ejecución condicional (art. 26 C.P.), exige la valoración -y consecuente fundamentación- de la posibilidad de actividad delictiva futura del eventualmente condenado" (T.S.J.Cba., S. n° 111, 19/11/2003, "Bianco"). Señalan Cafferata y Tarditti que el Código Procesal admite una relación indirecta entre ambos conceptos (prisión preventiva y neutralización delictiva), pero no es posible hacer una vinculación directa entre éstos (Código Procesal Penal de Córdoba comentado, Mediterránea, 2003, t. I, p. 649).

(19) Expone que por estricta aplicación de tales pautas, resolvieron denegar la excarcelación de imputados en múltiples oportunidades, aun cuando el delito que se les recriminaba escapara a las previsiones del artículo 316 del rito penal (conf. causas n° 6129 caratulada "Mazzuca, Lucas A. s/ recurso de casación", reg. 1032/05, del 21/11/05; n° 6014 caratulada "Cornejo Parreño, Cristián Fabián s/ recurso de casación", reg. 716/05, del 12/9/05; n° 7261 caratulada "Bunetta, Claudio Marcelo s/ recurso de casación", reg. 1404, del 21/11/06; y n° 7428 caratulada "Blanco, Marcelo Héctor s/ recurso de casación", reg. 5/07, 10/1/07).

(20) C.N.C.P., Sala III, 24/11/05, "Chabán".