

"WAGNER, Sebastián José Luis, PAVON, Néstor Roberto, OTERO Gabriel Ignacio - Abuso sexual con acceso carnal...; para PAVON altern. Encub. agravado y ... s- Recurso de Casación S/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA" 4943

///C U E R D O:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los veintidos días del mes de agosto de dos mil veinte , reunidos los señores Miembros de la Sala N° 1 en lo Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: Presidente, Dr. MIGUEL ANGEL GIORGIO, y Vocales, Dres. CLAUDIA MÓNICA MIZAWAK y DANIEL OMAR CARUBIA, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. Noelia V. Rios, fue traída para resolver la causa caratulada: "WAGNER, Sebastián José Luis, PAVON, Néstor Roberto, OTERO Gabriel Ignacio - Abuso sexual con acceso carnal...; para PAVON altern. Encub. agravado y ... s- Recurso de Casación S/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA" N° 4943 -(INCIDENTE EXCARCAELACIÓN NESTOR ROBERTO PAVON).-

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: Dres. CARUBIA, GIORGIO, MI ZAWAK.-

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó la siguiente cuestión:

¿Qué cabe resolver?

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

1.- Viene la presente causa a despacho a fin de resolver el planteo formulado por el Dr. Gaspar Ignacio Reza, Defensor Público N° 5 de esta jurisdicción, en ejercicio de la defensa técnica del imputado Néstor Roberto Pavón, en la causa caratulada "WAGNER, Sebastián José Luis, PAVÓN, Néstor Roberto, OTERO, Gabriel Ignacio – Abuso sexual con acceso carnal en concurso ideal con homicidio calificado por alevosía, criminis causa y femicidio; para PAVÓN alternativamente Encubrimiento agravado; y EHCOSOR, José Fabián – Encubrimiento agravado s/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA" (Expte. N° 4943), en el que interesa el cese de la prisión preventiva que viene cumpliendo su asistido en la Unidad Penal N° 7

de Gualeguay, disponiendo su inmediata excarcelación bajo caución juratoria, solicitando en subsidio, la sustitución de la medida por el arresto domiciliario.-

Señala que el imputado Pavón, cumple prisión preventiva desde los primeros días del mes de abril del año 2017, por lo que lleva -a la fecha de su planteo-, 3 años y 4 meses de encarcelamiento cautelar y, con el dictado de la sentencia esta Sala el 31/7/20 -que hizo lugar a la impugnación extraordinaria, anuló respecto de Pavón la sentencia de casación y dispuso que un nuevo Tribunal se expida sobre el recurso de casación oportunamente interpuesto por su defensa-, no caben dudas que la sentencia del Tribunal de Juicio de Gualeguay, no se encuentra firme por lo que la privación de libertad de Pavón sólo puede ser entendida con carácter cautelar, pudiendo mantenerse la prisión preventiva sólo en la medida que exista algún riesgo procesal que sea necesario cautelar (entorpecimiento de la investigación y peligro de fuga) conforme pacífica jurisprudencia de esta Sala.-

Destaca que Pavón fue condenado por el Tribunal de Juicio a la pena de 5 años y ya lleva cumplidos 3 años y 4 meses de encierro preventivo, esto es, dos tercios de su condena, por lo que, incluso en el supuesto de que la condena estuviese firme y consentida, ya estaría encuadrado temporalmente para la libertad condicional, sin perjuicio de lo cual afirma que no existen riesgos procesales que sea necesario neutralizar en esta instancia del proceso, ni en relación al entorpecimiento de la investigación -por no haberse dispuesto un nuevo juicio a Pavón-, ni en relación al riesgo de fuga, por no existir elementos objetivos, tangibles y verificables que permitan efectuar una prognosis procesal de que Pavón -en libertad- eludirá la acción de la justicia, destacando a ese respecto, que de conformidad a lo dispuesto en el art. 355 CPP, el encausado no tiene otras causas penales en trámite, con el encarcelamiento preventivo cumplido ya se encuentra encuadrado temporalmente para la libertad condicional; cuenta con suficiente arraigo en la ciudad de Gualeguay, donde fijará su domicilio, siendo oriundo de la esa localidad, en la que vive su familia (esposa e hijo, su hermana, sus suegros, sus cuñados), es donde trabajó durante toda su vida y es donde piensa reabrir su gomería una vez

recuperada su libertad. Señala asimismo que su asistido no cuenta con bienes ni medios económicos para eludir la acción de la justicia, máxime en el momento actual que vivimos en el que, producto de la pandemia, resulta prácticamente imposible salir del país.-

Para finalizar, señala que no puede obviarse en el análisis sobre la razonabilidad de la medida impuesta que, a la luz de lo dispuesto en el art. 7.5 de la CADH y art. 367 del CPP., su defendido ha superado con creces el plazo máximo de 3 años de encierro cautelar, no existiendo razones que justifiquen el mantenimiento de la medida de coerción más gravosa que viene cumpliendo, por lo que solicita su excarcelación, bajo caución juratoria y acta de estilo, fijando domicilio -en calle Presidente Perón 920 de la ciudad de Gualeguay (casa de sus suegros)-, con el compromiso de su asistido de concurrir una vez por semana a la Fiscalía de Gualeguay a firmar -para acreditar su permanencia en la ciudad de Gualeguay- y de no mudar su domicilio sin previa autorización de las autoridades judiciales, ofreciendo asimismo la prohibición de salida del país, oficiándose a tal fin a la Dirección Nacional de Migraciones.-

En subsidio interesa se sustituya la prisión preventiva que viene cumpliendo Pavón en la Unidad Penal N° 7 de Gualeguay, por su arresto domiciliario de conformidad a lo previsto en el art. 349, inciso a, CPP, medida que cumplirá en el mismo domicilio ofrecido para la excarcelación (Presidente Perón N° 920 de Gualeguay) y bajo la tutoría de su cuñado Agustín Abrigo, debiendo suscribirse el acta compromisoria -en su caso- a través de la OGA de la ciudad de Gualeguay, formulando su petitorio en tales términos.-

II.- Corrido traslado a la querrela particular, contesta el Dr. Jorge Rubén Impini, y se opone a lo solicitado afirmando que el encausado Pavón no ha cumplido las dos terceras partes de su condena como afirma la defensa, a pesar de que falta poco tiempo, y por lo demás, si bien a la fecha, en principio la investigación estaría concluida, el peligro de fuga existe actualmente, siendo un impedimento para modificar su situación por no haberse modificado ni cesado las causas por la cual se dictó la prisión preventiva, confirmada por el Tribunal de Juicio al dictar su sentencia.-

Agrega que tanto querrela como Fiscalía están dentro del plazo de recurrir el fallo anulatorio del Superior Tribunal de Justicia, mediante un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por lo que, existiendo aún causales que impiden la excarcelación, solicita se rechace la petición del encausado.-

III.- A su turno, el Ministerio Público Fiscal, señala que el nuevo planteo excarcelatorio se basa en la extensión temporal de la prisión preventiva impuesta al imputado Pavón y en la sentencia de esta Sala Penal del STJER que dispuso la nulidad de la anterior sentencia de Casación y ordenó que un nuevo tribunal dé tratamiento al recurso articulado por la Defensa en relación con la condena a Pavón por el delito de encubrimiento agravado.-

Destaca que la sentencia condenatoria dispuso la prórroga de la prisión preventiva hasta que la sentencia que recaiga en este legajo adquiera firmeza y entidad de cosa juzgada, sin que ello fuera objeto de recurso por la defensa de Pavón, por lo que la pretensión de que opere la liberación del imputado, derivado ello de manera directa de la sentencia dictada por la Sala Penal del STJER, no debe proceder, agregando que sin perjuicio del tiempo cursado de prisión preventiva, no debe pasarse por alto que Pavón fue condenado a una pena de 5 años de prisión por el encubrimiento del femicidio de Micaela García, luego de que realizara maniobras concretas tendientes a evitar el descubrimiento de la verdad en el hecho (su propio hecho, sostiene) y, en este sentido, y atento a lo prescripto por el art. 367 del CPPER y la interpretación seguida por VE en variada jurisprudencia, el transcurso del tiempo no opera como un sistema "fatal" del que derive la conclusión anticipada de la Prisión Preventiva, y remite a fallos de esta Sala que analiza, extendiéndose en consideraciones sobre el instituto.-

Asevera que las causales de riesgo procesal valoradas se han reforzado con el transcurso del tiempo con la certeza de verdad forense de la condena (y las posteriores consideraciones sobre su mayor culpabilidad) en cuanto al gravísimo injusto cometido y la consecuente pena impuesta, lo que no se modifica con el fallo anulatorio de la Sala Penal (31/7/2020) ya que, respecto del mismo, y convencidos probatoriamente

de que la intervención de Pavón en el suceso es propia de una co-autoría, esta parte ha interpuesto Recurso Extraordinario Federal, por lo que sigue en ciernes la posibilidad de aplicación de la pena perpetua solicitada por la acusación.-

Señala que la hipótesis acusatoria fue confirmada en el juicio por intermedio de un plural y convergente caudal de evidencias, cuyo análisis ajustado a las reglas de amplitud probatoria y sana crítica, ha sido omitido, que fueron relevadas concretas circunstancias por los magistrados intervinientes, que derivaron en la consideración de que en el caso concurre un riesgo relevante, en concordancia con pautas fijadas por los Tribunales Internacionales que indican que se debe tener en cuenta tanto la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena, como factores determinantes de ese riesgo potencial (Informe 2/97 CIDH).-

Refiere que los parámetros normológicos para la imposición de la cautelar, provistos por el legislador a través de los criterios enunciados en los arts. 353 y ss. (especialmente para el caso el art. 355), requieren un análisis que según la doctrina sentada por el Excmo. Superior Tribunal de esta Provincia en el precedente "Delfín-Borro" (referidos a delitos menores) y tantos otros, debe ser una pauta orientadora de la valoración particular a realizar en cada caso, según las circunstancias personales y fácticas que hayan sido demostradas, por lo que no corresponde realizar una "tabula rasa", según la cual el transcurso del tiempo defina por sí mismo la posibilidad de excarcelación.-

Concluye señalando que no debe hacerse lugar a la pretensión defensiva de cese de la prisión preventiva del imputado Nestor R. Pavón, ni a la morigeración de la medida hacia una detención domiciliaria, no pudiendo conjurarse los riesgos procesales y materiales observados en relación con Pavón, a través de medidas alternativas a la prisión preventiva dispuesta, la que se encuentra debida y suficientemente fundada.-

IV.- Al abordar el examen del planteo excarcelatorio efectuado por la Defensa del encausado Pavón y las oposiciones formuladas al contestar el traslado corrido, por el Ministerio Público Fiscal y la Querrela particular, con el propósito de adoptar una decisión al respecto, se impone

recordar, tal como lo hice al expedirme en los pronunciamientos dictados en las causas "DELFIN" y "BORRO" (cftr.: S.T.J.E.R., Sala N° 1, ambas del 17/10/05), habitualmente conocidos y mencionados como fuentes de la doctrina judicial de esta Sala que, sin embargo, desde mucho tiempo atrás, ha venido anticipando la concepción jurisprudencial que finalmente enarbolan y consagran como doctrina esas sentencias, a través del dictado de una serie de fallos en los que se han adoptado decisiones cuyo objeto se ha vinculado con los límites de la privación de la libertad del imputado durante el proceso, mereciendo recordarse -entre muchos otros- los precedentes: "MARTÍNEZ, Mario M. - LESIONES LEVES - INCIDENTE DE EXCARCELACION - RECURSO DE CASACION", del 17/3/92; "BRIGNOLI, Rubén Antonio - Robo en grado de tentativa - INCIDENTE DE EXCARCELACION - RECURSO DE CASACION", del 8/9/94, y "CALAMITA, Silvio A. - HURTO - INCID. DE EXCARC. - RECURSO DE CASACION", del 5/7/2000, los cuales han permitido trazar un derrotero jurisprudencial que conduce casi sin esfuerzo a las conclusiones sentadas en aquellos fallos.-

Por mi parte, al expedirme en el ya citado caso "MARTÍNEZ" (S.T.J.E.R., Sala Penal, 17/3/92, L.S. 1992, f° 219), lo cual he venido inalterablemente reiterando al emitir mis votos -algunos en minoría- en numerosos casos posteriores (cftr. -por citar los más recientes-: "GOMEZ", 13/12/10; "MONSERRAT", Trib. de FERIA, 9/1/10; "PEREZ, José Luis", 21/11/11; "MAIDANA, Carlos A. - PÉREZ, Justo J. - CARDOZO, José L.", Trib. de FERIA, 20/1/12; "MESA, M. - MESA, A. - SCHAMNE BENTO, J. M.", 13/3/13; "BARBOZA", 25/4/13; "BARRIENTOS", 4/6/13; "MARTINEZ, Gabriel E.", 19/6/13; "OLIVERA, R. G. - ABASTO, R. A. - ABASTO, G. M.", 7/8/13; "RODRIGUEZ, Cristian", 2/9/13; "AREVALO - LATORRE", 23/9/13; "RIOS, W. - RIOS, G. - QUIROGA, J. A. - LEGUIZAMON, O.", 24/10/13; "MOLINA - LUNA", 6/12/13; "MUÑOZ, A. - GOMEZ, J. M.", 18/3/14; "DIAZ, Nelson M.", 13/6/14; "OLIVARES", 3/6/14, y otros) tuve ocasión de expresar que *"... partiendo de la base de que, tanto la garantía que impide la aplicación de una pena anterior a la sentencia condenatoria firme, como la posibilidad de someter al imputado a prisión preventiva, reconocen raigambre constitucional en la norma del art. 18 de la Carta Federal y que ambas privaciones de libertad se exteriorizan de modo similar, habrá que*

desentrañar sus diferencias en punto a los fines perseguidos por una y otra. Aún cuando el problema de los fines de la pena sea uno de los que mayores aristas presenta en la actualidad para las ciencias penales, sin ánimo de pretender resolverlo aquí, es dable señalar que modernamente se le reconocen en doctrina tres fines principales: la retribución, la prevención general y la prevención especial; revelándose -la pena- como la reacción estatal frente al delito (cftr.: MAIER, Julio B.J., "D.P.P.a.", T. 1, Vol. b, pág. 278, Ed. Hammurabi, Bs.As., 1989). En tanto la coerción procesal que admite la utilización de la fuerza pública durante el proceso lo hace con la única meta de asegurar sus propios fines, cuales son la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal; es decir, tiende a evitar concretamente el peligro de fuga del imputado y el peligro de que éste pueda obstaculizar la averiguación de la verdad, lo que ha sido denominado 'daño jurídico'. Por tanto, su efectivización sólo debe admitirse estrictamente en atención al cumplimiento de esos fines dentro de un natural marco de razonabilidad, no pudiendo abarcar otros distintos como algún supuesto de prevención que queda reservada excluyentemente a la coerción material, habida cuenta que de lo contrario la pretendida coerción procesal estaría cumpliendo, en realidad, fines propios de la pena y no los específicos de su carácter adjetivo. Si bien es cierto que se han escuchado algunas voces que no comparten el criterio señalado (cftr.: opiniones citadas por CAFFERATA NORES, José I., "La excarcelación", pág. 26, Ed. Lerner, Cba.-Bs.As., 1977), es el que se adecua a la concepción liberal de nuestra Constitución y se expresa concretamente como reglamentación de ella en la norma del art. 280 de nuestro Cód. Proc. Penal, siendo ya sustentado en la segunda mitad del siglo XVIII -cuando la privación de la libertad durante el proceso era la regla- por Cesare Beccaría en los siguientes términos: 'Las estrecheces de la cárcel no deben ser sino las necesarias para impedir la fuga o imposibilitar la ocultación de pruebas de los delitos' (cftr.: aut.cit., "De los delitos y de las penas", pág. 231, Ed.Arayú, Bs.As., 1959), postura similar en la que se enrola Francesco Carrara con un valioso estudio sobre el origen y la evolución de la prisión preventiva -"custodia preventiva"- (cftr.: aut.cit., "Programa de Derecho Criminal", Vol. II, Nos. 896 y 897, págs. 282 y ss., Ed. Depalma, Bs.As.,

1944), también la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado este criterio desde muy temprano fijándolo con precisión ya en el ... pronunciamiento del 1º de agosto de 1905, in re: 'Abregú, Matos Molina y Otros' (Fallos, 102:225) reiterándolo a posteriori en innumerables decisiones, y es el que sostiene la más destacada y numerosa doctrina nacional (cfme.: VELEZ MARICONDE, A., "Der. Proc. Penal", 3ra. edic., T. II, pág. 508, Ed. Lerner, Cba., 1981; CLARIA OLMEDO, J.A., "Der. Proc. Penal", T. II, pág. 445 y ss., nº 599 y ss., Ed. Lerner, Cba., 1984; ALCARA ZAMORA, N. - LEVENE, R., "Der. Proc. Penal", T. II, pág. 273; CAFFERATA NORES, J.I., "La excarcelación", págs. 35 y ss., Ed. Lerner, Cba.-Bs.As., 1977; MAIER, J.B.J., ob.cit., págs. 282/3; CHIARA DIAZ, C.A., "Sobre la libertad del imputado en el procedimiento penal", Sta.Fé, 1984; ZAFFARONI, R.E., "Inconstitucionalidad de los llamados delitos no excarcelables", Rev. Doct. Penal, Año 7, 1984, págs. 535/6; TAMINI, A.L., "Restricciones a la excarcelación", Rev. Doct. Penal, Año 9, 1986, págs. 141 y ss.; HENDLER, E.S., "El derecho a la excarcelación y su rango constitucional", Rev. Doct. Penal, Año 2, 1979, págs. 709 y ss., entre otros)...".-

Además, al pronunciarme en el caso "BRIGNOLI" (S.T.J.E.R., Sala Penal, 8/9/94) expresé: "...Es dable -en estricta justicia- agregar a esa extensa lista la concordante, aunque todavía más restringida, opinión ... de Alberto M. BINDER quien entiende limitada la posibilidad de impedir la libertad durante el proceso sólo a la verificación de 'peligro de fuga' y ante la estricta necesidad de asegurar la realización del juicio o la imposición de la pena (cftr.: aut.cit., "Introducción al Derecho Procesal Penal", pág. 198, Ed. Ad-hoc, Bs.As., 1993), siendo menester precisar, finalmente, que es hoy la concepción clara y definitivamente impuesta, por mandato de expresa jerarquía constitucional, a través de la incorporación al actual art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional de la 'Declaración americana de los derechos y deberes del hombre' (arts. I, XVIII, XXV, XXVI y XXVIII), de la 'Declaración universal de derechos humanos' (arts. 1º, 3º, 5º, 9º, 10º, 11º -inc. 1-, 28º y 29º -inc. 2-), del 'Pacto internacional de derechos civiles y políticos' (Preámbulo -2do. párr.- y arts. 7º, 9º y 14º -inc. 2-) y de la 'Convención americana sobre derechos humanos' -Pacto de

San José de Costa Rica- (arts. 5º, 7º -en especial: inc. 5, in fine-, y 8º), debiendo destacarse que, con absoluta y específica precisión, el 'Pacto internacional de derechos civiles y políticos' establece: '...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo' (art. 9º, inc. 3 -in fine-) y, con idéntica significación, la 'Convención americana sobre derechos humanos' expresa: 'Toda persona detenida o retenida ... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio' (art. 7º, inc. 5 -in fine-), con lo cual no queda ahora margen alguno de especulación o interpretación sobre los alcances de la posibilidad de restringir la libertad del imputado durante el proceso, cuya necesidad pivotea en el límite de su compatibilidad con los principios de inocencia y de impedimento a ser penado sin juicio previo (cfme.: BINDER, A.M., ob.cit., pág. 195)...".-

Tales pronunciamientos me permitieron establecer en los términos transcritos ese básico punto de partida, deviniendo incontestable que -en el puntual caso en examen-, el análisis de la restricción del derecho a mantener la libertad durante el proceso, teniendo en miras la magnitud de la pena prevista para un delito por el que no ha sido condenado el encausado -que sólo integra una ideal pretensión acusatoria ya desestimada por dos sentencias- y el peligro de fuga -que el Ministerio Público Fiscal, considera latente ante la potencial pena que podría caberle de confirmarse su tesis acusatoria-, sin referencia alguna a la concreta y acreditada existencia de un verdadero peligro comprobado de daño jurídico -ya concluida la etapa de Investigación Penal Preparatoria y transitado el juicio, la casación y la impugnación extraordinaria, sin que haya sido dispuesto un nuevo juicio respecto del encausado Pavón-, importa lisa y llanamente una arbitrariedad carente de fundamentos y configura un supuesto de indebido e ilegítimo anticipo del cumplimiento de la pena que "posiblemente" será aplicada en caso de arribarse, luego del debido proceso, a una sentencia

condenatoria que, de acuerdo al real estado de la causa no excedería la de cinco años de prisión por encubrimiento agravado, que le fuera impuesta por el Tribunal de Juicio de Gualeguay, porque tal interpretación pretende sustantivizar el impedimento liberatorio sacando el análisis de la cuestión del ámbito procesal que le es propio y, con indiferencia de la finalidad específica con que puede limitarse la libertad durante el proceso a tenor de la normativa de rango constitucional antes referida, impone el obstáculo con inconfesada, pero evidente, finalidad de prevención y retribución que no hacen más que anticipar indebidamente el cumplimiento de una sanción punitiva propia del derecho sustantivo y que sólo integra una mera intención pretensiva de la acusación -pública y privada- de que tal vez vaya a ser aplicada en una sentencia, habida cuenta que no se argumenta sobre los hechos y las puntuales circunstancias realmente demostrativas de una verdadera existencia de peligro cierto y constatable de "daño jurídico", sino sólo de modo meramente conjetural y sólo aparente, toda vez que no se menciona que el imputado haya intentado siquiera una mínima maniobra elusiva del accionar judicial; por lo cual, al impedir de esa manera al encartado acceder a la libertad hasta la obtención de sentencia definitiva en la causa, resulta indiscutible que se le está aplicando una verdadera pena anticipada a quien es todavía considerado inocente -por encontrarse aún pendiente de tratamiento el recurso planteado por su defensa contra la sentencia dictada-, vulnerando así la garantía consagrada en los arts. 18 e, indirectamente, 75, inc. 22 -mediante los dispositivos de los Tratados Internacionales citados-, de la Constitución Nacional de la que deriva -a *contrario sensu*- la máxima "*nulla poena sine iudicio*" que se ve claramente conculcada por aquellas irrazonables restricciones de la libertad durante el proceso por la que reclama el recurrente de autos.-

Por lo demás, la prisión preventiva de Pavón en la especie excede en casi un año y cuatro meses el plazo máximo previsto para tal cautela en el art. 367, inc. c, del Cód. Proc. Penal, no advirtiéndose -ni planteándose- a esta altura del asunto ninguna complejidad de la causa que pueda permitir su excepcional prórroga, máxime cuando el peticionante se encuentra próximo a cumplir -aún en prisión preventiva- los dos tercios de la condena -no firme- dictada en su contra, lapso que habilitaría su

posibilidad de acceder a la libertad condicional si estuviese cumpliendo efectivamente la pena, todo lo cual lo coloca en una posición irrazonablemente desproporcionada y violatoria de sus más preciadas garantías.-

V.- Como corolario de lo expuesto, puesto a adoptar una decisión para el planteo formulado por la defensa del encausado Pavón, teniendo en consideración los precedentes mencionados y el criterio sustentado en ellos, se impone precisar que, más allá de la pretensión acusatoria -pública y particular- contraria a lo ya resuelto por esta Sala, de una eventual condena a perpetuidad, lo cual deviene por entero extraño al real estado actual de la causa, no se invoca ningún riesgo procesal concreto ni se exponen razones que demuestren la posibilidad concreta de tal circunstancia, y lo cierto es, como adelantara, que el encausado Pavón, en modo alguno puede entorpecer la investigación ya íntegramente realizada y con sentencias de mérito, casación e impugnación extraordinaria; tampoco se exponen siquiera indicios de la posibilidad de evitar la acción de la justicia cuando ya lleva en encarcelamiento preventivo un tiempo que superará el de su posibilidad de acceso a la libertad condicional si estuviese cumpliendo como condenado la pena impuesta -la cual está, además, recurrida por su defensa-, con lo cual su situación cautelar se revela por el momento más gravosa que la de un efectivo cumplimiento de pena, desde que no recibe tratamiento como tal ni puede usufructuar los beneficios de la progresividad del régimen carcelario, por lo que deviene claramente procedente su excarcelación, bajo la caución que establezca el tribunal de mérito que originariamente dispuso la prisión preventiva de Pavón, a cuyo fin se remitirán copias el presente incidente al Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualeguay.-

Así voto.-

A LA MISMA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. GIORGIO, DIJO:

Las razones que ha expuesto el Sr. vocal preopinante me llevan necesariamente a coincidir en que la prisión preventiva dispuesta contra el imputado Pavón debe ser clausurada o atenuada por otra medida alternativa considerando que en reciente fallo esta Sala ha anulado la

sentencia de Casación, dejando solo sujeto a revisión por otro Tribunal debidamente integrado - a raíz del recurso interpuesto por la Defensa - la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio que declaró a Néstor Roberto Pavón autor material y penalmente responsable del delito de encubrimiento agravado - art. 277 inc. 1 apartado a) e inc. 3 apartado a) del Cod. Penal, con imposición de una pena de cinco años de prisión de cumplimiento efectivo.

En este sentido, como bien ha afirmado el Dr. Carubia, el imputado Pavón se encuentra próximo a cumplir, aún en prisión preventiva, los dos tercios de la condena - no firme - dictada en su contra, todo lo que le permitiría acceder al beneficio de la libertad condicional si hubiese ingresado al régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad - ley 24.660 - lo que no ha sido posible por todas las instancias recursivas que ha venido hasta aquí ha transitado. No obstante ello, esa imposibilidad no puede generar efectos adversos a la hora de evaluar la morigeración o el cese de la medida cautelar de encarcelamiento preventivo que viene sufriendo por la sola circunstancia de ejercer su legítimo derecho a la revisión integral de un fallo condenatorio dictado en su contra, cuando han desaparecido los conocidos riesgos procesales que en su momento motivaron su dictado y la hipótesis más desfavorable que tiene a la vista el encartado Pavón sería el breve lapso de tiempo que le resta por cumplir en caso de adquirir firmeza su condena, lapso éste que bien puede ser transitado bajo la modalidad de la libertad condicional.

De acuerdo a ello, no parece razonable pensar a esta altura en una posible fuga o en una supuesta obstaculización de una investigación que ya ha concluido, en un proceso que finalizó con el dictado de la sentencia, por lo que no pueden tener nunca favorable acogida las causales que invoca el Ministerio Público Fiscal a partir del gravísimo hecho ocurrido y la consecuente pena impuesta, lo que a su entender no se modifica con el fallo anulatorio de la Sala Penal (relativizando o desmereciendo absolutamente lo actuado y resuelto en esta instancia impugnativa) a partir de su íntima convicción sobre la coautoría de Pavón y del éxito que puede llegar a tener el Recurso Extraordinario Federal intentado, llegando así a conjeturar en la posibilidad que se revea el

resultado adverso a esa parte y la posterior aplicación de la pena perpetua solicitada por la acusación en caso que se realice un nuevo juicio y este concluya, además, de la manera que desea la Fiscalía.

No obstante, saliendo del terreno de las conjeturas, a propósito de los fallos que cita la Fiscalía, también tengo presente distintas sentencias dictadas en mi función de juez de grado en que pese a imponerse importantes condenas se mantenía el estado de excarcelación en que era llevado a juicio el imputado, con la aquiescencia del Ministerio Fiscal. Así, a modo de ejemplo, se observó ese criterio, entre otras causas, en autos "BONAFEDE, Giuliano Carlos - Abuso Sexual Gravemente Ultrajante, Agravado por el Vínculo, Reiterado" fallo del 9/06/16 en que se impuso una condena de nueve años de prisión efectiva; en autos "ZAPATA, Nestor Hernan - Abuso Sexual Gravemente Ultrajante, Doblemente Agravado Reiterado, Desobediencia Judicial y Amenazas en Concurso Ideal, Lesiones Leves y Amenazas en Concurso Real, fallo de fecha 4//11/15 en que se impuso una condena de ocho años de prisión efectiva; en autos "BARRETO, Daniel Alberto - Abuso Sexual Simple Agravado Reiterado y Abuso Sexual con Acceso Carnal Agravado Reiterado en Concurso Real" fallo de fecha 18/05/12 en que se impuso una condena de doce años de prisión; y, lo mas significativo, en autos "RIVAS, Liliana G. - Homicidio Doblemente Calificado por el Vinculo y Alevosía" en que intervino precisamente la Sra. Procuradora Adjunta ejerciendo la acusación publica, fallo de fecha 12/03/14, en que se impuso a la condenada la pena de prisión perpetua, quien siguió gozando del beneficio de la excarcelación hasta la denegatoria del recurso extraordinario federal planteado.

El simple cotejo de esos fallos con el caso de marras nos lleva necesariamente a interrogarnos que lo hace diferente o que tiene de especial la situación de Pavón cuando su posición es notoriamente mas favorable que los casos anteriores de acuerdo a los distintos escenarios que cada causa ofrecía, por lo que el mantenimiento del encarcelamiento preventivo sin otra motivación posible solo trasuntaria un antojo o capricho, un mero acto de poder, absolutamente despojado de razones de tutela de los fines del proceso, que se encuentra totalmente asegurado a esta altura. Dicho en otras palabras, de seguir la tesitura del órgano acusador, el

mantenimiento de la medida cautelar debería extenderse entonces todo el tiempo que demande el trámite de la vía recursiva que ha intentado, con el resultado azaroso e incierto al que podría arribarse y las irreversibles consecuencias que conllevaría para el caso en que se superara con creces el tiempo de detención que según sentencia firme debería llevar el encartado. Esa prolongación indebida de la privación de libertad permitiría ya no hablar de un anticipo de pena sino lisa y llanamente de la imposición de una pena ilegal.

En definitiva, por lo antes expuesto, adhiero a los fundamentos y solución que propone mi colega.

Así voto.

A LA MISMA CUESTIÓN PROPUESTA, LA SEÑORA VOCAL, DRA. MIZAWAK, DIJO:

I.- El Señor Vocal de primer orden reseñó suficientemente los antecedentes relevantes del caso y las posturas argumentales de las partes y, a fin de evitar innecesarias reiteraciones, me remitiré a lo allí consignado.-

No obstante, no comparto la solución propuesta por mis colegas de Sala y sintetizaré las razones que me conducen a una diferente conclusión.-

II.- Ingresando al examen y decisión de la controversia planteada, estimo necesario reivindicar la postura que he sustentado en numerosos precedentes –cfr.: "Ruiz -Leites", sent. del 27/08/09, "Pessoa", del 9/03/10, "Tablada-Zarate", del 14/04/10 y "Olivera-Abasto", del 7/8/13 y más recientemente en "Beckman", sent. del 6/2/2019 y "Forcher", sent. del 25/4/2019, entre otros- respecto a que la libertad es la regla y el encarcelamiento preventivo es la excepción y sólo es factible su aplicación en aquellos casos que sea imprescindible, pues tal como lo ha señalado la C.I.D.H., la prisión preventiva no constituye un fin en sí misma, ni debe ser considerada un anticipo de pena, ya que su aplicación se encuentra limitada por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática, pues es una medida cautelar, no punitiva (cfr. "BAYARRI vs. ARGENTINA", 30/10/08, en esa línea: "ACOSTA CALDERON vs. ECUADOR", 26/06/05, "TIBI vs. ECUADOR", 07/09/04,

"SUAREZ ROSERO vs. ECUADOR", 12/11/97, Resolución del 23 de noviembre de 2017, "Solicitud de medidas provisionales respecto de Argentina. Caso: Milagro Sala").-

En efecto, soy de opinión que el encarcelamiento preventivo es una especie de "custodio" de los fines del proceso penal y solo es legítima su imposición cuando están en peligro dichos fines, es decir, cuando la libertad del imputado ponga en riesgo la colección de pruebas, o, cuando hay peligro de fuga. Por ende, la prisión preventiva, como medida cautelar que es, no debe tener finalidades punitivas o ser un método de ablandamiento, presión o amenaza, ya que eso atentaría con el estado de inocencia del que goza el imputado.-

III.- Esbozados los parámetros que guiarán la resolución de la petición liberatoria impetrada por la defensa de Pavón, cabe ponderar que esta Sala en lo Penal, en fecha 31 de julio de 2020, hizo lugar a la impugnación extraordinaria articulada por la defensa técnica de Néstor Roberto Pavón contra la sentencia obrante a fs. 359/408; declaró mal admitidos los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y por la querrela particular y la nulidad parcial del fallo de casación en lo que respecta al tratamiento y decisión de ellos, así como del rechazo del recurso de casación articulado por la defensa técnica de Pavón y ordenó el reenvío de las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Casación Penal, a fin de que, debidamente integrada, renueve los actos pertinentes.-

No obstante esta decisión unánime –a la que adherí, según mi voto- lo cierto es que el fallo del Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualeguay que condenó a Pavón como autor material y penalmente responsable del delito de Encubrimiento agravado (art. 277, incisos 1º, apartado a) e inciso 3º apartado a) del Código Penal) y le impuso la pena de cinco años de prisión de cumplimiento efectivo, no se encuentra firme, atento a que las partes acusadoras –pública y privada- han interpuesto recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, manifestando su disconformidad con lo resuelto.-

Así las cosas, estando pendiente la resolución acerca de la viabilidad de de los remedios extraordinarios federales, estimo que el examen de la liberación peticionada no puede ceñirse únicamente al monto

de la sanción impuesta a Pavón en una sentencia que aún es susceptible de ser revocada -en el eventual supuesto que las impugnaciones deducidas sean receptadas-, sino que corresponde sopesar las restantes circunstancias del caso.-

En efecto, no puede soslayarse que aún está latente la posibilidad de que las acusaciones principales sostenidas por el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante particular sean admitidas, lo que implicará un rotundo agravamiento de la pena que podría ser impuesta al acusado.-

Asimismo, al considerar las pautas indicadas por nuestro código de rito para decidir la aplicación de una medida cautelar – cfme.: art. 354, C.P.P.E.R.- surge evidente que más allá del monto de la pena que podría sufrir Pavón, la singular gravedad del hecho endilgado (encubrimiento del abuso sexual con acceso carnal en concurso ideal con homicidio triplemente calificado por ser con alevosía, violencia de género y criminis causa de Micaela García), su actitud posterior al delito y su probable contribución al retraso del esclarecimiento del delito, sumado a los motivos y condiciones personales del encausado, son extremos que demuestran que el riesgo procesal subsiste y no han variado las circunstancias fácticas que determinaron la imposición de la detención preventiva.-

A mayor abundamiento, la prisión preventiva mantenida por el Tribunal de grado al condenar a Pavón no fue objeto de recurso por el entonces defensor del encausado, convalidando la medida cautelar en un contexto procesal idéntico al presente, enfrentándose Pavón a una pena de cinco años de prisión.-

En conclusión, no puede afirmarse a esta altura del proceso penal que no exista riesgo de que el imputado en libertad intente eludir la acción de la justicia y ello me determina a rechazar la excarcelación solicitada por el Dr. Reca.-

No obstante ello, si advierto que es posible asegurar la efectiva aplicación de la ley penal mediante la aplicación a Pavón de una medida cautelar menos gravosa y morigerar la modalidad de cumplimiento de la prisión preventiva dispuesta.-

En este sentido, cabe recordar que en el ámbito de las medidas cautelares rigen los principios de "excepcionalidad" e "interpretación restrictiva" y ellos se traducen en la necesidad de preferir, a los fines de asegurar los fines del proceso, las medidas menos gravosas, tal como lo dispone el artículo 349 del CPPER.-

Esta es la orientación que ha seguido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al instar a los Estados a aplicar medidas alternativas de manera racional, atendiendo a su finalidad y eficacia de acuerdo con las características de cada caso y con observancia de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.163. Doc. 105. 3 julio 2017), lo que se asienta en la arraigada idea de que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia del 7 de setiembre de 2004).-

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la expectativa de que se llegue a imponer una abultada pena en el procedimiento de fondo es, en principio, un indicativo válido para evaluar el riesgo de fuga; pero su legitimidad merma ante una detención preventiva prolongada, puesto que " *el efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquél de haber servido ya una parte de la pena*" (CIDH. Caso N° 11.245; Jorge A. Giménez v. Argentina. Informe N° 12/96, del 01 de marzo de 1996 (Fondo)).-

Precisamente, es la duración de la cautela impuesta a Pavón –y no la ausencia de riesgos procesales- lo que me determina a proponer su morigeración y que la misma se ejecute bajo la modalidad de prisión domiciliaria, atento al alongado tiempo que lleva en prisión preventiva (tres años y cuatro meses).-

En efecto, tal como sostuve en los párrafos precedentes, si bien no es un hito procesal determinante de la soltura de Pavón la sentencia dictada por esta Sala *ad quem* -que hizo lugar a la impugnación extraordinaria provincial impetrada por su letrado defensor, anuló parcialmente el fallo dictado por la Casación y ordenó que un Tribunal debidamente integrado resuelva el recurso de casación interpuesto por la defensa de Pavón- lo cierto es que esa decisión, dota de mayor verosimilitud a la condena dictada por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualaguay, como autor del delito de Encubrimiento Agravado y la imposición de la pena de cinco años de prisión (277, incisos 1º, apartado a) e inciso 3º apartado a) del Código Penal).-

Por lo tanto y en el señalado contexto del proceso penal seguido en contra de Pavón, existen medidas cautelares alternativas – como la detención domiciliaria- que se orientan a evitar la fuga del imputado y asegurar la realización del derecho sustantivo.-

En este orden de ideas se ha fallado que *“...Los Estados están en la obligación de sustituir las medidas privativas de libertad por medidas alternativas, tales como el arresto domiciliario, tobilleras, medidas de presentación o cualquier otra que permita la legislación interna, siempre que sea necesaria y proporcional para la consecución de los fines procesales...”* (C.I.D.H., Resolución “Asunto Milagro Sala. Solicitud de Medidas Provisionales”. 23 de noviembre de 2017).-

Por consiguiente y en virtud de lo expuesto, considero que corresponde disponer el arresto domiciliario de Pavón, atento a esa medida de coerción asegura suficientemente la ejecución de la sanción punitiva impuesta, en caso de que se confirme la condena dictada en su contra (cfme.; art. 349, inc. a) CPPER).-

Así voto.-

Con lo cual se dio por terminado el acto, quedando acordada la siguiente sentencia:

PARANA, 22 de agosto de 2020.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

HACER LUGAR a la petición formulada por el Dr. Gaspar Ignacio Reca Ríos, en ejercicio de la defensa técnica de Néstor Roberto Pavón y en concuencia, declarar procedente su excarcelación, bajo la caución que establezca el tribunal de mérito que originariamente dispuso la prisión preventiva del encartado.

REMITIR copias el presente incidente al Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualeguay a los fines indicados.-

Protocolícese, notifíquese, cúmplase.-

Dejo constancia que la sentencia que antecede, ha sido dictada el día 22 de agosto de 2020 en los autos WAGNER, Sebastián José Luis, PAVON, Néstor Roberto, OTERO Gabriel Ignacio - Abuso sexual con acceso carnal...; para PAVON altern. Encub. agravado y ... s- Recurso de Casación S/ IMPUGNACION EXTRAORDINARIA, 4943, por los miembros de la Sala N°1 en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, integrado al efecto por el señor Presidente, Dr. Miguel Angel Giorgio, la Señora Vocal, Dra. Claudia Mónica Mizawak y el señor Vocal, Dr. Daniel Omar Carubia, quienes suscribieron la misma mediante firma electrónica, conforme -Resolución N° 28/20 del 12/04/2020, Anexo IV-, asimismo se protocolizó y se notificó a las partes electrónicamente con envío de correo de refuerzo.

Secretaría, 22 de agosto de 2020.-

Noelia V. Rios
Secretaria