RDP

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

FUNDADA POR ANDRÉS J. D'ALESSIO Y PEDRO J. BERTOLINO EN 2004

Agosto 2020 | 8

DIRECTORES:
PATRICIA ZIFFER
MAURO DIVITO

Thomson Reuters

ISSN 1851-0353

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0353
RNPI: 5074817

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de julio de 2020, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

Thomson Reuters

RDP DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Fundada por Andrés J. D'Alessio - Pedro J. Bertolino en 2004

DIRECTORES:
PATRICIA ZIFFER
MAURO DIVITO

Agosto 2020 | 8

Thomson Reuters

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

FUNDADORES
Andrés J. D'Alessio - Pedro J. Bertolino

DIRECTORES
Patricia Ziffer - Mauro Divito

COMITÉ EDITORIAL
Ivana Bloch - Alejandro Chehtman - Nicolás F. D'Albora - Guillermo Garay - Marcelo Lerman - Guillermo Orce - Gustavo Trovato - Santiago Vismara - Federico Wagner - Juan Lucas Finkelstein Nappi

SECCIONES ESPECIALES
Criminología
Gabriel I. Anitua
Derecho Penal, Contravencional y de Faltas
Guillermo E. H. Morosi - Gonzalo Rua
Derecho Penal Informático
Carla P. Delle Donne
Derecho Procesal Penal y Garantías Constitucionales
Guillermo Garay
Derecho Penal Aduanero y Tributario
Mariano Borinsky
Ejecución Penal
Sergio Delgado
Justicia Juvenil
Mary Beloff
Disertaciones y ponencias
Marcelo Lerman - Leonel Gómez Barbella
Responsabilidad penal de las personas jurídicas y Compliance
María Soledad Accetta - Antonella Donnes - Gustavo Fabián Trovato

ACTUALIDADES JURISPRUDENCIALES
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Javier Mariezcurrena - Mauro Lauría Massaro
Corte Suprema de Justicia de la Nación
Guillermo Garay
Cámara Federal de Casación Penal
Santiago Inchausti
Justicia Federal de la Nación
Juan M. Hermida - Hernán Diego Silva
Justicia Federal de la Provincia de Buenos Aires
Leonel Gómez Barbella
Cámara Nacional Criminal y Correccional
Constanza Lucía Larcher
Justicia en lo Penal Económico y Tributario
Nicolás Ramayón - Carolina Belej
Justicia de Menores
Martiniano Terragni
Tribunales Orales
Martín Pedro Taubas
Justicia Penal, Contravencional y de Faltas
Victoria Almada - Rosario Ianieri
Buenos Aires
Valeria Anselmino - Mariana Venero
Córdoba
Federico Zurueta
Entre Ríos
Rubén Chaia
Tucumán
Andrés Garmendia

Thomson Reuters

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo
Carlos F. Balbín
Fernando R. García Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional
Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal
Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

Thomson Reuters

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

Editores
Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

Thomson Reuters

ÍNDICE

IN MEMORIAM

Julio B. J. Maier (1939/2020)
Juan Lucas Finkelstein Nappi 3

DOCTRINA

Delitos agravados por las motivaciones del autor: la prueba del odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión
Javier Teodoro Álvarez 9

Libertad condicional condicionada. Comentario a la contradicción normativa de la ley 24.660
Joaquín I. Cedarri 32

JURISPRUDENCIA ANOTADA

EXACCIONES ILEGALES
Agentes policiales que exigían sumas indebidas de dinero a comerciantes. Finalidad de apropiación personal. Agravantes. Utilización de la intimidación. Coautoría. Rol asignado en los hechos. Asociación ilícita. 43

Delitos de concusión y extorsión
Joaquín García Berro 48

ACTUALIDADES

Actualidad en Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal 1/2020
Constanza L. Larcher 61

JURISPRUDENCIA

ESTAFA
Sentencia arbitraria. Decisión que absuelve al imputado. Requisitos del tipo penal. Elemento no requerido por la ley, doctrina o jurisprudencia. Negligencia de la víctima. Disidencia. *Certiorari* negativo. 69

MUJERES PRIVADAS DE SU LIBERTAD
En estado de gravidez o con hijos menores de edad. Protección especial. Condiciones de detención. Necesidad de adoptar medidas de acción positiva. Recomendación. Disidencia. 73

EXCARCELACIÓN EN CASO DE LAVADO DE ACTIVOS
Peligro de fuga a partir de la elevada pena en expectativa. Confirmación del rechazo de la excarcelación. Orden de tramitar el incidente por prisión domiciliaria. Imputado incluido en grupo de riesgo frente a emergencia sanitaria por coronavirus COVID-19 77

Thomson Reuters

PRISIÓN DOMICILIARIA EN CONTEXTO DE PANDEMIA
Interna que padece HIV. Rechazo del beneficio 80

PRISIÓN DOMICILIARIA EN CONTEXTO DE PANDEMIA
Interno con asma. Grupo de riesgo ante la amenaza de contagio del virus de COVID-19. Rechazo del beneficio 82

ESTUPEFACIENTES
Transporte de 62 kilos de cocaína en la Provincia de Salta. Revocación del sobreseimiento..... 85

EXCARCELACIÓN EN LA PANDEMIA
Parámetros de actuación en relación con la situación planteada por la sobrepoblación carcelaria y la pandemia COVID-19. Medidas alternativas al encierro. 90

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL
Dictamen concordante con lo solicitado por la defensa de los acusados. Ausencia de contradicción. Nulidad de la sentencia. 91

AUTONOMÍA FUNCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL
Fundamentación del alegato. Mera discrepancia del juez con la decisión del acusador. Admisibilidad del recurso de casación. Agravio actual de imposible reparación ulterior. Control jurisdiccional de sus actos. Disidencia. 94

DINERO DECOMISADO A FAVOR DE HOSPITAL PÚBLICO
Liberación de fondos a favor del Hospital Garrahan. Contexto de emergencia sanitaria provocada por el Coronavirus COVID-19. Destino de utilidad pública que deben tener los bienes decomisados. Causa por enriquecimiento ilícito. 102

EJERCICIO PROFESIONAL
Abogado. Pandemia COVID-19. Vigencia del aislamiento obligatorio. Solicitud de circulación a la oficina del letrado donde tiene los elementos necesarios para el seguimiento electrónico de las causas en la Provincia de Buenos Aires. Rechazo de la acción. 105

PRISIÓN DOMICILIARIA POR PANDEMIA
Interno portador de HIV. Rechazo de la solicitud. Orden de poner en funcionamiento de manera inmediata un protocolo específico de prevención y protección de Coronavirus COVID-19 en contexto de encierro 107

DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO
Encubrimiento por receptación. Extinción de la acción penal. Detención durante dos años sin la realización del juicio. Sobreseimiento 110

CUMPLIMIENTO DE LA PENA
Pandemia COVID-19. Concesión de arresto domiciliario. Interno con alto riesgo de contagio. Condena por delitos contra la integridad sexual 112

ARRESTO DOMICILIARIO
Imputada perteneciente a un colectivo vulnerable. Ausencia de antecedentes penales. Interés superior del niño. Concesión 120

PRISIÓN DOMICILIARIA EN CONTEXTO DE PANDEMIA
Pedido enmarcado en el art. 32, inc. d de la ley 24.660. Contexto particular de la pandemia mundial ocasionada por el denominado Coronavirus (COVID-19). Mujer de 65 años condenada por delitos de lesa humanidad. Rechazo de la pretensión 123

Thomson Reuters

PRISIÓN DOMICILIARIA POR EMERGENCIA SANITARIA
Interno de 64 años con antecedentes de hernia, cardiopatía y asma bronquial. Situación preocupante que atraviesan las personas privadas de la libertad en razón de la propagación y contagio del coronavirus COVID-19. Derecho a la salud 125

PRISIÓN DOMICILIARIA
Pandemia. Emergencia sanitaria. Huelga de hambre. Concesión del beneficio 127

EXCARCELACIÓN FUNDADA EN LA PANDEMIA
Imputado que necesita una intervención quirúrgica coronaria de urgencia. Persona con diabetes e hipertensión. Procedencia del beneficio. Pandemia provocada por el coronavirus COVID-19 130

PRISIÓN DOMICILIARIA POR PREVENCIÓN DE CORONAVIRUS
Hombre de 66 años con una enfermedad cardíaca crónica procesado en una causa por estupefacientes. Morigeración del encierro cautelar hasta la realización de estudios médicos. Inclusión dentro del grupo de riesgo más vulnerable de la sociedad para la prevención del COVID-19 133

EXPLOTACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN AJENA
Diferenciación entre trata, explotación y trabajo sexual. "Copeo" no integra la prostitución. Absolución del imputado. 134

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD
Pandemia. Persona que pertenece al grupo vulnerable por el criterio establecido en los términos de la "Alerta Epidemiológica del Coronavirus COVID-19". Clasificación de riesgo. Detención bajo la modalidad de arresto domiciliario. Cumplimiento de la pena impuesta. 149

DETENCIÓN DE PERSONAS
Atribuciones del personal policial. Indicios vehementes de culpabilidad. Validez 151

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA
Supervisión de las obligaciones. Incumplimiento. Competencia para revocar el beneficio 152

PRISIÓN PREVENTIVA
Proporcionalidad. Posibilidad de recurrir a otra medida de menor intensidad. Revocación. Excarcelación. Dictamen fiscal favorable. Disidencia parcial. 154

ARRESTO DOMICILIARIO
Imputado por el delito de hurto. Mínimo de la pena cumplido en detención. Disidencia 156

FACULTADES DE LOS JUECES
Remisión a normas aún no implementadas. Criterio de oportunidad 158

ENCUBRIMIENTO Y EXTORSIÓN
Persona que habría hallado en un tacho de basura documentación ajena. Exigencia de dinero al damnificado a cambio de la devolución de sus pertenencias 159

RECUSACIÓN CON CAUSA
Parcialidad. Prejuicios fundados en estereotipos de género. Identidad de género. Ley 26.743. Compromiso de abordar los casos con perspectiva de género. Motivos. Circunstancias objetivas del caso concreto. Dilación del trámite del proceso. Procedencia 161

COSTAS DEL PROCESO PENAL
Gastos derivados de la detención y transporte internacional del condenado. Art. 533 inc. 3. del Código Procesal Penal. Diferencias con la caución real. Disidencia 169

Thomson Reuters

PANDEMIA
Coronavirus COVID-19. Medidas para garantizar el servicio de justicia durante emergencia sanitaria 173

PROCEDIMIENTO PENAL
Revocación de sentencia que dispuso el archivo de la causa. Decisión prematura. Información confidencial solicitada al FMI. Sugerencia del exfuncionario del organismo de presentar un pedido por escrito a través de un representante argentino. 175

MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE A LA PANDEMIA COVID-19
Aislamiento obligatorio. Personas que regresan del exterior. Paso por zona de riesgo alto de contagio. Cumplimiento de la medida fuera de su domicilio a disposición de la autoridad sanitaria 176

LESIONES
Condena penal impuesta a un conductor de colectivo que perdió el dominio del rodado y embistió a personas que participaban de una manifestación y a peatones 177

AUTORIZACIÓN DE TRASLADO EN CONTEXTO DE PANDEMIA
Hábeas corpus destinado a obtener autorización para trasladarse a la costa atlántica. Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020. Prevención de la circulación social del COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública. Aislamiento obligatorio. Rechazo de la demanda 184

CONSTITUCIONALIDAD DEL AISLAMIENTO EN INSTITUCIONES EXTRAHOSPITALARIAS
Hombre que ingresó desde la República Federativa del Brasil y fue obligado a permanecer en un hotel a los fines del aislamiento social obligatorio dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional por dec. 297/2020. Planteo de inconstitucionalidad del "Protocolo de Manejos de Individuos provenientes del exterior asintomáticos: aislamiento en instituciones extrahospitalarias". Hábeas corpus. Rechazo. Intervención al programa "Mayores Cuidados" 185

AISLAMIENTO EN ALOJAMIENTOS EXTRAHOSPITALARIOS
Razonabilidad del "Protocolo de manejo de individuos provenientes del exterior asintomáticos: Aislamiento en alojamientos extrahospitalarios". Coronavirus COVID-19. 188

DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR
Condena por el delito previsto en el art. 1 de la ley 13.944. Hecho cometido en un contexto de violencia de género, a través de la modalidad de violencia económica y en violación a los derechos garantizados en la Convención sobre los Derechos del Niño 191

RESTRICCIONES A LOS ADULTOS MAYORES
Emergencia sanitaria. Pandemia de COVID-19. Rechazo de la acción de hábeas corpus. No es asimilable la restricción legítima del aislamiento obligatorio a las previstas por la ley 23.098 200

AUTORIZACIÓN DEL USO DE TELEFONÍA CELULAR A INTERNOS CARCELARIOS
Situación excepcional de aislamiento. Imposibilidad total de contacto con familiares. Trato cruel e inhumano inconstitucional. 204

HÁBEAS CORPUS CORRECTIVO
Dependencias penitenciarias en la Provincia de Buenos Aires. Situación de emergencia sanitaria. Pandemia de COVID-19. Necesidad del dictado de reglas comunes de actuación para el territorio provincial. Internos incluidos en los grupos de riesgo de contagio. Imputados en orden a delitos leves o próximos a la posible libertad condicional. Arresto domiciliario. Evaluación de la gravedad del delito. Situación en comisarías. Pautas para las causas pendientes de resolución 208

RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL
Acuerdo abreviado. Responsabilidad penal. Homologación. Tratamiento de rehabilitación respecto de la adicción del menor a las drogas. Control 216

Thomson Reuters

IN MEMORIAM

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Julio B. J. Maier (1939/2020)

Juan Lucas Finkelstein Nappi

El pasado 13 de julio falleció Julio Bernardo José Maier, el más destacado y reputado procesalista penal que tuvo Iberoamérica desde la última mitad del siglo XX hasta el presente. Egresado como abogado de la Universidad Nacional de Córdoba en la década del sesenta, Julio comenzó tempranamente a desarrollar sus actividades académicas en dicha Universidad de la mano de Alfredo Vélez Mariconde y Jorge A. Clariá Olmedo. Luego completó sus estudios en la República Federal de Alemania en una primera estadía, tras la cual, obtuvo su título de Doctor en Derecho, también en la Universidad de Córdoba, con una tesis doctoral que luego fue publicada entre los años 1978 y 1982 por la Editorial Depalma bajo el título *La ordenanza procesal penal alemana*. Se trató, pues, del primer intento sistemático y holístico dirigido a comparar el texto de la entonces vigente Ordenanza Procesal Penal alemana con la estructura de los que por entonces eran llamados en nuestro país "códigos modernos"; es decir, aquellos que, sobre la base de la legislación procesal penal italiana de comienzos del siglo XX, habían comenzado a sustituir a los vetustos códigos "escriturarios" por otros reglamentos que reconocían al "juicio oral y público" como presupuesto ineludible para la obtención de la sentencia de absolución o de condena. Proyecto político legislativo sintetizado en nuestro medio en el Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba, elaborado por Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler hacia fines de la década del treinta.

Con el correr de los años Maier comenzó a desarrollar su tarea universitaria en la Universidad de Buenos Aires, primero como profesor adjunto en la cátedra de Derecho Procesal Civil, de Lino Palacio, y luego como profesor asociado para, en 1984, transformarse en profesor titular de Derecho Penal y Procesal Penal y en el primer director con el que contó el Departamento de Derecho Penal de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue también juez de sentencia (durante la "secular" vigencia del código Obarrio de la ley 2372) y coronó su carrera "práctica" como integrante, desde su misma institucionalización, del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Para Maier su carrera como juez fue siempre un accidente, vinculada ante todo con la necesidad de ganarse el sustento propio y de los suyos pues fue la Universidad y la producción jurídica el principal centro de preocupaciones que atravesó su larga carrera como publicista. Fue, lisa y llanamente, un académico; quizás uno de los mejores que dio nuestro país durante el siglo XX.

Resultaría verdaderamente imposible destacar aquí todos y cada uno de los jalones por los cuales atravesó la tarea autoral de Maier. Desde su primer artículo dedicado a la *forma del auto de procesamiento* hasta llegar a los 3 densos tomos de su obra sistemática (con un cuarto en vías de escritura por 3 de sus discípulos), pasando por un importante trabajo dedicado a la teoría general del derecho aplicado al derecho procesal penal (*Función normativa de la nulidad*), producto de la segunda larga estadía de Maier en la República Federal de Alemania, hasta llegar a una labor pionera de compilación de influyentes trabajos producto del Seminario que dirigió durante muchos años en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Como si esa impronta no fuera suficiente, Maier desarrolló una labor primordial en la modernización de la legislación procesal penal en nuestro país y en varios otros de América Latina. Fue el encargado de llevar las ideas aprehendidas durante sus años mozos en la provincia de Córdoba a diferentes latitudes que trascendieron los estrechos confines de esa provincia. Abogó por la institucionalización del juicio público como forma de obtención de la sentencia, luchó por amoldar los vetustos sistemas procesales penales a las ideas básicas

Thomson Reuters

de la Constitución política de nuestro Estado y, junto con ello, también luchó hasta donde pudo por transformar a la organización judicial heredada de la colonia, tarea esta última que para Maier resultaba esencial si en verdad se pretendía transformar por completo el funcionamiento de los sistemas procesales penales.

Esas ideas reformadoras quedaron sintetizadas como verdaderos monumentos jurídicos (uso aquí una expresión que Maier utilizó para calificar al Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba de 1937/1940) tanto en el Anteproyecto de Código federal del año 1986 (con su respectivo proyecto de ley de organización judicial) como en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, texto este último que Maier incluyó en la primera edición de sus dos tomos dedicados al derecho procesal penal y que fueron publicados en el año 1989 por la Ed. Hammurabi (los dos inigualables "tomitos" verdes).

Esa tarea de reconstrucción encuentra un último paraje en el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo, culminado en los primeros años de este siglo, y que se encuentra publicado a texto completo y con su extraordinaria exposición de motivos en el tomo III del Tratado. La comparación entre el Anteproyecto de 1986 y este último Código Modelo arroja como consecuencia que el propio Maier sometió a revisión muchas de sus ideas originales, sobre todo si se compara el modo en que en ambos reglamentos aparece disciplinada la etapa preliminar del procedimiento judicial: en el primero cuenta con varias reglas dedicadas a ello mientras que en el segundo las disposiciones normativas son más bien escasas.

Crítico feroz de la verticalización de las estructuras judiciales y férreo defensor del juicio por jurados (tarea para la cual no ahorró críticas para quienes fueron sus maestros por desdeñar con palabras que él consideraba ofensivas la instauración de esa forma de integración del tribunal), Maier luchó durante muchos años en contra de las ideas que fundaron el viejo Código Obarrio de la ley 2372, vigente durante más de un siglo en la Capital de la República y en los tribunales de la federación y cuyas bases sistemáticas Julio consideraba completamente inaceptables desde el punto de vista del ideario procesal penal que informaba a nuestra Constitución. La lucha que encabezaron sus maestros por entronizar el juicio público y sus principios de inmediación, concentración y continuidad a él asociados fueron para Maier no solo objeto de predica académica sino también práctica y política: las páginas que ha escrito sobre las bondades de ese modo de obtener la sentencia quedarán para siempre como testimonio de una lucha encarnizada por transformar en la buena senda a nuestros sistemas de enjuiciamiento.

No hay tema vinculado con nuestra materia del cual Maier no se haya ocupado con tesón y con la extraordinaria capacidad analítica que lo caracterizaba, todo ello coronado con una pluma que sincretizaba el buen uso del lenguaje, con la ironía y la crítica mordaz respecto de aquellas ideas que le resultaban erróneas o inaceptables, tarea para la cual no ahorró el uso de adjetivos pero siempre, como gran académico que era, tomándose muy en serio los argumentos que fundaban la posición que cuestionaba.

Entre las tantas posiciones novedosas que defendió quedarán como testimonio imborrable la defensa radical de concebir al persecutor penal estatal como director de la etapa preliminar del enjuiciamiento (problema que dio origen a un libro y que aparece también publicado en forma de artículo en la *Antología* de textos de Maier compilada por la Ed. Palestra de Lima, Perú, en el año 2008, bajo el título *El proceso penal contemporáneo*), la crítica temprana y también radical al uso de la prisión preventiva como pena y sin limitaciones temporales aceptables (magníficamente sintetizada en un volumen publicado en 1981 bajo el título *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*), la interdependencia e inseparabilidad entre el derecho penal y procesal penal, su comprensión del recurso como mecanismo dirigido a proteger al imputado de condenaciones erróneas o injustas, la crítica radical al juicio de reenvío provocado por un recurso del acusador estatal, extremo que Julio consideró como lesivo del principio que proscribe la persecución penal múltiple, la labor de reconstrucción histórica de nuestros modelos de enjuiciamiento (trabajo sintetizado en 100 de las densas y extraordinarias páginas del tomo I de su Tratado), y, lo que resulta más trascendente, el cambio de lenguaje en nuestra materia, del cual Maier fue el principal portavoz.

Thomson Reuters

No quiero culminar estas líneas, que siempre serán limitadas y de baja calidad para describir adecuadamente lo que Maier significó para nuestra generación, sin hacer alusión a un recuerdo personal. Cada vez que le enviaba un correo electrónico para saludarlo, saber cómo estaba o conversar con él sobre alguna idea, Julio iniciaba su respuesta con un "Tiemblo. ¡Apareciste vos para pedirme algo!". Esta vez no hay nada de eso Julio: solo le ofrezco unas palabras de despedida y, como parte de una generación que se nutrió de sus ideas sobre todo a través de quienes fueron sus discípulos, le doy las gracias que, hay que decirlo, siempre serán pocas.

Thomson Reuters

Thomson Reuters

DOCTRINA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Delitos agravados por las motivaciones del autor: la prueba del odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión

Javier Teodoro Álvarez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La responsabilidad penal frente a las emociones y su impacto en el razonamiento probatorio.— III. La prueba del odio y el razonamiento probatorio mediante indicios.— IV. Breves reflexiones finales.— V. Bibliografía.

I. Introducción

La violencia ejercida contra las sexualidades e identidades no hegemónicas es un hecho criminal de antaño que aún persiste en nuestras sociedades y de las que, paradójicamente, los Estados se han ocupado de manera muy escasa, imponiéndose su invisibilización y desidia. Diversos informes demuestran, a su vez, que se trata de una situación de alcance mundial.

En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alertó sobre los altos índices de violencia que se ejercen de manera generalizada contra esta población en el continente y la ausencia de una respuesta estatal eficiente (CIDH, 2015:11).

En los Estados Unidos, por su parte, conforme las estadísticas gubernamentales, los delitos contra las disidencias sexuales comparten el segundo lugar junto al de las minorías religiosas, después de los incidentes racistas **(1)**. De igual modo, en el Reino Unido solo durante un año se iniciaron casi mil denuncias por esta clase de hechos **(2)**.

El Consejo de Europa también constató que en todos sus Estados miembros se ejerce este tipo específico de violencia **(3)**. En el mismo sentido, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos indicó que había aumentado la intolerancia contra este colectivo en los últimos tiempos **(4)**.

En ese escenario es que, desde hace un tiempo, algunos, muy pocos, Estados comenzaron a incorporar en sus legislaciones tipos penales

(*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Penal egresado de la Escuela de Posgrados de la Universidad Torcuato Di Tella y máster en Razonamiento Probatorio por la Universitat de Girona (España) y la Universitá di Genova (Italia). Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA-UNDAV-UAI-UP). Funcionario de la Procuración General de la Nación.

(1) Según relevamientos del departamento de justicia de los Estados Unidos. Ver Uniform Crime Report, "Hate Crime Statistics 2009", US Department of Justice, FBI, Washington, 2010.

(2) De conformidad con los informes presentados por la Agencia por los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ver European Union Agency for Fundamental Rights, "Homophobia and Discrimination on Ground of Sexual Orientation and Gender Identity: Part II - The Social Situation", Vienna, 2009, p. 38.

(3) De acuerdo con los datos revelados por el Consejo de Europa. Ver Council of Europe, "Discrimination on Ground of Sexual Orientation and Gender Identity in Europe", Strasbourg, junio 2011, p. 52.

(4) African Commision on Human and People Rights (Camerún), 11-25, párr. 14, mayo 2005.

Thomson Reuters

especiales para castigar esta clase de comportamientos, ya sea a través de la creación de nuevas figuras o bien modificando las ya existentes.

En concreto, son 46 Estados de las Naciones Unidas —lo que representa solo el 24% de sus miembros— los que poseen disposiciones penales frente a hechos lesivos motivados por la orientación sexual y/o la identidad de género, o su expresión, de la víctima (MENDOS, 2019: 121).

El modo en que lo hicieron responde a dos caminos bien diferenciados: o bien mediante el establecimiento de una agravante específica de la pena cuando el delito —cualquiera sea el que se trate— se cometa por este motivo o a través de la creación de una norma penal independiente que tipifique esta especial clase de violencia.

A su vez, también existen dos maneras por las cuales aquellos Estados generan responsabilidad penal frente a estos comportamientos. Así, se distinguen, por un lado, legislaciones que requieren que el hecho sea cometido sobre la base de la orientación sexual o identidad de género del sujeto pasivo y, por el otro, ordenamientos jurídicos que demandan que el agente actúe motivado por un sentimiento especial de aversión contra la sexualidad o identidad de género —real o presunta— de la víctima.

Entre el primer grupo se encuentran Albania, Angola, Austria, Bolivia, Brasil **(5)**, Cabo Verde, Chile, Chipre, Colombia, Croacia, Dinamarca, El Salvador, Eslovaquia, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Honduras, Hungría, Nicaragua, Noruega, Perú, Portugal, Rumania, San Marino, Suecia, Timor Oriental y Uruguay. Se trata de países cuya legislación penal prevé un agravamiento de la pena cuando el autor se motive por la orientación sexual de la víctima o su identidad de género para cometer el delito. Esa motivación puede responder a múltiples causales **(6)**, pues la norma no exige una específica.

Por su parte, el segundo grupo está integrado por las legislaciones penales de Andorra, Argentina, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Ecuador, España, Kosovo, Lituania, Macedonia del Norte, Malta, Mongolia, Montenegro, Nueva Zelanda, Reino Unido, Samboa, Santo Tomé y Príncipe y Serbia. En estos casos, la ley exige que el autor cometa el delito motivado por el *odio* a la orientación sexual y/o identidad de género, o su expresión, de la víctima. Vale decir, en consecuencia, que no cualquier estímulo provocará la responsabilidad penal, sino que la norma exige una motivación abyecta específica del agente para fundar la ampliación de la respuesta punitiva.

La centralidad del debate en torno a este último grupo se encuentra en determinar el alcance del término *odio* y su ubicación dentro de la teoría del delito para, a su vez, precisar la manera en la que se acreditará en el caso concreto.

Mi hipótesis principal para este trabajo es que el incremento de la pena en esta clase de tipos penales se puede explicar por los motivos emocionales del agente, que no solo son relevantes, sino que, además, pueden ser probados.

En ese sentido, entonces, el objetivo será presentar algunas discusiones con relación a esa última cuestión: cuál deberá ser el razonamiento probatorio para acreditar esa motivación en los casos de delitos cometidos por el odio a la orientación sexual y/o identidad de género, o su expresión, de la víctima.

Para ello comenzaré examinando las discusiones dogmáticas acerca de la ubicación del odio dentro de la teoría del delito para poder referenciar el impacto que cada una de estas posturas genera en la actividad probatoria. Luego

(5) En el caso de Brasil, el Tribunal Supremo Federal dictaminó el 13 de junio de 2019 que la ley sobre delitos motivados por la raza o color abarcará los crímenes motivados por la orientación sexual y la identidad de género de la víctima hasta tanto el Congreso Nacional dicte una ley específica.

(6) Como la intolerancia, el desprecio o la discriminación. Por citar un solo ejemplo, el Código Penal de Nicaragua, en su art. 36, inc. 5), dispone que son condiciones agravantes de la pena "Cuando se comete el delito por motivos raciales, u otra clase de discriminación referida a la ideología u opción política, religión o creencias de la víctima; etnia, raza o nación a la que pertenezca; sexo u orientación sexual; o enfermedad o discapacidad que padezca".

Thomson Reuters

presentaré algunas consideraciones en relación con la manera en la que la jurisprudencia y cierto sector de la doctrina sugieren que debe acreditarse este elemento.

II. La responsabilidad penal frente a las emociones y su impacto en el razonamiento probatorio

En los delitos que aquí interesan, el odio aparece como un elemento que califica a ciertos tipos dolosos, al revelar una posición hostil del agente frente a un determinado grupo de personas, en función de la aversión que le generan sus prácticas sexuales —o bien sus vínculos sexo afectivos— y/o su identidad o expresión de género. Esto es, entonces, que la justificación del agravamiento de la sanción reside en la especial motivación que acompaña al sujeto activo al seleccionar a las víctimas.

En ese sentido, la característica principal de este concepto es el factor emotivo que representa. El odio es una emoción que siente el autor que implica rechazo, hostilidad, enemistad y/o aborrecimiento, entre otros, y que impulsa su comportamiento.

Ahora bien, la discusión en torno a esta conceptualización reside en justificar esta clase de normas penales sin recurrir a afirmar que lo que se está sancionando es al sujeto por su forma de ser o su manera de pensar, sino que, por el contrario, por el propio disvalor de su conducta. Es que, al tratarse de delitos fortalecidos desde el plano subjetivo, para cierto sector implicaría suponer que no superaría el estándar constitucional frente al principio de acto en la medida en que la criminalización reposa, más allá de su actuar, en lo que el autor piensa o siente sobre determinadas personas.

En esa línea argumental, MAGARIÑOS (2008:100) expresó que "en un sistema penal respetuoso de la regla fundamental establecida en la primera parte del art. 19 de la CN, los rasgos de carácter o personalidad, la maldad de ánimo, los motivos abyectos o perversos del autor, aun cuando se hubiesen manifestado en la realización de un acto injusto, no son aptos para fundar en ellos el reproche penal, ni legitiman un mayor grado de culpabilidad que el derivado estrictamente del desvalor de la decisión de acción perturbadora".

En otras palabras, una concepción liberal del derecho penal implica responsabilizar a una persona por el hecho que realizó y sus consecuencias concretas, siendo irrelevante la motivación que lo determinó a actuar.

El trabajo de Heidi HURD y Michael MOORE (2004:1081 y ss.) ha sido uno de los más influyentes en defender este argumento. Su principal premisa reposa en la idea de que en esta clase de delitos lo que se reprocha son emociones en lugar de intenciones. En esa concepción, el odio aparece como un rasgo de la personalidad del agente que no puede ser controlado y, en consecuencia, habilitar responsabilidad penal.

Esta crítica a los delitos de odio, en concreto, se construye a partir de una noción mecanicista de las emociones.

En efecto, siguiendo a GONZÁLEZ LAGIER (2009:49), pueden apreciarse dos clases de tradiciones con relación a las concepciones de las emociones: una mecanicista y otra evaluativa o cognitiva.

Para la primera, las emociones son fuerzas que experimentamos, algo que nos sucede y nos coloca como un sujeto pasivo que no puede controlarlas. Vale decir, escapan a la razón y entorpecen el razonamiento correcto. Así, entonces, proporcionan explicaciones causales mecanicistas de la conducta, pero no basadas en la conciencia. La consecuencia de esta concepción es la imposibilidad de evaluar a las emociones, sino que solo se podrá medir la intensidad con las que la padece el sujeto (MANRIQUE, 2017:10 y ss.).

Por el contrario, para las teorías evaluativas o cognitivas, las emociones son la evaluación de ciertos objetos o situaciones y, por lo tanto, son intencionales. Las propias emociones, así entendidas, pueden ser objeto de evaluaciones desde el punto de vista de la racionalidad. A su vez, para esta noción, las emociones son susceptibles de educación, vale decir, son controlables, en cierto sentido. Como resultado de este postulado, las emociones ocuparán un rol relevante en el razonamiento, pudiendo deter-

Thomson Reuters

minar intencionalmente el comportamiento de un agente. Asimismo, pueden evaluarse como buenas o malas, razonables o no.

Sin embargo, esta concepción evaluativa o cognitiva también es pasible de objeciones e inconvenientes como, por ejemplo, la posibilidad de reducir a las emociones a ciertas combinaciones de creencias y deseos apartando cuestiones fenomenológicas como sensaciones. Además, pareciera que ofrecen una imagen tan racional de las emociones que contrastaría con ciertas intuiciones y experiencias que cualquier persona podría sufrir (GONZÁLEZ LAGIER, 2009: 51).

En ese sentido es que tampoco esta tesis permite explicar en forma adecuada el papel que interviene en el razonamiento práctico las emociones y de allí que se han esbozado otras aproximaciones al concepto de emoción **(7)**.

Empero, más allá de estos cuestionamientos, la teoría cognitivo-evaluativa permite responder a la crítica sobre los delitos de odio antes mencionada, por la cual esta emoción aparece como un impulso sin control, más cercano a un rasgo de la personalidad que a un elemento del comportamiento humano. En otras palabras, quienes defienden esta postura no suelen dar razones suficientes, asumiendo la concepción mecanicista sin más.

A ese respecto, entonces, la teoría cognitivo-evaluativa resulta más atractiva para el derecho penal, pues permite sostener que la emoción es algo sobre lo que el agente posee algún tipo de control y sobre la conducta que determina aquella emoción. A su vez, el odio puede ser evaluado como una emoción incorrecta y, por lo tanto, un modo peor de actuar.

Ahora bien, desde ya que postulo un derecho penal que formule responsabilidad sobre la base de las acciones de los individuos, pero coincido con quienes afirman que la manera en que se articulan esas acciones no tiene por qué dejar de lado ciertos estándares de carácter (MANRIQUE, 2017:13). En efecto, aquellos pueden servir para disminuir la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, los motivos son importantes en ciertos supuestos, como en la legítima defensa o los estados de necesidad.

Esta clase de argumentaciones, que pone el eje en los motivos y las emociones por las cuales actúa un autor de un delito y sirven para evaluar la responsabilidad penal, se pone en evidencia de manera frecuente en casos de violencia contra el colectivo LGTTTBIQ+. Me refiero al argumento del *pánico gay* o *pánico trans*.

Se trata de intentar demostrar que la sexualidad o la identidad de género de las víctimas son motivos objetivos y razonables para justificar la conducta del sujeto activo de la agresión, con el propósito de lograr una disminución en el reproche penal o la aplicación de supuestos de causas de justificación (ÁLVAREZ, 2018:68 y ss.).

Esta estrategia se fundamenta en que la homosexualidad sería tan repugnante que justifica los ataques violentos a los miembros de esta población **(8)**. Así, en el caso de la violencia contra personas travestis, transexuales o transgéneros, se ha empleado para tratar de excusar homicidios, argumentando el desagrado que le ocasionó al autor del delito descubrir, al momento de mantener una relación sexual consentida con la víctima, la pertenencia a aquel colectivo **(9)**.

---

(7) María Laura MANRIQUE, por ejemplo, ofrece una concepción dualista que permite relacionar aspectos internos y externos de las emociones, permitiendo un entendimiento más complejo de ellas. Ver MANRIQUE, M. L., "Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones", en Doxa, 2016, vol. 39, ps. 289/304. También Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2009:57) presenta a las emociones mediante un concepto más profundo, entendiéndolas como un proceso que es integrado, a su vez, por elementos más simples, de los cuales algunos son estados mentales, otros sucesos fisiológicos y otros externos.

(8) Uno de los primeros antecedentes de la utilización de esta coartada se ubica en el año 1967 en los Estados Unidos. Se trató del caso "People v. Rodríguez" (64 Cal. Rptr. 253. Ct. App. 1967), donde la defensa del imputado sostuvo que su asistido había matado a la víctima con motivo de una reacción psicológica temporal, provocada por la repulsión que había sentido cuando aquella lo agarro por detrás, generando un temor incontrolable a la homosexualidad. La defensa logró la reducción de la condena y que el hecho fuera calificado como un homicidio atenuado.

(9) En realidad, el pánico gay o pánico trans se remonta a la patologización de quienes ejercen una sexualidad o identidad de género disidente de la hegemónica. En efecto, se trata de un concepto que fue presentado por el

Thomson Reuters

Se trata de una estrategia que, pese a los esfuerzos para prohibirla **(10)**, aún permanece vigente con cierto éxito **(11)**.

En la Argentina, por ejemplo, ha sido un argumento que tuvo acogida favorable por el Supremo Tribunal de Justicia de la provincia de Salta en un caso donde se analizaba el comportamiento de una mujer que, durante un almuerzo familiar, tomó un cuchillo y se lo clavó en el corazón a su esposo, provocándole la muerte. El tribunal entendió que en el caso debía hacerse lugar a lo peticionado por la defensa y aplicar una escala penal reducida, por entender que habían mediado circunstancias extraordinarias de atenuación en los términos y condiciones del último párrafo del art. 80 del Cód. Penal **(12)**.

En concreto, el tribunal fundó la reducción de la pena, por cuanto entendió que el accionar de la imputada estaba motivado en que "la acusada recibe el anuncio de que su marido llevaría a su casa a una persona con la que se decía que mantenía una relación homosexual para continuar los festejos de la noche anterior". En otras palabras, el desprecio que sintió por el vínculo sexo afectivo homosexual de quien fuera su marido fue lo que la motivó a matarlo.

Como puede advertirse, por lo tanto, los motivos emocionales fueron tomados en consideración para reducir la respuesta punitiva **(13)**.

Ello pone en evidencia, entonces, que las emociones sí juegan un papel central en las legislaciones penales y decisiones judiciales cuando determinan la comisión de un delito. Y no solo para reducir la pena, sino también para agravarla, como, por cierto, la relevancia de los motivos para determinar si un sujeto actúa deliberadamente o con premeditación, al igual que son tenidas en cuenta para evaluar la aplicación de agravantes específicas en aquellos delitos en los que su comisión persiga un fin ulterior.

Vale decir que las motivaciones no son ajenas a la conducta del agente, pues tener un motivo para actuar implica afirmar que el autor cree que un cierto fin se conseguirá a través de la ac-

---

psiquiatra Edward J. KEMPF en el año 1920 para describir un desorden psicológico a través del cual ciertas personas presentaban temor a la homosexualidad o a sentir fantasías homoeróticas. Este psiquiatra observó que algunas personas que se sentían atraídas sexualmente a personas de su mismo sexo padecían de manera habitual crisis de ansiedad y depresión, siendo que alguna de ellas cometía suicidio o se autoinflingía lesiones corporales. Tuvo reconocimiento oficial a través de la APA que lo incluyó en la edición del año 1952 del DSM y se mantuvo hasta 1973, cuando, junto a la homosexualidad, fueron removidos como trastornos mentales. Según el texto, se trataba de una condición latente homosexual o de representaciones sexuales perversas, aunque en ningún caso se documentó que este supuesto padecimiento originara violencia hacia otras personas. Sin embargo, fue reinterpretado como una maniobra de defensa que recepta los prejuicios contra las disidencias sexuales y las condena al ejercicio de una sexualidad despreciable y, por lo tanto, sancionable.

(10) La habitual utilización de estos argumentos ha fomentado que la American Bar Association, en el año 2013, adoptara una resolución para restringir el uso judicial de estrategias de defensa basadas en el argumento del "pánico gay". Asimismo, que en los juicios criminales en donde intervenga un jurado popular se instruya que el veredicto no debe responder a prejuicio, ni ser influenciados por opiniones de la defensa respecto de características de las víctimas, como su sexualidad o su identidad de género. Ver www.lgbtbar.org/wp-content/uploads/sites/6/2014/02/Gay-and-Trans-Panic-Defenses-Resolution.pdf (recuperado el 07/01/2020).

(11) En efecto, en el mes de abril de 2018, un jurado del estado de Texas en Estados Unidos declaró que James MILLER no debía responder como autor del delito de homicidio doloso por el asesinato de su vecino, por cuanto entendió que su muerte fue provocada por el pánico que le causó al imputado la propuesta sexual y que fue este motivo lo que generó que apuñalara a la víctima. (Ver RUSSO, O. T., "How to get away with murder: gay panic defense", Touro Law Review, 14/10/2018).

(12) "Cuando en el caso del inciso 1 de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima". (Párrafo sustituido por art. 3 de la ley 26.791, BO del 14/12/2012).

(13) Así, en concreto, el tribunal expresó: "... cuando se alude a la motivación del accionar del autor, no debe perderse de vista que esta se integra con una relación interactiva entre los estímulos externos y la situación puntual del causante en orden a sus reales posibilidades personales de motivarse en la norma penal frente a aquellos factores exógenos. El juego de la causal de atenuación remite entonces tanto a causas instaladas en la propia persona del sujeto activo, como fuera de ella que deben producir una inusual situación de influencia limitativa de la capacidad de motivarse en el mandato de la norma penal". "C/C Dezalot de Landivar, Josefina Elena — recurso de casación", c. nro. 28.971/06, Salta, 18/12/2006.

Thomson Reuters

ción, deseando que aquel sea alcanzado. Así, y tal como concluye MANRIQUE (2019:9): "quienes argumentan que los motivos no deberían reprocharse porque no se vinculan con lo que hace el agente, no deberían pasar por alto que, a fin de cuentas, los motivos están vinculados de manera más directa con aquello que el individuo intentó hacer que las consecuencias que su conducta provoca".

En síntesis, etiquetar al odio como un motivo emocional relevante para atribuir responsabilidad penal no implica reprochar un rasgo de la personalidad del agente o sus motivaciones abyectas, sino que, por el contrario, se reprocha cuando se materializa o se refleja en su conducta.

Quizás un ejemplo permita clarificar la afirmación: lo que el derecho penal sanciona es que una persona mate a otra porque desprecia que sea homosexual, pero no le prohíbe que piense que la homosexualidad sea despreciable. Tal como afirma la autora antes citada, el derecho solo reprocha ciertas expresiones de nuestras emociones y estas, en general, responden a razones y son, en cierta medida, controlables, pues, aunque en ocasiones no podamos elegir las emociones que tenemos, en algunas oportunidades sí podemos elegir actuar o no en función de ellas.

Ahora bien, la manera de reprochar al odio como emoción relevante para agravar la respuesta punitiva ha ocupado a cierto sector de la dogmática penal para determinar en qué lugar se ubica su análisis en los distintos estamentos de la teoría del delito. Así, hay quienes lo ubican como un elemento subjetivo, mientras que otro sector pretende que el análisis debe radicarse desde un anclaje objetivo.

Lo que pretendo exponer a continuación es cuáles serán las implicancias en el razonamiento probatorio de cada una de estas posturas dogmáticas y, en particular, cuáles serán los hechos jurídicamente relevantes para acreditar el odio según los lineamientos de cada tesis.

II.1. El odio como elemento subjetivo distinto del dolo

La nota distintiva de este tipo de delitos es que el agravamiento de la pena, como se dijo, obedece a las especiales motivaciones del autor. Aquellas son las consideraciones racionales que justifican el accionar del agente, por ello el motivo constituye una acción que se exterioriza de manera relevante para el derecho penal.

De manera que esa particular motivación añade un plus al disvalor de la acción, constituyéndose un elemento subjetivo del injusto, vale decir, una intencionalidad extra al mero conocimiento y voluntad de realizar la acción típica, convirtiéndola en una actitud más reprochable del sujeto activo. De allí que muchos tribunales y diversos autores consideren que se trata de un elemento subjetivo distinto del dolo.

Así, por ejemplo, lo ha entendido la jurisprudencia argentina en el primer caso donde se aplicó esta agravante por la muerte violenta de una persona homosexual. Se trató de un precedente de la provincia de San Juan, mediante el cual se condenó a un hombre por el delito de homicidio agravado por odio a la orientación sexual por aplicación del inc. 4 del art. 80 del Cód. Penal **(14)**.

Los jueces del tribunal tuvieron por acreditado el plan de eliminación de la homosexualidad que motivó al condenado a cometer diversos homicidios y actos de agresión a personas pertenecientes a tal colectivo, entendiendo que el encuadre típico se edificaba en "función de la mayor perversidad del motivo que estimula el comportamiento del sujeto activo, es decir, el fundamento del aumento en la severidad punitiva radica en la perversa razón que determina al homicida (...), desde el punto de vista subjetivo, la figura agravada se completa con un elemento distinto del dolo, exigido en la figura del homicidio simple, toda vez que el autor debe matar al sujeto pasivo por odio hacia alguna de las circunstancias mencionadas en la norma, en

(14) "Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare: (...) 4. Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión".

Thomson Reuters

este caso, odio a la orientación sexual, este componente subjetivo diferente del dolo repara en las motivaciones de la acción" **(15)**.

Esa naturaleza también fue reconocida por el Tribunal Supremo español al afirmar que la motivación discriminatoria aumentaría el injusto subjetivo del hecho **(16)**. Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid igualmente enfatizó en esta postura al afirmar que "[e]sta agravante tiene su fundamento en el mayor disvalor del hecho que representa el atentado contra el principio de igualdad, que proclama la Constitución en su art. 14, motivación que aumenta el injusto subjetivo del hecho. Su apreciación exige que el autor haya delinquido por motivos discriminatorios, que tienen que constituir el motivo del hecho delictivo. La animadversión del agresor contra el ofendido se debe basar en la distinta ideología, forma de pensar, religión, orientación sexual, sexo, etc. lo que, por los motivos expuestos concurre en el caso de autos, procediendo su apreciación" **(17)**.

En la doctrina, MIR PUIG (2011: 638 y ss.) referencia que se trata de un elemento que refuerza la motivación interna del sujeto activo al momento de realizar la acción típica que excede al dolo.

Esta concepción, tal como se deduce, parte de una noción de dolo que solo responde a su carácter intencional y que, en función de una específica intensión, se deriva una mayor gravedad del hecho **(18)**.

Ahora bien, probar circunstancias que hacen a la esfera íntima y subjetiva del agente suele ser un camino complejo que requiere cierta agudización para dar por acreditada la especial motivación que habilita el recrudecimiento de la sanción penal. Para ello, entonces, se requerirá un juicio previo que permita, a través de la supresión mental hipotética de diversos motivos, establecer cuál pudo haber sido la motivación preponderante en la ejecución de la acción. Retomaré este análisis en el próximo acápite.

Esta tesis de los elementos subjetivos distintos del dolo es pasible de severas críticas, tal como se expuso al comienzo. En función de estas observaciones, cierto sector de la doctrina intenta reinterpretar la alegación a las motivaciones del autor como algo ajeno a sus procesos psíquicos y así objetivar al odio por los efectos que produce en las víctimas.

II.2. Un mayor injusto objetivo

Para esta postura, el disvalor adicional del resultado añadido al injusto propio del delito base se encontraría en, por un lado, la negación del principio de igualdad y, por el otro, en que los efectos del delito irían más allá del propio sujeto pasivo, extendiéndose a todo el colectivo que integra. De esa forma, entonces, el delito cumpliría la función de transmitir un mensaje a todo aquel grupo social.

De acuerdo con ello, por lo tanto, el autor del delito selecciona a la víctima por su pertenencia a un conjunto concreto de personas, por lo que puede ser intercambiada por cualquier otra, asignándole una característica de fungibilidad al sujeto pasivo.

La justificación de la severidad del castigo estaría basada en que estos delitos causan mayor daño social en la medida que implicaría a ese grupo seleccionado la negación de su derecho a ser parte de la sociedad. Serán las consecuencias las que añadan un plus de injusto objetivo.

La circunstancia agravante, en esta línea argumental, no responde al aspecto subjetivo del tipo penal, por cuanto la motivación que se haya generado en el fuero interno del agente para llevar a cabo el delito es intrascendente, ya que lo que vulneraría el bien jurídico no sería que el

(15) CPen. y Correc., San Juan, sala 3ª, 27/05/2016, "C/ Gil, Claudio J.- por homicidio doblemente agravado por alevosía y odio a la orientación sexual de la víctima".

(16) STS nro. 1160/2006 del 09/11/2006, voto del MP Siro Francisco García Pérez.

(17) SAP de Madrid, Sección 29ª, nro. 53/2010, del 30/06/2010, voto de la MP Marta Pereira Penedo.

(18) Empero, creo necesario advertir que existen actuales tendencias doctrinales que postulan un abandono de la idea de dolo como estado mental, sosteniendo que, en realidad, se trata de una cuestión normativa y, por lo tanto, de un reproche objetivo. Así entonces, debería hablarse de casos o de hechos dolosos, descartándose la afirmación de que un autor actuó con dolo por presentar determinados atributos psíquicos. Ver PÉREZ BARBERÁ, G., "El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

Thomson Reuters

autor tuviere una u otra motivación, sino que la hubiera exteriorizado a través de sus efectos (DÍAZ LÓPEZ, 2013:357).

Ahora bien, ello implica, en mi opinión, una serie de inconvenientes. Así, por un lado, sería irrelevante que el delito se cometiera por motivos discriminatorios y, en consecuencia, se podría aplicar la agravante a quien no actúo motivado por esa emoción. Esto significa de por sí un problema a la luz del principio de legalidad, en la medida que los tipos penales, como ya se ha expuesto, exigen que el delito se cometa por odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión, por lo que no sería admisible desatender la motivación del agente para reinterpretarla por otra cosa que el propio tipo penal no exige.

Pero más allá de esta consideración constitucional, esta postura presenta difíciles consecuencias en lo que se refiere a la actividad probatoria, en concreto, a los hechos que serán objeto de prueba.

En efecto, para poder aplicar la agravante sería necesario acreditar que la exteriorización del motivo suponga un peligro concreto, pues este será el resultado que justifica la habilitación de mayor respuesta punitiva. En esta inteligencia, será ineludible confirmar que ese efecto de temor u hostilidad por el cual cada miembro asuma que puede ser la próxima víctima de un crimen de odio realmente ocurre.

Es decir, habrá que probar que el comportamiento del agente se dirige a crear en todos los miembros de la comunidad a la que pertenece la víctima seleccionada un sentimiento de temor u hostilidad o peligro eventual. DOPICO GÓMEZ-ALLER (2004:167 y ss.) sostiene esta postura al afirmar que en los delitos de odio se produce un efecto comunicativo intimidante, similar al que se produce en los atentados terroristas.

Este mensaje debería poder generar un efecto idóneo para crear un verdadero clima de hostilidad que provoque al colectivo de la diversidad sexual una situación de mayor exclusión social en la medida en que afecte su tranquilidad, la seguridad y el disfrute de sus derechos.

En este mismo orden de ideas se encuentra cierto sector doctrinario anglosajón como, por ejemplo, la propuesta del autor Frederick LAWRENCE (2002), quien plantea que en estos delitos debe realizarse un ejercicio basado en la comparación de lo que él denomina el *delito paralelo* con el *delito de prejuicio*. Este examen permitirá sostener el elemento motivacional del autor sin violar el principio de acto, pues el resultado de dicha confrontación arrojará como resultado que esta última clase de delitos causan un daño mayor al estándar de vida colectiva de una sociedad que los crímenes paralelos.

En efecto, el cotejo consiste en indagar si una persona racional correría el riesgo de sufrir un delito paralelo antes que un delito de prejuicio, siendo que la respuesta que se impone resulta afirmativa. Para arribar a tal conclusión se exponen diversos ejemplos que, en síntesis, arrojan como resultado que una persona racional preferirá correr el riesgo de sufrir un crimen paralelo antes que un crimen de prejuicio, pues este último amenaza más la personalidad de las víctimas y sus efectos son más duraderos.

Es que, en estos hechos, según este postulado, la lesión social es mayor que en el delito paralelo, pues su resultado impacta más allá de la víctima individual, en la medida en que su extensión afecta también los estándares de vida de los miembros de la comunidad a la que la víctima del delito por prejuicio pertenece.

El inconveniente que presenta esta tesis es del orden probatorio: frente a qué escenarios podría afirmarse que se verifica ese clima de hostilidad al colectivo de la diversidad sexual, cuál debe ser la intensidad de esa situación para afirmar que se encuentra acreditado ese efecto intimidatorio, qué elementos deben ser valorados para poder concluir que ese resultado ha ocurrido, entre otras incógnitas. Es complejo dar una respuesta a esos interrogantes cuando el propio colectivo de la diversidad sexual no es uniforme. En concreto, estas propuestas parten de un error: considerar que se trata de un auditorio homogéneo.

Es que el efecto sobre esta población podrá estar condicionado por múltiples factores, como, por ejemplo, la situación económica, migratoria, condiciones raciales, étnicas, etc. Así, ese

Thomson Reuters

resultado intimidante o de hostilidad que pretenden estas posturas dependerá del escenario en el ámbito social en que se cometió el delito y de la propia víctima del crimen **(19)**.

Asimismo, también son posturas que requieren aceptar un hecho imposible de probar: el sentimiento de inferioridad que desarrollarán quienes integran estos colectivos. En ese sentido, coincido con la observación que realiza FUENTES OSORIO (2017:131 y ss.) al afirmar que "Tiene una mayor base objetiva la sanción por la capacidad de crear un clima hostil como estado de opinión desfavorable, sobre todo cuando se vincula con el ataque contra la dignidad de los sujetos del colectivo afectado, con la creación de un sentimiento de inferioridad, con la limitación de su reconocimiento social como iguales. De ese modo se produce una limitación de la libertad, las posibilidades de participación en la sociedad. El derecho penal debe intervenir en estos casos para 'asegurar' públicamente la igualdad. No obstante, también en este caso hay un importante nivel de inseguridad. Depende de la creación de un sentimiento de inferioridad. Esto requiere aceptar un hecho no demostrado (y poco probable): que personas humanas, complejas e inteligentes, van a desarrollar un complejo de inferioridad que les va a impedir participar en la sociedad por lo que les dice una pequeña minoría de su sociedad. Por otro lado, cómo se mide la pérdida de posibilidades de participación social o la capacidad de comportamiento para producirlo".

Hechos históricos han demostrado que, en la mayoría de las oportunidades, el efecto es el contrario al que estas teorías postulan. En concreto, por cierto, la gesta de Stonewall —puntapié del movimiento del orgullo LGTTTBIQ+— fue una respuesta reivindicativa de derechos a diversos episodios de violencia y discriminación que la población de la disidencia sexual sufría en New York a fines de la década del 60. El desarrollo de derechos sociales igualitarios para esta población encuentra su génesis a una revuelta que el colectivo efectúa frente a un escenario de violencia **(20)**.

Lo que quiero poner en relieve es que estas teorías asumen que la respuesta de quienes integran estos grupos frente a los diversos episodios de violencia será la pasividad, el temor, la sumisión y la modificación del plan de vida cuando, en realidad, los hechos históricos y actuales han demostrado que la reacción es completamente la opuesta. Me explico: son alegaciones que pueden controvertirse y, por ende, deben acreditarse, evitando que se los considere irrebatibles.

Vale decir, entonces, que estas posturas subjetivasen un resultado. Así, no se valora si el hecho tiene capacidad para crear o favorecer ese clima de hostilidad o de inseguridad, sino si lo tiene para generar un estado emotivo de preocupación en el observador objetivo, aspecto que deberá ser valorado de manera subjetiva

(19) En contraposición a ello, se podría argumentar que una herramienta útil para probar este efecto serían las encuestas de victimización y los datos estadísticos que ellas arrojan. Empero, entiendo que ellas no serían posibles. Me explico: la persona que pretenda realizar la encuesta se enfrentaría a un problema no menor cuando quiera delimitar la población a encuestar. Veamos un ejemplo: en el ámbito de una universidad, un estudiante es golpeado hasta causarle la muerte y la hipótesis de la investigación es que se debió a un crimen basado en la orientación sexual de la víctima. Para sostener la calificación jurídica en función del argumento aquí examinado, la acusación debería contar con algún elemento de prueba que le permita sostener que esa muerte ha provocado un efecto intimidante en el resto de la comunidad a la que aquel estudiante pertenecía y para ello ordena la elaboración de una encuesta de victimización entre todos los estudiantes gays de esa universidad. Ahora bien, ¿cómo se los identifica? ¿De qué manera se delimitará la población relevante para realizar la encuesta? Asumamos entonces que para evitar el absurdo de exigirles portar una letra escarlata en sus vestimentas que permitan identificarlos, se ordena una encuesta anónima. Más allá de los problemas que enfrentaría ese sistema para el control de la defensa, lo cierto es que tampoco sus resultados serán relevantes, ya que quizás algunos estudiantes no se sentirán interpelados por el crimen por considerar que ellos no tienen las mismas características que la víctima, ya sea porque no comporten el mismo rango etario, porque asumen que ellos no circulan por la zona donde se provocó el hecho o simplemente porque creen que nadie podrá advertir su sexualidad. Lo que quiero poner en evidencia, entonces, es que este argumento parte de una creencia equivocada, que ve en el colectivo de la diversidad sexual e identitaria a un grupo homogéneo.

(20) En igual sentido se puede citar a las marchas contra los travesticidios que se organizan desde el año 2016 en Argentina, en donde el colectivo travesti, transexual y transgénero efectúa una serie de reclamos al Estado para erradicar todo tipo de violencia contra esta población.

Thomson Reuters

por el tribunal (FUENTES OSORIO, 2017:146). Además, esa valoración subjetiva dependerá de sesgos y prejuicios propios del juzgador, con los diversos riesgos que eso implica.

Es que, en síntesis, si la agravación de la pena se fundamenta en el daño objetivo que pueda padecer un colectivo más allá de lo que el autor del hecho pretendía con su cometido, ese daño ya no resultará de sus propósitos, sino de la apreciación que tengan terceros que ni siquiera han sido las víctimas del agente. A su vez, la intensidad de ese daño obedecerá a lo que el órgano jurisdiccional considere que ese colectivo pueda padecer, asumiendo una actitud paternalista, despojando a sus miembros de toda individualidad.

A su vez, estas posturas implican que deba probarse que la víctima pertenecía a un determinado colectivo para poder acreditar la existencia de esos efectos que esta tesis demanda.

Esto supone recrudecer la victimización secundaria, pues debería demostrarse, en lo que aquí interesa, que la víctima efectivamente era, por ejemplo, homosexual. Entonces, en vez de indagar en las motivaciones del autor, se sometería a ser objeto de prueba la propia intimidad de la víctima mediante, valga como ilustración, examinar su vida, interrogar a sus familiares, conocidos y amigos para acreditar que ejercía una sexualidad disidente a la heteronormatividad y que, por ello, pertenecía a un colectivo vulnerado cuya muerte violenta pudiera tener secuelas intimidatorias en ese grupo.

Ahora bien, además de los efectos revictimizantes, podría ocurrir que ni sus familiares, ni sus amigos, ni conocidos supieran de la sexualidad de la víctima, pues esta pertenece a un ámbito de su propia intimidad que el sujeto pasivo del delito podría elegir no compartirla con otros. Por consiguiente, la agravante no podría aplicarse frente a la imposibilidad de acreditar la sexualidad de la víctima.

Pero también es relevante considerar que algunas legislaciones **(21)** no exigen que efectivamente el sujeto pertenezca a un determinado grupo, sino que el sujeto activo cometa su delito por odio a ese grupo. Por ejemplo, podría ocurrir que una persona mate a otra que, si bien es heterosexual, se encontraba manifestándose a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo o a favor del cupo laboral para personas travestis, transexuales y/o transgéneros. El homicidio, en este caso, se encontraría motivado por la aversión que el sujeto activo tiene contra esta población, aunque la víctima no pertenezca a ese colectivo.

Por otra parte, dentro de estas posturas que sostienen un anclaje objetivo del odio, se encuentra la tesis del sometimiento. Se trata de un postulado que pretende justificar la punición de estos delitos sin colocar el acento en las motivaciones, sino en la sumisión y fragilidad de la víctima.

Quienes defienden esta tesis afirman que el sujeto activo realiza el acto delictivo porque el sujeto pasivo hace algo que, desde la mirada de aquel, no debería haber hecho como, por ejemplo, expresar una identidad diferente a la asignada al nacer, o bien relacionarse sexo afectivamente con personas de su mismo género.

Así entonces, un miembro de este colectivo, para evitar convertirse en víctima, debería someterse a los deseos del autor, perdiendo toda autonomía para ejercer sus derechos e individualidades (PERALTA, 2013:11).

Como consecuencia de ello, el fundamento de la respuesta punitiva se edifica en la reacción que provoca en el agresor que un individuo ejerza un derecho individual. En esa línea argumental, por lo tanto, el delito no se agravaría por lo despreciable de la motivación emocional, sino que, por el contrario, el motivo permitiría señalar una idea de sometimiento.

Esta tesis parte de la observación de que, por ejemplo, en los homicidios simples existe un conflicto previo entre la víctima y el agresor, en donde la primera hace algo que provoca al agente a cometer el hecho. Por el contrario, en los delitos de odio el sujeto pasivo ejerce un derecho que, más allá de la percepción del agente, no puede entenderse como una provocación relevante. Vale decir que en esta clase de homicidios la justificación de la agravante reposa en la

(21) Como es el caso, por ejemplo, del Cód. Penal argentino.

Thomson Reuters

ausencia de cierta responsabilidad de la víctima por la conducta del autor, pues se trata de hechos por los cuales aquel pretende que aquella viva o se comporte según lo que para el agente es correcto.

Así pues, una de las implicancias probatorias que tiene esta tesis es que se deberá acreditar que fue el odio el motivo discriminador del actuar del agente para poder realizar la pretendida exclusión de cualquier tipo o forma de aporte de la víctima para la comisión del hecho. Es decir, por lo tanto, que las motivaciones del agente no solo sí son relevantes, sino que, además, se reflejan en su acción. En otras palabras: lo que esta tesis quiere evitar se termina convirtiendo en su base fundamental.

A su vez, esta postura no resulta muy razonable ni intuitiva para explicar la mayoría de los casos de homicidios por odio. Es que no pareciera ser que el agente pretenda con su hecho que la víctima viva según sus reglas, sino más bien que esas personas desparezcan por la aversión que les genera (ÁLVAREZ, 2019). En ese sentido, estos vínculos violentos en realidad constituyen la pretensión de supresión o exterminio del que se considera más débil. En efecto, en algunas situaciones la violencia contra las disidencias sexuales ha sido caracterizada como una forma de limpieza social **(22)**.

(22) Desde 1993, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos empezó a recibir información sobre este fenómeno en el contexto del conflicto armado en Colombia. Académicos de la región del Caribe anglófono han indicado que la violencia ejercida contra las disidencias sexuales es vista como un ejercicio de limpieza. En ese entendimiento, también el Relator Especial de la ONU sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes señaló que se considera que los malos tratos contra personas de este colectivo son utilizados en el marco de las campañas de limpieza social (CIDH, "Segundo informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia", OEA/ Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev. 14 de octubre de 1993, capítulo VII). Lo expuesto, a su vez, se vincula también con la idea del crimen por honor perpetrados contra quienes los miembros de la familia o la comunidad consideran que son causa de vergüenza o deshonra, tanto por transgredir normas de género o por determinadas conductas sexuales alejadas del modelo heteronormativo. (Ver informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos A/HRC/19/41, consid. 25, del 17/11/2011).

Pero, además, para poder sostener la postura aquí examinada, se debería poder probar que la víctima efectivamente tenía la posibilidad de someterse a los deseos del agente y ello sería de por sí imposible en muchos casos. Valga por caso, ¿cuál sería la chance de que una persona transexual se someta a la voluntad del agente para evitar ser víctima del delito? Esta lógica llevaría al absurdo de afirmar que, en ese ejemplo, la víctima debería hasta poder revertir intervenciones quirúrgicas para restablecer la identidad de género que le fue asignada al nacer.

En ese mismo sentido, pareciera ser que, si lo que se está juzgando es una acción homicida, no debería ser significante cuáles fueron las razones o motivos de la víctima para actuar como lo hizo en los momentos previos al hecho, ya que, de lo contrario, la responsabilidad recaería en ella y no en las propias motivaciones del autor.

II.3. Recapitulación

En definitiva, concuerdo en sostener que las motivaciones del autor son relevantes y que ellas deben ubicarse dentro del aspecto subjetivo del tipo penal como un elemento distinto del dolo. Esto no significa que deba evaluarse moralmente al autor ni realizar una intromisión del derecho penal a su esfera íntima en desmedro del principio de acto. Los motivos emocionales, como el odio discriminador aquí analizado, no son evaluados en sí mismos, sino que deben ser atendidos en la medida que permiten apreciar el hecho tal como fuera expuesto al inicio del presente acápite.

En el ámbito del derecho penal, las acciones destacadas son seleccionadas por los sistemas jurídicos y, por lo tanto, se examinan los motivos siempre que se materialicen en una conducta. Así, es importante determinar si el autor actuó por miedo, en legítima defensa, por venganza, para cometer otro delito o bien por odio (MANRIQUE, 2019).

Dicho de otra manera, no es lo mismo afirmar que siempre las motivaciones del autor son relevantes para determinar la responsabilidad penal, que sostener que, en algunas ocasiones, el ordenamiento jurídico considere que ciertas motivaciones reconocidas legalmente lo hagan.

Thomson Reuters

Para ello, entonces, hay que asumir que por las emociones que provocan el comportamiento del agente se pueden derivar consecuencias penales. En la visión de GONZÁLEZ LAGIER, las emociones cumplen con las tres condiciones de la responsabilidad en la medida en que pueden ser susceptibles de ser evaluadas como adecuadas o inadecuadas, son controlables parcialmente y pueden tener consecuencia con impacto y relevancia social y moral.

Así, el autor citado concluye (2009:439 y ss.): "[L]as emociones no son meras sensaciones, sino que tales sensaciones van acompañadas (entre otros elementos, como los cambios fisiológicos o la tendencia a cierta conducta) de cierto tipo de creencias: juicios evaluativos acerca de si cierto hecho facilita u obstaculiza un deseo, un objeto, una preferencia o un plan. Al incluir una creencia entre sus elementos, las emociones entran dentro del reino de la racionalidad, en el doble sentido de que, por un lado, son susceptibles de ser evaluadas como justificadas o no, de acuerdo con diversos estándares y, por el otro, de que entran a formar parte de las explicaciones de la acción basadas en razones".

En ese orden de ideas, los ordenamientos jurídicos aquí examinados han evaluado al odio a la orientación sexual y la identidad o expresión de género como una emoción inadecuada o repudiable y ese es el fundamento de la amplitud de la respuesta punitiva cuando un delito es motivado por esa emoción.

III. La prueba del odio y el razonamiento probatorio mediante indicios

En los procesos de investigación de cualquier delito, los sujetos procesales deben asumir ciertas decisiones para elaborar su propia estrategia de litigio. En concreto, definir la teoría del caso implica describir la base fáctica para luego subsumirla a un tipo penal y, principalmente, elegir los diversos medios de prueba con los que se acreditarán esos hechos, asignándole valor o fuerza a cada elemento que integre el acervo probatorio.

Por su parte, el órgano jurisdiccional deberá decidir si las diversas hipótesis explicativas del hecho permiten demostrar que se ha superado el nivel de corroboración de una de ellas para aceptarla como probada.

De esa manera, por lo tanto, es necesario aceptar que la finalidad de la prueba en el proceso es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido, pero asumiendo que nunca concluiremos sobre la base de una certeza, sino, más bien, en distinguir razones que nos permitan elegir una hipótesis explicativa respecto de otra, reconociendo, además, que no todas tendrán el mismo grado de corroboración.

El análisis racional de la prueba —en el marco de un sistema de libre valoración— permitirá demostrar que se ha superado aquel nivel de confirmación de una hipótesis para aceptarla como probada. Así, se distinguen tres momentos en el proceso de toma de decisión sobre los hechos en el escenario judicial: 1) la conformación del conjunto de elementos de juicio que determinarán la base sobre la que se adoptará la decisión, 2) la valoración de esos elementos y 3) la toma de la decisión (FERRER BELTRÁN, 2007:67 y ss.).

El primero de estos momentos se refiere a la práctica de la prueba para conformar el plexo probatorio que permita apoyar o refutar las diversas hipótesis sobre el caso que formulen las partes, tanto acusadoras como la propia defensa. En esta fase, cobran relevancia los diversos filtros existentes para la admisión de elementos probatorios, tales como: el aporte relevante de información, las reglas jurídicas de exclusión de prueba basados en criterios de obtención por transgresión de garantías constitucionales o convencionales de la persona imputada, la exclusión de prueba con base en privilegios (abogadas/os, sacerdotes, familiares directos en algunos supuestos, etc.), y los filtros apoyados en los propios plazos que determine la normativa procesal, entre otros.

El segundo momento, luego de la composición del acervo probatorio, es su valoración. Este momento implica apreciar y evaluar cada elemento de prueba y su conjunto, para analizar qué aporta a las diversas hipótesis alternativas en conflicto. El resultado de este momento permitirá saber cuál es el grado de confirmación del que dispone cada una de esas tesis explicativas de la plataforma fáctica en discusión.

Thomson Reuters

Este es el momento de la racionalidad, en la medida en que se trata de evaluar cuál es el valor empírico que cada elemento de prueba aporta a cada una de aquellas hipótesis. Va de suyo que el resultado de esta evaluación dependerá en gran medida de los elementos de juicio conformados en el primer paso: cualquier cambio en ese conjunto de elementos, cambiará el resultado.

Finalmente, el último momento supone la toma de decisión. Es la etapa de aceptar si una hipótesis arribó a un determinado grado de confirmación que, como se mencionó, nunca será igual a la certeza absoluta. Así, el juzgador —de acuerdo con el estándar de prueba aplicable—decidirá qué hipótesis puede ser declarada como probada según el grado de confirmación aceptado.

En el caso de los delitos motivados por odio a la orientación sexual y/o la identidad o expresión de género de la víctima, la discusión central reposa en cómo se deberá acreditar ese elemento subjetivo particular que da base a la agravante. En otras palabras: cómo probar que "*A* tuvo la intención de matar a *B* porque odia que ejerza la sexualidad *X*". Ese "porque odia que ejerza la sexualidad X" será el motivo que justifica la amplitud punitiva y que, por lo tanto, deberá ser acreditado en el caso concreto.

Por lo general, la determinación de la ocurrencia de un hecho suele basarse en inferencias que se practican a partir de sucesos que ya se aceptan como seguros. Para realizar esta asociación es indispensable asumir la existencia de algún nexo entre ambos. Por ejemplo: si yo sé que está nublado y el cielo está oscuro durante las horas diurnas, puedo inferir que lloverá y eso lo sé porque observé esa conexión en oportunidades anteriores y, a partir de allí, puedo sellar la existencia de una regularidad entre ambos eventos. Esto es lo que se conoce como *máximas de la experiencia*.

De manera habitual, los tribunales suelen adoptar máximas de la experiencia en reglas que les permiten arribar a una conclusión que presumen como verdadera.

En efecto, el proceso de inferencia probatoria se integra por tres elementos: la hipótesis que se intentará acreditar, los elementos de juicio que se disponen y, finalmente, la relación entre ambos.

Este enlace puede consistir, como se dijo, en la descripción de una regularidad entre dos clases de hechos que surge de generalizaciones que se aceptan en función de experiencias previas. Sin embargo, también, ese vínculo puede basarse en una regla normativa por las cuales se predetermina la valoración que el órgano decisor debe realizar debiendo aceptar como probados determinados acontecimientos cuando se acrediten ciertos hechos previos.

Así, se puede distinguir entre inferencias probatorias cuya conexión está basada en una máxima de la experiencia y aquellas en las cuales ese vínculo provenga de una norma. GONZÁLEZ LAGIER (2014:109 y ss.) llama a las primeras inferencias probatorias epistémicas y a las segundas inferencias probatorias normativas. Empero, el primer tipo de inferencia es aquel que ocupa un rol central en el razonamiento probatorio, así lo explica el autor: "para poder realizar el segundo tipo de inferencias (aquellas cuyo enlace es una norma) es necesario partir de la constatación de ciertos hechos (las pruebas o indicios), pero para determinar si estos hechos ocurrieron, en algún momento del razonamiento habremos de confiar en máximas de la experiencia (aunque sean aquellas que avalan la validez de nuestras observaciones directas). De manera que el segundo tipo de inferencias debe descansar en una inferencia del primer tipo".

También es preciso alertar que el uso de las inferencias probatorias epistémicas solo permite garantizar juicios que se aproximan a la verdad, pero nunca que sean verdaderos de manera absoluta. Como ya se señaló, además, la valoración racional de la prueba lo que permite afirmar es que un enunciado ha sido probado, no significa que sea verdadero en términos absolutos, sino que parece verdadero en función de la información disponible y de acuerdo con el grado de corroboración exigible.

Ahora bien, el principal problema que plantea la prueba de las motivaciones del agente es que se trata de un estado mental que, al ser interno del sujeto que lo experimenta, no es observable

Thomson Reuters

por terceros. En otras palabras, solo quien las siente puede tener un conocimiento de sus motivaciones.

De acuerdo con esta característica, por lo tanto, los hechos psicológicos deberán ser inferidos en función del comportamiento externo del agente y ciertas circunstancias contextuales.

En lo que aquí interesa, la doctrina, la jurisprudencia y diversos instrumentos internacionales han elaborado una suerte de decálogo de *indicios* para inferir el odio **(23)**. Se trata de indicios-tipos que autorizarían deducir la especial motivación en el caso que se examine, esto es, de hechos objetivos que permiten indicar la presencia de un delito de odio.

Así, por ejemplo, suele afirmarse que hay ciertos elementos que habilitarían la posibilidad de identificar si la agresión fue motivada por odio a la orientación sexual o identidad de género, o su expresión, de una persona. Entre ellos, se destacan:

—percepción de la víctima, o de las/los testigos, de que aquella fue elegida porque pertenece a un grupo o colectivo vulnerado determinado;

—comentarios escritos u orales de la persona que cometió la agresión que puedan indicar prejuicio u odio contra la víctima (o el grupo o colectivo al que pertenece o supone pertenece la víctima);

—marcas, dibujos, mensajes o escritos dejados en la escena que puedan indicar prejuicios contra la víctima (o el grupo o colectivo al que pertenece o supone pertenece la víctima);

—Si la fecha de la agresión coincide con un día significativo para el grupo o colectivo al que pertenece o supone pertenece la víctima;

—diferencias ideológicas o culturales del grupo o colectivo al que pertenecen la víctima y el agresor;

—existencia de una actividad organizada de "grupos de odio" en la zona donde se comete el delito o la pertenencia del agresor a cualquiera de dichos grupos;

—gestos corporales, epítetos o insultos de parte del agresor hacia la víctima;

—advertencias o amenazas de violencia hechas previamente a la víctima antes de cometerse el delito;

—acciones previas de hostigamiento;

—crueldad o saña en la concreción del delito.

El inconveniente con esta alternativa es que convierte a la prueba de los estados mentales en una especie de inferencia probatoria normativa, pues el nexo entre la hipótesis y los elementos de prueba está edificado por esta suerte de reglas de valoración probatoria que debe seguir el órgano jurisdiccional para acreditar la especial motivación. Es que, según una tesis muy difundida, la prueba de los estados mentales reposa en una imputación a partir de estos indicios-tipos. Sin ir más lejos, el Tribunal Supremo español ha sostenido que lo que caracteriza a la circunstancia agravante en este tipo de delitos es que la motivación para cometer el delito solo puede deducirse a través de indicios **(24)**.

En efecto, pueden identificarse dos tipos de posturas con relación a la prueba de los hechos psicológicos: a) por un lado, las concepciones cognoscitivas o descriptivas para las cuales la prueba de esta clase de elementos es una actividad cognoscitiva y, por lo tanto, descubrible. Vale decir que son una realidad que es posible conocer y, por lo tanto, la prueba debe consis-

(23) En ese sentido, puede citarse: ALISES, C., "Guía de delitos de odio LGTBI", publicada por el Consejo de Igualdad y políticas sociales de la Junta de Andalucía, Madrid; "Los crímenes de odio y la víctima. Una guía del proceso legal", elaborada por la Unidad de Crímenes de Odio del Departamento de Policía de San Francisco, Estados Unidos; WALTERS, M. - WIEDLITZKA, S. - OWUSU-BEMPAH, A. - GOODALL, K., "Hate crime and legal process. Options for law reform", University of Sussex, 2017; CIDH, "Violencia contra personas LGBTI en América", cit., parr. 277; "Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios)", elaborado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), 2018; entre otros. En el ámbito de la jurisprudencia, por ejemplo, puede mencionarse a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 20/2015 dictada en el caso "Bálazs V.", Hungría que dispuso cuáles serían los indicadores de delitos de odio.

(24) STS nro. 1145/2006 del 23 de noviembre, según voto del MP Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

Thomson Reuters

tir en una actividad que permita realizar, en la mayor medida posible, la correspondencia entre nuestra atribución y esa realidad; y b) por el otro lado, las concepciones adscriptivistas o normativas para las cuales la prueba de los estados mentales es una imputación, o sea, la realización de una actividad que no tiene como propósito descubrir ninguna realidad interna o psicológica, por el simple hecho de que dichos estados no existen como tales y, por ende, no pueden ser conocidos (GONZÁLEZ LAGIER, 2014:23).

La primera de las tesis expuestas ha sido objeto de múltiples objeciones que reposan en la imposibilidad de acreditar efectivamente ese estado mental. RAGUÉS (1999:259) lo expresa de la siguiente manera: "El juez que quiera ser fiel a las exigencias de la concepción psicológica de la determinación del dolo y, por lo tanto, solo condenar por delito doloso cuando consiga acreditar fehacientemente determinados fenómenos psicológicos ajenos y pretéritos, cuenta con un instrumental bastante precario para cumplir con su propósito. Dicho instrumental se reduce, siendo optimistas, a unas pocas reglas de la psicología que le dicen cuándo no existe el conocimiento necesario para el dolo y a unos cuantos enunciados basados en la experiencia cotidiana que difícilmente va a poder aplicar para resolver un solo caso, por presuponer estos una inmediatez al momento del delito que no suele darse en el juicio oral".

Por su parte, la concepción normativista también es pasible de ciertas críticas que, en concreto, refieren a que, abandonada la averiguación de hechos psíquicos, la atribución del dolo debe formalizarse mediante criterios de atribución que reposan en la convicción intuitiva del tribunal.

Frente a este escenario, entiendo —sin menospreciar la dificultad que representa— que las motivaciones del agente como elementos subjetivos del tipo penal deben ser descubiertas por la actividad probatoria. En ese sentido, coincido con GONZÁLEZ LAGIER (ídem), quien postula que "si no fuera así, la culpabilidad no se estaría descubriendo, sino que la estaría construyendo el sistema jurídico. No tener en cuenta las actitudes subjetivas reales del sujeto atenta, además, contra un principio básico del derecho penal: el principio de responsabilidad subjetiva, basada en la idea del reproche como uno de los elementos que ponen en marcha la reacción del sistema penal".

Ahora bien, estas reglas que ofrecen diversos instrumentos internacionales, la doctrina y la jurisprudencia antes citadas, como se dijo, reposan en una especie de inferencia probatoria normativa. Empero, no por ello puede negarse su base epistémica.

En efecto, tal como explica el autor antes citado, que un hecho pueda ser acreditado a través de presunciones no implica afirmar que al derecho no le interese descubrir si ese suceso ocurrió o no, eso dependerá del tipo de presunción de que se trate.

Así, habrá supuestos en donde al derecho efectivamente no le interese o le resulte irrelevante la realidad, en cuyo caso apelará a presunciones que se fundamenten en la protección de un valor no cognoscitivo y no admitirán prueba en contrario, como sucede, por ejemplo, con la edad mínima del consentimiento sexual en algunos ordenamientos jurídicos.

Por el contrario, otras presunciones buscan determinar la verdad de un enunciado, permitiendo ser derrotadas, como las elaboradas para acreditar los estados mentales del agente.

Para comprender mejor lo antes expuesto, considero necesario detenerse en comprender el razonamiento a través de indicios.

En concreto, uno de los principales problemas que plantea es la ambigüedad del término. TARUFFO (2002:480) enseña que el término indicio suele utilizarse en tres acepciones principales.

Así, por un lado, se lo utiliza como sinónimo de presunción, en tanto señala el razonamiento mediante el cual se vinculan dos hechos, extrayendo de uno de ellos consecuencias para el otro. Por su parte, también suele utilizarse para referenciar a aquellos elementos de prueba que, a pesar de no carecer de eficacia probatoria, no presentan los requisitos exigidos por la ley. Finalmente, la concepción más clara es aquella por la cual se hace referencia a un hecho cono-

Thomson Reuters

cido que constituye la premisa de la inferencia presuntiva. En ese sentido, entonces, indicio puede ser cualquier hecho o circunstancia que el tribunal considere significativo, en tanto de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar.

En consecuencia, un indicio es un término relacional, vale decir que en sí mismo ninguna circunstancia fáctica es por sí misma un indicio, a menos que se vincule con otro hecho. Se trata de un hecho conocido que se vincula con otro presunto a partir de un nexo inferencial que puede basarse por una regla de la ciencia o bien por una máxima de la experiencia.

El razonamiento probatorio mediante indicios es, en un primer momento, abductivo, en la medida en que parte de la observación de ciertos hechos, circunstancias o comportamientos comprobados para, luego, formular una hipótesis explicativa del hecho a probar. Quizás un ejemplo sirva para comprenderlo mejor: el día en que se realiza la marcha del orgullo LGTTTBIQ+ en Barcelona, una persona, que portaba diversos distintivos de la convocatoria en sus ropas y maquillaje alusivo, aparece muerta a golpes de puño en una calle cercana a la desconcentración de la manifestación, sin que se le haya extraído ningún bien de valor de sus pertenencias. Frente a ello, quienes se encuentran a cargo de la investigación formulan la hipótesis de que su muerte es resultado de un homicidio motivado por odio a su orientación sexual.

Vale decir que la hipótesis —el hecho a probar— es explicativa de los hechos observados o percibidos. Así, de ser cierto el primero, entonces será razonable la presencia de aquellos hechos.

Ahora bien, un hecho puede responder a variadas explicaciones e interpretaciones, por lo que no se debe descartar tampoco que la hipótesis sea fortalecida por otras pruebas o reemplazada por otras líneas de investigación. Sin embargo, lo más relevante en este momento es evitar que se elabore sobre prejuicios para orientar su confirmación.

En efecto, el descubrimiento de la motivación del agente a través de la formulación de una hipótesis explicativa puede verse contaminado por una interpretación sesgada o prejuiciosa sobre qué es el odio a la orientación sexual y la identidad de género o su expresión.

Es que, siguiendo a GONZÁLEZ LAGIER (ídem: 27), la verdad ya no depende solo de cómo es la realidad, sino también de los propios esquemas de interpretación de la realidad, por lo que no podemos saber cómo es independientemente de nuestros conceptos. En ese sentido, por lo tanto, esa pérdida de objetividad afecta a la noción de verdad como correspondencia con la realidad. El autor lo ejemplifica de manera clara al afirmar que "cuando decimos 'es verdad p', siendo 'p' un hecho con un grado alto de interpretación, ya no estamos diciendo sin más que en realidad ha ocurrido un hecho 'p', sino que estamos diciendo que en la realidad ha ocurrido un hecho 'p' para los aceptantes del esquema conceptual x, pero no necesariamente para los aceptantes de un esquema conceptual distinto".

A ese respecto, entonces, frente a un elemento valorativo tan vago como el odio en el sentido de motivación del agente, es importante que ese esquema conceptual referido esté justificado en función de los fines que el propio ordenamiento jurídico quiso alcanzar al crear la norma penal en cuestión. Así, en el ejemplo antes expuesto no estaría justificado que se elabore una primera hipótesis explicativa distinta a la del odio a la orientación sexual de la víctima, si lo que se pretende es una adscripción de responsabilidad en función de enlazar los hechos con la calificación jurídica referida.

Sin embargo, esto es problemático en la gran mayoría de las legislaciones aquí examinadas, en tanto no ofrecen ningún tipo de presunción como guía para la elaboración de la hipótesis **(25)**. Por lo que es importante que la con-

(25) La excepción se encuentra en el Código Penal de Macedonia del Norte, cuyo art. 122, inc. 42, prescribe que se entenderá por crimen de odio al delito contra una persona física o jurídica, y personas o propiedades asociadas a ella, que se comete total o parcialmente debido a una real o supuesta característica de la persona que se relacione con la raza, color de piel, nacionalidad, origen étnico, religión, discapacidad mental o corporal, sexo, identidad de género, orientación sexual y convicción política (traducción del autor).

Thomson Reuters

fección de ese nexo o enlace inferencial sea justificada por parte del órgano decisor y desprovisto de sesgos y estereotipos que lleven a la adopción de decisiones como, por ejemplo, las antes referidas al *pánico gay* o *trans*. En otras palabras: evitar la formulación de generalizaciones sin ningún sustento empírico por las cuales se alegan particularidades o distintivos tanto de quienes integran el colectivo de la diversidad sexual e identitaria, como de quienes se presume sus agresores, por los cuales se efectúan predicciones de comportamiento.

Una vez formulada y fortalecida la hipótesis sobre los hechos, habrá que verificarla, o sea, someterla a comprobación. Para ello será necesario evaluar si los indicios permiten corroborar la hipótesis en función del estándar de prueba exigible mediante el razonamiento inductivo.

De allí que en esta etapa es necesario que previamente se hayan descartado otras posibles explicaciones sobre el hecho. Por lo tanto, se distinguen dos momentos: en la formulación de la hipótesis, en donde la explicación ofrecida es derrotable y la etapa de control en donde aquella debe ser la definitiva. Así se diferencia entre lo que se llama la función heurística de los indicios, que refiere a su utilidad para formular una hipótesis sobre el hecho a determinar, y, luego, una función probatoria cuando el indicio sustenta la explicación ofrecida (TARUFFO, 2011:105).

En este sentido, por consiguiente, el razonamiento probatorio enfrenta dos desafíos a superar. Me explico: en primer lugar, en el momento de formular la hipótesis, el reto reposa en establecer cuándo está justificado su seleccionar entre las diversas posibles. Aquí, como se expuso, es relevante el despojo de sesgos y prejuicios que puedan contaminar esa decisión. Luego, en segundo término, durante la etapa de comprobación, el obstáculo a superar descansa en determinar la exigencia probatoria en función del estándar de prueba requerido, vale decir: establecer el grado de probabilidad necesario para justificar la declaración de un hecho como probado.

En función de ello, se ha debatido acerca de si la prueba de indicios es más o menos fiable que otros elementos probatorios, para lo cual se ha caracterizado a la primera como una prueba indirecta frente a otros medios indicados, en contraposición, como directos. A su vez, la jurisprudencia ha ofrecido diversos criterios para orientar la valoración de la prueba indiciaria **(26)**.

Es necesario afirmar que esta distinción no es correcta, pues la prueba indiciaria es igual o más fiable que cualquier otro medio de prueba. En concreto, las llamadas pruebas directas no implican un mayor valor probatorio que las indirectas; lo relevante es examinar los diversos medios de prueba que permitan justificar la decisión de que el agente actuó, en este caso, con odio a la orientación sexual y/o identidad de género, o su expresión, de la víctima.

En otras palabras, el conjunto de pruebas puede estar integrado por diversos elementos y su valoración demanda establecer no solo su fiabilidad, sino, principalmente, el grado en que su evaluación conjunta permita corroborar cada hipótesis del caso. Así, si de los indicios puede inferirse una motivación estimable y distinta al odio, no podrá aplicarse la agravante.

En esa misma línea argumental, por lo tanto, lo determinante será examinar si la concurrencia de los diversos indicios permite sostener el elemento motivacional que habilita la amplitud de la respuesta punitiva en función del grado de corroboración que exige el estándar de prueba.

Lo que quiero resaltar es que, más allá de la formulación de los indicios-tipos ofrecidos por diversos instrumentos internacionales, la jurisprudencia y cierto sector de la doctrina, lo importante es el razonamiento probatorio evitando asignarle un mayor valor a uno u otro indicio, o uno y otro elemento de prueba que integre el acervo. Quizás algunos ejemplos permitan explicar mejor esta idea.

Así, cuando se hace referencia a la presencia de ciertos símbolos o marcas tanto en la escena del crimen como en el cuerpo del sujeto pasivo o en las vestimentas o tatuajes del agresor que lo

(26) De manera muy reciente lo hizo el propio Tribunal Supremo español mediante la sentencia nro. 532/2019 del 4 de noviembre, por la cual se ofrecieron veinte criterios para la valoración de la prueba indiciaria.

Thomson Reuters

vinculen con cierta ideología, su sola presencia no bastará para afirmar que el delito se ha cometido por esa motivación. Lo distintivo para la agravante no es que el agresor odie a cierto grupo, sino que el delito sea cometido por esa motivación particular.

Considero relevante hacer hincapié en esta reflexión, ya que puede observarse en la jurisprudencia que existe una tendencia de acreditar el odio por la simple existencia de esos indicios-tipos que pueden provocar la adopción de sentencias sesgadas o prejuiciosas. Algunas decisiones permiten ilustrar el argumento.

En concreto, el Tribunal Supremo español, en una causa por lesiones en las que se imputaba la motivación del odio racial, confirmó la condena, rechazando las manifestaciones de la defensa basadas en que no se encontraban acreditados los elementos necesarios para aplicar la agravante. Para ello, el tribunal hizo especial referencia a la vestimenta y estética de los agresores y las víctimas, indicando que "Ciertamente, en el relato fáctico se dice que los agresores eran simpatizantes con la ideología *skinhead* y que el agredido presentaba una estética punk consistente en corte de pelo con cresta e indumentaria con lemas antinazis, y eso fue exclusivamente lo que determinó la agresión de que fue víctima, es decir, fueron razones de discriminación ideológica las que motivaron a los acusadores con grave vulneración de los principios de igualdad y tolerancia" **(27)**.

En igual sentido, los tatuajes que presentaba el agresor fueron concluyentes para aplicar la agravante de odio al género en un homicidio que tuvo lugar en la ciudad de Buenos Aires, por el cual un hombre mató a una mujer al ingresar a su domicilio. El juez interviniente entendió que "cumple considerar nuevamente el particular tatuaje que presenta A. en el brazo izquierdo. Y digo particular porque en él se ve el dibujo de una mujer con los clásicos 'cuernitos' del diablo, lo que a mi parecer puede estar decididamente vinculado a su 'demonización' de la figura de mujer, por cierto, conteste con el designio odioso que lo motivó a asesinar a S. B." **(28)**.

Lo que estas dos sentencias muestran es que el análisis de la prueba estuvo dirigido a encontrar la existencia de esos indicios-tipos, pero sin efectuar un examen razonado de por qué la presencia de esos indicios determina que el odio fue la motivación de actuar del agente. Es una distinción quizás sutil, pero muy importante.

En contraposición, otra sentencia del Tribunal Supremo español permite ejemplificar un examen de la prueba más profundo que la simple verificación de indicios. En este caso, el tribunal rechazó la aplicación de la agravante, pese a la existencia de ciertos indicios como los antes referenciados, entendiendo que no fue la ideología de los agresores lo que provocó su actuación, sino otra motivación distinta. Así se expresó que "[e]l tribunal *a quo* realiza una exposición de los motivos por los que rechaza la agravante cuya aplicación reclama el recurrente, que podrá o no convencer al mismo, pero no está desprovista de razonabilidad ni de lógica, reuniendo los requisitos de motivación que a la sala de instancia le son constitucional y legalmente exigibles. Así, en su fundamento jurídico quinto, tras reconocer la ideología neonazi e incluso de la militancia *skinhead* de D. y la simpatía de los acusados D. y D. con tal ideología, así como el indudable origen magrebí de la víctima, sin embargo, concluye que no existe prueba en las actuaciones de que estos tres acusados actuaran por motivos xenófobos. Y así explica que 'lejos de ello, desde un primer momento se ha puesto de relieve que el motivo de su actuación trae su causa en unos daños causados en el vehículo de D. que este atribuye a M., y por los que formuló denuncia, que ha sido unida a las actuaciones, el día 15/9/2007 manifestando, ya entonces, sus sospechas de que pudiera ser autor de estos. Por su parte, B. manifestó que cuando se habló en el coche del tema, no se habló de los daños, aunque sí se habló después, y lo que se comentó fue que un chaval había amenazado a D. y su novia y que iban a pegarle un susto y que se trataba de un moro y que la novia era española. No consta que se hicieran más comentarios sobre el origen de H. ni ninguna otra circunstancia de la cual

(27) STS nro. 5131/2011, del 7 de noviembre, MP Carlos Granados Pérez.

(28) Resolución del Juz. Nac. en lo Criminal de Instrucción nro. 13, c. nro. 43.587/2014

Thomson Reuters

pueda inferirse racionalmente que fuera el origen de H. determinante de la actuación de los acusados'".

En igual sentido, otro de los indicios-tipo al que suele asignársele una especial fuerza probatoria es la comprobación de que el agente profirió expresiones discriminatorias al momento de realizar el hecho. Sin embargo, el comportamiento del agente durante la realización del delito no basta para la aplicación de la agravante, ya que no es la ideología del agente lo que justifica la mayor severidad de la pena, sino que, como se dijo, cometa el delito motivado por el odio.

Es que, si bien las expresiones vociferadas por el agente pueden servir para orientar la investigación y formular la hipótesis, su comprobación requerirá de un esfuerzo mayor. Vale decir que de las locuciones debe poder inferirse que se encuentra presente la motivación para corroborar la hipótesis y no un simple rasgo de personalidad del agente.

Por ejemplo, en un caso de agresión física de un grupo de hombres a dos chicos homosexuales en la ciudad de Buenos Aires se aplicó la agravante, tomando en consideración las palabras de los atacantes, pero porque de ellas podía deducirse que el motivo de la agresión fue la orientación sexual de las víctimas.

En concreto, el tribunal indicó: "J. U. C. y su amigo S. N. V. S. se encontraban en el local de comidas rápidas (...)... ubicado en avenida (...) de esta ciudad, cuando ingresaron los imputados. Luego de un breve diálogo en el que se develó la orientación sexual del damnificado, y arengado por O., R. E. dijo a C... *hoy me levanté con ganas de pegarle a un p... como vos... salí afuera, puto de mierda*... El otro lo hizo, y una vez en el estacionamiento, intercambió con el imputado algunas palabras más, que fueron interrumpidas por el golpe de puño que A. T. le aplicó desde atrás. Al girarse, C. advirtió que el resto del grupo —G. A. T., R. N. C., J. I. O., F. C. y J. B. A.— salía del interior del local, para abalanzarse sobre él y propinarle golpes de puño y puntapiés, al tiempo que le decían frases tales como: *mátalo por p... come por p... p... de m...* y... *báncatela, vas a comer por p...*" **(29)**.

A su vez, ello fue reforzado por otros indicios como, por ejemplo, que la agresión había tenido lugar en las inmediaciones de un local bailable destinado al público LGTTTBIQ+, que no existía un vínculo previo entre los agresores y sus víctimas, entre otros.

Por su parte, también en los casos de violencia contra la población travesti, transexual y transgénero, un indicio al que se le suele asignar un valor probatorio relevante es el lugar físico donde se produjeron las lesiones. En ese plan, se valora especialmente si las heridas fueron provocadas en lugares específicos relacionados con la asignación del género, como el rostro, los pechos y los glúteos de la víctima.

Un caso paradigmático en la Argentina de violencia contra esta población fue el crimen de la referente de la comunidad travesti Amancay Diana Sacayán. La particularidad, en ese caso, fue la ausencia de la mayor parte de los indicios-tipos mencionados y, además, la introducción de hipótesis alternativas a instancias de las propias acusaciones **(30)**.

Uno de los ejes de debate entre quienes integraban el tribunal que juzgó al imputado fue la acreditación de la motivación para habilitar la aplicación de la agravante.

La mayoría del tribunal hizo hincapié en el tipo de lesiones sufridas por la víctima, al afirmar que "[e]n contra de lo que puede darse en otros supuestos en los que el odio está dirigido a una cuestión racial o social, en las que la manifestación de aquel se presenta junto con algún otro ingrediente oral o escrito, pintadas y/o cualquier otro tipo de manifestación explícita; en el caso del llamado 'travesticidio' dicha exteriorización puede presentarse acompañada de

(29) CNCrim. y Corr., sala 1ª, 17/05/2018, "T., G. A. y otros s/procesamiento".

(30) Sobre ellas y otros detalles de la sentencia, ver ÁLVAREZ, J. T., "Homicidios cometidos por odio a la identidad de género o su expresión. Comentarios acerca de la sentencia por el travesticidio de Amancay D. SACAYÁN", Revista Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, ps. 365/383, junio 2019.

Thomson Reuters

otros factores y/o con cierto contenido fáctico, en los que dicha señalización va de la mano con una agresión extrema y sostenida, acompañada de la descalificación de la víctima por su carácter de travesti o trans, con proyección en las especiales lesiones infringidas a esta" **(31)**.

En orden a lo expuesto, otro de los miembros de la mayoría enfatizó que el ataque no había sido azaroso, ya que el imputado apuntó "... a las mamas, a los glúteos a la vez que desfiguró el rostro de la occisa; más allá de la entidad, la calidad del ataque o la incidencia lesiva en dichas zonas, lo cierto es que el tránsito del recorrido apunta a una posición del cuerpo que le da una clara entidad femenina...", para concluir que la latitud de las lesiones en zonas tan sensibles para la mujer "... denota en M. un irrefutable odio a la identidad del género de su agredida" **(32)**.

Esta circunstancia asume una nota especial al considerar que la víctima era una mujer travesti cuya anatomía había sido modificada para adecuarse a su identidad de género, reformulando las fronteras de la corporalidad. Por lo que el ataque direccionado a las manifestaciones físicas que expresan dicha identidad se convierte en un dato notable para acreditar la agravante en cuestión, en la medida en que representa el rechazo a la asunción identitaria por fuera del estándar binario (ÁLVAREZ, 2019: 365 y ss.).

Ahora bien, no por ello debe olvidarse que se trata de un indicio más que puede ser refutado por otros elementos de prueba. En efecto, la muerte por heridas de arma blanca —como en el caso aquí comentado— demanda cierta cercanía entre el agresor y la víctima que habilita una gresca basada entre el ataque y la defensa. Así, se generan diversas lesiones en partes vitales del cuerpo como el tórax, el cuello o el rostro, hasta provocar la muerte **(33)**.

Lo que quiero decir es que esas heridas pueden ser útiles para demostrar la intención de ocasionar la muerte a la víctima, pero insuficientes por sí mismas para acreditar que el odio fue la razón del agente para realizar el delito.

De allí que es preciso recordar que la motivación de una sentencia, en tanto razonamiento probatorio, debe permitir conocer no solo por qué fueron suficientes los elementos de prueba valorados por el tribunal en función del estándar de prueba exigido, sino también por qué no lo fueron aquellos otros admitidos, pero insuficientes para corroborar las hipótesis alternativas.

En ese sentido, igual análisis corresponde a los contraindicios que no pueden ser evaluados de forma descontextualizada. Por ejemplo, que la persona imputada alegue y acredite que tiene amistades, relaciones sociales y/o familiares con otros que también forman parte del colectivo al que pertenece la víctima por sí solo no aporta ningún valor epistémico para la toma de la decisión.

En efecto, es habitual que en este tipo de casos las defensas intenten, mediante pruebas de concepto, atribuir al imputado rasgo diferentes a los estereotipos que, en el imaginario colectivo, suelen afectar a quienes cometen estos hechos. Así, exposiciones del estilo "tengo un amigo gay", "mi prima es lesbiana y nos llevamos muy bien", por poner algunos ejemplos, son insuficientes para desarmar la acusación.

En primer lugar, porque, nuevamente, es importante recordar que lo que en estos casos se evalúa no es que el agente odie a todos los miembros de la comunidad a la que pertenece la víctima, sino que ese odio sea el que provocó el ataque concreto. De allí que puede ocurrir que el autor del hecho no tenga una actitud permanentemente aversiva contra las disidencias sexuales e identitarias, empero cometer de todas formas un hecho delictivo basado en ese motivo.

Pero, además, que una persona pueda ocasionar un daño a otra por odio a su orientación sexual, identidad de género o su expresión no implica que en ocasiones pueda sociabilizar y hasta tener buen vínculo con otras personas del

(31) Extracto del voto del Dr. Calvete. Trib. Oral Crim. y Corr. Nro. 4 Capital Federal, c. nro. 62182/2015, 18/06/2018.

(32) Del voto del Dr. Báez.

(33) Este argumento ha sido muy bien elaborado en profundidad por el voto de la disidencia a cargo de la magistrada Ivana Bloch.

Thomson Reuters

mismo colectivo a quienes, quizás, le atribuya otro tipo de valoraciones o estimaciones.

Una decisión que sirve para ejemplificar lo expuesto es la sentencia por la muerte de una activista lesbiana asesinada por el padrastro de su pareja en la provincia de Córdoba, Argentina. Allí, el tribunal desestimó que la motivación del autor del hecho fuera la aversión a la orientación sexual de la víctima, en la medida en que las partes no pudieron acreditar que el autor del hecho tuviera sentimientos *lesboodiantes*, pese que —al mismo tiempo— el órgano decisor afirmó que el crimen ocultaba una censura al libre ejercicio de la sexualidad de las mujeres afectadas. Así, los jueces indicaron que "No se pudo probar que D. E. T. mató a N. G. por su condición sexual, sino más bien para terminar con el conflicto que se había generado en su familia y que padecía sobre todo su mujer, por sus angustias y preocupaciones, en virtud de que D., de 17 años en la época del delito, había elegido a N., de 27 años, como pareja. No se presentaron como evidentes, durante el curso del debate, elementos de convicción reveladores de una situación lesbofóbica, con aptitud suficiente para fundar un juicio apodíctico sobre su existencia, que permita afirmar que hay relación de causa a efecto entre el crimen y la sexualidad de la víctima (...) aunque lo que subyace, es el tema relativo a la censura a ejercer libremente la sexualidad" **(34)**.

Lo que revela el extracto resolutivo es que la valoración probatoria estuvo dirigida a acreditar un entorno de desprecio a la sexualidad lésbica por parte del autor en términos generales, en lugar de que ese haya sido el motivo por el cual el agente mató a la víctima. En el caso comentado, el sujeto activo del delito conocía y admitía la sexualidad de su hijastra, por lo que ello fue interpretado como un contraindicio del odio. Este tipo de motivaciones, además, debe ser comprendido en una suerte de tolerancia hacia las sexualidades no hegemónicas, pero no en una auténtica aceptación de la disidencia sexual como algo positivo y legítimo.

(34) C7ª Crim. Córdoba, c. nro. 24.2005, Letra T Nº 06, 23/08/2011, "T., D. E. p.s.a. de homicidio agravado por el art. 41 bis".

En síntesis, lo que pretendo poner en evidencia es que es un error —lamentablemente muy habitual— utilizar esos indicios-tipos que ofrecen diversos instrumentos internacionales, cierto sector de la doctrina o la misma jurisprudencia como una suerte de cuantificaciones absolutas, al estilo de un sistema de prueba legal o tasada.

En ese sentido, el razonamiento formulado de manera condicional de "si ocurre el indicio P, entonces el agente se motivó en R" no solamente es insuficiente para la toma de una decisión judicial sino, además, equivocado, ya que transforma una inferencia epistémica en una normativa.

Lo relevante en estos casos es establecer una valoración del conjunto de todos los elementos probatorios para establecer que fue el odio la motivación que provocó la conducta lesiva del agente. Para ello, el tribunal no solo deberá dar las razones suficientes de por qué valoró la presencia de determinados indicios para inferir la motivación del agente, sino también de por qué descartó los contraindicios que hayan sido aludidos.

A su vez, también es necesario que el órgano jurisdiccional pueda despojarse de prejuicios, estereotipos y sesgos cognitivos que afecten no solo a la apreciación de las víctimas, sino también a los autores de estos hechos.

IV. Breves reflexiones finales

A lo largo del presente trabajo pretendí poner en relieve que las especiales motivaciones emocionales del agente al momento de realizar la conducta no solo son relevantes para adscribir responsabilidad penal, sino que, además, pueden tener un carácter empírico y, por esa razón, son pasibles de comprobación.

En tal sentido, también rechacé aquellas argumentaciones que sostienen un anclaje objetivo de ellas, en tanto se trata de posturas que no solo son equivocadas, sino que, a su vez, acarrean serios inconvenientes para el razonamiento probatorio, tal como fuera enunciado. Ahora bien, asumir la tesis aquí defendida también requiere de ciertos desafíos no carentes de inconvenientes.

Thomson Reuters

En concreto, la elaboración de indicios-tipo ofrecidos en diversas guías de actuación para acreditar el odio expone al riesgo de interpretarlos como reglas de prueba legal o tasada, eludiendo una valoración racional de la prueba. En definitiva, aquellos deben ser asumidos como un tipo de regla derrotable y que, a su vez, puedan ser corroborados con otros elementos.

Para ello es necesario reforzar el razonamiento probatorio a partir de indicios que, como se expuso, su valor no difiere al de cualquier otra evidencia. Así, se requerirá que se construya mediante la elaboración de una hipótesis y un nexo inferencial que permita sostener una afirmación que se presume como probada de acuerdo con el estándar de prueba requerido.

Por su parte, además, cobra especial relevancia la motivación que ofrezca el órgano decisor en la sentencia. Para ello no alcanzará con que declaren los diversos elementos de prueba y los hechos que puedan ser inferidos por aplicación de una máxima de la experiencia que, en su entendimiento, resulte notoria. En ese escenario, la fundamentación de la sentencia resultará exigua.

Es indispensable que el tribunal ofrezca las razones por las cuales ese enlace le es útil para el tránsito de la hipótesis a los hechos probados y, asimismo, brinde los motivos del rechazo de aquellas explicaciones alternativas introducidas por las partes.

Empero, también es preciso señalar que ello no significará que la argumentación —ni que el uso de la máxima de la experiencia— resulte válida. De allí, entonces, que sea necesario justificar esa conexión ya que, de lo contrario, podría exponerse al riesgo de que el enlace no se encuentre fundado. En consecuencia, cuanto mejor fundadas estén las máximas de experiencia en generalizaciones inductivas, mejor fundada estará esa hipótesis. Uno de los retos más importantes para esta actividad es lograr despojar de sesgos y prejuicios basados en razones estigmatizantes sobre la diversidad sexual e identitaria en los diversos actores del proceso penal.

Finalmente, no puedo dejar de mencionar que la comisión de los delitos aquí examinados provoca una notable severidad en la respuesta punitiva, por lo que su formulación no debería demandar las dificultades probatorias aquí examinadas. Es que la gravedad de la pena para estos delitos indica que el estándar de prueba debe ser elevado, en función del peligro de condenas a inocentes; aunque, por su parte, la dificultad probatoria y el riesgo sobre la operatividad de estas normas implica, quizás, asumir una exigencia menor.

En todo caso, ello podría solucionarse legislativamente a través de una manera distinta de crear normas penales que sancionen la violencia contra el colectivo de las disidencias sexuales e identitaria, prescindiendo de la especial motivación del agente y focalizándose en quienes son las víctimas o bien enunciando de manera taxativa cuándo se presumirá esta emoción.

V. Bibliografía

ÁLVAREZ, J. T., "Crímenes de odio contra las disidencias sexuales: concepto, orígenes, marco jurídico nacional e internacional", *Revista Jurídica Universidad de Palermo* (año 16, nro. 1, septiembre 2018, ps. 69/7).

ÁLVAREZ, J. T., "Homicidios cometidos por odio a la identidad de género o su expresión. Comentarios acerca de la sentencia por el travesticidio de Amancay D. SACAYÁN", *Revista Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Ed. Erreius, junio 2019, ps. 365/383.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América", OAS Documentos Oficiales, 2015.

CUERDA ARNAU, M. L., art. 22.4, en Vives Antón, T. (coord.), "Comentarios al Código Penal de 1995", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

DÍAZ LÓPEZ, J. A., "El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del art. 22 4ª CP", Ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013.

DOPICO GÓMEZ - ALLER, J., "Delitos cometidos por motivos discriminatorios: aproximación desde los criterios de legitimación de la pena", ADPCP, vol. LVII, 2004.

Thomson Reuters

FERRER BELTRÁN, J., "La valoración racional de la prueba", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

FUENTES OSORIO, J. L., "Concepto de odio y sus consecuencias penales", en MIRÓ LLINARES, F. (dir.), "Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en internet", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, ps. 131/154.

GONZÁLEZ LAGIER, D., "Emociones, responsabilidad y derecho, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ LAGIER, D., "Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones", Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 2009 (ps. 439/458).

GONZÁLEZ LAGIER, D., "Presunción de inocencia, verdad y objetividad", en García AMADO (coord.), "Prueba y razonamiento probatorio en derecho", Ed. Comares, Granada, 2014.

HURD, H. - MOORE, M., "Punishing hatred and prejudice", Standford Law Review, 2004, vol. 56 [5]: 1081/1146.

LAWRENCE, F., "Punishing Hate: Bias crimes under American Law", Ed. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 2002, 3ª reimp.

MAGARIÑOS, M., "Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.

MANRIQUE, M. L., "Delitos de odio y motivos emocionales", *Revista Análisis Filosófico,* SADAF, 2019, vol. 39, nro. 2, ps. 191/220.

MANRIQUE, M. L., "Emociones y derecho penal", En Letra: Derecho Penal, año II, nro. 4, 2017, ps. 10/16.

MENDOS, L. R., "Homofobia de Estado 2019: actualización del panorama global de la legislación", ILGA MUNDO (Ginebra, ILGA, diciembre de 2019).

MIR PUIG, S., "Bases constitucionales del derecho penal", Ed. Iustel, Madrid, 2011.

MIR PUIG, S., "Derecho penal. Parte general", Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.

NINO, C., "Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.

PERALTA, J. M., "Homicidio por odio como delitos de sometimiento", InDret, Barcelona, 2013, www.indret.com/pdf/1005.pdf (recuperado el 05/11/2019).

RAGUÉS I. - VALLÉS, R., "El dolo y su prueba en el proceso penal", Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1999.

TARUFFO, M., "La prueba de los hechos" (trad. de Jordi Ferrer BELTRÁN), Ed. Trotta, Madrid, 2002.

TARUFFO, M., "Observaciones sobre la prueba por indicios", en Cruz Tejada, H. (coord.), "Nuevas tendencias de derecho probatorio", Ed. Universidad de los Andes, Bogotá, 2011.

Thomson Reuters

Libertad condicional condicionada

Comentario a la contradicción normativa de la ley 24.660

Joaquín I. Cedarri

Thomson Reuters

Sumario: I. Palabras preliminares.— II. Caso hipotético y presentación del problema.— III. Rasgos esenciales de los sistemas normativos.— IV. ¿Una posible solución?— IV. ¿Una posible solución?— V. Conclusión. Un paliativo para la realidad judicial.

I. Palabras preliminares

Como toda creación humana, las leyes son imperfectas y, en ocasiones, el estricto apego a su letra produce un distanciamiento de los fines que ellas persiguen. Muchas veces la distancia posee tal entidad que genera graves perjuicios sobre las personas que las leyes pretenden proteger. La ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad, es un ejemplo de ello. En el afán de formular un sistema de resocialización progresiva, el legislador cometió un yerro que, dada la confluencia de ciertas circunstancias, representa una de las máximas expresiones de irracionalidad del sistema penal.

A poco de examinar la ley en cuestión —y sus modificatorias— se advierte que existen algunas prescripciones que resultan incompatibles con otras del mismo cuerpo normativo. Esta incompatibilidad de normas conlleva la parálisis del régimen progresivo que la ley pretende y desnaturaliza por completo su sentido. Tal vez sea este el escenario propicio para abordar esta problemática. En una época en la cual el encierro masivo pone en vilo al mundo entero, se exige que los hombres demuestren algún atisbo de humanidad. ¿Y qué más humano que poner un límite a la irracionalidad del cautiverio?

En las próximas líneas trataré de poner en evidencia el problema que presenta la incompatibilidad de las normas que regulan la libertad condicional y la prisión domiciliaria en el marco de la ley 24.660. Para ello será necesario detenerse sobre la naturaleza de este tipo de normas, la complejidad de sus funciones y, fundamentalmente, comprender el ámbito en el cual operan. Luego, tras analizar su relación con los principios, evaluaré la posibilidad de que los jueces se aparten de la letra de la ley para dar respuesta a la contradicción que opera en la ley 24.660.

II. Caso hipotético y presentación del problema

Pedro es una persona mayor de setenta años que resultó detenida por orden de un juez y, tras ser oída en audiencia indagatoria, solicitó que se le otorgara el régimen de arresto domiciliario, el cual fue concedido. Luego de transitar todas las etapas del proceso penal, Pedro fue condenado a pena de prisión de cumplimiento efectivo y la sentencia adquirió firmeza. Años más tarde (período representativo de dos tercios de la pena impuesta) Pedro solicitó al juez que controlaba la ejecución de la pena que le otorgara la libertad condicional. Desde su detención y hasta este último planteo, Pedro permaneció bajo el régimen de prisión domiciliaria y bajo la supervisión del Patronato de Liberados.

La solución de un caso como el planteado demanda, en primer lugar, la aplicación de las normas que regulan el instituto de la libertad condicional. Esta cuestión se encuentra prevista por la ley 24.660 en su art. 28. Allí se dispone que

"El juez de ejecución o juez competente podrá conceder la libertad condicional al condenado que reúna los requisitos fijados por el

Código Penal **(1)**, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico, del Consejo Correccional del establecimiento y de la dirección del establecimiento penitenciario que pronostiquen en forma individualizada su reinserción social. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, el concepto y los dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena".

Esta norma exige que, de modo previo a la decisión del juez, los organismos del complejo penitenciario en el cual se hallare detenido el imputado elaboren informes acerca del pronóstico de su reinserción social. Sin embargo, esta norma no logra por sí sola dar una solución al caso planteado. Pues, como fuera indicado, Pedro cumplió todo su encierro bajo la modalidad de prisión domiciliaria. Por ello es preciso acudir a la norma que regula este tipo de encarcelamiento.

La tercera sección del capítulo II de la ley 24.660 regula lo que el legislador denominó "alternativas para situaciones especiales", entre las cuales se encuentra la prisión domiciliaria. En lo pertinente, el art. 33 estipula:

"La pena domiciliaria prevista en el art. 10 del Cód. Penal **(2)**, o cualquier medida sustitutiva o alternativa a cumplirse total o parcialmente fuera de los establecimientos penitenciarios, será dispuesta por el juez de ejecución o juez competente y supervisada en su ejecución por el patronato de liberados o un servicio social calificado, de no existir aquel. (...) En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad".

Aquí el legislador designó a organismos sociales calificados para supervisar la ejecución de la pena privativa de la libertad y fue determinante al proscribir la posibilidad de esa tarea estuviera en manos de organismos policiales o de seguridad.

La ley nos presenta, entonces, una contradicción difícil de superar con las herramientas que ella misma nos brinda. Es evidente que las personas a quienes la ley 24.660 da la posibilidad de encontrarse bajo la supervisión del "patronato de liberados o un servicio social calificado" y sobre las cuales establece la prohibición expresa de que estén a cargo de "organismos policiales o de seguridad" (art. 33), se ven impedidas de ser objeto de la evaluación del organismo "técnico-criminológico, del consejo correccional del establecimiento y de la dirección del establecimiento penitenciario" (art. 28). El fundamento de lo dicho radica en el hecho de que, ante un caso de prisión domiciliaria como el que se da en el supuesto planteado, resulta imposible cumplir con el primer párrafo del art. 28 de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad.

Es decir, si una persona cumple su condena en prisión domiciliaria desde el inicio de su detención, se veda la posibilidad de que organismos de un complejo penitenciario elaboren a su respecto un informe que contenga los antecedentes de conducta, concepto y dictámenes criminológicos "desde el comienzo de la ejecución de la pena". Pues la evolución de la persona privada de su libertad no fue observada por ese tipo de institución, sino por aquella señalada por el art. 33 de la ley 24.660.

En otras palabras, al no cumplirse con la detención bajo la supervisión del servicio penitenciario, no es posible contar con informes producidos por sus autoridades que versen sobre el pronóstico de reinserción social. De esta forma, a la luz de la contradicción normativa que se da entre los arts. 28 y 33 de la ley 24.660, en las siguientes líneas intentaré dar una solución a este problema del sistema jurídico.

III. Rasgos esenciales de los sistemas normativos

Para comenzar a analizar las normas en juego es necesario, en primer lugar, comprender que ellas operan en el marco de un conjunto que denominaremos sistema y, en segundo término, conocer sus características. Los sistemas normativos son sistemas deductivos que tienen consecuencias normativas, para lo cual es necesario que en su base figure por lo menos un

(1) La remisión directa al Código Penal alude a los requisitos contemplados por su art. 13.

(2) El art. 10 del Cód. Penal enumera los sujetos que podrán cumplir con pena privativa de la libertad bajo la modalidad de detención domiciliaria.

Thomson Reuters

enunciado normativo **(3)**. Un sistema deductivo, por su parte, es un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias **(4)**. La principal función de los sistemas normativos es la de establecer correlaciones entre casos y soluciones.

Estos sistemas poseen tres condiciones estructurales esenciales: completitud, independencia y coherencia. La primera de ellas —más allá de las reformulaciones que pudiera efectuar la lógica de relaciones— demanda que un sistema será completo con relación a un universo de casos y a un universo de soluciones maximales sí, y solo sí, el sistema no tiene lagunas con relación a ese universo de casos y a ese universo de soluciones maximales.

Por otro lado, el concepto de independencia establece que dos normas serán redundantes en un caso particular de cierto universo de casos con relación a un universo de soluciones minimales sí, y solo sí, cada una de las normas correlaciona ese caso concreto con el mismo elemento del universo de soluciones minimales. De esta forma, si dos normas no son redundantes en un caso concreto, serán independientes en ese mismo caso.

La última de las condiciones implica que un sistema normativo será incoherente en un determinado caso de cierto universo de casos si el sistema correlaciona ese determinado caso con dos o más soluciones de tal manera que la conjunción de esas soluciones represente una contradicción deóntica. Debe tenerse en cuenta que de una contradicción puede inferirse cualquier enunciado. De este modo, si un caso es correlacionado con dos o más soluciones contradictorias, entonces el caso estará correlacionado con cualquier solución. Por el contrario, un sistema normativo será coherente con relación a un caso particular si, y solo si, ningún elemento del universo de casos está correlacionado por el sistema con todas las soluciones **(5)**.

A partir de esta aproximación al concepto de sistema normativo, los sistemas jurídicos como el de la ley 24.660 se presentan como una especie de aquel género. ALCHOURRÓN - BULYGIN sostienen, en este sentido, que los sistemas jurídicos son sistemas normativos que contienen enunciados prescriptivos de sanciones. Esto significa que entre sus consecuencias hay normas o soluciones cuyo contenido es un acto coactivo **(6)**.

De sus lineamientos surge la posibilidad de establecer los alcances de las normas jurídicas con mayor precisión que sus antecesores **(7)**. Su fundamento estriba en el hecho de que brindan una definición de sistema jurídico y solo luego de ello caracterizan como jurídicas las normas que forman parte de ese sistema. Así, las normas jurídicas son aquellas que forman parte de un sistema jurídico y no solo aquellas que contienen una sanción.

Sintéticamente, los sistemas jurídicos contemplan cuatro tipos diferentes de enunciados. Por un lado, existen enunciados que prescriben actos coactivos (son normativos y jurídicos); a su vez, estos sistemas poseen enunciados que ordenan, prohíben y permiten conductas, pero no establecen sanciones (son normativos, pero no jurídicos, si se los considera en forma aislada. El carácter de jurídico se lo otorga el hecho de pertenecer al sistema); también contemplan enunciados que no son normativos, pero que influyen en los efectos normativos de otros enunciados (poseen relevancia normativa y jurídica debido a estar relacionados con normas y por formar parte del sistema, respectivamente); y finalmente, los sistemas suelen contener enunciados que no poseen influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema (invocación a alguna deidad, por ejemplo) **(8)**. A partir de ello, se verá que los distintos enunciados de un mismo sistema pueden, en ocasio-

(3) ALCHOURRÓN, Carlos E. - BULYGIN, Eugenio, "Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., 2ª reimp.

(4) Ibidem, p. 82.

(5) Ibidem, ps. 91-94.

(6) HART, H. L. A., "El concepto de derecho", trad. CARRIÓ, Genaro R., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

(7) KELSEN, Hans, "Teoría general del derecho y del Estado", trad. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Ed. Imprenta Universitaria, México, 1949.

(8) ALCHOURRÓN, Carlos E. - BULYGIN, Eugenio, "Sistemas normativos...", cit.

Thomson Reuters

nes, dar soluciones contradictorias respecto de un mismo caso.

El problema planteado en este trabajo afecta la coherencia del sistema de la ley 24.660. Este aspecto del sistema representa "... un ideal racional que no siempre es cumplido por los sistemas existentes..." **(9)**. Los sistemas normativos modernos indefectiblemente presentan contradicciones normativas. Para Alf Ross, ellas se tendrán por configuradas cuando concurran tres elementos esenciales: 1) la existencia de dos normas distintas; 2) que las dos normas se refieran al mismo caso; y 3) que las dos normas estipulen soluciones deónticamente incompatibles entre sí **(10)**.

En el caso traído a estudio se encuentran reunidos estos tres elementos. Se trata de dos normas distintas (arts. 28 y 33 de la ley 24.660), que refieren al mismo caso (Pedro cumplió dos tercios de la pena impuesta bajo la modalidad de prisión domiciliaria) y suponen soluciones deónticamente incompatibles entre sí (el primer párrafo del art. 28 no puede ser satisfecho si se cumple con lo dispuesto por el art. 33).

Para sortear este problema conviene acudir al desarrollo de Alexy sobre la materia. Las reglas como las examinadas anteriormente son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Es decir, si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos **(11)**. Si se aplicara este criterio sin mayores reparos, tanto el art. 28 como el 33 de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad quedarían paralizados. Si quien se encuentra en prisión domiciliaria no puede estar bajo la supervisión de un organismo policial o de seguridad, no es posible contar con informes criminológicos que den cuenta de la evolución del condenado. Dicho de otra forma, si se cumpliera estrictamente el mandato del art. 33 de la ley 24.660, no podría darse cumplimiento con aquel que surge de su art. 28 y de esta manera la resocialización pretendida se vería comprometida.

Al respecto, ALEXY explica que los conflictos entre reglas pueden solucionarse de dos formas. La primera de ellas implica la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto. La segunda reclama que, en caso de que el procedimiento señalado no pudiera realizarse, se declare que por lo menos una de las reglas en conflicto es inválida **(12)**.

La aplicación del primer procedimiento al caso concreto exige la reformulación del art. 28 de la ley 24.660 mediante la introducción de una cláusula de excepción. De este modo, el requisito de "... informes fundados del organismo técnico-criminológico, del consejo correccional del establecimiento..." que contenga los antecedentes de conducta, el concepto y los dictámenes criminológicos "... desde el comienzo de la ejecución de la pena..." debería tener en consideración la excepción de los casos en los que la persona privada de su libertad hubiera desarrollado absolutamente todo su encierro bajo la modalidad de arresto domiciliario. Otra posibilidad es que la norma admita otros informes tales como los del organismo de contralor de la ejecución de la pena.

Si por el motivo que fuere ello no sucediera, aún se contaría con el segundo procedimiento. En este caso, el sistema normativo se vería obligado a declarar que al menos una de las reglas en juego es inválida.

No obstante, estas formas de solucionar la contradicción normativa que se advierte en el seno de la ley 24.660 reclaman para su procedencia una intervención legislativa o, al menos, una construcción pretoriana del Poder Judicial. Dicho de otro modo, para que una cláusula de excepción sea incorporada a la norma es necesario que el Poder Legislativo incorpore formalmente la excepción o que, en su defecto, la jurisprudencia de los tribunales formule una nueva norma que contemple la incorporación de dicha cláusula.

(9) ALONSO, Juan Pablo, "Interpretación de las normas y derecho penal", Ed. Didot, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 144.

(10) ROSS, Alf, cfr. ALONSO, Juan Pablo, "Interpretación...", cit.

(11) ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, 2ª ed. en español, 2ª reimp.

(12) Ibidem, p. 69.

Thomson Reuters

La cuestión se torna sumamente delicada, ya que, por un lado, es notoria la perplejidad del Poder Legislativo en materia penitenciaria y, por otro, el Poder Judicial no debe arrogarse facultades que no le son propias. Ante este escenario, habrá que considerar la posibilidad de que la solución al conflicto de reglas se halle en el ámbito de los principios.

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas que existan. De ello se sigue que los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por su capacidad de cumplirse en distintos grados y porque la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las posibilidades jurídicas **(13)**. Mientras que una regla de obligación establece el deber simple y llano de hacer X, un principio establece la obligación de optimizar X. Para Alexy, X es considerado un objeto de optimización empírico. Es decir, no normativo **(14)**.

Si bien se han efectuado diversos esbozos respecto de la relación que los principios mantienen con las reglas, adhiero a lo expresado en este sentido por ALEXY. Ambos conceptos se subsumen en uno general denominado norma, en tanto los dos dicen lo que debe ser. Los principios pertenecen a la misma especie que las normas y son indistinguibles unos de otros en ese sentido. Las diferencias entre ellos son simplemente de grado. Por lo demás, se trata de fenómenos cualitativamente distintos **(15)**. La analogía estructural de los principios con las reglas implica que los primeros son una versión debilitada de las segundas **(16)**. Según las distintas posturas de la doctrina, ello puede darse a partir de 1) una debilitación del antecedente, 2) una debilitación del consecuente o, 3) una debilitación conectiva que los una.

(13) Ibidem, p. 67.

(14) ALEXY, Robert, "La construcción de los derechos fundamentales", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 45 (traducción al castellano de Laura CLÉRICO - Jan SIECKMANN).

(15) ALEXY, Robert, cfr. ALONSO, Juan Pablo, "Interpretación...", cit., p. 200.

(16) ALONSO, Juan Pablo, "La estructura lógica de los principios de Robert Alexy. Un análisis crítico".

Ante este panorama, debe considerarse si es posible aplicar algún principio que proporcione el ordenamiento jurídico en el cual se enmarca la ley 24.660 para superar el problema presentado.

IV. ¿Una posible solución?

La Convención Americana de Derechos Humanos consagra en su art. 29 el principio *pro homine*. Por su intermedio, la Convención plasma un criterio de interpretación amplio a favor del ejercicio y goce de los derechos y libertades reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica. En el caso, se trata del derecho a la libertad personal (art. 7).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos define el principio *pro homine* expresando que "en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos" **(17)**.

Por su parte, Mónica Pinto afirma que el principio *pro homine* contiene un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre **(18)**.

La doctrina es extensa y coincidente en este sentido, pues también se ha dicho que "no se trata de un criterio para la opción entre dos normas, sino que es una guía para la protección de

(17) CIDH, informe 35/07 —caso 12.553— "Jorge, José y Dante Peirano Basso", República Oriental del Uruguay, del 1 de mayo de 2007.

(18) PINTO, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos en la aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Ed. CELS - Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 163.

Thomson Reuters

un derecho en cada caso particular. La diferencia entre uno y otro criterio significa que no habrá una norma que sea, en todos los casos, la más garantizadora, sino que ello dependerá de su aplicación en cada caso particular" **(19)**.

Estas consideraciones también fueron recogidas por la jurisprudencia local a través de diversas decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ilustra lo expuesto lo decidido por la Corte en el precedente "Acosta" **(20)**, en el cual el tribunal aplicó el principio *pro homine* para dejar sin efecto el criterio sostenido por la Cámara Nacional de Casación Penal en un fallo plenario **(21)** que limitaba el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis, Cód. Penal (suspensión del juicio a prueba), a los delitos que tenían prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no superara los tres años. En concreto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que "... para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos 304:1820; 314:1849; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad, (art. 18 de la CN) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como última *ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal...".

Es claro que un principio como el mencionado conduce a un espacio de mayor reconocimiento de derechos que debe ser el horizonte al cual navegar. Ante este panorama, ¿podría el principio *pro homine* resolver el problema planteado? Un caso análogo al propuesto en esta oportunidad se presentó ante la justicia federal de la Capital Federal **(22)**. En el caso concreto, el imputado solicitó que se le concediera la libertad condicional porque había cumplido más de dos tercios de la pena a la cual fue condenado. Aquí también el imputado estuvo privado de su libertad bajo el régimen de arresto domiciliario desde su aprehensión y hasta el dictado de la sentencia condenatoria. Durante el trámite del incidente de arresto domiciliario se acreditó que el imputado había respetado con regularidad la totalidad de las pautas de conducta que le habían sido impuestas, obteniendo constantes informes favorables por parte del Patronato de Liberados y la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal del Poder Judicial de la Nación mientras actuaron como organismos de contralor en la supervisión del cumplimiento de la pena bajo dicha modalidad. Sumado a ello, el juez interviniente encomendó la conformación de una junta de profesionales con el objeto de que se expidiera respecto del pronóstico de reinserción social del imputado **(23)**.

Sin embargo, la representación del Ministerio Público Fiscal sostuvo que existía: "una necesidad de contar con una comunión de opiniones técnicas que, reitero, no pueden tenerse por definido con dos informes del Cuerpo Médico Forense, sino que, necesitan de una visión de la realidad penitenciaria en la que desarrolla su encierro" **(24)**.

Lo que la fiscalía concretamente planteó fue que debía cumplirse estrictamente con las for-

(19) ABREGÚ, Martín, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Ed. CELS - Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 19.

(20) CS, Fallos 331:858.

(21) Plenario "Kosuta", del 17/08/1999.

(22) "Actuaciones complementarias del incidente de salidas transitorias de Roldán, Waldo Carmen" vinculado a la causa nro. 163.07/2006, Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. Nro. 4, Secretaría nro. 8, "Guerrieri, Pascual O. y otros s/ privación ilegal de la libertad personal".

(23) Distintos especialistas del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación señalaron, por un lado, que la reinserción social del nombrado no se encontraba condicionada por factores psicopatológicos y, por otro, que no existían indicadores psicopatológicos de peligrosidad actual e inminente para sí o para terceros.

(24) Este criterio fue mantenido a lo largo de varios dictámenes y recursos.

Thomson Reuters

malidades estipuladas por la ley 24.660. Esto es, recabar informes fundados del organismo técnico-criminológico, del consejo correccional del establecimiento y de la dirección del establecimiento penitenciario.

Finalmente, la situación fue resuelta por la aplicación del principio *pro homine* y se le concedió la libertad condicional al imputado. Lo interesante del caso es que se realizó una interpretación extensiva del art. 28 de la ley 24.660 y se consideró que los informes favorables producidos por el organismo de contralor de la ejecución de la pena (en este caso el Patronato de Liberados y luego la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal del Poder Judicial de la Nación) eran idóneos para satisfacer las exigencias de la ley 24.660.

V. Conclusión. Un paliativo para la realidad judicial

La desbordada práctica judicial demuestra que constantemente se presentan casos que ponen a prueba la consistencia de nuestro sistema jurídico. De verificarse su existencia, deberían adoptarse las medidas necesarias para que los magistrados apliquen las normas del sistema sin destruir su armonía sistemática, pero sin que ello signifique un retroceso en los derechos y garantías de las personas imputadas en procesos penales.

Más allá de que en condiciones ideales los procedimientos de solución de contradicciones normativas mencionados pueden brindar una respuesta a los casos en consideración, lo cierto es que los jueces que se enfrentan diariamente a estas situaciones cuentan con recursos limitados para afrontarlas. Con esto quiero decir que el Poder Judicial opera sobre la base de un débil equilibrio entre la aplicación de normas y su creación. Los agentes que tienen a su cargo la magistratura no siempre están dispuestos a hacer interpretaciones que se aparten de la letra de la ley para conceder una mayor amplitud de derechos, ni mucho menos a declarar su invalidez. Lamentablemente, como en la vida, se trata de una sábana corta. Rara vez contaremos con excelentes magistrados y excelentes normas. No podemos desconocer que los jueces son humanos y que el funcionamiento de las agencias judiciales depende de ellos. Por eso es mejor contar con buenos jueces que con leyes óptimas **(25)**.

Es así como, hasta tanto el problema normativo no sea solucionado por los actores del Poder Legislativo, estimo que la aplicación de principios constituye una solución —al menos paliativa— para dar una respuesta a casos concretos que no representa una pérdida de derechos. En definitiva, lo que propongo en esta breve disertación es aplicar el principio *pro homine* como una pauta de interpretación extensiva de derechos que habilite a considerar que los informes vinculados al pronóstico de reinserción social de una persona que se encuentre bajo el régimen de arresto domiciliario desde el comienzo de su encierro, producidos por organismos que son ajenos a los servicios penitenciarios y/o a las fuerzas de seguridad **(26)**, son idóneos y suficientes para satisfacer los requisitos que la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad exige para la concesión de la libertad condicional. Pues lo contrario significaría hacer cargar a las personas condenadas con la consecuencia de una mala técnica legislativa. Justamente es por ello por lo que no debemos olvidar que en la práctica los derechos no dependen de cómo los describen las normas, sino de la eficacia o el acertado funcionamiento de los procesos diseñados para hacerlos exigibles **(27)**.

Ya es por demás sabido que la resocialización como fundamento del sistema de encierro ha fracasado, pues cualquier método de reinserción social es incompatible con la naturaleza misma del cautiverio **(28)**. Los elevados

(25) CALAMANDREI, Piero, "También los jueces son hombres", Revista de la Facultad de Derecho de México, 1956, t. VI, nro. 24.

(26) Ejemplos de ellos son el Patronato de Liberados y/o la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal del Poder Judicial de la Nación.

(27) ALDERETE LOBO, Rubén A., "Principios básicos de la ejecución", en ZAFFARONI, Eugenio R. (dir.) y DE LANGHE, Marcela (coord.), "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

(28) BARATTA, Alessandro, "Criminología crítica y crítica del derecho penal", Ed. Siglo XXI Editores, México, 2000.

Thomson Reuters

niveles de reincidencia dan cuenta de ello **(29)**. Ante este escenario, es imperativo que los jueces acudan al principio *pro homine*, ya que permite abandonar una interpretación rígida de la ley para que se garantice el goce de los derechos que el legislador tuvo en consideración al momento de sancionar la ley.

Sin perjuicio de que considero necesaria y urgente una modificación de la redacción del art. 28 de la ley 24.660, lo aquí desarrollado permite a la magistratura contar con una herramienta que la habilite a aplicar la ley sin efectuar para ello una exégesis irrazonable que conlleve a la desnaturalización de los derechos otorgados por las normas. No obstante, tengo fuertes convicciones de que hasta tanto no se regularice la cuestión normativa en términos legislativos o, al menos, se reformule la norma en el orden jurisprudencial, los condenados quedarán expuestos a los azares los magistrados, de modo que, indefectiblemente, en ocasiones deberán tolerar pronunciamientos injustos. De esta forma, parafraseando a Silva SÁNCHEZ **(30)**, perpetuaremos inexorablemente el círculo vicioso de venganza institucionalizada que la ley 24.660 oculta bajo un manto de ficta racionalidad.

(29) MATHIESEN, Thomas, "Juicio a la prisión", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003.

(30) SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., "Mallum pasionis. Mitigar el dolor del derecho penal", Ed. Atelier. Barcelona, 2018.

Thomson Reuters

Thomson Reuters

JURISPRUDENCIA ANOTADA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

EXACCIONES ILEGALES

Agentes policiales que exigían sumas indebidas de dinero a comerciantes. Finalidad de apropiación personal. Agravantes. Utilización de la intimidación. Coautoría. Rol asignado en los hechos. Asociación ilícita.

Con nota de Joaquín García Berro

1. — Los policías acusados solicitaron una suma de dinero en el marco del procedimiento que realizaban y que se había originado en una presunta deficiencia el papelerío correspondiente a la mercadería, como así también la solicitud de dinero en relación a una especial protección. Se trató del pedido de una "dádiva", pues el pago no estaba destinado a la administración sino que se procuraba su apropiación ilegal.

2. — Los imputados —agentes policiales— requirieron una suma de dinero con la evidente finalidad de apropiársela. Desde un comienzo sabían que lo que reclamaban no estaba destinado a la administración, de modo que no pedían algo a favor del Estado sino en provecho propio. Esto puede verse aún con mayor claridad cuando el dinero se exigió por una especial protección, teniendo en cuenta que la labor de las fuerzas de seguridad ya es esa y reciben su salario por cumplirla.

3. — En razón de la posición de superioridad que tenían los imputados, debido a su condición de funcionarios policiales, la amenaza de secuestrar la mercadería como medio para lograr el pago de la dádiva, constituye una intimidación en los términos del art. 267 CP.

4. — Los acusados han intervenido en carácter de coautores, pues actuaron en forma conjunta, mientras llevaban a cabo —en su carácter de agentes policiales— un operativo de control en la zona; aunado a ello, se desprende de los mensajes de texto que todos tenían conocimiento de ello y que cada uno tenía un rol asignado en la labor de exigir el dinero.

5. — Los hechos enrostrados —esto es, agentes policiales que solicitaban dádivas a comerciantes a cambio de protección— encuentran subsunción jurídica en el delito de asociación ilícita, dado que son tres personas, su intención delictiva era más que evidente y su actuación fue repetida y sostenida a lo largo del tiempo, planificada y con una distribución de roles.

TOral Crim. Corr. Nro. 27, 23/04/2019. - H. M. C. y otros s/ delito de extorsión en concurso real con asociación ilícita (causa nº CCC 32232/2017/TO1).

[Cita on line: AR/JUR/18146/2020]

Causa N° 5584

Buenos Aires, abril 23 de 2019.

Resulta:

1. A fs. 1856/1883, obra el requerimiento de elevación a juicio formulado respecto de los encartados, por el cual se le atribuyó la comisión del delito de extorsión en concurso real con asociación ilícita en calidad de miembros, en carácter de coautores (arts. 45, 55 168 y 210, CP).

2. Tal como surge de la presentación de fs. 2252/2253 que antecede, el Sr. Fiscal, junto con las defensas de los encausados, solicitaron que se aplique en autos el procedimiento de juicio abreviado previsto por el art. 431 bis, inciso 1°, segundo párrafo, del CPPN, requiriendo que se imponga a los nombrados la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo, e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el termino de seis años y costas, por considerarlos coautores de los delitos de concusión agravada en concurso real con asociación ilícita en calidad de miembros (arts. 45, 55, 210 y 267, CP).

3. El pedido en cuestión ha sido ratificado por los imputados, quienes con el correspondiente asesoramiento de la defensa, reconocieron expresamente la materialidad de los hechos atribuidos, su autoría, y su responsabilidad penal, suscribiendo debidamente la solicitud.

4. Vale aclarar que la causa ya ha sido resuelta respecto de los imputados P. M. J. P., F. D. R. y A. O. C.

5. Finalmente, el día 18 de febrero del corriente, se llevó a cabo la audiencia "de visu" con los imputados, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 41, inc. 2°, del CP y 431 bis, inc. 3°, del CPPN, oportunidad en la que ratificaron plenamente el acuerdo celebrado y demostró haber entendido perfectamente los alcances del acto.

Considerando:

Primero: los motivos de hecho

1. Enunciación de los hechos imputados

De acuerdo al requerimiento de elevación a juicio efectuado, a los imputados se les achaca lo siguiente:

Thomson Reuters

1) "Se les atribuye en su calidad de integrantes de la brigada N° 5 de la Sección Brigadas Preventivas Zona Norte N° 1 dependiente de la Superintendencia de Investigaciones de la Policía de la Ciudad, sus intervenciones en el episodio ocurrido el día 27 de abril de 2017, promediando las 15.30 horas, oportunidad en la cual, vistiendo ropas de civil, se acercaron al comerciante Y. H. X., quien se encontraba junto a su empleada S. A. C. descargando mercadería de una camioneta tipo 'Sprinter' frente al local de su propiedad sito en ... de esta ciudad, denominado 'W. T. SRL' dedicado al rubro de bazar y regalería y le manifestaron 'somos de la policía de Macri' y 'que pertenecían a la División Jurídica', identificándose quien se encontraba a cargo como 'H.' y los dos restantes como 'M.' y 'B.'; quienes tras abrir los bultos y confrontar la mercadería con los remitos y facturas que les solicitaron, les manifestaron 'que le faltaban papeles para justificar el legal ingreso al país de la mercadería que transportaba'.

Ante ello, Y. H. X. entabló a través de su teléfono celular comunicación telefónica con su progenitora Y. X. a fin de que le indicara por su falta de experiencia cómo proceder, instantes en los cuales los tres efectivos policiales, en especial C., lo increparon y le refirieron frases tales como 'que le secuestrarían la camioneta y la mercadería y que lo tenía que acompañar' y 'que la única manera de solucionar el problema era que les entregara la suma de $100.000'; a lo que Y. X. indicó vía telefónica que era mucho dinero por lo que Y. H. X. les solicitó a los funcionarios públicos que redujeran el monto, lo que éstos primero hicieron en la suma de $50.000 y después de una extensa negociación accedieron a disminuirla a $35.000.

Debido a que comerciantes de las inmediaciones se aproximaron a observar la situación, los acusados le ordenaron a Y. H. X. que se dirigiera con la camioneta a avenida Corrientes y la calle ... de esta ciudad, lo que éste así hizo acompañado de su empleada, siendo conducido el vehículo por el oficial L.; mientras que C. y G. hicieron lo propio detrás de aquélla a bordo de un automóvil no identificable Chevrolet "Corsa" dominio ...

Una vez reunida la suma de dinero por la madre de la víctima, quien continuaba en comunicación telefónica con su hijo, se presentó en aquél lugar el empleado S. H., quien le entregó una bolsa con el dinero a Y. H. X. y éste a su vez, atemorizado por las amenazas, se la dio a C.

Tras ello C. le manifestó a la víctima que a partir de ese momento 'tenía que pagar la suma mensual de $500 por cada local que tenía, en concepto de protección, con una llave de $3.000 para ingresar a dicho sistema', a lo que aquél, por temor a sufrir un menoscabo a su integridad física o a la de miembros de su familia aceptó, brindándole los efectivos policiales el teléfono ... para mantenerse en contacto, al cual se comunicaron en varias oportunidades siendo atendidos en forma alternada tanto por 'H.', como por 'M.' y 'B.'.

Asimismo, el 9 de mayo de 2017, en horas del mediodía, C., L. y G. se apersonaron en el local sito en ... de esta ciudad, propiedad de Y. X., al cual sólo ingresó G., a fin de cobrar la primera cuota de $500 anunciada, suma que le fue entregada por temor por Y. X. y aquél guardó entre sus ropas.

Momentos después, ese mismo día, los imputados se constituyeron en el comercio sito en ... de esta ciudad, propiedad de Y. H. X., al cual sólo ingresó C., mientras los demás aguardaron en la vereda, quien exigió la suma de $500, que le fue entregada por temor por el damnificado".

2) "El haber integrado una organización destinada a la comisión de delitos indeterminados entre los que se encuentran exigencias indebidas de dinero, mediante intimidación, a comerciantes del barrio capitalino de Once, para lo cual se asignaban entre otras tareas la elección, intimidación y/o negociación de las víctimas y la recolección del dinero. Dicha asociación se mantuvo activa entre febrero y agosto de 2017.

A tales fines, C., L. y G. en su calidad de integrantes de la Brigada Preventiva Zona Norte I de la Superintendencia de Investigaciones de la Policía de la Ciudad, concurrían con ropas de civil al barrio de Once —jurisdicción de la Seccional 7° y de la Brigada Preventiva Zona Sur I, ambas de la Policía de la Ciudad— a fin de interceptar en la vía pública a personas que se encontraban trasladando o descargando mercadería sin la documentación respaldatoria correspondiente —remitos y facturas— y les exigían una suma de dinero a cambio de no secuestrarles dichos bienes, no dar inicio al sumario policial que correspondiera acorde a la infracción comprobada o bien dejar de trasladar a los comerciantes a la mencionada dependencia para su supuesta identificación. Además, a partir de ese momento los obligaban a abonarles una suma mensual en concepto de 'llave' de ingreso a un 'sistema de protección', a fin de garantizar la no realización de futuros procedimientos policiales que afectara aquéllos o sus negocios. [...]".

2. Valoración de las pruebas

Los elementos probatorios incorporados a la causa permiten ratificar el reconocimiento de los hechos por parte de los acusados.

En lo relativo al hecho N° 1, cuento con la Declaración prestada por C. W. H. (fs. 3/4) ante la superintendencia de investigaciones de la Policía de la Ciu-

Thomson Reuters

dad, quien en su calidad de traductor en la Dirección Nacional de Migraciones refirió que la presidente de la Cámara Argentina de Importaciones y Exportaciones de Chinos le relató el suceso acontecido en forma coincidente a la descripción fáctica que surge del requerimiento de elevación a juicio.

Aunado a ello, cabe mencionar la deposición de Y. X. (fs. 7/8) quien refirió ser el dueño del comercio de regalaría y bazar denominado "W. T. SRL, ubicado en ... de esta ciudad y recordó el hecho de igual forma a la que surge de la declaración de C. W. H. Agregó que abonó la primera cuota el día 9 de mayo de 2017.

Por otro lado, cuento con la declaración de J. C. (fs. 9/10) quien puso de resaltó que recibió un llamado de Y. X. —padre de la víctima— quien le contó el hecho que generó la presente pesquisa.

Es de importancia la declaración de A. S. C. (fs. 20/21), quien refirió que el 27 de abril pasado, recibió un llamado telefónico de Y. H. X. para que se acerque a realizar una traducción por "una situación con unos policías de civil"; debido a ello, frente al comercio de ..., tradujo los dichos de "H." quien manifestó que debido a que la mercadería no poseía remitos ni facturas, procedería al secuestro. Es así que al oficiar de traductora, presenció el momento en el cual se le exigió dinero al dueño del local para solucionar los inconvenientes de la mercadería y ofrecer especial protección. Cabe poner de resalto que para lograr una comunicación eficaz con los integrantes de la fuerza de seguridad, intercambiaron números telefónicos y del teléfono de la nombrada existe uno identificado como "H. Investigaciones y B. y M.", surgiendo varias comunicaciones provenientes del número ...

Finalmente cabe agregar que a fs. 50/51 obra una constancia de la reunión vecinal con el Ministro de Justicia y Seguridad de CABA en la que un individuo de forma anónima denunció que un policía llamado "H." cobra sumas de dinero a cambio de seguridad a los comerciantes en la jurisdicción de la circunscripción tercera y que aquel se desplaza con un vehículo particular marca Chevrolet Corsa de color azul, dominio ... ó ... y que del informe de dominio correspondiente al vehículo ..., correspondiente a un Volkswagen Suran 1.6L y al rodado ..., se constató que este último era un Chevrolet Corsa II 1.8 y pertenecía a la Policía Federal Argentina (fs. 69/70).

En lo que hace al hecho N° 2, debo comenzar por mencionar las transcripciones de las comunicaciones entre los imputados que se encuentran glosadas a fs. 651/1106 de las cuales se desprende con claridad que planificaban actos delictuales en forma sistemática y habitual. Sobre este punto, corresponde destacar los chats del día: a) 4 de mayo de 2017 entre C. y L. dándose aviso de que se encontraban en la zona de once; b) 5 de junio de 2017 en el cual C. le dijo a L. que quería que vaya a "Camboya" haciendo alusión al barrio mencionado con anterioridad; c) 20 de julio de 2017 en el cual L. le dijo a C. que debían tener cuidado con los mensajes de "whatsapp" y d) chats entre C. y G. en los que se pudo establecer a las claras, la modalidad delictiva investigada en la presente causa, en la cual participaban en forma casi exclusiva tanto C. como G., dedicándose al cobro de manera ilegal de sumas de dinero en distintos comercios, como se movían diariamente para poder pasar por estos lugares y recaudar el dinero espurio, repartiéndose los lugares presumiblemente para poder abarcar el amplio espectro de personas a quienes le requerían dinero a diario, en algunos casos indicando los montos percibidos; como así también aportando algunas direcciones de estos comercios o lugares donde era dejado el dinero para que pasen a buscarlo, como ser cerrajerías amigas; también a las claras hablan del "morocho" donde pide uno al otro que se lo pase, por otro lado también dejan en claro la existencia de una lista de "clientela" o bien el reemplazo de la misma por el teléfono "morocho" donde estarían agendados. Surge también la necesidad de encontrarse personalmente C. con G., casi como si fuera una obligación tácita hacerlo, y en algunas de las conversaciones se demuestra que es "para entregarle uno al otro lo suyo", que no sería más que la parte que le correspondería por el dinero ilícitamente recaudado, de lo cual parecería que no participaría en estos casos L. ya que no sería convocado a estos encuentros. Finalmente se desprende que se pueden identificar algunos lugares que podrían ser comercios donde los imputados pasaban a cobrar sumas dinerarias como ser: a) J. H., sito en ... CABA, b) V. f., se llamaría J., sito en ..., CABA, c) M. amigo de D. M., ... CABA, d) I., ... CABA, e) C. H., ..., CABA, f) C. amigos de C., ... CABA.

Para finalizar, cabe adunar que contamos con los dichos A. B. (fs. 1150 ter/1150 quater y 1158) quien señaló que un sujeto del barrio, le relató una maniobra similar a la descripta en el hecho N° 1 y le exigió dinero. En tal sentido declaró también M. A. G. P. (fs. 1153/1154).

Segundo: motivos de derecho

a) Calificación legal

Coincido con la calificación legal adoptada por las partes en el acuerdo de juicio abreviado. En efecto, los acusados solicitaron una suma de dinero en el marco del procedimiento que realizaban y que se había originado en una presunta deficiencia el papelerío correspondiente a la mercadería, como así también la solicitud de dinero en relación a una especial protección. Resulta claro que se trató del pedido de una "dá-

Thomson Reuters

diva", pues el pago no estaba destinado a la administración sino que se procuraba su apropiación ilegal.

Al respecto, coincido con Donna, quien siguiendo la tesis de Ramos Mejía, considera que mientras la exacción supone "recaudación o cobranza arbitraria de rentas, tributos, impuestos, derechos o contribuciones, esto es, algo que se puede adeudar al Estado", la concusión se refiere a la exigencia de "dádivas", pues se trata de "algo que se entrega sin obligación jurídica alguna, vale decir, en este caso el autor actúa ab initio en su propio beneficio al conocer que lo exigido no es adecuado por el requerido, sin posibilidad de convertir lo entregado en su propio provecho" (Donna, Edgardo A., Derecho Penal Parte Especial, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe/Bs. As., 2008, T. III, p. 393 y ss.). En consecuencia, el citado artículo 266, en realidad prevé dos delitos diferentes: las exacciones ilegales - cuando se reclama indebidamente una contribución o un derecho a favor de la administración— y la concusión —cuando se pide una dadiva en beneficio propio o de un tercero distinto a la administración—.

Insisto que en este caso los imputados requirieron una suma de dinero con la evidente finalidad de apropiársela. Desde un comienzo sabían que lo que reclamaban no estaba destinado a la administración —como sería, por ejemplo, la exigencia indebida del pago de una multa en el mismo lugar—, de modo que no pedían algo a favor del Estado sino en provecho propio. Esto puede verse aún con mayor claridad cuando el dinero se exigió por una especial protección, teniendo en cuenta que la labor de las fuerzas de seguridad ya es esa y reciben su salario por cumplirla.

El delito se ha consumado, pues en las modalidades típicas referidas a solicitar o exigir se trata de un delito de acción, que no exige que el pago requerido efectivamente se concrete (ver, Terragni, Marco Antonio, Delitos Propios de los Funcionarios Públicos, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 295).

Entiendo que en el caso se ha configurado la agravante prevista por el art. 267 del CP, pues los acusados no sólo requirieron o hicieron pagar una suma de dinero, sino que lo hicieron como condición para no efectuar el secuestro de la mercadería. En el contexto del hecho y en razón de la posición de superioridad que tenían los imputados, debido a su condición de funcionarios policiales, la amenaza de secuestrar la mercadería como medio para lograr el pago de la dádiva, constituye una "intimidación" en los términos empleados por el aludido tipo penal. Desde mi punto de vista, respecto de esta modalidad agravada de concusión resultan aplicables criterios similares a los que rigen respecto del delito de extorsión (art. 168, CP), en cuanto a que lo relevante no es la licitud o ilicitud del mal amenazado, sino más bien la ilegalidad de la exigencia efectuada para procurar la lesión patrimonial —el pago del dinero—. En tal sentido, refiriéndose a la extorsión, Soler sostiene que "es importante advertir que ni siquiera es necesario que el daño amenazado sea injusto de acuerdo con un criterio objetivo y absoluto. La intimidación puede lograrse mediante la amenaza de realizar ciertos actos que puedan ser ejecutados lícitamente, como ser el acto de denunciar o de desaprobar un espectáculo. Lo que torna ilícito y extorsivo el hecho es que con la amenaza de realizar ese acto, que puede ser una facultad jurídica, se persigue un beneficio al cual no se tienen ningún derecho" (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, 10ª reimpresión, Buenos Aires, 1992, p. 315).

Los acusados han intervenido en carácter de coautores (art. 45, CP), pues actuaron en forma conjunta, mientras llevaban a cabo —en su carácter de agentes policiales— un operativo de control en la zona. Aunado a ello, se desprende de los mensajes de texto que todos tenían conocimiento de ello y que cada uno tenía un rol asignado en la labor de exigir el dinero.

No puede dejar de tomarse en cuenta que nos encontramos ante delitos especiales propios, que se fundan en la infracción al deber, de ahí que únicamente puede ser autor quien cumple con las condiciones que exige el tipo, es decir, quien reviste el carácter de funcionario público y a través de la conducta contraria a la norma viola su deber. Es muy importante tenerlo en cuenta en casos como el presente, pues el simple hecho de que uno de los agentes no haya efectuado por sí mismo la exigencia de pago, de ninguna forma impide considerarlo coautor, cuando también participó del procedimiento, tuvo conocimiento de lo que estaba ocurriendo e implícitamente lo aprobó al no hacer nada para impedirlo. Está claro que fueron los tres imputados quienes infringieron el deber, aun cuando no todos se hayan encargado de transmitir el pedido a los denunciantes.

Por otro lado, entiendo que el hecho N° 4 encuentra subsunción jurídica en el tipo establecido en el art. 210, CP. El bien jurídico protegido por la norma es el orden público, es decir la paz y tranquilidad social. Ahora bien, para que se configure el delito en cuestión es necesario que se encuentren previstos los siguientes requisitos: a) deben ser al menos tres personas con una organización estable y duradera en el tiempo y, b) intención de participar en la asociación con la finalidad de delinquir. Es claro que ellos se encuentran presentes en forma palmaria puesto que se da el requisito numérico, su intención delictiva era más que evidente y su actuación fue repetida y sostenida a lo largo del tiempo. Todo ello se desprende de los mensajes y las declaraciones de los dueños de los

Thomson Reuters

locales que indicaron que le eran exigidas sumas de dinero en similares condiciones a las que se juzgan en el primer hecho.

En cuanto a la participación criminal, es claro que han intervenido como coautores debido a que su intervención se realizó en forma planificada y con una distribución de roles. Vale aclarar que no se encuentra probado que se hayan asignado jerarquías, razón por la cual actuaron en calidad de miembros.

Finalmente, ambos delitos concursan en forma real entre sí debido a que los hechos son indudablemente independientes el uno del otro (art. 55, CP).

b) Responsabilidad penal de los acusados

Las pruebas reunidas en el caso permiten afirmar la responsabilidad penal de los acusados. En efecto, resulta claro que las conductas desplegadas son antijurídicas, dado que no concurren causas de justificación.

Además de ello, son culpables, pues tampoco se verifica en el presente ninguna causa que les haya impedido motivarse en la norma, es decir, actuar conforme a derecho, de modo que se han hecho merecedores del correspondiente juicio de reproche. Sobre este punto, vale destacar que la situación no se encuentra controvertida debido a que no se ha introducido ningún planteo relativo a esta cuestión.

Tercero: determinación de la pena En cuanto a la pena que corresponde imponer, en mi opinión, el monto acordado en el marco del procedimiento del juicio abreviado constituye un límite para el Tribunal, de modo que no sería factible aplicar una mayor, pero sí una inferior.

Dicho de otro modo, cuando la ley establece los motivos por los que el Tribunal puede rechazar la propuesta de juicio abreviado, únicamente alude a los casos en que sea necesario un mejor conocimiento de los hechos o la discrepancia con la calificación legal admitida (artículo 431 bis incisos 3° y 5° del CPPN), pero no se ha contemplado como causa del rechazo a la posible discrepancia con la sanción.

En el caso de autos, la pena solicitada se ajusta a derecho y refleja adecuadamente tanto el contenido de injusto como la culpabilidad de los autores. Sobre el particular, simplemente debo mencionar que se trata del mínimo legal previsto para el caso que nos ocupa y por ello no cabe que me expida al respecto.

No obstante lo expuesto hasta aquí, teniendo en cuenta que de acuerdo a lo prescripto por el art. 26, CP no es obligatoria la imposición de una pena de ejecución condicional cuando no se registren antecedentes condenatorios vigentes al momento del dictado de la sentencia, y el caso presenta especiales características gravedad, la sanción debe ser de cumplimiento efectivo.

Cuarto: efectos

En relación a los efectos secuestrados, teniendo en cuenta que ante el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 25 tramita la causa N° 1561/2017 por el delito de asociación ilícita, la cual guarda estrecha relación con los hechos investigados en autos, cabe librar oficio a dicha sede a fin de que a la mayor brevedad posible indiquen tienen interés en que les sea remitido alguno de los efectos reservados en Secretaría, bajo apercibimiento de proceder a lo que por derecho corresponda.

Quinto: notificación a la víctima

Atento a lo prescripto en el art. 11 bis de la ley 24.660 entiendo que corresponde entablar comunicación con la víctima del hecho N° 1) o con algún conocido a fin de que oficie de traductor e informe si desea ser consultado en esos términos.

Por las consideraciones expuestas resuelvo: I. Condenar a H. M. C., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo y costas, por ser coautor penalmente responsable de los delitos de concusión agravada en concurso real con asociación ilícita en calidad de miembros (arts. 29, inc. 3, 45, 55, 210 y 267, CP y 403, 530 y 531 del CPPN). II. Condenar a B. J. L., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo y costas, por ser coautor penalmente responsable de los delitos de concusión agravada en concurso real con asociación ilícita en calidad de miembros (arts. 29, inc. 3, 45, 55, 210 y 267, CP y 403, 530 y 531 del CPPN). III. Condenar a M. A. G., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo y costas, por ser coautor penalmente responsable de los delitos de concusión agravada en concurso real con asociación ilícita en calidad de miembros (arts. 29, inc. 3, 45, 55, 210 y 267, C.P. y 403, 530 y 531 del CPPN). IV. Librar oficio al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 25 en relación a la causa N° 1561/2017 a fin de que a la mayor brevedad posible indiquen si tienen interés en que les sea remitido alguno de los efectos reservados en Secretaría, bajo apercibimiento de proceder a lo que por derecho corresponda. V. Notificar a la víctima en los términos del art. 11 bis de la Ley 24.660 siguiendo los lineamientos establecidos en el considerando quinto. Regístrese, notifíquese a las partes mediante cédula electrónica, cítese a los encausados dentro del tercer día a fin de notificarlos personalmente, una vez firme comuníquese y archívese. — *Javier E. De La Fuente.*

Thomson Reuters

Delitos de concusión y extorsión

Joaquín García Berro

Sumario: I. Hechos y calificación legal.— II. Aclaraciones necesarias.— III. Análisis de la extorsión y la concusión.— IV. Relación entre la extorsión y concusión.— V. Distinción entre ambas figuras.— VI. Resolución del caso.

I. Hechos y calificación legal

El magistrado criminal y correccional tuvo por probado que personal de la brigada nro. 5 de la Sección Brigadas Preventivas Zona Norte nro. 1, dependiente de la Policía de la Ciudad, el día 27 de abril de 2017, aproximadamente a las 15:30 hs., tomó contacto con un comerciante oriental que se encontraba descargando mercadería de una camioneta frente al local comercial de su propiedad. En ese primer encuentro le indicaron "somos de la policía de Macri" y "que pertenecían a la División Jurídica"; tras ello, abrieron los bultos y confrontaron la mercadería con los remitos y facturas que le solicitaron y le refirieron "que le faltaban papeles para justificar el legal ingreso al país de la mercadería que transportaba". En total, eran tres policías.

Acto seguido, el personal policial lo increpó y le manifestó frases tales como "que le secuestrarían la camioneta y la mercadería y que lo tenía que acompañarlos" y "que la única manera de solucionar el problema era que les entregara la suma de $ 100.000". El comerciante oriental les solicitó a los funcionarios públicos que redujeran el monto, lo que estos hicieron en la suma de $ 50.000 y después de una extensa negociación accedieron a disminuirla a $ 35.000. Debido a que comerciantes de la zona observaban la situación, los condenados le ordenaron al comerciante que se dirigiera con la camioneta a dos cuadras de allí y uno de los uniformados condujo su vehículo hasta el destino, mientras los otros dos lo siguieron por detrás con un automóvil no identificado como policial.

Mientras esto ocurría, el comerciante oriental mantenía una conversación telefónica con su madre, que le indicaba los pasos a seguir frente a la situación. Por ello, una vez en el destino indicado por el personal policial, un empleado del comerciante se presentó en él con el dinero en cuestión dentro de una bolsa y el mercante, atemorizado por las amenazas de las que había sido víctima, le entregó la bolsa a un policía. Luego, le manifestaron que a partir de ese momento "tenía que pagar la suma mensual de $ 500 por cada local que tenía, en concepto de protección, con una llave de $ 3.000 para ingresar a dicho sistema", a lo que aquel, por temor a sufrir un menoscabo a su integridad física o a la de miembros de su familia, aceptó, y les brindó su número celular para mantenerse en contacto.

Por último, el día 9 de mayo de 2017, en horas del mediodía, el personal policial concurrió al local de la madre del comerciante oriental, ubicado en la calle ... de esta ciudad, a fin de cobrar la primera cuota de $ 500 anunciada, suma que les fue entregada por temor. Ese mismo día, momentos más tarde, los condenados se constituyeron en el negocio de la calle ... de esta ciudad, y ante las exigencias del personal policial, el comerciante oriental les entregó la suma de $ 500.

El magistrado calificó el suceso descripto bajo el tipo de la concusión, previsto en el art. 266 del Cód. Penal. Para ello, justificó su postura sobre la base de que el requerimiento efectuado por el personal policial se trató de una dádiva, esto es, un bien cuyo destino no era ingresar a las arcas de la Administración Pública, sino ser obtenido como un beneficio indebido por parte de los autores del ilícito.

Para ello, el magistrado adoptó la tesis propuesta por Donna, quien, a su vez, sigue la tesis de Ramos Mejía respecto del delito de concusión. Ella traza las diferencias entre los delitos de exacciones ilegales y concusión —ambos

Thomson Reuters

previstos en la norma citada—. En efecto, mientras que el delito de exacciones ilegales se refiere a bienes destinados a ingresar a la Administración Pública, las dádivas se entregan sin obligación jurídica alguna, es decir, lo entregado no tiene posibilidades de ingresar al Estado.

Por lo tanto, el juez sostuvo que la exigencia de una suma de dinero so pretexto de brindar una protección especial no estaba destinada a la Administración Pública. De tal manera, la exigencia referida constituye, en rigor de verdad, una dádiva, con los alcances mencionados anteriormente.

II. Aclaraciones necesarias

El caso traído a examen no plantea un análisis que confronte las dos figuras como el que aquí se propone; no obstante, sí realiza un estudio pormenorizado del tipo penal de la concusión, el cual es traído con la finalidad de analizar los elementos típicos de dicha figura y trazar diferencias con el tipo de extorsión.

III. Análisis de la extorsión y la concusión

SOLER ubica como antecedente histórico de la noción de extorsión la época imperial del derecho romano, en el que el concepto de extorsión correspondía, con ciertas limitaciones, al de la *concussio*, término definido como un abuso o simulación de autoridad, comisible tanto por los funcionarios como por los particulares. Sostiene que el concepto moderno de este delito no atiende ya tanto al carácter del mal temido como a la licitud o ilicitud de la amenaza en sí misma, sea cual sea el contenido de ella **(1)**.

Más cerca en el tiempo, el delito de extorsión es definido por MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO como la obtención injusta de un beneficio pecuniario en perjuicio de la víctima mediante la coacción moral que se ejerce contra su voluntad **(2)**. González Roura afirma que la extorsión consiste en procurarse indebidamente una ventaja patrimonial, con perjuicio de otro, colocando a la víctima ante un dilema, uno de cuyos términos es el perjuicio patrimonial que ella o un tercero ha de sufrir y el otro, el daño que, en caso contrario, a ella o a una persona de su familia ha de deparársele **(3)**. DONNA, por su parte, enseña que para que una acción sea considerada extorsión, debe significar un atentado contra ambos bienes jurídicos, esto es, la propiedad y la libertad **(4)**.

Sistemáticamente, el tipo penal se encuentra tipificado en el art. 168 del Cód. Penal, dentro del título VI del Libro II. Esta ubicación ha sido objeto de diversos cambios y críticas a lo largo de la codificación argentina. Sin embargo, ha prevalecido el criterio distintivo de este tipo de delito, es decir, la finalidad del autor de obtener injustamente un beneficio patrimonial. Por tal motivo, si bien hay una afectación a dos bienes jurídicos distintos, la libertad y el patrimonio, prima este último a los efectos de su ubicación en el Código, pues el delito no se agota en la ofensa a la libertad, sino en la ofensa al derecho de propiedad.

El tipo objetivo que configura el delito es la intimidación, que fue definida por SOLER como el empleo de cualquier medio que coarte apreciablemente la libertad de disposición **(5)**. De tal manera, refiere que lo que califica el medio comisivo como extorsivo es su idoneidad para atemorizar o intimidar **(6)**. No es necesario, por ello, que el destinatario de la amenaza sea necesariamente el sujeto pasivo de la coacción, ya que es posible amenazar con inferir mal a un tercero y obligar de esa forma a hacer la indebida prestación.

Tradicionalmente se sostiene que la ley prevé dos tipos de intimidación, la intimidación propia y dos casos de intimidación engañosa. En cuanto a la primera, se trata de un medio de compulsión moral, que consiste en la amenaza de un mal para lograr un beneficio de carácter patrimonial. Es importante destacar que la intimidación debe ser moral (verbal, escrita, etc.),

(1) SOLER, "Derecho penal argentino", t. IV, p. 311.

(2) MOLINARIO - AGUIRRE OBARRIO, "Los delitos", p. 292.

(3) GONZÁLEZ ROURA, "Derecho penal", t. III, p. 236, cit. por MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, "Los delitos", cit., p. 288.

(4) DONNA, "Derecho penal. Parte especial", t. II-B, p. 206.

(5) SOLER, "Derecho penal argentino", cit., t. IV, p. 318.

(6) Ibidem, p. 318.

Thomson Reuters

es decir, una amenaza de sufrir un mal grave e inminente, con el destino de compeler al destinatario a entregar, enviar, depositar o poner a disposición del sujeto o de un tercero los elementos enumerados en la norma. Queda excluida la intimidación física. Como puede verse, a la intimidación propia de la extorsión se la puede asociar con la intimidación de la coacción.

Con respecto a las dos formas de intimidación engañosa, ellas se encuentran previstas por el primer párrafo del art. 168, y son: la simulación de autoridad y falsa orden de ella. Simula autoridad pública el que de cualquier manera finge ser autoridad pública y en esa calidad exige la entrega. E invoca falsa orden de autoridad pública quien, no presentándose como la autoridad que exige, finge que lo hace en cumplimiento de una orden de aquella.

Se trata de un delito doloso, que se consuma con la realización de los verbos descriptos en el tipo penal, es decir, cuando se entrega, cuando se envía, cuando se deposita o cuando se pone a la cosa a disposición del autor o de un tercero. De tal manera, se configura cuando se verifica el daño patrimonial a la víctima por más que no haya habido un apoderamiento efectivo del autor.

El delito de concusión es definido por Ramos Mejía como aquel delito en que el funcionario público exige indebidamente una dádiva para sí mismo, esto es, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado regularmente al Estado, debido a que el agente, desde un principio, obra invocando su propio nombre y exclusivo beneficio, sin posibilidad de convertir luego en provecho propio lo obtenido de aquella manera **(7)**. Así, traza la diferencia con el delito de exacciones ilegales, en el que el objeto de delito constituye una contribución, un derecho o importa cobrarse mayores derechos de los que corresponden.

Se plantea una discusión doctrinal acerca de la ubicación del delito de la concusión en el Código Penal, ya que la opinión de los autores ha sido divergente con respecto a este punto. RAMOS MEJÍA, por un lado, sostiene que el tipo de la concusión se desprende del art. 266 y resulta un tipo autónomo de las exacciones ilegales. Sostiene que el elemento distintivo entre uno y otro delito sería el objeto —las dádivas—. Cuando el autor exige una dádiva para sí mismo, es decir, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado regularmente al Estado, ya que actúa en su propio nombre y en su exclusivo beneficio, estaremos frente al delito de concusión.

El criterio opuesto es sostenido por RIMONDI, él explica que el concepto de dádiva no es el problema, sino que el asunto pasa por el destino original de la prestación exigida. Cuando de entrada el funcionario exige para sí, nunca hay exacción ilegal, llámese como quiera llamarse a lo exigido, sino una concusión. Por lo tanto, continúa, no es la palabra dádiva lo que define al delito, sino que es el delito lo que define a la palabra. Una exacción también es ilegal cuando el funcionario exige una prestación indebida pero no por las características del objeto pedido, sino por el destino que desde el inicio le da: el Estado. En cambio, si *ab initio* exige para sí esa misma prestación, habrá concusión **(8)**.

RIMONDI integra el sector de la doctrina que considera que la concusión como tal, es decir, cuando el funcionario público exige una dádiva para sí mismo, no está prevista en el Código Penal argentino. Esta interpretación surge de la literalidad de la norma, ya que el capítulo IX, de las exacciones ilegales, del título XI del Código de fondo no menciona el *nomen iuris* de la concusión y, por ende, el articulado se refiere únicamente al nombre que lleva el título, a excepción del art. 268, que prevé la concusión por conversión.

En otro orden de ideas, el autor mencionado refiere que no puede afirmarse dogmáticamente que nunca una dádiva pueda ser objeto de exigencia en las exacciones ilegales, resultando por tal motivo inapropiada la distinción efectuada del art. 266 del Cód. Penal **(9)**. Si bien reconoce que en la mayoría de los casos en que el autor solicita una dádiva actúa en provecho propio,

(7) RAMOS MEJÍA, "El delito de concusión", p. 39.

(8) DONNA, Edgardo A., "Delitos contra la Administración Pública", p. 483, 3ª ed.; con cita de RIMONDI, Jorge L., "La problemática actual de la concusión", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

(9) RIMONDI, Jorge L., "La tipificación de la concusión en el artículo 266 del Código Penal", LA LEY, 1999-D-294.

Thomson Reuters

pueden ocurrir casos en que la petición de una dádiva tenga como destinatario el erario público. Para justificar tal afirmación, expone el caso en que ciertos policías concurren a comercios ubicados dentro del radio de su competencia funcional a exigir comida para alimentar a los detenidos alojados en la dependencia respectiva. Según su interpretación, tal requerimiento constituye una dádiva, y como es función del Estado alimentar a los detenidos, la Administración resultaría beneficiaria de su entrega.

Este ejemplo ha sido refutado por DE LUCA, quien señala que, en rigor de verdad, lo solicitado por el funcionario público constituye una contribución indebida al Estado, cuyos funcionarios se encargarán de distribuir entre los presos, porque la alimentación de los presos está a cargo del Estado y la debe solventar con los impuestos y contribuciones de los contribuyentes **(10)**. En el trabajo citado, DE LUCA adhiere a la postura de RAMOS MEJÍA.

La doctrina también ha creído necesario diferenciar el delito de concusión con el delito de cohecho, basado en sus antecedentes históricos **(11)**. En tal sentido, enseña Donna que, en principio, en ambos delitos hay abuso de funciones de la autoridad que le fue conferida al funcionario, y el fin perseguido es la codicia. Ambos tipos lesionan el bien jurídico Administración Pública, pero en la concusión, además, existe lesión al patrimonio del particular: esto es así dado que en el cohecho el particular consiente su disposición, a sabiendas y libremente, razón por la cual no hay violación al derecho de propiedad. Por eso la concusión, como hay dos bienes jurídicos lesionados, siempre se consideró más grave que el cohecho **(12)**. Asimismo, DONNA indica que la corrupción se distingue del delito de concusión dado que el acto de dar dinero es, en el primero, espontáneo, mientras que en el segundo es a causa del miedo al poder público —*metus publicae potestatis*—.

(10) DE LUCA, Javier, "Cohecho y concusión", LA LEY, 1999-E, 331.

(11) Ibidem.

(12) DONNA, Edgardo A., "Derecho penal...", cit., t. III, p. 339.

Sentadas las disquisiciones doctrinales, corresponde realizar una breve reseña sobre el tipo penal de la concusión. En tal sentido, señala Ramos Mejía que el delito también afecta dos bienes jurídicos, por un lado, la Administración Pública, en lo que hace al correcto cumplimiento de la función pública, y, por otro lado, el patrimonio del particular afectado. En esta ocasión, el legislador opta por reconocer mayor importancia y jerarquía al primero de ellos, presuponiendo que a la misma comunidad le interesa más tutelar el debido ejercicio de los actos de gobierno **(13)**.

A continuación, Ramos Mejía indica que específicamente el bien jurídico tutelado se circunscribe a la observancia de los deberes de probidad de los funcionarios públicos y el legítimo uso de la función y, en particular, que los funcionarios públicos no abusen de su calidad o de su función para infundir temor a los particulares, a consecuencia de lo cual lograr una utilidad **(14)**.

El delito de concusión se ubica dentro de la categoría de los delitos especiales, propios o exclusivos, es decir, aquellos en que el sujeto activo debe revestir necesariamente una calidad, que es, en este caso, la de funcionario público en ejercicio de sus funciones. Valga la aclaración de que la locución "en ejercicio de sus funciones" se refiere al normal desempeño de las funciones que le son asignadas en virtud de su cargo; en este caso, debe haber un abuso en el ejercicio de ellas, tal y como lo menciona el art. 266 del Cód. Penal.

El citado autor enuncia que el delito de concusión presenta una estructura compleja, con una pluralidad de hipótesis o alternativas, pues la acción externa puede ejecutarla tanto quien "exigiere" como quien "hiciere pagar o entregar". Si bien entiende que las acciones tienen una existencia autónoma, afirma que entre ellas existe un vínculo legal interior, a través del concepto común de abuso del cargo, requisito este que puede ser considerado como el medio de ejecutar la acción punible.

(13) RAMOS MEJÍA, "El delito de concusión", cit., p. 51.

(14) Ibidem, p. 52.

Thomson Reuters

En este sentido, RAMOS MEJÍA explica que el término exigir tiene diversas acepciones, entre ellas, el mismo significado que encierra el verbo "obligar" utilizado en el art. 168 del Cód. Penal con relación a la extorsión, que era la forma típica de la concusión del derecho romano. Sin embargo, destaca que el sentido dado en el art. 266 no importa el empleo de violencia física, sino de violencia moral, con la cual se fuerza la voluntad ajena venciendo la resistencia que ella puede ofrecer. Para una mayor exactitud, cita a MAJNO, quien, al explicar el Código italiano, refiere que "la coacción de la cual puede hacerse nacer el temor es la que resulta de los recursos fiscales de que se dispone", y no de la fuerza física, la cual queda fuera de la noción del delito **(15)**.

Señala también que, en definitiva, el delito se consuma cuando el funcionario público, abusando de su cargo, exige una dádiva o se hace pagar o entregar una dádiva. De tal manera, el delito quedará perfeccionado con el accionar del agente, sin perjuicio de que luego se concrete la entrega de la dádiva.

El objeto material del delito de concusión es la dádiva, que fue definida por CREUS como una contribución graciable con contenido económico **(16)**. Dicha contribución se encuentra abarcada por los alcances dados anteriormente, en el sentido de que lo exigido o solicitado nunca puede suponerse como adeudado regularmente al Estado **(17)**; por lo tanto, si bien es exigida en nombre de este, ingresa al patrimonio del agente. Como ha sido señalado, la dádiva siempre corresponde a una exigencia indebida, es decir, no exigida ni establecida por la ley o la costumbre.

IV. Relación entre la extorsión y concusión

De las breves consideraciones realizadas acerca de los delitos en estudio puede extraerse que ambos presentan dos elementos típicos en común: la intimidación y el beneficio patrimonial indebido.

En efecto, tanto en la extorsión como en la concusión el agente ejerce una coacción o compulsión moral sobre el sujeto pasivo con el objetivo de viciar su voluntad y obtener injustamente un lucro a costa de ella. Es decir, mediante la intimidación el autor exige indebidamente a la víctima una prestación pecuniaria que opera como la ganancia ilícita para él y como un perjuicio de carácter patrimonial para esta última. Lo exigido por parte del sujeto activo, en ambos delitos, tiene la nota distintiva de su carácter económico, mientras que el beneficio que representa en las dos hipótesis delictivas es no correspondido para el autor, debido a que no tiene derecho a exigirlo.

Las similitudes radican, en gran medida, en los medios comisivos y la finalidad perseguida por el autor. Explica FONTÁN BALESTRA que la extorsión lesiona tanto el derecho de propiedad como la libertad, es decir, es un ataque a la propiedad por medio de una agresión a la libertad **(18)**. Con respecto a la concusión, explica RAMOS MEJÍA que el delito presenta una objetividad jurídica compleja, pues afecta simultáneamente, aunque no en igual medida, el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado y el patrimonio del particular víctima de la indebida exigencia **(19)**, agregando que en la concusión se trataba de un verdadero delito de extorsión, pero que, al ser obra del funcionario público y por el medio empleado, adquiría una particularidad propia.

Entre las semejanzas a las que hago alusión se encuentran, precisamente, los verbos típicos utilizados por los arts. 168 y 266 del Cód. Penal, es decir, "exigir" y "obligar", ya sea por las definiciones propiamente dichas de los vocablos, como por sus antecedentes que datan del derecho romano. La diferencia es esencial para resolver los casos que presenta la práctica.

Como se aprecia, existen similitudes entre un delito y otro, y, teniendo en cuenta la proble-

(15) Ibidem, p. 65.

(16) CREUS - BUOMPADRE, "Derecho penal, parte especial", t. II, p. 334.

(17) D'ALESSIO - DIVITO, "Código Penal de la Nación, comentado y anotado", t. II, p. 1321.

(18) FONTÁN BALESTRA, "Tratado de derecho penal", t. V, ps. 574/575.

(19) RAMOS MEJÍA, "El delito de concusión", cit., p. 50.

Thomson Reuters

mática a la que he hecho mención más arriba, es necesario trazar las diferencias entre ambas figuras delictivas, en especial, para resolver los casos límite, en los que la exigencia indebida bien podría encuadrar en la exigencia indebida de la concusión o también podría configurar la intimidación propia de la extorsión.

La correcta distinción y comprensión acerca del alcance de los elementos típicos que he mencionado resulta de importancia, puesto que, si bien el estudio de dichos elementos aquí se circunscribe al ámbito de la extorsión y de la concusión, también se repiten en otra clase de delitos, como, por ejemplo, la intimidación en los delitos de amenazas, coacción y robo y la exigencia indebida en los delitos de exacciones ilegales y cohecho.

V. Distinción entre ambas figuras

V.1. El bien jurídico

Para interpretar una norma es necesario recurrir a la letra de la ley y a la voluntad del legislador. En materia de derecho penal, el legislador toma ciertos bienes que considera esenciales para el desarrollo de la vida social y les otorga una protección especial. Es decir, a ciertos bienes jurídicos se los protege mediante el dictado de una norma que pena a quien, mediante un acto positivo o una omisión, los quebrante. Por ello, seguir la sistemática utilizada por el legislador es fundamental para comprender la diferencia entre los tipos penales en estudio.

En efecto, estos delitos presentan una protección dual de bienes jurídicos. Ambos dos resguardan la integridad del patrimonio del sujeto pasivo frente a actos que indebidamente intenten menoscabarlo y, asimismo, por el lado de la extorsión se protege la libertad de la persona humana, mientras que, en el caso de la concusión, se protege el normal desenvolvimiento de la Administración Pública.

V.2. La intimidación

Como he señalado, la principal similitud que observo entre los delitos de concusión y extorsión se encuentra en el medio comisivo, es decir, la intimidación que debe desplegar el autor para obtener el beneficio indebido producto del delito.

Para explicar con mayor claridad mi visión, piénsese un caso en el marco del cual un sujeto conduce su camioneta en horas nocturnas por una ruta desolada y es detenida su marcha por un control vehicular —compuesto por cuatro uniformados— so pretexto de que su luz delantera derecha no funcionaba. Luego de realizar el pertinente control de documentación, el jefe del control policial le hace saber al conductor que tiene dos caminos a seguir: entregar una suma de dinero y continuar su marcha sin mayores retenciones o trasladar el rodado al depósito de la policía caminera —que está ubicado en un lugar sin señal de telefonía móvil— y desde allí proveerse la forma de regresar a su vivienda.

En esta situación, propongo como método de análisis iniciar por la percepción que tuvo la víctima del hecho que padeció, es decir, enfrentarse a un control policial en un lugar descampado y de noche, en el marco del cual le indicaron que si no paga una suma de dinero para que le permitan continuar su marcha, quedaría varado con escasas posibilidades de contacto. Posiblemente, desde su óptica, se vio *obligado* a tomar la decisión de abonar la suma de dinero y de esa forma continuar su marcha. Es decir, se vio *coartado* en su libertad a tomar una decisión y culminó cediendo ante la petición del funcionario de policía.

Por tanto, si se le preguntara a la víctima qué delito sufrió mientras circulaba por la ruta y fue detenido por un control vehicular, respondería que la policía lo *extorsionó* para que entregue dinero a cambio de que su rodado no sea retenido en el depósito, pese a que su luz delantera derecha no funcionaba correctamente.

En rigor de verdad, lo cierto es que la casuística no se resuelve desde la sola óptica de la víctima, debe complementarse con un método lógico; de tal manera, a continuación, analizaré el caso propuesto a la luz de la teoría del delito.

En primer lugar, el control vehicular fue realizado por personal de las fuerzas de seguridad y, de tal manera, los autores del delito presentan una calidad especial: la de funcionario público (art. 77 del Cód. Penal). Asimismo, al momento

Thomson Reuters

de cometer el hecho, los cuatro policías se encontraban cumpliendo funciones relativas a su cargo, es decir, el control de la correcta circulación de rodados por la ruta. En este sentido, RAMOS MEJÍA sostiene que "(...) no basta que el delito lo cometa un funcionario público, como se deduce de la circunstancia de que tal calidad no sea considerada por la ley por sí sola, sino en relación con la conducta misma del funcionario como tal" **(20)**. En tal sentido, sostiene Roxin que en los delitos especiales "solo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad (...). Por regla general, esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en esos casos es mejor hablar de delitos de infracción de deber" **(21)**.

Sentado el carácter de autores especiales que presentan los numerarios de la fuerza de seguridad, el segundo estamento a analizar es el hecho desplegado por ellos. En tal sentido, luego de detener la marcha de la víctima, el jefe del control vehicular le indicó las opciones que tenía frente a la violación a las normas de circulación automovilísticas —debido a la rotura de su luz delantera derecha—. Sucintamente, le hizo saber que, o bien podía pagar una suma de dinero para proseguir su marcha, o, en caso contrario, su rodado sería secuestrado y él quedaría varado sin posibilidad cierta de establecer comunicación.

Ahora bien, como he mencionado, el delito de concusión presenta una pluralidad de hipótesis o alternativas; por ese motivo, importante es delimitar en cuál de ellas nos encontramos en este caso. Conforme la interpretación que realiza RAMOS MEJÍA del art. 266 del Cód. Penal, el vocablo "exigir" no importa el empleo de violencia física, sino de violencia moral, con la cual se fuerza la voluntad ajena venciendo la resistencia que ella puede ofrecer. Continúa con cita de CARRARA: "no siempre el oficial se dirige a cara descubierta contra el particular diciéndole: dame cien o te pongo en la cárcel; o bien: dame cien o te dicto una sentencia condenatoria. Estas maneras son demasiado groseras y, por lo mismo, son precisamente las más raras. El empleado venal no pide, sino que hace comprender que recibiría; no amenaza, sino que hace nacer el temor de su poder. Entonces el particular (tenga o no justa razón de temer) comprende y teme, y ofrece el dinero" **(22)**.

Así las cosas, en el hipotético caso planteado, el oficial de policía fue contundente al referir que, en caso de no abonar una suma de dinero, sería secuestrado el automotor del conductor y él quedaría varado. Por tal motivo, conforme las circunstancias fácticas planteadas y, según el alcance dado al término "exigir" inserto en el art. 266 del Cód. Penal, concluyo que el caso se encuentra abarcado por ese término.

Esta exigencia propia de la concusión se diferencia de la obligación ínsita en la extorsión —ambas dos formas de intimidación, pero con distintos alcances—, debido a que el temor infundido en el conductor del automóvil en infracción nace del abuso del cargo por parte del funcionario público y las consecuencias posibles se encuentran —aunque abusivas— dentro de las atribuciones propias de su función, es decir, acarrear un auto en malas condiciones de circulación. De tal modo, es por el ejercicio abusivo de un cargo público que acepta la exigencia, y no por un temor a sufrir un mal grave e inminente producto de su rechazo a entregar lo exigido.

De esta forma, se establece como diferencia esencial entre un tipo penal y otro que la intimidación en el caso de la concusión proviene del abuso de la función que tiene a su cargo el funcionario público, y esto es lo que opera sobre la psiquis de la víctima. Mientras que, por otra parte, en el caso de la extorsión, implica una intimidación propiamente dicha, es decir, "la ejercida por medio de una amenaza cuyo objeto se llevaría a cabo en caso de que la víctima no cumpliera con el mandato ilegítimo del agente" **(23)**.

Cabe precisar que la intimidación típica de la concusión es una intimidación que procede de la propia calidad del agente, que infunde la *metus publicae potestatis* en la víctima del delito.

(20) Ibidem.

(21) ROXIN, Claus, "Derecho penal. Parte general", t. I, p. 338.

(22) RAMOS MEJÍA, "El delito de concusión", cit., ps. 65 y 66.

(23) D'ALESSIO - DIVITO, "Código Penal...", cit., t. II, p. 648.

Thomson Reuters

Por tal motivo, esa intimidación no necesariamente procede de la amenaza de sufrir un mal grave e inminente o de la coacción moral ejercida propiamente por el autor, sino que más bien proviene de su propia calidad especial. En sentido opuesto, la intimidación desplegada para cometer el delito de extorsión necesariamente requiere que sobre la víctima se ejerza una compulsión moral que no puede presuponerse, como en el caso de la concusión, sino que concretamente requiere la verificación de los actos intimidatorios.

Es decir, la exigencia de una dádiva por parte de un funcionario público necesariamente implicará una coacción moral sobre el sujeto pasivo. Esto último, debido a que enfrentarse a la exigencia de un representante de la Administración Pública siempre implica un temor sobre la conciencia de la persona. En este sentido, NÚÑEZ enseña que la concusión supone que el sujeto activo es funcionario público, de modo que se presenta ante el particular dotado del prestigio de ciertos poderes no del todo claros para la víctima, precisamente porque cuando el funcionario comete abuso saliéndose de la órbita de su función no se sabe nunca con precisión qué es lo que puede hacer **(24)**.

Para ser más claro, la intimidación de la concusión, en la gran mayoría de casos, se subsume dentro de la calidad específica del agente, esto es porque, al tratarse de un funcionario público, su sola presencia es motivo de afectar la psiquis del sujeto pasivo. En cambio, en la extorsión, la intimidación tiene otros matices, ya que se relaciona con el anuncio de un mal grave e inminente para el destinatario o para un tercero.

Si bien adhiero a la tesitura propuesta por Ramos Mejía, conforme surge de mi exposición —como así también comparto su referencia a la mala técnica legislativa con respecto al tema en estudio—, es importante plantear la hipotética resolución del caso por parte de quienes suscriben al pensamiento opuesto.

Sintéticamente, RIMONDI señala que la nota distintiva del delito de concusión se encuentra en el destino original de la prestación indebida; asimismo, indica que el delito de concusión no se encuentra expresamente legislado en el Código Penal argentino. En efecto, sostuvo que "(...) debe considerarse que la estructura punitiva de nuestro Código Penal tiene un orden interno (...) y, en consecuencia, que el legislador no contempló a la concusión dentro del art. 266" **(25)**. En tal sentido, explica que "(...) la intimidación no se encuentra incluida en el art. 266, reprimiendo dicha norma solo las conductas donde exista el miedo genérico a la autoridad *('metus publicae potestatis')*. Ello es así, dado que la intimidación está prevista como medio comisivo de la figura calificada del art. 267" **(26)**.

Continúa el autor señalando que "Consecuentemente, en el art. 266 no puede encontrarse prevista la concusión. Esta figura es una extorsión (cometida por abuso de autoridad) y como tal requiere necesariamente, para su configuración, de la intimidación como medio comisivo" **(27)**. Sumado a ello, indica que "(...) afirmar en la actualidad que la concusión es una extorsión perpetrada mediante abuso de autoridad, considerándola prevista y reprimida por el art. 266, altera sustancialmente su ubicación dentro de la escala punitiva del Código Penal" **(28)**.

En consecuencia, bien podría inferirse que para Jorge Luis RIMONDI el hipotético caso planteado constituiría una extorsión, cometida mediante intimidación por el abuso de autoridad de los funcionarios policiales. Es decir, el desprendimiento patrimonial llevado a cabo por la víctima no respondería simplemente al miedo que la autoridad pública le pudiera haber infundido, sino al accionar típico desplegado por los autores del hecho.

Finalmente, es necesario destacar que el art. 267 del Cód. Penal de la Nación prevé específicamente una agravante para el caso en que el delito de concusión sea cometido mediante el empleo de intimidación, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima.

(24) NÚÑEZ, "Derecho penal argentino", t. V, p. 259.

(25) RIMONDI, Jorge L., "La tipificación...", cit.

(26) RIMONDI, Jorge L., "Análisis crítico de la postura de Enrique RAMOS MEJÍA sobre la concusión en nuestro ordenamiento", LA LEY, 2001-A, 940.

(27) Ibidem.

(28) Ibidem.

Thomson Reuters

Es importante destacar que la agravante queda únicamente limitada a la inhabilitación, pues la pena privativa de libertad es idéntica a la prevista en el art. 266 del mentado Código.

Las razones por las que se agrava en este caso la exacción —y concusión— son dos: el autor emplea intimidación o se vale del engaño cuando invoca orden superior, comisión o mandamiento judicial u otra autorización legítima **(29)**.

La intimidación, entendida como amenaza de sufrir un mal más o menos determinado, que deberá ser idónea para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, tiene que estar relacionada con la imposición de un acto de poder que afecte al particular, como con cualquier otro perjuicio. Por otra parte, el engaño se constituye cuando el autor invoca orden de una autoridad superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima. Será necesario que el sujeto pasivo entregue al agente por creer que acata la orden de la autoridad, por lo que solamente agravaría la hipótesis de exacciones **(30)**.

VI. Resolución del caso

La resolución del magistrado siguió la tesis de RAMOS MEJÍA y continuada por Donna; de esa forma, consideró que el actuar policial encuadra dentro del verbo "exigir", propio del art. 266 del Cód. Penal, y no el de "obligar", propio del 168 del Cód. Penal. En base a los alcances dados en el presente trabajo, dicha calificación legal fue la adecuada.

Asimismo, el juez también trazó las diferencias entre las exacciones ilegales y la concusión, la que está dada principalmente por el objeto del delito; en el caso traído a examen, la exigencia consistió en una suma de dinero para brindar una protección especial, lo que, traducido, sería la exigencia de dádivas con un claro propósito de apropiárselas por parte del agente de las fuerzas policiales y no que entren a las arcas del Estado, como exigiría el delito de exacciones ilegales.

Lo que, a mi criterio, no deja de resultar llamativo, y en este punto debo compartir la crítica vertida por RIMONDI, es la penalidad establecida para el delito de concusión, habida cuenta de que ella es idéntica a las exacciones ilegales, pero con un claro mayor disvalor de acción y resultado. Por otra parte, la penalidad es cuantiosamente inferior en relación con la extorsión, cuando, como ha sido señalado a lo largo del trabajo, presenta ciertas similitudes en sus elementos típicos.

Por último, deviene necesario destacar que el Anteproyecto de Código Penal —comisión BORINSKY— introduce cambios sustanciales con respecto a la tipificación de los delitos aquí estudiados.

En efecto, el art. 256 del proyecto enuncia —bajo el título "Delitos de corrupción de funcionarios públicos o equivalentes" —, que "Se impondrá prisión de cuatro [4] a doce [12] años, e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública: 1) Al funcionario que por sí o por persona interpuesta, en forma directa o indirecta, requiriere, aceptare o recibiere, para sí o para un tercero, dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activo u objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas a cambio de hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones".

Por otra parte, el art. 266 enuncia que "Se impondrá prisión de tres [3] a ocho [8] años e inhabilitación especial perpetua, al funcionario público que, en abuso de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, con destino a la administración pública, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho, sumas de dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activo u o cualquier objeto de valor pecuniario, favores o ventajas, aceptare promesas futuras o cobrase mayores derechos de los que correspondieran". El segundo párrafo del artículo en cuestión refiere: "Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, el máximo de la pena de prisión será de diez [10] años".

En prieta síntesis, de los artículos citados puede concluirse que la comisión reformadora se

(29) D'ALESSIO - DIVITO, "Código Penal...", cit., t. II, p. 1323.

(30) Ibidem, p. 1324.

Thomson Reuters

hizo eco de las críticas formuladas a la redacción del vigente Código Penal. En este sentido, el delito de concusión parece haber sido incluido dentro del art. 256 del anteproyecto, debido a que contiene específicamente el supuesto en que el autor "requiriere", entre otras cosas, dádivas. Por otra parte, en el art. 266, el proyecto indica claramente que el destino de la exigencia indebida debe ser la Administración Pública —y no el interés particular del funcionario—, y quita de su descripción el vocablo "dádiva", que tantas polémicas ha generado.

Thomson Reuters

Thomson Reuters

ACTUALIDADES

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Actualidad en Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal 1/2020

Constanza L. Larcher

Sumario: I. Derecho Penal. – II. Derecho Procesal Penal.

I. Derecho Penal

I.1. Decomiso. Devolución del bien

La sala 7ª, integrada por los jueces Scotto, Divito y Cicciaro, el 13 de diciembre de 2019, en la causa nro. 77383/2019/5, "C., H. A.", por mayoría, revocó y dispuso la entrega de un vehículo.

Los jueces Scotto y Divito dijeron que "no caen en el decomiso los instrumentos y efectos pertenecientes a un tercero no responsable penalmente por el delito, pues se trata de una pena para los condenados como intervinientes en el delito, cualquiera sea la especie de participación, que recae sobre objetos que le pertenecen", y agregaron que el solicitante tampoco estaba alcanzado por las excepciones establecidas en los párrafos tercero y cuarto del art. 23 del Cód. Penal.

Por su parte, el juez Cicciaro manifestó que el caso revestía ciertas singularidades, pues de la descripción del hecho formulada en el requerimiento de elevación a juicio surge que se intentó que la víctima forzadamente ingresara al vehículo cuya restitución se reclama.

En ese sentido, votó por confirmar la decisión cuestionada, para lo cual tuvo en cuenta "el reconocido vínculo que une al peticionante con el imputado... y el hecho de que se ha clausurado la instrucción, extremo que revela que el debate se cierne próximo... donde podrían ventilarse aquellas circunstancias que finalmente prueben en qué condiciones tuvo lugar el singular episodio atribuido y en su caso si pueden existir otros involucrados".

I.2. Estafa

La sala 6ª, integrada por los jueces Lucini y Laíño, el 11 de mayo de 2020, en la causa nro. 12229/2019, "B., A. V. H.", declararon la nulidad del procesamiento dispuesto.

Al respecto, sostuvieron que, a diferencia de las defraudaciones por abuso de confianza, en la estafa el dolo es inicial y va signando los distintos actos hasta obtener de forma indebida el rédito económico.

Agregaron que "el 'abuso de confianza' que menciona el art. 172 es una de las muchas formas bajo las cuales se puede presentar el ardid o engaño, tal abuso constituirá ardid únicamente cuando la confianza sea el resultado intencionalmente procurado para abusar de ella".

En esa senda, los jueces indicaron que "habría que suponer que B. ingresó a trabajar a la firma en el 2017 con la finalidad de generar el contexto propicio para que la víctima redujera las defensas sobre su patrimonio y, consecuentemente, un año después —tras su renuncia formal a la empresa—, pudiera apropiarse del pago de un cliente por el monto de $ 1.634. Claramente un absurdo".

En conclusión, entendieron que lo decidido en la instancia anterior partía de una errónea premisa y que no se habían satisfecho los requi-

Thomson Reuters

sitos de motivación exigidos por el art. 123 del Cód. Proc. Penal.

I.3. Robo simple

La sala 7ª, integrada por los jueces Cicciaro y Divito, el 7 de febrero de 2020, en la causa nro. 2369/2020, "V., D. E. H.", modificó la calificación legal por la de robo simple.

Al respecto, señalaron que en el llamado de emergencia por el que se convocara a la policía se anotició que "recién me acaban de robar dos muchachos, con cuchillo... me metieron como un puntazo de atrás...".

Sin embargo, en ocasión de prestar declaración, la víctima manifestó que "uno de los masculinos lo toma por el cuello y le apoya en la zona dorsal izquierda a la altura del abdomen lo que el diciente cree sería un arma de fuego". Y ante el juzgado dijo que "le colocó un elemento en la zona dorsal izquierda, el cual no pudo observar, pero cree que se trataba de un arma por la forma", al tiempo que desconoció que fuera quien llamara al servicio de emergencias antes referenciado.

Ante ello, los magistrados descartaron cualquier incursión de los autores con un cuchillo y que tampoco era posible atribuirles la agravante prevista en el artículo 166, inciso 2, tercer párrafo, del Código Penal, en tanto se advierte que el damnificado no vio el objeto con el que se lo intimidó, "sin que su mera creencia resulte suficiente al respecto".

I.4. Suspensión del juicio a prueba

El juez Rodríguez Varela, en la causa nro. 160554/2016, "M., L. D.", el 14 de febrero de 2019, confirmó el auto que dispuso la prórroga del plazo de la suspensión del juicio a prueba oportunamente concedida.

Al respecto, sostuvo que el tiempo fijado por el juez al suspender el juicio a prueba es el otorgado al encausado para realizar las tareas, no es así el que fija el vencimiento de la facultad del juez de controlar dicha circunstancia, como pretendió la defensa.

Asimismo, indicó que no se vulnera la garantía del plazo razonable por la circunstancia de resolver una vez pasado el tiempo fijado al conceder la suspensión del juicio a prueba, a lo que agregó que ha sido la actividad del probado la que impidió arribar a la conclusión de las actuaciones mediante la resolución que ahora pretende la defensa.

En conclusión, el magistrado dijo que "el instituto en cuestión fue legislado como una alternativa a la pena, incluso a la condenación condicional, en la que se otorga una oportunidad de dar evidencia de voluntad de superación personal, apego a las normas y respecto a la autoridad de los magistrados. No se trata de una carrera para conseguir que pase el tiempo y no cumplir con los compromisos asumidos; perspectiva esta desde la cual la resolución recurrida se exhibe como una chance más para el probado, con la consecuente ausencia de perjuicio susceptible de ser reparado en esta instancia".

El juez Rodríguez Varela, el 13 de mayo de 2019, en la causa nro. 36431/2018, "S., M.", revocó la suspensión del juicio a prueba otorgada.

En esa senda, detalló que el 19 de junio de 2018 se le concedió al imputado la suspensión del juicio a prueba por el plazo de un año, con la obligación de someterse al control de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal. Sin embargo, aquel día, en la entrevista que tuvo para confeccionar el informe socioambiental, se supo que no vivía en el país sino en Bolivia.

Dicha información también fue brindada por los padres del causante cuando se lo intentó notificar personalmente.

A ello se agregó que la jueza de ejecución penal dispuso que cualquier egreso del país debe contar con la autorización previa. Sin embargo, el nombrado salió sin pedirla.

Ante esa situación, el magistrado entendió que se evidenciaba una ausencia total de cumplimiento a las reglas oportunamente impuestas.

En esa senda, dijo que "de la reseña anterior se impone la revocación del beneficio oportunamente concedido, ya que el probado se desentendió claramente del proceso que mantenía suspensivamente su trámite ordinario".

Thomson Reuters

Con respecto a la necesidad de realizar la audiencia prevista en el art. 515 del Código adjetivo, el juez manifestó que "en modo alguno el art. 515... determina que ese acto sea un requisito sine qua non para pronunciarse sobre la cuestión, cuando el beneficiario se coloca en una situación de cuasi o pre-rebeldía frente a los llamados que se le dirigen".

Agregó que "la decisión adoptada por la jueza... de otorgarle un período de seis meses para presentarse y evaluar recién entonces si corresponde revocar el instituto, contradice la secuencia lógica de la norma, que obliga a los jueces a evaluar si durante el tiempo fijado el imputado cumple las reglas de conducta y no comete nuevos delitos. La omisión de esa labor jurisdiccional podría llevar al absurdo de tolerar que, con su sola voluntad, el beneficiario pueda frustrar en cualquier tiempo la revocatoria con solo esmerarse en esquivar la audiencia del art. 515 del Cód. Proc. Penal hasta el agotamiento del tiempo de prueba".

El juez Divito, el 14 de mayo de 2019, en la causa nro. 24.097/2017, "P. A., M.", confirmó la decisión que declaró extinguida la acción penal y sobreseyó al imputado.

Destacó que luego del dictamen de la Unidad Fiscal de Ejecución Penal, el Juzgado de Ejecución Penal homologó el asentimiento prestado por la auxiliar fiscal de tener por extinguido el término de control y cumplidas las reglas de conducta, decisión que se notificó y adquirió firmeza.

En esa senda, y en atención del principio de unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal, estimó que, como dicha decisión no fue recurrida, los motivos por los que ahora la fiscalía solicitó su invalidez ante el juez que concedió el instituto remiten a una cuestión que se encuentra precluida.

Sin perjuicio de ello, el magistrado asentó que el imputado, durante el lapso de supervisión, se presentó regularmente ante el Patronato de Liberados bonaerense, mantuvo su domicilio, realizó una parte de las tareas comunitarias e incluso brindó explicaciones en torno a las razones por las que debió interrumpirlas, extremos que permiten apreciar su voluntad de observar sus obligaciones.

II. Derecho Procesal Penal

II.1. Erróneamente concedido

La sala 4ª, integrada por los jueces Rodríguez Varela, Cicciaro y Seijas, en la causa nro. 21053/2020, "Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS sobre apelación amparo por inconstitucionalidad de la acordada 5/2020 de la CNCC", declararon erróneamente concedido el recurso de apelación.

Al respecto, en los términos del artículo 444 del Cód. Proc. Penal —de aplicación supletoria al presente caso— sostuvieron que el accionante —"CELS"— carecía de la legitimidad para impugnar la decisión. Pues, según indicaron, la ley de amparo receptó únicamente dos partes legitimadas en el proceso que regula: el accionante y la autoridad requerida.

En esa senda, los magistrados puntualizaron que "la Asociación Civil Usina de Justicia se presentó como demandante, denunció la inconstitucionalidad de la acordada antes aludida y solicitó que así sea declarada. La contraparte en el litigio resultó ser la autoridad que dictó la resolución atacada, en este caso el Estado nacional, específicamente uno de sus poderes (el Poder Judicial de la Nación) y en particular el tribunal del que emanó aquella decisión —la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional—. Son aquellos y el representante del Ministerio Público Fiscal (en función de lo previsto en la ley 27.148, art. 2) quienes se encuentran revestidos de la facultad de interponer un remedio procesal como el que intenta el aquí recurrente, sin que sea admisible que este último ejerza —ante su silencio— las prerrogativas que aquellos tienen acordadas. Por su parte, el art. 1 del 'Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos' (acord. 12/2016 de la CS) excluye expresamente de sus previsiones a las acciones que involucren derechos de personas privadas de la libertad o se vinculen con procesos penales, por lo que no corresponde formular otra consideración al respecto. Entonces, la intervención que se reclama en función del interés invocado —asegurar su derecho a ser oído en el marco del proceso de amparo para plantear,

Thomson Reuters

alegar o señalar las posiciones y argumentos relativos a los derechos de las personas detenidas bajo la órbita de los jueces del fuero nacional criminal y correccional—, cuyo reconocimiento pretende en base al precedente 'Kersich' que cita, no podría exceder de aquella que acuerda la figura del *amicus curiae* (amigos del tribunal), receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía jurisprudencial. Sin embargo, ese rol no le asigna potestades recursivas ni puede posicionarlo en una suerte de guardián de la legalidad que lo habilite a solicitar la revisión del trámite cumplido ni de lo resuelto, frente a la ausencia de agravio expreso de quienes ostentan innegable legitimación (en este caso, el demandado condenado por la decisión adoptada y el Ministerio Público Fiscal)".

II.2. Excarcelación

La sala 1ª, integrada por los jueces Lucero y Rodríguez Varela, el 18 de septiembre de 2019, en la causa nro. 61487/2019/2, "V., D. M.", revocó y concedió la excarcelación del imputado.

El juez Lucero, al conceder la excarcelación, valoró que el imputado fue procesado por el delito de alteración de la numeración de un objeto registrado por ley y que la Fiscalía no se opuso a la concesión de la libertad del causante, criterio que fue tácitamente ratificado por la Fiscalía General, que, si bien fue notificada de la audiencia, no concurrió a sostener una postura contraria a la de su inferior jerárquico.

Al respecto, manifestó que "el desinterés manifestado por el representante de la pretensión punitiva estatal en el mantenimiento de la cautelar personal, superado el control de legalidad y fundamentación que requiere el acto procesal... limita la actuación del tribunal frente a la ausencia de contradictorio entre ambas partes y, por ende, la ausencia de derecho individual alguno que preservar".

Sobre dicho tópico, agregó que "si la autoridad para promover la acción penal, y en su caso la realización del juicio y el requerimiento de condena incluye, de modo inherente, la autoridad para ejercer otras pretensiones conexas a la finalidad del proceso, cuáles son las de asegurar su realización, y en particular la realización del juicio, y si según el modelo de enjuiciamiento que se infiere de los arts. 116 y 117 de la CN el principio republicano impone una separación entre la potestad requirente y la potestad de decidir casos, entonces los jueces tienen vedado —como regla— imponer medidas restrictivas de la libertad del imputado, o de otros de hecho, a título cautelar, si no hay una pretensión actual presentada por el órgano que tiene la potestad requirente... El acuerdo entre el fiscal y la defensa habrá, en consecuencia, de resultar vinculante para el juez o tribunal, salvo ilegalidad o irracionalidad de las obligaciones impuestas".

Por lo expuesto, el magistrado entendió que, sin perjuicio de que no advirtió elementos de entidad que impidan que el imputado permanezca en libertad durante el proceso, el auto de la instancia anterior debía ser revocado y, en consecuencia, concederse la excarcelación.

El juez Rodríguez Varela manifestó que "mediando la debida promoción de la acción penal por el Ministerio Público Fiscal... los jueces tanto mantienen la jurisdicción en las cautelas personales... en las que ni siquiera se contempla la opinión previa de la parte acusadora, como en la implicada necesariamente en el supuesto inverso del rechazo de la excarcelación donde, aun cuando se contempla la vista al fiscal... no existe previsión que le otorgue cualidad vinculante...".

Agregó que "la opinión del fiscal contraria al encarcelamiento previo a una condena firme... si bien no determina la decisión de los jueces, los obliga a responder con especial atención sus argumentos, extremando la ponderación de la naturaleza excepcional de la prisión preventiva; con más razón, en esta instancia, cuando la postura es mantenida por la Fiscalía General. En suma, si ha de resolverse en contra del criterio del Ministerio Público Fiscal favorable a la libertad, entiendo que el ejercicio de la jurisdicción se mantiene, pero debe dar cuenta de una ineludible y singular necesidad del grave recaudo en cuestión, superando ostensiblemente la razonabilidad de los argumentos contrarios o valorando elementos de juicio omitidos o abordados de forma defectuosa por el fiscal".

Por lo expuesto, el magistrado concluyó que no se verificaban graves razones para contrade-

Thomson Reuters

cir el criterio del agente fiscal, por lo que compartió la solución propuesta por el juez Lucero.

La sala 5ª, integrada por los jueces Pinto, López y Pociello Argerich, el 14 de febrero de 2020, en la causa nro. 5157/2020/1, "D. S., C. A.", por mayoría, revocó y concedió el arresto domiciliario del imputado.

Los jueces Pinto y López sostuvieron que el causante fue procesado en orden al delito de hurto y que la penalidad prevista para ese delito permitía encuadrar su situación en la primera alternativa a la que alude el artículo 316, segundo párrafo, en función del art. 317, inc. 1, del Cód. Proc. Penal.

Agregaron que corresponde analizar la situación del imputado de acuerdo con lo prescripto por los arts. 210, 221 y 222 del Cód. Proc. Penal Federal, normas "cuya aplicación corresponde de acuerdo con lo resuelto por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del referido Código en la res. 2/2019, conforme lo establecido en los arts. 7 de la ley 27.063 y 2 de la ley 27.150".

Al respecto, mencionaron que debía tenerse en cuenta el riesgo de fuga previsto en el art. 221 de la ley 27.063.

En ese sentido, describieron que el arraigo del imputado fue constatado de manera positiva, su cónyuge presenció la audiencia y confirmó que el causante vive en el domicilio brindado junto con su familia, oportunidad en la que se comprometió a cuidarlo. Asimismo, refirieron que el suceso atribuido no reviste gravedad que lleve a inferir el peligro procesal analizado y que, si bien registra antecedentes condenatorios, estos se encuentran agotados. Además de que al momento de la detención se identificó correctamente y no posee rebeldías.

En cuanto al peligro de entorpecimiento, refirieron que no existían pautas a tenor de lo dispuesto por el art. 222 del Cód. Proc. Penal federal para tener en cuenta.

Ante lo expuesto, los magistrados concluyeron que "frente a esta situación la medida de coerción no amerita ser confirmada en los extremos dispuestos por cuanto no surge como indispensable en tanto se puede recurrir a una de menor intensidad en función de las previsiones del art. 210 del Cód. Proc. Penal Federal conforme ley 27.063, para neutralizar el riesgo de fuga que aparece a partir de la forma efectiva de cumplimiento de la sanción, y toda vez que no ha cumplido en detención el mínimo de la pena del delito que se le imputa, se puede recurrir a la detención domiciliaria del procesado con una coerción personal que asegure su sujeción al proceso".

Con respecto al arresto domiciliario previsto en el inc. j, sostuvieron —con cita de DARAY, Roberto, "Código Procesal Penal federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial", editorial Hammurabi, 2ª edición— que no se limita su aplicación "en función de la edad del imputado, su estado de salud, preñez o condición de madre de menores de cinco años o discapacitados, como lo hacen los arts. 10 del Cód. Penal y 32 de la ley 24.660, que aluden a la posibilidad de cumplimiento de la pena privativa de la libertad bajo esta modalidad. Presenta, como se observara del texto de la norma, un ámbito más amplio de aplicación... El destinatario del arresto domiciliario está obligado a permanecer en su vivienda o en la de otra persona, conforme se hubiera informado, con o sin vigilancia, según el mismo dispositivo prevé, y acorde a las condiciones que se fijaran en la resolución".

A su turno, el juez Pociello Argerich sostuvo que, si bien la escala penal prevista para el delito que se le atribuyó al imputado encuadra en la primera de las hipótesis del art. 316, segundo párrafo, en función del art. 317, inc. 1, del Cód. Proc. Penal, existen elementos que permiten inferir la existencia en el caso del peligro de fuga.

Al respecto, ponderó que el imputado registraba varias condenas, por lo que, de aplicarse sanción en estas actuaciones, su cumplimiento no podrá ser dejado en suspenso y agregó que aquellas permitían presumir que no cumplirá con las cargas que podrían serle impuestas para acceder a la libertad (art. 221, inc. b).

A ello adicionó que el imputado sufrió detenciones previas y que se encuentra anotado con diferentes nombres en el Registro Nacional de Reincidencia.

Thomson Reuters

Con respecto al peligro de entorpecimiento, manifestó que no existen pautas a tenor del art. 222 del Cód. Proc. Penal federal para tener en cuenta.

Por lo expuesto, concluyó que "frente a la situación descripta, la medida de coerción debe ser confirmada por ser indispensable en tanto las sustitutas previstas en los arts. 310, 320, 321 y 324 del Cód. Proc. Penal, como las descriptas en el art. 210 del Cód. Proc. Penal federal conforme la ley 27.063, lucen insuficientes para evitar el peligro de fuga reseñado".

II.3. Nulidad

La sala 1ª, integrada por los jueces Lucero y López, el 25 de marzo de 2019, en la causa nro. 47334/2016/1, "C., J. A.", declaró la nulidad de la incorporación de los correos electrónicos aportados por la querella por haberse obtenido ilegítimamente.

Los magistrados sostuvieron que la intromisión de las comunicaciones en la forma de mensajes electrónicos, tanto en el correo interno como aquellos que se envían y reciben en el correo particular, "genera una afectación en el ámbito privado".

Al respecto, señalaron que "dentro de los derechos individuales de una persona —contemplado por la Constitución Nacional—, ya sea como derivación del derecho a la propiedad o como un derecho autónomo a la intimidad —contemplada en los pactos internacionales con jerarquía supraconstitucional—, existe un deber del Estado de regular aquellos ámbitos privados donde sus titulares han exhibido un interés en que así se mantengan. Esa expectativa respecto a los ámbitos privados se vería claramente reflejada en que el correo electrónico posee características de protección de privacidad más acentuadas que la tradicional vía postal, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador de servicio, el nombre de usuario y un código o contraseña de acceso, que impide la intrusión de terceros, accediendo a los datos informáticos ajenos sin la autorización o anuencia del titular de la casilla".

En base a ello, especificaron que en estos también debe mediar autorización judicial.

Asimismo, indicaron que es el empleador quien tiene prohibido —en principio— leer los correos electrónicos enviados o recibidos por sus empleados, pues "el contenido de tal prohibición no es otro que la violación del derecho de privacidad del trabajador, facultad que no comporta un elemento configurativo del débito contractual y que, por ello, hace la indiscutible e impenetrable dignidad y autodeterminación que como sujeto titulariza".

En esa senda, los magistrados puntualizaron en que la averiguación de la verdad no puede erigirse como bastión del avasallamiento de los derechos reconocidos por la Carta Magna y, en el caso en particular, "el derecho a la intimidad constituye uno de los derechos de la personalidad con mayor necesidad de custodia social, pues gravita sobre la libertad y el pensamiento".

Por lo expuesto, concluyeron en que los correos electrónicos aportados por la parte querellante como elemento probatorio fueron obtenidos a través de una intromisión en la privacidad y, por consiguiente, anularon la incorporación de dichos e-mails.

II.4. Test *de alcoholemia*

La sala 7ª, integrada por los jueces Scotto, Cicciaro y Divito, el 7 de febrero de 2019, en la causa nro. 52241/2018/1, "A., J. D.", confirmó el rechazó del planteo de nulidad respecto del examen de alcoholemia realizado al imputado.

La defensa solicitó anular dicha prueba porque el *ticket* en el que consta el nivel de alcohol en sangre no se encuentra suscripto por ningún funcionario.

Los jueces sostuvieron que "con independencia de que el 'alcotest' se practicó de acuerdo con lo establecido en la Ley de Tránsito 24.449, en cuyo art. 73 se contempla el control preventivo al que todo conductor debe sujetarse, en el caso ello fue ordenado por el juzgado interviniente y la simpleza del estudio, sumada a la premura con la que debe concretarse, permite incluir la medida entre los exámenes técnicos previstos en el art. 184, inc. 4, del Cód. Proc. Penal, que... no exigen los recaudos formales establecidos en el art. 258 del citado texto legal".

Thomson Reuters

JURISPRUDENCIA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

ESTAFA

Sentencia arbitraria. Decisión que absuelve al imputado. Requisitos del tipo penal. Elemento no requerido por la ley, doctrina o jurisprudencia. Negligencia de la víctima. Disidencia. Certiorari negativo.

1. — La sentencia es arbitraria, porque parece aludir a que no habría habido engaño, cuando afirma que: "corresponde disponer la absolución del imputado en orden al delito de estafa (art. 172 del Cód. Penal), al no configurarse el elemento del ardid", pero no se comprende de qué modo habría podido arribar a esa conclusión si, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia absolutamente pacíficas y unánimes, la acción de engaño (o lo que es igual, ardid) consiste en provocar error en la víctima, lo cual no parece racionalmente posible negar que hubiese ocurrido en el caso. (Del dictamen del Procurador General de la Nación interino que la Corte, por mayoría, hace suyo).

2. — La sentencia es arbitraria, pues es el propio juez quien reconoce la existencia del engaño; para negar después la relación de causalidad que debe existir entre el engaño y el error de la víctima en la estafa. Aun si esta fuese la interpretación correcta de los términos del fallo, esto es, la falta de causalidad entre engaño y error, ella sería igualmente arbitraria, pues tampoco se condice en absoluto con las circunstancias fácticas de la causa de las que surge que el engaño causó el error en la víctima, que en todo momento pagó creyendo erróneamente que lo hacía contra la entrega de un recibo auténtico con el que el imputado expresaba la voluntad de dar por cancelada la segunda cuota pactada. (Del dictamen del Procurador General de la Nación interino que la Corte, por mayoría, hace suyo).

4. — El argumento de la sentencia impugnada relativo a que la falta de cuidado por parte de la víctima convierte en atípica la conducta del autor de la supuesta estafa, o bien, a la inversa, la tipicidad del delito de estafa requeriría, además de los elementos que son mencionados tradicionalmente (engaño, error, disposición patrimonial perjudicial), que la víctima haya obrado diligentemente, es una interpretación que choca con el dato insoslayable de que prácticamente toda estafa presupone un descuido de la víctima y que ello es en definitiva lo que hace posible que tenga éxito el engaño. Reclamar como elemento adicional para la tipicidad que la víctima no haya obrado descuidadamente importaría exigir un requisito que ni la ley ni la doctrina ni la jurisprudencia piden y consagrar una exégesis irrazonable de la norma que la desvirtúa y la torna inoperante. (Del dictamen del Procurador General de la Nación interino que la Corte, por mayoría, hace suyo).

CS, 22/05/2020. - S., C. J. s/ Estafa y estafa en grado de tentativa -dos hechos- en concurso real.

[Cita on line: AR/JUR/17496/2020]

CSJ 690/2017/RH1.

Suprema Corte:

-I-

La Sala B del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa hizo lugar al recurso de casación con el que la defensa de C. J. S. apeló la decisión del Tribunal de Impugnación Penal de esa provincia que había confirmado la sentencia de la audiencia de juicio que lo condenó como autor de los delitos de estafa y tentativa de estafa, en concurso real, y le impuso la pena de tres años de prisión de ejecución condicional.

En relación con la condena por el delito de estafa, la Corte provincial entendió que era errónea la interpretación que los magistrados de las instancias anteriores habían hecho de los elementos exigidos por el artículo 172 del Cód. Penal y su aplicación a los hechos de la causa, pues juzgó que el comportamiento injustificadamente arriesgado o negligente de la víctima, S. D. A., es lo que daría cuenta de su disposición patrimonial perjudicial —la entrega de ochocientos setenta mil dólares estadounidenses (u$s 870.000)— y no la conducta engañosa del acusado, lo que impediría la subsunción de los hechos imputados en el tipo penal de estafa. Como consecuencia, absolvió a S. en lo que respecta a esos hechos.

En cambio, en relación con la condena por el delito de tentativa de estafa —que alude a hechos vinculados a la compraventa de dos lotes de animales— el tribunal supremo pampeano consideró que la prueba producida durante el juicio había sido arbitrariamente valorada, por lo que anuló el pronunciamiento condenatorio y reenvió las actuaciones al tribunal de impugnación a fin de que se dicte una nueva sentencia conforme a derecho (cf. copia de la sentencia de la corte provincial, fs. 5/9).

La parte querellante interpuso entonces recurso extraordinario federal, mediante el cual objetó solo la absolución dictada por el *a quo*, a la que atribuyó arbitrariedad (cf. fs. 15/35). La Corte provincial lo declaró inadmisible (cf. fs. 48/49 vta.), y eso motivó la presentación de esta queja.

Thomson Reuters

-II-

En prieta síntesis, el recurrente tacha de arbitraria la interpretación y aplicación al caso que hizo el *a quo* del artículo 172 del Cód. Penal. En particular, aduce que el superior tribunal ha otorgado a esa norma un alcance que restringe irrazonablemente su ámbito de aplicación y la torna inoperante, pues exige de la víctima una diligencia que, en caso de ser observada, eliminaría prácticamente la posibilidad de que exista el delito de estafa. Como consecuencia de ello, postula que se ha conculcado también el derecho de la víctima a acceder a la verdad, que funda en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, asimismo, que se ha configurado en el caso un supuesto de gravedad institucional.

-III-

No paso por alto que las cuestiones derivadas de la interpretación de las normas de derecho común y su aplicación a los hechos del litigio constituyen, en principio, una materia propia de los jueces de la causa y ajena, por ende, a esta instancia excepcional (Fallos: 305:1104; 308:718, entre otros). Sin embargo, V.E. ha hecho excepción a ese principio con base en la doctrina de la arbitrariedad cuando, como sucede en el *sub lite*, la decisión impugnada no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, y consagra asimismo una interpretación de esas normas en términos que equivalen a su prescindencia (Fallos: 310:2114; 311:2314, entre otros).

Para justificar esta afirmación es preciso reseñar primero los hechos establecidos por los jueces de la causa, que constituyeron la plataforma fáctica en torno a la cual se planteó luego la discusión acerca de su correcta calificación legal.

El tribunal de juicio consideró demostrado que el imputado (i) acordó con la víctima la venta en cuotas de un campo por la suma de dos millones quinientos mil dólares estadounidenses (u$s 2.765.000); (ii) recibió un primer pago de cuatrocientos ochenta mil dólares (u$s 480.000) y ciento siete mil pesos ($107.000) con la firma del boleto, el 26 de abril de 2012, en la ciudad de Santa Rosa, y estipuló un plazo de sesenta días para el pago de la segunda cuota, de ochocientos setenta mil dólares (u$s 870.000); (iii) transcurrido ese término, el 29 de junio de 2012, le entregó a la víctima un recibo con una firma suya falsa contra el pago de los ochocientos setenta mil dólares (u$s 870.000); y (iv) posteriormente, procedió a desconocer el pago y rescindir la operación por incumplimiento de contrato, quedándose con el inmueble, los ciento siete mil pesos ($107.000) y el millón trescientos cincuenta mil dólares (u$s 1.350.000) ya recibidos.

En la sentencia también se tuvo por acreditado que el hecho fue precedido por una serie de actos del acusado tendientes a generar la confianza que facilitara el engaño. Así, se estableció que desde el inicio del negocio se desarrollaron acuerdos entre las partes basados exclusivamente en la buena fe y la confianza, situación que se evidenció, por ejemplo, al entregar el vendedor anticipadamente la tenencia y las llaves del campo pese a que en él había aún elementos y animales que no entraban en la compraventa, al aceptar el comprador la palabra del vendedor acerca de la cantidad de animales incluidos en la venta que había en el campo, y al facilitar luego el acusado las guías para el traslado de ganado al estar aún el comprador impedido de hacerlo.

Asimismo, se tuvo por demostrado que entre el primer y el segundo pago hubo varios períodos en que S. (y su padre) y A. (y su familia) compartieron en un clima de cordialidad la estancia, y que durante ese tiempo el acusado manifestó en todo momento su voluntad de concretar la operación. A tal punto ello fue así que permitió al comprador comenzar a trabajar la hacienda y le propuso una segunda operación, consistente en la venta de otros ciento noventa animales.

También se comprobó (i) que en ese período acordaron que el segundo pago no se haría en la ciudad de Buenos Aires, como se había consignado en el boleto, sino nuevamente en Santa Rosa; (ii) que, por ello, en días previos el escribano M. reservó a tal fin una sala en el Banco de La Pampa, Santa Rosa, y se lo comunicó al imputado; (iii) que, no obstante, S. no concurrió al acto y, en cambio, hizo labrar un acta dejando constancia de que el comprador no se había presentado a pagar en la ciudad de Buenos Aires; (iv) que, a la par, S. pretextó no haber ido a Santa Rosa por problemas de salud, y se comprometió a avisar qué día podía viajar; y (y) que reclamó, empero, que el pago, por razones de seguridad, no se hiciera en la escribanía ni en la sala del banco, para no ser visto saliendo con dinero, y propuso, en cambio, que se hiciera en el campo "asado de por medio", como lo habían hablado en una ocasión.

Por último, se acreditó que, el día 28 de junio, el imputado se comunicó con la víctima y le preguntó si podía viajar a Santa Rosa al día siguiente para concretar el pago, como también que A. accedió señalando incluso que le urgía, pues tenía esa gran suma en su casa. Así se llegó al día del hecho, en el campo, ocasión en la cual, con el pretexto de una modificación, en lugar de firmar el recibo preparado por el escribano, que había llevado A., le entregó a este otro que

Thomson Reuters

había traído él, con el texto en cuestión ya corregido, y rubricado con la firma falsa.

-IV-

Ahora bien, precisados de este modo los aspectos fácticos sobre los que debió pronunciarse el *a quo*, no se advierte con claridad, en los considerandos de su sentencia, el análisis dogmático de los elementos del tipo de estafa en que basó la conclusión a la que arribó. Pero lo que sí es seguro, en cambio, es que ninguna de las lecturas posibles de su fallo puede dar sustento a lo resuelto como acto jurisdiccional válido.

En efecto, en algunos pasajes el *a quo* parece aludir a que no habría habido ardid o engaño; así, por ejemplo, cuando afirma que: "corresponde [...] disponer la absolución de C. J. S. en orden al delito de estafa (art. 172 del Cód. Penal) [...], al no configurarse el elemento del ardid que requiere el referido encuadre delictual", o también cuando señala que: "[c]uando la disposición patrimonial ha tenido su causa en un acto derivado de la negligencia del sujeto pasivo, no puede afirmarse que estamos ante un ardid o engaño..." (fs. 8 vta.).

Sin embargo, de ser ello así, no se comprende de qué modo habría podido arribar a esa conclusión si, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia absolutamente pacíficas y unánimes, la acción de engaño (o lo que es igual, ardid) consiste en provocar error en la víctima, lo cual, a la luz de la serie de situaciones reseñadas en el apartado anterior, no parece racionalmente posible negar que hubiese ocurrido en el caso.

Tan es así que, en otros momentos de la sentencia, es el propio *a quo* quien reconoce la existencia del engaño para negar, ahora al parecer, únicamente la relación de causalidad que, también según la interpretación uniforme de este delito, debe existir entre el engaño y el error de la víctima. Así, el *a quo* luego de reprochar al tribunal de impugnación haber hecho un análisis parcial de "la actuación del sujeto pasivo, en el marco del engaño que requiere la figura", señala que: "el tipo [...] de la estafa requiere para su configuración del elemento 'ardid o engaño', y para ello debe existir una relación de causalidad entre ese engaño y el 'error' cometido por el denunciante. Debe ser de tal magnitud, para ser admitido, que genere el error en el sujeto pasivo, indispensable para que se encuadre el accionar del sujeto activo en la figura del art. 172 del Cód. Penal" Y unos párrafos después añade, con cita de doctrina, que: "'[l]a ausencia de relación causal entre el ardid y el error pone de relieve la atipicidad de la conducta desde la estafa, tal como lo sostiene la doctrina mayoritaria, ya que el error no se genera como consecuencia del ardid o engaño, sino que obedece a una causa (fs. 7 y vta.).

Pero si esta fuese la interpretación correcta de los términos del fallo, esto es, la falta de causalidad entre engaño y error, ella sería igualmente arbitraria, pues tampoco se condice en absoluto con las circunstancias fácticas de la causa, *supra* reseñadas, de las que surge que el engaño causó el error en la víctima, que en todo momento pagó creyendo erróneamente que lo hacía contra la entrega de un recibo auténtico con el que S. expresaba la voluntad de dar por cancelada la segunda cuota pactada.

Precisamente por ello solo queda interpretar que la razón por la que el *a quo* niega en el caso la tipicidad reside en el comportamiento —a su juicio, negligente— adoptado por la víctima. A favor de esta lectura hablan el reproche que el *a quo* formula al tribunal de impugnación por no haber tratado adecuadamente ese aspecto, pero también las alusiones en ese sentido que contienen, entre otros, los párrafos que serán mencionados a continuación.

Así, sostiene el *a quo*, con apoyo de una cita de doctrina, que en el análisis de la relación de causalidad entre el engaño y el error "es preciso incluir [...] la conducta de 'intereses contrapuestos' de ambos sujetos, pues 'se trata de una exigencia constante en la cual se reclama a ambos conductas diligentes. De parte del delincuente, como a cualquier otro sujeto, se le exige un comportamiento probo, conforme a derecho [...], a la vez que al sujeto errante se le reclama portarse con atención y poniendo los sentidos, sobre todo el sentido común, y todos aquellos elementos derivados de su arte, profesión, experiencia y conocimientos adquiridos e incorporados a su psiquis para formar su forma de ser y comportamiento esperado'. Sentado lo anterior, el *a quo* afirmó que "[e]n el caso que nos ocupa, no surge la diligencia propia de un hombre de negocios, porque A. [...] habría accedido a cerrar un negocio millonario en un galpón de campo, sin ningún tipo de resguardo o medidas de seguridad. Incluso aceptó [...] que la operación se realizara junto a una persona que acompañaba a S., y que no era de su conocimiento. La falta de una actitud diligente por parte de A. no es esperable en una persona que, según su propio testimonio, está acostumbrada a la realización de actividades comerciales que implican un movimiento de importantes sumas de dinero, en este caso millonaria, y que por otra parte posee los medios necesarios para que la operación concluyera sin ningún contratiempo, con las medidas de seguridad propias de una transacción de las características referidas, máxime cuando la primera suma de dinero entregada se efectivizó en una escribanía". Para luego concluir que: "[e]videntemente la conducta de la víctima reveló un descuido notable, y el error sucedido resultó de su propia negligencia [...]. Vale decir que el error no provino de la situación engañosa desplegada por S., sino del accionar del propio A." (fs. 7 y vta.).

Thomson Reuters

Ahora bien, esta línea argumental, relacionada con los recaudos omitidos por la víctima, puede ser entendida, a su vez, en dos sentidos distintos. En primer lugar, es posible interpretar que el *a quo* se está refiriendo al requisito conocido en la dogmática de la estafa como de idoneidad del engaño y, más aun, que lo hace —en línea con el agravio de la defensa— desde la perspectiva de la concepción que lo trata como un problema de imputación objetiva, más específicamente de infracción de los deberes de autoprotección de la víctima (fs. 18 del legajo N° 10982/7 del Superior Tribunal de Justicia, Sala B). A su juicio, el ardid no habría sido idóneo y, por tanto, el error le sería exclusivamente imputable a la víctima.

Pero si esto fuera así, y la falta de idoneidad del ardid fuese efectivamente el argumento del *a quo*, no se comprende sobre qué base pudo haber llegado a esa conclusión, si de la descripción del hecho contenida en la sentencia no se desprende ni que el engaño hubiese sido burdo (en especial, la firma), ni tampoco que hubiese recaído sobre circunstancias respecto de las cuales el autor no tuviese el deber de expresarse con veracidad y fuese, en cambio, asunto del comprador procurarse información, presupuesto este para que pueda hablarse de infracción de deberes de autoprotección. Repárese en que el engaño, y la *mise en scène* que lo acompañó, recayeron sobre un hecho interno relevante: la voluntad real de transmitir el dominio del inmueble contra el pago de la suma acordada, así como sobre la descripción de la prestación correspondiente a esa etapa del contrato: la cancelación de la segunda cuota pactada, es decir, sobre aspectos esenciales que daban sentido económico y jurídico a la operación. Y más allá de la discusión en detalle, propia del derecho común, sobre cuáles son las informaciones concretas cuya veracidad garantizaría el derecho penal a través del delito de estafa, no parece razonable, so riesgo de desvirtuar la figura y tornarla inoperante, excluir, en el marco de una compraventa, aquellas afirmaciones que refieren a los aspectos que se acaban de mencionar. En cualquier caso, una conclusión en contrario reclamaba una fundamentación de esta índole, ausente en el fallo, que no podía ser suplida con la mera invocación de un comportamiento descuidado por parte de la víctima, como hizo el *a quo*.

Esta mención conduce al otro sentido en que, según fue anunciado *supra*, podría ser entendida la argumentación del *a quo* referida a los recaudos omitidos por la víctima en ocasión de efectuar el pago de la suma de dinero: la falta de cuidado por parte de la víctima convierte en atípica la conducta del autor, o bien, formulado a la inversa, la tipicidad del delito de estafa requeriría, además de los elementos que son mencionados tradicionalmente (engaño, error, disposición patrimonial perjudicial), que la víctima haya obrado diligentemente.

Empero, esta interpretación choca con el dato insoslayable de que prácticamente toda estafa presupone un descuido de la víctima y que ello es en definitiva lo que hace posible que tenga éxito el engaño. En otras palabras, si cada quien obrara en sus asuntos con el máximo de diligencia, no habría estafas. De allí pues que reclamar como elemento adicional para la tipicidad que la víctima no haya obrado descuidadamente, no solo importaría exigir un requisito que ni la ley, ni la doctrina y la jurisprudencia que pacíficamente la han interpretado, piden, sino además consagrar una exégesis irrazonable de la norma que la desvirtúa y la torna inoperante, sin más razón que la sola voluntad de los magistrados (Fallos: 326:1864; 323:1122; 312:1039).

No paso por alto que una argumentación de esta índole podría también ser interpretada en el sentido de que con ella no se pretende afirmar que cualquier descuido de la víctima excluiría la tipicidad, sino solo aquellos de determinadas características o referidos a ciertas circunstancias que la víctima debía verificar, porque el autor no tenía a su respecto el deber de manifestarse con veracidad. Pero si se trata de discernir hasta qué punto se halla garantizada jurídico-penalmente la confianza de la víctima en las manifestaciones del autor y hasta dónde es ella quien debe adoptar los recaudos para verificar su veracidad, entonces esta argumentación se reconvierte en la anterior, es decir, la referida a la idoneidad del ardid, la cual, por las carencias ya señaladas, tampoco puede dar base a la resolución del *a quo*.

Por último, no puedo pasar por alto que pese a estar resolviendo, en este punto, una casación sustantiva y haber declarado expresamente hallarse impedido por esta razón de revisar la determinación de los hechos definitivamente fijados en la resolución del recurso ordinario, el *a quo* se explayó luego largamente sobre esos aspectos, cuestionó la valoración de la prueba que sustentó la condena en las dos instancias previas y puso incluso en duda que se hallara siquiera probado el pago de los ochocientos setenta mil dólares. Estas consideraciones descalifican aun más el fallo, pues no solo importan un exceso de jurisdicción, sino que además sugieren que pudieron influir en la decisión de las cuestiones sustantivas, lo cual resulta inadmisible. A ello se suma que tampoco se comprende la pertinencia del mérito que hizo, a tal fin, de lo dispuesto en el artículo 1184, incisos 1° y 11, del Cód. Civil (entonces vigente), si en la causa no se discutía que el pago en discusión —que se dio por probado— habría tenido lugar en el marco de la ejecución del boleto de compraventa, es decir, precisamente en la

Thomson Reuters

etapa preparatoria y por ello previa al acto de escritura traslativa de dominio que exige aquella norma.

En definitiva, como se adelantó al comienzo de este dictamen, en ninguna de sus lecturas posibles puede la sentencia del *a quo* ser considerada derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. Siendo ello así, debo concluir que el pronunciamiento impugnado presenta vicios que lo descalifican como acto jurisdiccional válido, frente a lo cual resultan ociosas otras consideraciones respecto de los restantes agravios.

-V-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente la queja, hacer lugar al recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada para que, por quien corresponda, se dicte otra con arreglo a derecho. Buenos Aires, 26 de agosto de 2019. — *Eduardo E. Casal.*

Buenos Aires, mayo 22 de 2020.

Considerando:

Que esta Corte comparte, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del señor Procurador General de la Nación interino obrantes en el dictamen que antecede, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Que el juez Lorenzetti suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, y el juez Rosatti lo hace en la localidad de Santa Fe, provincia homónima, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino y en atención al estado de las presentes actuaciones se resuelve: 1) Habilitar días y horas inhábiles del día de la fecha exclusivamente a los fines del dictado de la presente sentencia. 2) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar el fallo apelado. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nueva sentencia con arreglo al presente. Notifíquese y cúmplase. — *Carlos F. Rosenkrantz* (en disidencia). — *Ricardo L. Lorenzetti.* — *Elena I. Highton de Nolasco.* — *Juan C. Maqueda.* — *Horacio Rosatti.*

Disidencia del doctor Rosenkrantz

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja, es inadmisible (art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino y en atención al estado de las presentes actuaciones se resuelve: 1) Habilitar días y horas inhábiles del día de la fecha exclusivamente a los fines del dictado de la presente sentencia. 2) Desestimar la queja. Intímese a la parte recurrente a que, dentro del quinto día de notificada, efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. — *Carlos F. Rosenkrantz.*

MUJERES PRIVADAS DE SU LIBERTAD

En estado de gravidez o con hijos menores de edad. Protección especial. Condiciones de detención. Necesidad de adoptar medidas de acción positiva. Recomendación. Disidencia.

1. — Las mujeres detenidas en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal pueden enfrentar dificultades para acceder a los derechos a la salud e higiene, alimentación, educación y vínculos personales, debido a la falta de suministros y a las deficiencias de infraestructura propias del sistema penitenciario, todo lo cual demuestra que la cárcel no resulta un ambiente propicio para el desarrollo satisfactorio de un embarazo o la crianza de los niños.

2. — La situación de las mujeres embarazadas y que cohabitan con sus hijos e hijas en las cárceles federales presenta características especiales en cada situación, que merecen ser puestas en valor por las juezas y los jueces del caso en cada situación, con el fin de adoptar —de ser posible— soluciones que logren consagrar de manera efectiva los bienes jurídicos en juego de conformidad con los estándares internacionales en materia de tutela de mujeres, niños y niñas.

3. — Si bien las estadísticas muestran un decrecimiento de la cantidad de mujeres en detención con hijos e hijas menores de cuatro años, lo cierto es que la persistencia de casos en estas condiciones torna adecuado adoptar medidas

Thomson Reuters

que tiendan a evitar las consecuencias negativas del encierro carcelario.

4. — En la medida que la mayoría las mujeres privadas de su libertad con hijos menores de cuatro años o embarazadas son extranjeras, la solución que atienda su problemática impone la necesidad de aplicar los principios del derecho humanitario y el interés superior del niño en la interpretación de la ley política migratoria.

1. — La debida canalización de un debate acerca de la situación de las mujeres embarazadas o con hijos menores de cuatro años privadas de su libertad, hubiera evitado la emisión de una sugerencia acerca del modo que tienen que decidir los magistrados, circunstancia que resulta impertinente. (Del voto en disidencia de los Dres. Catucci y Riggi).

CFCasación Penal, 09/03/2020. - Acordada 2/20.

[Cita on line: AR/JUR/1306/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 9 de 2020.

Considerando:

a. De la situación advertida

En ejercicio de las facultades de superintendencia asignadas a este tribunal por la Acordada N° 36/94 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, teniendo en cuenta que la situación actual de encierro de mujeres embarazadas y/o detenidas con hijos e hijas en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal, constituye un tema humanitario y prioritario que involucra dos colectivos vulnerables y, dadas las condiciones actuales de emergencia carcelaria (Resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019-184-APN-MJ, del 25 de marzo de 2019), habrán de efectuarse ciertas consideraciones.

La ley 26.472 incorporó la posibilidad de que las mujeres embarazadas y con hijos e hijas menores de cinco años puedan acceder al arresto domiciliario, no obstante se verifica que existen mujeres en estado de gravidez que permanecen detenidas y también, niños y niñas que continúan viviendo en prisión junto con sus madres, cuyo situación deber ser atendida con especial cuidado a los fines de cumplir con los estándares exigidos por el derecho internacional de los derechos humanos, con rango normativo conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

b. De los principios que rigen

El primer aspecto a considerar es que, como se dijo, esta problemática involucra a dos colectivos vulnerables (mujeres, niños y niñas), de conformidad con cuanto ha sostenido la Corte IDH en el caso "Masacre de Mapiripán c. Colombia", sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 175. Esta vulnerabilidad también se verifica por la situación de detención (Corte IDH, caso "Bulacio c. Argentina", sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrafo 126).

Así pues, frente a estos grupos —doblemente vulnerables—, la Corte IDH consagró que "toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación especifica en que se encuentre..." (Furlán c. Argentina, sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 134).

Que el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en resguardo del interés superior del niño.

En este sentido, la CIDH expuso que "el niño debe permanecer en su núcleo familiar salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia" (OC 17/2002, del 28 de agosto de 2002).

Por su parte, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) establecen que "Toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño. Los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres nunca serán tratados como reclusos. Se brindará a las reclusas cuyos hijos se encuentren con ellas el máximo de posibilidades de dedicar su tiempo a ellos" (Regla 49).

Así también, la Regla 51 establece que "1. Los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad. 2. En la medida de lo posible, el entorno previsto para

Thomson Reuters

la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios".

Por su parte, la Regla 52 fija que "1. Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño con arreglo a la legislación nacional pertinente. 2. Toda decisión de retirar al niño de la prisión debe adoptarse con delicadeza, únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares".

Además, "Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños" (Regla 64).

Con relación a los derechos de las mujeres, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que los Estados partes deberán garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos (art. 5).

c. De los datos estadísticos

Los últimos datos estadísticos disponibles del Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) muestran que, a diciembre de 2018, se encontraban detenidas 1092 mujeres en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal, lo cual constituía el 8,02% del total de la población penitenciaria.

De este grupo, 36 mujeres se encontraban alojadas en la cárcel en cohabitación con sus hijos e hijas menores de cuatro años (Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, Informe Anual Servicio Penitenciario Federal 2018, elaborado por la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal. Ministerio de Justicia y Derecho Humanos de la Nación).

La síntesis diaria del Departamento de Estadística, Censo e Investigación Operativa del Servicio Penitenciario Federal, informa que, al 18 de febrero de 2020, existe un total de 996 mujeres alojadas en las Unidades del Servicio Penitenciario Federal, de las cuales 21 se encuentran encarceladas con sus hijos e hijas, mientras que 4 están cursando un embarazo (httb://www.spf.clob.ar/www/estadisticas).

Si bien estos datos muestran un decrecimiento de la cantidad de mujeres en detención con hijos e hijas menores de cuatro años, lo cierto es que la persistencia de casos en estas condiciones torna adecuado adoptar medidas que tiendan a evitar las consecuencias negativas del encierro carcelario.

Estas mujeres se encuentran alojadas en la Unidad 31 de Ezeiza del Servicio Penitenciario Federal y en el Complejo Penitenciario Federal III de la Provincia de Salta (SNEEP 2008, cit.).

Interesa precisar que, del total de mujeres alojadas en la Unidad 31 de Ezeiza, 12 de ellas están detenidas en calidad de procesadas mientras que las 6 restantes fueron condenadas. A su vez, 9 mujeres son de nacionalidad argentina y 9 son extranjeras.

Por otro lado, de la cantidad de mujeres que se encuentran en el Complejo Penitenciario Federal III, se pudo cotejar que 3 están alojadas en calidad de procesadas y 5 con condena firme. Por otra parte, 3 son argentinas mientras que las 5 restantes son de otras nacionalidades; información que muta de manera permanente.

Estos datos además demuestran que, en una medida considerable, las mujeres en estas condiciones son extranjeras, de modo que esta particular situación supone una solución que atienda a su problemática de manera específica e impone la necesidad de aplicar los principios del derecho humanitario y el interés superior del niño en la interpretación de la ley de Política Migratoria.

d. De las condiciones de detención

Las mujeres detenidas en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal pueden enfrentar dificultades para acceder a los derechos de salud e higiene, alimentación, educación y vínculos personales, debido a la falta de suministros y a las deficiencias de infraestructura propias del sistema penitenciario, todo lo cual muestra que la cárcel no resulta un ambiente propicio para el desarrollo satisfactorio de un embarazo o la crianza de los niños (cfr. Informe de monitoreo realizado por el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles del Centro Penitenciario Federal del Noroeste Argentino, del 20 de noviembre de 2015 y coincidente con la Recomendación VI Género en contextos de encierro —Derechos de las mujeres privadas de la libertad—, ambos disponibles en sistemacontrolcarceles.gob.ar).

Thomson Reuters

Un informe reciente de la Procuración Penitenciaria ha identificado como principales problemáticas las deficientes condiciones materiales de alojamiento, las dificultades en el acceso a la atención médica —tanto para las mujeres como para sus hijos e hijas—, la falta de guardias obstétricas y pediátricas continuas, las malas condiciones en las que se realizan los traslados, las prácticas abusivas tales como las requisas vejatorias, así como también el aislamiento en el cual llevan adelante sus maternidades dada la falta de contacto con sus vínculos familiares y sociales, entre otras cuestiones (Procuración Penitenciaria, Mujeres embarazadas y/o que conviven con sus hijos/as en prisión. Informe de situación. Equipo de Género y Diversidad Sexual. Febrero 2020).

En cuanto a las condiciones de infraestructura, se observó que algunos pabellones de la planta de madres de la Unidad N° 31 no cuentan con las dimensiones apropiadas para el alojamiento conjunto de las mujeres y sus hijos e hijas. Por su parte, en relación con el CPF III, se relevó una falta total de suministro de elementos básicos que garanticen el sostenimiento y el cuidado de sus hijos e hijas. Asimismo, en ambos lugares se constató una ausencia de mantenimiento de la estructura y la presencia de plagas. (Procuración Penitenciaria, Mujeres embarazadas y/o que conviven con sus hijos/as en prisión. Informe de situación. Equipo de Género y Diversidad Sexual, cit.).

Frente a esta situación, y atento a que los derechos de las mujeres, niños y niñas se encuentran fuertemente comprometidos, resulta imperioso brindar una solución alternativa a la prisión.

e. De los lineamientos sobre las medidas a adoptar

En primer lugar, interesa recordar que el derecho a la libertad constituye la regla general que debe regir durante el proceso, de modo que la privación de la libertad debe ser entendida como la última ratio, por tratarse de la medida estatal más violenta.

Ahora bien, un informe de Naciones Unidas recomienda a los Estados revisar el uso que hacen de la prisión preventiva y garantizar que el interés superior del niño sea considerado al detener o encarcelar a su madre y pensar seriamente en el costo social del uso cada vez más difundido de aplicar penas de encierro a mujeres por delitos no violentos y considerar sentencias alternativas sin privación de la libertad para infractoras por delitos no violentos (Quaker United Nations Office, Townhead, Laurel, "Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas: Desarrollos recientes en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, abril, 2006).

Asimismo, se establece que "[l]os Estados deben considerar medidas alternativas diferentes a la detención preventiva para madres con bebés y niños que aún dependen de ellas, incluyendo el que se establezca claramente cómo, cuándo y quién determinará que dichos niños existen y tomarlos en cuenta al considerar si una prisión preventiva es o no necesaria" (Quaker United Nations Office, Townhead, Laurel, "Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas..." 2006, cit.).

Los Estados deben considerar medidas alternativas diferentes a la cárcel para madres con bebés y niños que aún dependen de ellas (...), incluyendo particularmente a los procesos jurídicos reparativos, las sentencias de orden comunitario, libertad condicional y suspensión de la sentencia" (Quaker United Nations Office, Townhead, Laurel, "Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas..." 2006, cit.).

Así, se recomienda "ampliar la aplicación de la política que habilita a los jueces a disponer el arresto domiciliario de mujeres..." ("Mujeres en prisión en Argentina: causas condiciones y consecuencias", mayo 2013, Cornell Law School-s Avon Global Center for Women and Justice and International Human Rights clinic, Defensoría General de la Nación, The university of Chicago Law School International Human Rights Clinic).

En la misma línea, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la CEDAW recomendó al Estado Argentino que "adopte medidas para limitar el uso de la detención preventiva de mujeres, entre otras cosas, ampliando el recurso a medidas cautelares" y que "proporcione alternativas a la detención para las mujeres embarazadas y las madres con niños de corta edad, teniendo en cuenta el interés superior del niño" (CEDAW/C/ARG/CO/7 del 27 de noviembre de 2016).

Resulta adecuado entonces tomar en consideración estos preceptos, más aún en las circunstancias actuales de emergencia carcelaria, que específicamente alude a la situación de las mujeres embarazadas (Resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019-184-APN-MJ, del 25 de marzo de 2019).

f. De la necesidad de analizar cada caso en concreto

Que la situación de las mujeres embarazadas y que cohabitan con sus hijos e hijas en las cárceles federales presenta características especiales en cada situación, que merecen ser puestas en valor por las juezas y los jueces del caso con el fin de adoptar —de ser posible— soluciones que logren consagrar de manera efectiva los bienes jurídicos en juego de conformidad con los estándares de orden superior mencionados.

Thomson Reuters

Que la incorporación del catálogo de medidas alternativas al encierro que prevé el nuevo Código Procesal Penal Federal, brinda mecanismos para atender el problema de las mujeres procesadas en estado de gravidez y/o con hijos e hijas en detención preventiva.

En función de todo lo expuesto, el estudio de cada caso requerirá —previo escuchar a las partes— la estricta aplicación de un enfoque consistente con el interés superior del niño para el análisis de procedencia de medidas alternativas y morigeradas, del arresto domiciliario, de los institutos liberatorios de la ley 24.660 —reformada por ley 27.375—, así como también de la Ley de Política Migratoria para el caso de las mujeres extranjeras.

Por último, concierne considerar las condiciones reales en que las mujeres con hijos e hijas cumplen con las medidas alternativas. En efecto, en estos supuestos se han verificado obstáculos para cumplir con las reglas establecidas por los órganos judiciales —la permanencia en el domicilio— y, al mismo tiempo, obtener un trabajo remunerado, continuar con su formación educativa, acceder a programas sociales, mantener la vivienda en condiciones dignas y, desde ya, cumplir con las exigencias del cuidado diario de sus hijas e hijos (Punición y Maternidad: Acceso al arresto domiciliario, Defensoría General de la Nación, 2015).

Puntualmente, la Procuración Penitenciaria ha expresado la pertinencia de que los jueces otorguen autorizaciones de salidas que contemplen las tareas de cuidado de las mujeres. Además, dicho organismo señaló que las medidas judiciales orientadas a la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales de la mujeres redundarían en intervenciones positivas que permiten una mejora en la organización social de la cotidianidad de las mujeres en sus hogares." (Procuración Penitenciaria, Mujeres embarazadas y/o que conviven con sus hijos/as en prisión. Informe de situación. Equipo de Género y Diversidad Sexual. Febrero 2020).

Estos aspectos merecen especial consideración de conformidad con los parámetros antes señalados para el sostenimiento y acompañamiento de las mujeres en el cumplimiento de las modalidades alternativas.

Por todo ello, acordaron: Recomendar a los jueces y las juezas cuya Superintendencia se encuentra a cargo de esta Cámara, que en la oportunidad legal correspondiente, tengan en cuenta las consideraciones de esta Cámara respecto de las mujeres embarazadas y/o privadas de la libertad con sus hijas o hijos que se encuentran en contexto de encierro; de conformidad con las particularidades de cada caso a fin de cumplir con los estándares internaciones en materia de tutela de mujeres, niños y niñas especialmente en el contexto actual de emergencia penitenciaria formalmente declarada.

Todo lo cual dispusieron y mandaron, ordenado que se registre y se comunique a la Dirección de Comunicación y Gobierno Abierto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dándose por concluido el acto y firmando los Señores y Señoras jueces por ante mí que doy fe. — *Ángela E. Ledesma.* — *Gustavo M. Hornos.* — *Alejandro W. Slokar.* — *Guillermo Yacobucci.* — *Mariano H. Borinsky.* — *Edgardo R. Riggi* (según su voto). — *Ana M. Figueroa.* — *Liliana E. Catucci* (según su voto). — *Javier Garbajo.* — *Diego G. Barroetaveña.* — *Daniel A. Petrone.* — *Carlos A. Mahiques.*

Los doctores *Catucci* y *Riggi* dijeron:

Que sin dejar de lado la preocupación permanente por los exclusivos grupos vulnerables en tratamiento, así como por todos los otros alcanzados por la "Emergencia Penitenciaria" dispuesta por las autoridades pertinentes, sorprende que se emita por primera vez en esta Cámara, una "Recomendación" de esta naturaleza sin debate alguno, el que hubiera permitido quizás, derivar los reclamos pertinentes hacia los estamentos responsables de la situación expuesta, para darles una solución conjunta y definitiva.

La debida canalización del tema hubiera evitado la emisión de un pronunciamiento sin debate previo, que excede las facultades de Superintendencia de esta Cámara, dirigido a magistrados conocedores de las normas y precedentes internacionales invocados, respecto de quienes cualquier sugerencia acerca del modo de decidir los casos sujetos a su jurisdicción, resulta impertinente.— *Edgardo R. Riggi.* — *Liliana E. Catucci.*

EXCARCELACIÓN EN CASO DE LAVADO DE ACTIVOS

Peligro de fuga a partir de la elevada pena en expectativa. Confirmación del rechazo de la excarcelación. Orden de tramitar el incidente por prisión domiciliaria. Imputado incluido en grupo de riesgo frente a emergencia sanitaria por coronavirus COVID-19.

1. — El rechazo de la excarcelación solicitada a favor del imputado por el delito de lavado de activos agravado debe confirmarse, en tanto la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado

Thomson Reuters

y se limitó a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el a quo consideró relevantes para rechazar la libertad solicitada.

2. — Para denegar la excarcelación del imputado, se evaluó el peligro de fuga a partir de la elevada pena en expectativa prevista en orden a la calificación legal prima facie adoptada del delito de lavado de activos agravado por su habitualidad, su alta capacidad económica y contactos en el extranjero, como así también que los hechos aquí investigados constituirían una compleja maniobra económica y financiera internacional que habrían sido cometidos mientras el encartado se hallaba frente a otra investigación judicial seguida en su contra.

3. — Denegada la excarcelación del imputado por el delito de lavado de activos agravado, corresponde encomendar al tribunal a quo a que adopte las medidas necesarias tendientes a la debida tramitación del incidente de prisión domiciliaria planteado en subsidio, teniendo en cuenta la situación particular de aquel por tratarse de una persona dentro de un grupo de riesgo por cuestiones de salud frente a la emergencia sanitaria declarada con motivo del virus COVID-19.

4. — Corresponde encomendar al tribunal a quo disponga a la Unidad Carcelaria donde el imputado se encuentra detenido, que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de esta C.F.C.P. y la "Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el S.P.F.".

5. — El recurso de casación interpuesto contra la sentencia que rechazó la excarcelación del imputado por el delito de lavado de activos debe ser declarado inadmisible, toda vez que, si bien se dirige contra una decisión equiparable —por sus efectos— a una sentencia definitiva, lo cierto es que el recurrente no logra demostrar la existencia de un vicio que imponga la intervención de esta Cámara en su carácter de tribunal intermedio. (Del voto del Dr. Petrone).

CFCasación Penal, Sala de Feria, 04/04/2020. - B., L. A. s/ Recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/7828/2020]

Causa CFP 9630/2016/TO2/20/CFC4

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 4 de 2020.

1) El doctor *Borinsky* dijo:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de esta ciudad, con fecha 18/03/2020, en lo que aquí respecta, resolvió: "I. No hacer lugar a la excarcelación de L. A. B., solicitada a fojas 119/143, bajo ningún tipo de caución ni medida alternativa (conforme artículos 319 y 366 del CPPN y 210, 221 y 222 del CPPF)... III. Formar incidente de arresto domiciliario, en virtud del planteo subsidiario formulado a fojas 119/143, conjuntamente con la presentación realizada por la Dra. Elizabeth Gasaro en el día de la fecha y proveer allí cuanto corresponda".

II. Que contra el punto I de dicha decisión, la señora defensora particular, doctora Elizabeth Gasaro, interpuso el recurso de casación en estudio, el que fue concedido por el tribunal *a quo* en fecha 25/03/2020.

La defensa sostuvo al impetrar el recurso de casación que L. A. B. se encontraba dentro del grupo de riesgo más vulnerables al virus Covid-19 y solicitó la habilitación de feria, lo que así fue resuelto por el tribunal *a quo* al conceder el remedio casatorio.

III. Que de las constancias traídas a conocimiento de esta instancia, surgen elementos suficientes que justifican la habilitación de la feria extraordinaria dispuesta por el *a quo* como consecuencia de la emergencia pública sanitaria (Decretos 260/2020, 297/2020 y 325/2020 PEN, Acordadas 4/20, 6/20 y 8/20 de la CSJN y Acordadas 3/20, 4/20, 5/20, 6/20 y 7/20 de esta CFCP). La defensa particular de L. A. B. adujo en su recurso de casación que el imputado tiene sesenta y cuatro (64) años de edad, padece hipertensión arterial, arritmia cardíaca y diabetes tipo 2. Asimismo, el nombrado figura en la nómina de internos con riesgo de salud, confeccionada en el respectivo Informe del Servicio Penitenciario Federal.

IV. Que si bien las resoluciones que involucran la libertad del imputado, resultan equiparables a sentencia definitiva, ya que pueden ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela judicial inmediata (Fallos: 310:1835; 310:2245; 311:358; 314:791; 316:1934, 328:1108, 329:679, entre otros), para habilitar la jurisdicción de esta Alzada, debe encontrarse debidamente fundada una cuestión federal.

V. Que en el *sub judice*, la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado que permita hacer excepción a dicho principio general, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la inter-

Thomson Reuters

pretación de las circunstancias concretas del caso que el *a quo* consideró relevantes para rechazar la libertad solicitada. La asistencia técnica de L. A. B. solicitó se revoque la resolución que rechazó la excarcelación de su asistido y, subsidiariamente, la morigeración del régimen de detención.

Ahora bien, de la resolución impugnada surge que al nombrado se le imputa en autos "'haber puesto en circulación en el mercado dinero negro proveniente de hechos ilícitos cuyo monto ascendería a una suma superior a los $127.624.184, mediante distintas transferencias bancarias y operaciones simuladas que habrían tenido lugar entre el mes de diciembre de 2015 hasta el mes de julio del año 2016, con el objeto de convertirlo e integrarlo al circuito económico formal bajo apariencia de legalidad y cortar todo lazo con los ilícitos que lo generaron' —cfr. requerimiento de Elevación a Juicio del Representante del Ministerio Público Fiscal obrante a fs. 7011/54 de los autos principales—".

Cabe destacar que, a efectos de mantener el encierro de L. A. B., los sentenciantes destacaron que: "... el pedido de excarcelación formulado por la defensa de L. B. es una reedición de aquel que ya fuera resuelto por este Tribunal y confirmado por la Cámara Federal de Casación Penal en las presentes actuaciones, no habiéndose aportado elementos novedosos que impongan la necesidad de un nuevo análisis, el escaso tiempo transcurrido desde aquellas decisiones y en atención a los argumentos expuestos por el Sr. Fiscal en su dictamen, el mantenimiento de la medida atacada resulta, de momento, la opción más ajustada a derecho a efectos de evitar los riesgos procesales que se mantienen con respecto al encartado. En tanto, con relación al planteo subsidiario efectuado, habrá de formarse el correspondiente incidente y se proveerá allí cuanto corresponda".

En este sentido, el tribunal destacó que en esta causa la defensa particular solicitó la excarcelación de su asistido, la que fue rechazada por el señor juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7 de esta ciudad y dicho pronunciamiento fue confirmado en fecha 20/12/2019 por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.

Por su parte, de la resolución recurrida surge que durante la tramitación del recurso de apelación aludido en el párrafo precedente, la defensa particular solicitó la aplicación extensiva de lo resuelto por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal en el marco de la causa CFP 3017/2013/TO2/3/1/CFC11-CFC41, caratulada "Baez, Lázaro A. s/ ley 24.390" (cfr. Reg. 2569/19.4, rta. el 12/12/2019), oportunidad en que se dispuso la no homologación de la prórroga de prisión preventiva en la causa CFP 3017/2013 y, sin embargo, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, al confirmar el rechazo de la excarcelación dispuesta por el juez de grado, asimismo rechazó "... esa exégesis sobre la base de que 'las sentencias son soluciones de jurisdicción para el caso concreto y que, la situación analizada al momento de resolver la causa N° 3017/13, difiere enormemente de la que aquí nos ocupa', por cuanto en estas actuaciones 'el nombrado se encuentra detenido desde el 14 de junio pasado, oportunidad en que se dictó su procesamiento con prisión preventiva, tiempo que no luce excesivo ni desproporcionado atento a la complejidad de la investigación, además de que la causa fue recientemente elevada al Tribunal Oral Federal N° 4'".

Por otro lado, el tribunal *a quo* resaltó que en fecha 27/12/2019 la defensa particular solicitó la excarcelación de L. A. B. ante dicho sentenciante, la que fue rechazada el mismo día tras considerar que el planteo constituía una reedición de los argumentos anteriormente esgrimidos. Contra dicho decisorio la defensa particular del nombrado interpuso recurso de casación que, por mayoría, fue declarado inadmisible por la Sala de Feria de esta Cámara Federal de Casación Penal (cfr. Reg. 213/20, rta. el 30/01/2020).

De la lectura de las referidas resoluciones surge que para denegar la excarcelación del imputado, se evaluó el peligro de fuga a partir de la elevada pena en expectativa prevista en orden a la calificación legal *prima facie* adoptada del delito de lavado de activos agravado por su habitualidad (art. 303 del CP), su alta capacidad económica y contactos en el extranjero, como así también que los hechos aquí investigados constituirían una compleja maniobra económica y financiera internacional que habrían sido cometidos mientras el encartado se hallaba frente a otra investigación judicial seguida en su contra.

Por último, cabe destacar que el tribunal solamente consideró como elemento novedoso, la situación particular de L. A. B. por tratarse de una persona dentro de un grupo de riesgo por cuestiones de salud frente a la emergencia sanitaria declarada con motivo del virus COVID-19. Al respecto, entendió que ello no comprende ninguno de los supuestos que posibilitan el otorgamiento automático de la excarcelación.

Sin embargo, ante tal escenario, respecto al planteo subsidiario invocado por la parte recurrente en orden la morigeración de la modalidad de encierro, el *a quo* dispuso la formación de incidente de prisión domiciliaria a los efectos de poder tramitar debidamente dicho pedido con las comprobaciones que el caso amerite (cfr. lo dispuesto en el punto III de la resolución recurrida, y según surge del Sistema Informático

Thomson Reuters

Lex-100, el incidente CFP 9630/2016/TO2/20/1 se encuentra en trámite).

En razón de las consideraciones precedentes, las discrepancias valorativas expuestas por el impugnante, amén de demostrar la existencia de una fundamentación que no se comparte, no configuran un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108); por lo que no corresponde la intervención de la jurisdicción de este Tribunal y debe declararse inadmisible la vía intentada.

2) El doctor *Petrone* dijo:

Por coincidir en lo sustancial con los fundamentos expuestos por el colega que me precede en el orden de votación, considero que el recurso debe ser declarado inadmisible toda vez que si bien se dirige contra una decisión equiparable —por sus efectos— a una sentencia definitiva, lo cierto es que el recurrente no logra demostrar la existencia de un vicio que imponga la intervención de esta Cámara en su carácter de tribunal intermedio (cfr. CSJN Fallos: 328:1108, "Di Nunzio, Beatriz H.").

Aduno que en la resolución recurrida el tribunal ha dado respuesta al pedido de excarcelación mediante remisión a los fundamentos que había expuesto en diciembre del año pasado, concluyendo que los riesgos procesales oportunamente analizados aún continúan vigentes. Pero, además, en esta ocasión formó incidente de arresto domiciliario a los efectos de analizar la viabilidad del pedido realizado de manera subsidiaria respecto a la situación particular de L. A. B. a la luz del riesgo a la salud invocado por su defensa ante la emergencia sanitaria declarada con motivo del virus COVID-19 (coronavirus). Ese legajo se encuentra en pleno trámite, pudiendo allí el imputado obtener respuesta a las alegaciones que invoca, lo que me lleva a compartir la conclusión acerca de la inadmisibilidad de la vía intentada.

En tales condiciones, y sin que ello implique abrir juicio sobre la procedencia del instituto aludido que tramita por legajo separado, adhiero a la solución propuesta por mi colega.

Tal es mi voto.

3) Así las cosas, el Tribunal, habiendo tomado razón de la excusación aceptada al señor juez Juan Carlos Gemignani en el marco del incidente CFP 9630/2016/TO2/20/CFC1 (Reg. N° 184/20, rta. el 27/01/2020), según constancia agregada en autos por el Secretario de Feria de fecha 03/04/2020, y existiendo concordancia de opiniones entre los doctores *Petrone* y *Borinsky* en orden a la solución del caso, por lo que resulta innecesario convocar un tercer magistrado para que intervenga en autos (artículo 30 bis, último párrafo, CPPN); resuelve: I. Estar a la Habilitación de la feria judicial extraordinaria para resolver la presente causa resuelta por el *a quo*. II. Declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas (arts. 530 y cc. CPPN). III. Encomendar al tribunal *a quo* a que adopte las medidas necesarias tendientes a la debida tramitación del incidente de prisión domiciliaria respecto de L. A. B. IV. Encomendar al tribunal *a quo* disponga a la Unidad Carcelaria donde L. A. B. se encuentra detenido, que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el SPF" (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020). V. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ (Acordada 5/2019 de la CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. Nota: Se deja constancia que atento a lo dispuesto en los Decretos de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional 297/2020 y 325/2020, así como en las Acordadas CSJN 6/2020 y 8/2020, y CFCP 6/2020 y 7/2020, los doctores *Borinsky* y *Petrone*, luego de deliberar en forma remota mediante los canales electrónicos disponibles, emitieron su voto en formato digital, de lo que dan fe las Secretarias de Cámara, doctoras Laura Kvitko (vocalía 11) y Amelie Idoyaga Molina (vocalía 2). Transcurrida la feria extraordinaria, la resolución se imprimirá y será suscrita por los magistrados intervinientes, a los fines de definitivo registro y archivo. Buenos Aires, 4 de abril de 2020. — *Mariano H. Borinsky*. — *Daniel A. Petrone*.

PRISIÓN DOMICILIARIA EN CONTEXTO DE PANDEMIA

Interna que padece HIV. Rechazo del beneficio.

La prisión domiciliaria solicitada a favor de una interna que padece HIV y hepatitis B y C debe rechazarse, pues el a quo indicó que la mera invocación por parte de la defensa de encontrarse su pupilo dentro de la población de riesgo no puede constituir un argumento de entidad suficiente como para modificar la modalidad de encierro y las discrepancias valorativas expuestas por la parte impugnante solo reflejan que no se comparten los fundamentos brindados por el tribunal de la instancia precedente.

Thomson Reuters

CFCasación Penal, Sala de Feria, 09/04/2020. - B., M. Z. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/9264/2020]

Causa CFP 4609/2017/TO02/18/3/CFC008

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 9 de 2020.

Considerando:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de esta ciudad, el 25 de marzo próximo pasado, resolvió: "(N)o hacer lugar al pedido de arresto domiciliario efectuado [por la defensa pública de M. Z. B.]".

II. Que contra la aludida decisión, el defensor público coadyuvante, doctor Javier Salas, interpuso el recurso de casación en estudio, el que fue concedido por el tribunal *a quo* en fecha 2 de abril del corriente año.

La defensa solicitó la habilitación de feria, lo que así fue resuelto por el tribunal *a quo* al conceder el remedio casatorio.

III. Que de las constancias traídas a conocimiento de esta instancia surgen elementos suficientes que justifican la habilitación de la feria extraordinaria dispuesta por el tribunal *a quo* como consecuencia de la emergencia pública sanitaria (Decretos 260/2020, 297/2020 y 325/2020 del Poder Ejecutivo Nacional —en lo sucesivo PEN—, Acordadas 4/20, 6/20 y 8/20 de CSJN y Acordadas 3/20, 4/20, 5/20, 6/20 y 7/20 de esta CFCP).

IV. Que si bien las resoluciones que involucran la libertad de la imputada resultan equiparables a sentencia definitiva, ya que pueden ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela judicial inmediata (Fallos: 310:1835; 310:2245; 311:358; 314:791; 316:1934, 328:110 y 329:679, entre muchos otros), para posibilitar el ejercicio de la jurisdicción revisora de esta Alzada debe encontrarse debidamente fundada una cuestión federal.

V. Que, en el *sub judice*, la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado que permita hacer excepción a aquel principio general, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada, a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el *a quo* consideró relevantes para rechazar la libertad solicitada.

La asistencia técnica de M. Z. B. solicitó se disponga la prisión domiciliaria de la imputada en los términos de los arts. 10 inc. a) del CP —en adelante CP— y 32 inc. a) de la Ley 24.660, debido a la pandemia declarada el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con la propagación del virus identificado como COVID-19 y la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por Decreto de Necesidad y Urgencia del PEN N° 260/2020 por el plazo de un (1) año.

La defensa sostuvo que, según el informe elaborado por el Servicio Penitenciario Federal, su defendida se encontraba dentro del grupo de riesgo más vulnerable al virus Covid-19 por ser paciente inmunosuprimida que padece HIV así como también hepatitis B y C.

Liminarmente, resulta oportuno recordar que, conforme surge del Sistema Informático Lex 100, en fecha 13 de agosto de 2018, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de la Capital Federal condenó a M. Z. B. a la pena de cinco años de prisión, multa de cuarenta y cinco (45) unidades fijas —conf. art. 5 de la ley 23.737, según ley 27.302— y un mil pesos ($1.000), accesorias legales y al pago de las costas del proceso, por considerarla coautora penalmente responsable de los delitos de comercio de estupefacientes en concurso real con tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal —causa 2763— y de los delitos de uso de documento público falso destinado a acreditar la habilitación para circular de un vehículo, sustitución de chapa patente y encubrimiento —causa 2771— (arts. 12, 19, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 55 y 189 bis, apartado 2, primer párrafo, 296 en función del 292 segundo párrafo, 277 inciso "c" y 289 inc. 3°, CP; 5° inc. "c" de la ley 23.737 —según ley 27.302—; y 403, 431 bis, 530 y 531 del CPPN —en lo sucesivo CPPN—).

Ahora bien, de la resolución impugnada surge que el señor magistrado interviniente valoró la necesidad del mantenimiento del cumplimiento de la condena en una unidad de detención y señaló que las autoridades competentes aseguraron la posibilidad de mantener plenamente vigentes los protocolos de prevención de contagio y propagación de la pandemia en cuestión.

A su vez, con relación a la situación particular de la imputada, el *a quo* indicó que "(l)a mera invocación por parte de la defensa de encontrarse su pupilo dentro de la población de riesgo no puede constituir un argumento de entidad suficiente como para modificar la modalidad de encierro al mantenerse su postura en el plano meramente conjetural y no verificarse la materialización del riesgo al que alude que justifique, de momento, acceder a lo peticionado [...]".

En razón de las consideraciones precedentes, las discrepancias valorativas expuestas por la parte im-

Thomson Reuters

pugnante sólo reflejan que no se comparten los fundamentos brindados por el tribunal de la instancia precedente, mas esa circunstancia no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328 y 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108); por lo que no corresponde la intervención de la jurisdicción de este Tribunal y debe declararse inadmisible la vía intentada.

Que, sin perjuicio de que la presentación de referencia no contiene argumentos mínimos tendientes a demostrar el incumplimiento denunciado ni tampoco refuta los fundamentos que dieron sustento al rechazo del pedido de prisión domiciliaria en la instancia previa, corresponde encomendar al *a quo* que en lo sucesivo deberá observar la previsión del art. 491 del CPPN, en cuanto establece que los incidentes de ejecución serán resueltos "previa vista a la parte contraria" asegurando de esa manera el contradictorio.

Por último, corresponde atento la pandemia declarada encomendar al tribunal *a quo* que disponga a la Unidad Carcelaria donde la impugnante se encuentra detenida que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el SPF".

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. Estar a la habilitación de la feria judicial extraordinaria para resolver la presente causa resuelta por el tribunal *a quo*. II. Declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas (arts. 530 y ccds., CPPN). III. Encomendar al tribunal *a quo* a que disponga a la Unidad Carcelaria donde M. Z. B. se encuentra detenida, que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el SPF" (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020). IV. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ (Acordada 5/2019 de la CSJN—), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. Nota: Se deja constancia de que, atento a lo dispuesto en el Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional, N° 297/2020 (prorrogado mediante Decreto N° 325/2020) en función de la emergencia sanitaria declarada en la República Argentina mediante Decreto N° 260/2020 y a lo dispuesto en las Acordadas CSJN Nros. 6/2020 y 8/2020, y en las Acordadas CFCP Nros. 6/2020 y 7/2020, los doctores Ana María Figueroa, Carlos A. Mahíques y Diego G. Barroetaveña, luego de deliberar en forma remota y virtual vía medios electrónicos disponibles, emitieron su voto de manera digital, de lo que dan fe las Secretarias de Cámara, doctoras Carolina Bienati (vocalía 10), Mariela Mazzón (vocalía 7) y Josefina Guardo (vocalía 5), respectivamente. Transcurrida que sea la feria extraordinaria, la presente resolución será impresa y suscripta por los magistrados intervinientes, a los fines de su debido registro y archivo. — *Ana M. Figueroa*. — *Carlos A. Mahiques*. — *Diego G. Barroetaveña*.

PRISIÓN DOMICILIARIA EN CONTEXTO DE PANDEMIA

Interno con asma. Grupo de riesgo ante la amenaza de contagio del virus de COVID-19. Rechazo del beneficio.

1. — De adverso a lo sostenido por la defensa, el tribunal de mérito evaluó correctamente, en el caso concreto, los presupuestos de viabilidad del arresto domiciliario solicitado a favor del interno que padece asma, sin que los argumentos expuestos por el recurrente logren rebatir los fundamentos del decisorio impugnado. Sin perjuicio, corresponde encomendar al tribunal a quo que disponga a la Unidad Carcelaria donde el impugnante se encuentra detenido que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de la CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el SPF.

2. — Si bien las circunstancias personales del impugnante y su estado de salud, lo sitúan en un hipotético peligro frente a los efectos que pudieran derivarse de la pandemia de COVID-19 en un ámbito intramuros, la mera pertenencia a uno de los grupos de riesgo no configura, per se, el supuesto de peligro concreto requerido para habilitar la concesión del beneficio. El referido peligro efectivo se presentaría en el supuesto en el que se advierta una proximidad concreta de lesión a la salud o a la integridad psicofísica del interno —en los términos y con los alcances asignados a la emergencia sanitaria—, circunstancia que debe ser aportada por quien alega su existencia. (Del voto del Dr. Mahiques).

CFCasación Penal, Sala de Feria, 09/04/2020. - A. P., J. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/9263/2020]

Thomson Reuters

Causa CCC 38956/2013/TO1/2/CFC4

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 9 de 2020.

La doctora *Figueroa* dijo:

I. Que el Juez Andrés Fabián Basso, del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 de esta ciudad, en fecha 27 de marzo de 2020, resolvió: "I. No hacer lugar al pedido de Detención domiciliaria formulado por la defensa de J. R. A. P. (arts. 10 del CP y 32 de la ley 24.660, a contrario sensu). II. Ordenar a las autoridades de la Colonia Penal n° 19 del Servicio Penitenciario Federal que continúen y extremen los recaudos para la prevención sanitaria y, en su caso, informen de inmediato a esta sede judicial cualquier situación que implique un riesgo concreto para la salud de A. P.".

II. Que contra la citada decisión el Defensor Público Oficial Coadyuvante, Javier Salas, interpuso el recurso de casación en estudio, el que fue concedido por el tribunal de mérito en fecha 6 de abril del año en curso.

La defensa solicitó la habilitación de feria, lo que así fue resuelto por el *a quo* en le decisorio de concesión del recurso incoado.

III. Que de las constancias traídas a conocimiento de esta instancia surgen elementos suficientes que justifican la habilitación de la feria extraordinaria como consecuencia de la emergencia pública sanitaria (Decretos 260/2020, 297/2020 y 325/2020 PEN, Acordadas 4/20, 6/20 y 8/20 de la CSJN y Acordadas 3/20, 4/20, 5/20, 6/20 y 7/20 de esta CFCP).

IV. Que si bien las resoluciones que involucran la morigeración de la situación de detención del imputado resultan equiparables a sentencia definitiva, ya que pueden ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela judicial inmediata (Fallos: 310:1835; 310:2245; 311:358; 314:791; 316:1934, 328:1108 y 329:679, entre otros), para posibilitar el ejercicio de la jurisdicción revisora de esta Alzada, debe encontrarse debidamente fundada una cuestión federal.

V. Que en el *sub judice*, la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado que permita hacer excepción al mencionado principio general, toda vez que se ha limitado a invocar defectos de fundamentación en la resolución impugnada a partir de una discrepancia sobre la interpretación de las circunstancias concretas del caso que el tribunal de mérito consideró relevantes para rechazar la libertad solicitada.

La defensa de J. A. P. solicitó que se haga lugar al arresto domiciliario fundado en los términos de los arts. 10, inc. a), del CP y 32, inc. a), de la ley 24.660 en virtud de que su defendido padece de asma crónica y tiene 56 años de edad, lo que a su criterio lo coloca dentro del grupo de riesgo ante la amenaza de contagio del virus de COVID-19.

Conforme surge del dictamen de la Fiscal interviniente, J. R. A. P. se encuentra cumpliendo la pena única de once años y seis meses de prisión, "comprensiva de la pena de un año de prisión, impuesta el 11 de diciembre de 2015, en la presente causa, por considerarlo autor del delito de adquisición de terminales celulares a sabiendas de su procedencia ilegítima, agravada por el ánimo de lucro; de la de siete años de prisión, accesorias legales y costas y declaración de reincidencia, impuesta el 25 de marzo de 2014 por el Tribunal Oral N° 14, y de la de cuatro años y cuatro meses de prisión y costas, impuesta el 4 de abril de 2011 por el Tribunal oral en lo Criminal N° 7 del Departamento Judicial de San Martín). Finalmente, se lo declaró reincidente y conforme el cómputo practicado, se estableció que el vencimiento de la pena impuesta operará el día 9 de mayo de 2022".

Cabe destacar que, al analizar la procedencia del arresto domiciliario solicitado por la defensa de J. R. A. P., el magistrado de la anterior instancia, en consonancia con el criterio postulado por la representante del Ministerio Público Fiscal, consideró que la situación del nombrado no encuadra en ninguna de las causales contempladas en los arts. 10 del CP y 32 de la ley 24.660.

En tal sentido, destacó que "el informe de la Colonia Penal N° 19 del Servicio Penitenciario Federal expone las dolencias que padece y da cuenta del tratamiento que recibe en el establecimiento penitenciario en que cumple su pena".

Asimismo, tuvo en consideración que la defensa introdujo el argumento relativo a la pandemia de Covid-19 y argumentó que su asistido se encontraría comprendido de un grupo de riesgo en razón de que padece asma. Al respecto, puso de resalto lo consignado por la representante del Ministerio Público Fiscal en su dictamen en cuanto a que "el Servicio Penitenciario Federal adoptó, mediante el dictado del memorándum ME-2020-16932042-APN de la Dirección General de Régimen Correccional, medidas tendientes a evitar la propagación del virus dentro de los establecimientos penitenciarios".

Así, tuvo en cuenta que "se han intensificado la adopción de medidas de prevención y control, vigilancia y detección temprana, conforme criterios epidemiológicos, tendientes a reducir el riesgo de propagación del contagio en la población penal". En base a todo ello, entendió que no se verifica en la actualidad

Thomson Reuters

una situación en que el encierro carcelario configurase un riesgo particular para la salud de A. P.

En esa línea, el magistrado del tribunal señaló que no se han reportado casos de la enfermedad en la unidad en que A. P. permanece detenido, ni las autoridades médicas del establecimiento han dado cuenta de una imposibilidad para mantener las condiciones de sanidad adecuadas para su alojamiento.

Evaluó que, por el contrario, "las autoridades del Servicio Penitenciario Federal han elaborado protocolos y dictado medidas en virtud de la emergencia sanitaria, habiéndose creado, incluso, un Comité de Crisis, a fin de coordinar las acciones de prevención, detección y asistencia ante la alerta epidemiológica del coronavirus, y de esa manera, evitar la propagación del mismo en las unidades penitenciarias". En ese marco, destacó, se suspendieron las clases y todo tipo de actividades educativas en los centros carcelarios federales, se restringió la admisión o ingreso de internos provenientes de otras jurisdicciones, así como de visitas y otras personas que pudieran presentar síntomas.

Como conclusión de todo lo analizado, sostuvo que la mera invocación de la defensa de encontrarse su asistido dentro de la población de riesgo, no puede constituir, por sí misma, una razón suficiente para variar la situación de encierro de A. P.

En razón de las consideraciones precedentes, se concluye que, de adverso a lo sostenido por la defensa, el tribunal de mérito evaluó correctamente, en el caso concreto, los presupuestos de viabilidad del arresto domiciliario solicitado por la defensa del condenado, sin que los argumentos expuestos por el recurrente logren rebatir los fundamentos del decisorio impugnado, ni la validez de los criterios objetivos y subjetivos utilizados por el magistrado para denegarlo.

Sin perjuicio, corresponde encomendar al tribunal *a quo* que disponga a la Unidad Carcelaria donde el impugnante se encuentra detenido que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el SPF".

En definitiva, las discrepancias valorativas expuestas por el impugnante demuestran sólo que no se comparten los fundamentos brindados por el tribunal, mas esa sola circunstancia no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328 y 322:1605), o en alguna cuestión federal (Fallos: 328:1108); por lo que no corresponde la intervención de la jurisdicción de esta cámara y debe declararse inadmisible la vía intentada, sin costas.

Tal es mi voto.

El doctor *Barroetaveña* dijo:

Por compartir, en lo sustancial, los fundamentos expuestos por la doctora *Figueroa*, adherimos a la solución propuesta en cuanto corresponde declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto, sin costas.

El doctor *Mahiques* dijo:

Si bien las circunstancias personales del impugnante y su estado de salud, lo sitúan en un hipotético peligro frente a los efectos que pudieran derivarse de la pandemia de COVID-19 en un ámbito intramuros, la mera pertenencia a uno de los grupos de riesgo no configura, per se, el supuesto de peligro concreto requerido para habilitar la concesión del beneficio. El referido peligro efectivo se presentaría en el supuesto en el que se advierta una proximidad concreta de lesión a la salud o a la integridad psicofísica del interno —en los términos y con los alcances asignados a la emergencia sanitaria—, circunstancia que debe ser aportada por quien alega su existencia.

De este modo, es a la parte recurrente a quien incumbe demostrar cuál sería el peligro concreto y actual que sufre el detenido, y explicitar los puntos que considera arbitrarios de la resolución recurrida, o los agravios que no hayan sido debidamente atendidos por el *a quo*, circunstancias ausentes en el *sub examine*, y que como tales no pueden ser suplidos por esta jurisdicción.

Por otra parte, el impugnante no exhibe en su planteo un cuadro de riesgo sanitario que no pueda ser, por el momento, adecuadamente atendido y controlado dentro de la unidad en la que A. P. se encuentra detenido.

Tampoco el nombrado está comprendido en el listado realizado por la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal denominado "Población penal alojada. Informe en relación a (COVID-19)", el cual, si bien no es un requisito para la procedencia de la prisión domiciliaria, incluye a una cantidad de internos que se encuentran comprendidos en los grupos de riesgo señalados, a priori con un mayor peligro frente a un hipotético

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. Estar a la habilitación de la feria

Thomson Reuters

judicial extraordinaria para resolver en la presente causa resuelta por el *a quo*. II. Declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas (arts. 530 y cc. del CPPN). III. Estar a lo dispuesto en el punto II del decisorio impugnado por la defensa y, sin perjuicio de ello, Encomendar también al tribunal *a quo* a que requiera a la Unidad Carcelaria donde J. R. A. P. se encuentra detenido, que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de esta CFCP y la "Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el SPF" (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020). IV. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— (Acordada 5/2019 de la CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. Nota: Se deja constancia que atento a lo dispuesto en los Decretos de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional 297/2020 y 325/2020 y en las Acordadas CSJN 6/2020 y 8/2020, y CFCP 6/2020 y 7/2020, los doctores Ana María Figueroa, Carlos A. Mahiques y Diego G. Barroetaveña luego de deliberar en forma remota y virtual vía medios electrónicos disponibles, emitieron su voto de manera digital, de lo que dan fe las Secretarias de Cámara, doctoras Carolina Bienati (vocalía 10), Mariela Mazzón (vocalía 7) y Josefina Guardo (vocalía 5), respectivamente. — *Ana M. Figueroa. — Carlos A. Mahiques. — Diego G. Barroetaveña.*

ESTUPEFACIENTES

Transporte de 62 kilos de cocaína en la Provincia de Salta. Revocación del sobreseimiento.

El sobreseimiento de los imputados, a quienes se les atribuye el transporte de 62 k de cocaína en la provincia de Salta, debe revocarse, pues se advierte que los elementos probatorios analizados de manera parcial por el a quo no permiten tener por cierto que aquellos no hayan cometido el hecho que se les atribuye, máxime cuando es de público conocimiento que en el lugar donde acontecieron los hechos se está librando una ardua lucha contra el flagelo del narcotráfico y cuando en el proceso se encuentra investigado un funcionario público, lo que torna aún más necesaria la discusión abierta de los sucesos en el debate oral y público.

CFCasación Penal, sala III, 10/02/2020. - M., B. G. S. y otros s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/99/2020]

Causa N° FSA 5787/2016/12/CFC2

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 10 de 2020.

Considerando:

I. Que la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, provincia homónima, en la causa FSA 5787/2016/12/CA4 de su registro, con fecha 21 de mayo de 2019, resolvió "1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal a fs. 82/84 vta. y, en consecuencia, confirmar la resolución obrante a fs. 75/77 en la que se dictaron los sobreseimientos de B. G. M., F. M. G., G. R. E., M. F. E. C., A. O. C. y N. O. I." (cfr. fs. 114/134).

Contra dicha decisión, interpuso recurso de casación a fs. 135/149, el señor Fiscal General Subrogante, doctor Eduardo José Villalba, el que fue concedido por el *a quo* a fs. 150/151 y mantenido ante esta instancia a fs. 157.

II. El recurrente fundó su recurso en ambos incisos del artículo 456 del CPPN.

Tras discurrir sobre la admisibilidad del remedio intentado y relatar los antecedentes de la causa que derivaron en la confirmación del sobreseimiento de los encartados M., E., C., C., I. y G. por el hecho de transporte de estupefacientes endilgado, procedió a fundamentar su presentación.

Precisó que la resolución impugnada es arbitraria pues el *a quo* omitió analizar argumentos de relevancia para la solución del caso.

Así, destacó que tanto el Juez de Instrucción como los magistrados de la Cámara de Apelaciones valoraron de manera parcial la prueba existente en autos y el rol que cumplió cada uno de los imputados en el transporte de 62 kilos de cocaína.

Señaló que de las tareas de investigación y de las escuchas telefónicas directas y diferidas se tomó conocimiento de que era inminente que los imputados realizarían un transporte de droga y que de ello los preventores "... infirieron que el día 14 de noviembre, "B." I., junto a un tal "M.", se dirigían a Bolivia para comprar sustancias estupefacientes; las que serían trasladadas por un tal "N. Á.", valiéndose de la ayuda de un gendarme para traspasar los controles..." (cfr. fs. 143).

Opinó que de la prueba agregada al expediente se colige la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico de sustancia estupefaciente y en la cual, en el caso de autos, los imputados se valieron para sortear los controles de la prevención del Gendarme G. y ocultaron la droga en el vehículo marca

Thomson Reuters

Chevrolet Astra en donde viajaban los otros coimputados (M., V., A. y C.) siendo custodiados por 2 vehículos punteros un Chevrolet Corsa (ocupado por I., C. y C.) y una camioneta Amarok (tripulada por G. y M.).

Así, que se encuentra corroborado que todos los imputados actuaron de manera coordinada y fueron sorprendidos transportando el material prohibido por lo que corresponde dictar el procesamiento y prisión preventiva de los imputados M., E., C., C. e I. como autores de transporte de estupefacientes agravado por la intervención de 3 o más personas (arts. 5 inc. "c" y 11 inc. "c" de la ley 23.737) y de G. como autor de transporte de estupefacientes agravado por la intervención de 3 o más personas y por haber sido cometido por funcionario público encargado de la prevención (arts. 5 inc. "c" y 11 incs. "c" y "d" de la ley 23.737).

Aunó que lo que reprime al figurar de transporte de estupefaciente es el peligro abstracto a la salud pública no siendo suficiente para descartar la intervención de los imputados lo expuesto por el magistrado instructor en orden a que de las declaraciones testimoniales e indagatorias podría inferirse que los nombrados serían ajenos al hecho investigado, argumento que cae si se valora el cúmulo de pruebas agregadas al legajo.

Insistió que corresponde procesar a los imputados por el delito señalado sin perjuicio que al momento del procedimiento no tenían el material estupefaciente bajo su poder pues las circunstancias previas y concomitantes del suceso permiten afirmar que participaron y acordaron el plan criminal de transporte de estupefacientes, a la postre frustrado por la prevención.

Luego, rememoró que tanto la Cámara como el Juez Instructor resolvieron sobreseer a los encausado sosteniendo que lo declarado por el personal preventor no coincidía con lo consignado en el acta de procedimiento.

Así, que se circunscribió la suerte del proceso únicamente ha dicho elemento probatorio, desvirtuándose el resto de la copiosa prueba producida en el expediente.

Además, destacó una contradicción en la sentencia ya que "... en el párrafo 5°, del Punto I de los considerandos, se reconoció las fundadas sospechas que surgen respecto del tipo de actividad delictiva a la que se dedicaban I. y algunos otros de los sobreseídos; sospechas que fueron acreditadas con el resto de las medidas de investigación llevabas a cabo, en orden a confirmar la responsabilidad de los imputados en el delito..." (cfr. fs. 145 vta.).

Por ello, señaló que no se colige de la sentencia cual fue el razonamiento seguido por el *a quo* para sobreseer a los incursos cuando ello exige un estado de certeza absoluto que en el caso no se presenta atento al cúmulo probatorio.

Aunó que el acta de procedimiento de fs. 214/223 fue labrada por personal de la División de Drogas Peligrosas conforme lo establecido en los artículos 189, 190 y 192 del Código Procesal de la Provincia de Salta y que de la lectura del acta se desprende que se cumplieron todas las formalidades requeridas por la ley y que no habiendo sido cuestionada su validez la misma tiene pleno valor probatorio para acreditar la vinculación existente entre los imputados sobreseídos y los procesados, más aún si se tiene en cuenta que esa misma acta fue valorada por el instructor para dictar el procesamiento del resto de los imputados. Así que la única diferencia entre imputados procesados y sobreseídos fue que unos no fueron hallados en posesión de la droga.

Por lo demás, destacó que la labor de la preventora fue consentida por el magistrado instructor a lo largo de la investigación que derivó en el secuestro de 62 kilos de cocaína, por lo que mal puede haber expresado el magistrado la "falta de verosimilitud" en el accionar de la fuerza si todos los informes fueron validados hasta el procedimiento del día 14/11/2016.

Insistió que la narración de los hechos efectuada en el acta se debe contrastar con la totalidad de los elementos de prueba complementaria y no sólo con lo depuesto por los propios imputados y lo declarado por los preventores.

También afirmó que se debe presumir la legitimidad de lo actuado y depuesto por los preventores toda vez que se trató de actos llevados a cabo por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, circunstancia que sólo puede ser desvirtuada por el aporte de elementos de prueba eficientes para sembrar duda razonable en torno a la legitimidad del accionar policial.

En definitiva, postuló que la cuestión relativa a la coincidencia o no entre lo depuesto por los preventores con lo consignado en el acta se trata en definitiva de una cuestión de valoración probatoria que deberá ser dirimida por los magistrados al momento de merituar la prueba en el debate, pero que de ninguna manera torna irregular la actuación de los agentes policiales.

Por lo demás, señaló que el procesamiento es un juicio de probabilidad acerca de la existencia de un hecho delictivo y de la participación de los imputados en el mismo, no es necesaria la certeza de la existencia

Thomson Reuters

del delito ni que los imputados sean culpables, cuestiones estas que deberían ser dirimidas en el juicio.

Solicitó se haga lugar al recurso de casación e hizo reserva del caso federal.

III. Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines de los artículos 465, primera parte y 466 del CP, las partes hicieron presentaciones.

A fs. 185/190 vta. se presentó el defensor público oficial, doctor Ignacio F. Tedesco, asistiendo a A. O. C., solicitando se declare mal concedido el recurso interpuesto por el señor Fiscal General y en subsidio, y por sus fundamentos, se rechace el recurso de casación. Hizo reserva del caso federal.

Habiéndose celebrado la audiencia prevista por el artículo 468 del CP, de lo que se dejó constancia a fs. 207, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

El doctor *Gemignani* dijo:

I. Que el recurso de casación interpuesto resulta formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del CPPN), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla, el planteo esgrimido encuadra en lo previsto por el art. 456 del CPPN, y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

II. Ahora bien, llega la causa a estudio de esta alzada como consecuencia del decisorio adoptado por la Cámara Federal de Apelaciones de Salta en cuanto confirmó el sobreseimiento de B. G. M., F. M. G., G. R. E., M. F. E. C., A. O. C. y N. O. I.

Para así resolver los sentenciantes, luego de rememorar los pormenores de la causa, reseñar las declaraciones de los preventores, lo depuesto por los incursos en sus indagatorias y destacar los fundamentos —que creyeron correctos— del magistrado instructor para desvincular a los incursos, consideraron como argumento central —en línea con el magistrado de grado inferior— que en autos se presentaba una falta de verosimilitud e inconsistencias entre la información volcada en el acta de procedimiento de fs. 214/223 y lo realmente acontecido el día de los hechos.

En particular, resaltaron el encuentro que habrían mantenido I., C. y C. con los ocupantes del vehículo Chevrolet Astra que transportaba la droga —a la postre procesados por transporte de estupefacientes— y luego de estos últimos con G. (Gendarme) y M., circunstancia esta que vincularía a todos los imputados actuando de manera coordinada como parte de la organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes.

También avalaron el argumento desvinculante del juez instructor respecto a inconsistencias en el relato policial con relación a seguimientos a los imputados el día del suceso que denotaría una falta de atención en el proceder de los agentes lo que derivó en una quita del valor probatorio de lo plasmado en el acta de procedimiento.

A su vez también le restaron valor a las conclusiones que se vertieron en el acta respecto del imputado G. (Gendarme) pues se habrían presentado inconsistencias en orden al lugar y horario en el que habría prestado funciones.

Además destacaron que los imputados procesados —que fueron habidos transportando la ilegal sustancia— tampoco identificaron a ninguno de los sobreseídos como las personas que les entregaron la carga concluyendo, en consecuencia, que no existía prueba que conectara a los encartados con los ocupantes del vehículo que transportó los 62 kilos de cocaína, por lo que decidieron confirmar el criterio desvinculante.

Lo decidido fue recurrido por el acusador estatal tildando de arbitrario e inmotivado el pronunciamiento.

En particular destacó que es copiosa la prueba de cargo que analizada de manera conglobada y contextualizada avalaría la hipótesis de la existencia de una organización dedicada al tráfico de estupefacientes desde Bolivia a la Argentina y que los hoy sobreseídos participaron de manera activa y coordinada en el transporte de 62 kilos de cocaína.

III. Ahora bien, confrontada la totalidad de la evidencia reunida y el contexto objetivo del cual fueron obtenidas, entiendo que no se desprenden por el momento, elementos que permitan sostener la presencia de certeza negativa que requiere el ordenamiento procesal para dictar un sobreseimiento (art. 336 CPPN) respecto de B. G. M., F. M. G., G. R. E., M. F. E. C., A. O. C. y N. O. I.

De tal suerte, y más allá de la posibilidad de actuar conforme a dicha norma cuando se considere que la investigación se ha agotado y la prueba reunida resulta insuficiente a tales fines, la desvinculación del imputado del proceso debe siempre respetar el principio de motivación de los actos procesales, dando razón del porqué de dicha actividad (arts. 123 y 404, incisos 2) y 4) del CPPN).

Thomson Reuters

Se advierte en el presente caso que los elementos probatorios analizados de manera parcial por el *a quo* no permiten tener por cierto que los imputados no hayan cometido el hecho que se les atribuye.

En efecto, se colige que el tribunal de alzada, en línea con el juez de instrucción, desoyó las circunstancias apuntadas por el acusador estatal en su recurso de apelación y resolvió de manera arbitraria y contradictoria.

Así, recordemos que en su resolución los sentenciantes consignaron que "... este Tribunal —al igual que lo hizo el juez en su resolución— no soslaya las fundadas sospechas que surgen respecto del tipo de actividad delictiva a la que se dedicaba I. y alguno de los otros sobreseídos a partir del estudio de las conversaciones telefónicas producidas en la causa (como así de la existencia de la indumentaria de la Gendarmería nacional que se obtuvo de los allanamientos). Sin embargo, ello de modo alguno autoriza a atribuirles —sin más como se pretende— una intervención concreta en el tráfico de estupefacientes descubierto en la causa..." (cfr. fs. 130 vta.), descartándose su intervención, como ya se expuso, en el superlativo valor que se le asignó a lo depuesto por los incursos en sus indagatorias —en donde desconocieron el hecho y su vinculación con los coimputados procesados— y en la menguada valoración del acta de procedimiento que dio cuenta de lo acontecido el día de los sucesos debido a lo declarado por los agentes preventores en sus testimoniales alegándose falta de verosimilitud e inconsistencias en las mismas.

Por otra parte, el repaso de la sentencia recurrida demuestra que el tribunal colegiado *a quo*, al avalar los fundamentos de los sobreseimientos decretados por el instructor, parece deslindar el valor probatorio del acta de procedimiento de fs. 214/223 dándole entidad en cuanto dio cuenta de la actividad que desplegaron los consortes de causa a los cuales se sorprendió con la carga espuria en su poder y restándosela para desvincular a los presuntos "punteros" o "barredores" —como lo consigna el acusador estatal— mediante fundamentos arbitrarios y subjetivos en orden a la ausencia de estupefaciente en sus rodados y la falta de solución de continuidad respecto del momento en que estos "punteros" habrían sido interceptados por la prevención y el tiempo en que lo fueron los transportistas.

En consecuencia, lo expuesto y los elementos señalados en el recurso del acusador público, aparecen como suficientes para que oportunamente se debata la responsabilidad de los imputados en el marco del juicio oral, oportunidad en la cual deberá develarse con certeza mediante un análisis conglobado de la prueba de cargo y del contexto de actuación de los involucrados si la actividad que los incursos desplegaron podía considerarse como prestación socialmente ubicua o si se excedieron de dicho rol y efectivamente tuvieron un aporte al hecho principal que se les endilga.

Repárese en qué tanto de las apreciaciones del recurrente, como del fallo cuestionado, surge que el eje argumental se centra en probar o no la conexión entre los aquí imputados y sus consortes de causa procesados por el transporte de 62 kilos de cocaína.

Y a ello se debe arribar mediante un análisis objetivo y contextualizado de la actividad desplegada por todos los imputados en el hecho principal y no de probar o no la conexión subjetiva entre ellos o en dirimir el valor probatorio de actos procesales legalmente válidos, y que fueron controlados por el juez interviniente, mediante apreciaciones subjetivas en las declaraciones de los preventores. Por el momento, ello es materialmente imposible, puesto que la psiquis del ser humano no es accesible al otro sino en la medida en que las objetivizaciones que de su conducta surjan así lo permitan dilucidar.

Este inconveniente que se genera en el marco de una imputación, es parte de las falencias que exhibe el finalismo al desdoblar lo subjetivo y lo objetivo y consecuencia de la herencia del sistema tradicional de Liszt-Beiling-Radbruch que se encuentra hoy evidentemente cuestionado.

El enfoque de los magistrados que han intervenido al valorar que "conocían" o "debían conocer" los imputados, revela los problemas de esta concepción tradicional que entiende el dolo como un "querer" cuando en realidad debe ser concebido como un "deber querer", una voluntad de lo que "no debe ser".

En definitiva, determinante no es *per se* aquello que el autor fácticamente conoce o puede conocer, sino solamente aquello que él, normativamente, debe saber; desde una óptica funcionalista sistémica entonces, corresponde recurrir a una imputación objetiva en la que no se dependa de la volitiva disposición psíquica real del autor, sino a su infracción al deber.

Es sobre ese punto en definitiva, donde deberá girar la cuestión, puesto que si imputar significa establecer o reconstruir las reglas según las cuales se procede a definir como "causa" determinante de un riesgo, de entre todas las existentes, al realizado por uno o varios de los intervinientes, y definirlos por ello como responsables; procedimiento explicativo que distingue aportes por competencia o ejercicio de roles, pero no en virtud de aportes fácticos; los términos y definiciones de autor y partícipe resultan provisorias y mudables.

Thomson Reuters

En este mismo orden de ideas, no pudo dejar de destacar que el Estado Argentino ha asumido compromisos internacionales por medio de la ley 24.072, al ratificar la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas", lo que impone la necesidad de analizar la procedencia de la vía casatoria ensayada teniendo en consideración los parámetros que surgen de ella, ya que de proceder de otra manera el estado Argentino podría incurrir en responsabilidad internacional por el incumplimiento de la Convención.

A mayor abundamiento y más allá de todo lo reseñado en este voto tampoco puede soslayarse al momento de decidir, que los hechos examinados acontecieron en la provincia de Salta, en una localidad cercana a la ciudad de San Ramón de la Nueva Oran y como es de público y notorio conocimiento en dicha jurisdicción se está librando una ardua lucha contra el flagelo del narcotráfico.

A esto se le debe añadir que en autos se encuentra investigado un funcionario público integrante de Gendarmería Nacional —fuerza federal que lidera la lucha contra el narcotráfico en la jurisdicción— quien en la hipótesis delictiva habría utilizado su rol para facilitar la empresa delictiva lo que torna aún más necesaria la discusión abierta de los suceso en el debate oral y público.

Refuerza la argumentación, el especial status de los delitos en los que participan funcionarios públicos en nuestro país, consecuencia de la aprobación mediante la ley 24.759, sancionada el día 04/12/1996, e ingresada en vigencia el día 07/11/1997, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de Estados Americanos el día 29 de marzo de 1996 y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la ley 26.097.

En razón de ello, toda vez que en autos no se ha acreditado de modo certero que B. G. M., F. M. G., G. R. E., M. F. E. C., A. O. C. y N. O. I. hubiesen sido ajenos al hecho investigado, corresponde revocar sus sobreseimientos en los términos apuntados.

Con esta perspectiva, remitida que sea la causa al instructor, se deberá efectuar un nuevo análisis jurídico del conjunto probatorio reunido sobre la conducta imputada en las circunstancias objetivas referidas, de conformidad con lo reiteradamente solicitado por el acusador estatal.

IV. En virtud de lo expuesto, propongo al acuerdo: I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 135/149 por el señor Fiscal General subrogante, doctor Eduardo José Villalba. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 del CPPN). II. Revocar la resolución impugnada y su antecedente necesario, debiéndose remitir las presentes actuaciones a la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, para que tome razón de lo aquí resuelto y, oportunamente, devuelva la causa al Juzgado interviniente a efectos de que, con la celeridad que el caso impone, se prosiga con el trámite de la causa. III. Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la defensa.

Así voto.

El doctor *Riggi* dijo:

Habremos de acompañar la solución propuesta por nuestro distinguido colega que lidera el Acuerdo, en cuanto a que corresponde hacer lugar al recurso del Ministerio Público Fiscal, anular la resolución de la Sala I de la Cámara Federal de Salta que confirmó los sobreseimientos de B. G. M., F. M. G., G. R. E., M. F. E. C., A. O. C. y N. O. I., y remitir la causa al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento.

Ello así, toda vez que concordamos con los fundamentos expuestos por el doctor Juan Carlos Gemignani en su ponencia, en atención a que en el *sub examine* no se verifica la existencia de la certeza negativa suficiente que, a nuestro juicio, debe primar para tomar una decisión como la recurrida en autos. (cfr. nuestro voto en las causas de esta Sala III, N° 11.009 "Villafañe, Claudia A. s/ recurso de casación" reg. N° 1574/2009 del 04/11/2009, y N° 12.548

Tal es nuestro voto.

La doctora *Catucci* dijo:

Toda vez que los términos de la resolución impugnada revelan su desajuste con las características propias de la naturaleza del sobreseimiento, conforme fuera señalado *in re:* "Grimaldi, Héctor F. y otros s/ recurso de casación" (causa N° 8802, reg. N° 12287, rta. el 14/07/2008, Sala I), me adhiero a la solución propuesta, sin costas (arts. 470, 530 y 532 del CPPN).

Tal es mi voto.

En virtud del resultado habido en el Acuerdo que antecede el Tribunal resuelve: I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 135/149 por el señor Fiscal General subrogante, doctor Eduardo José Villalba. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 del CPPN). II. Revocar la resolución impugnada y su antecedente necesario, debiéndose remitir las presentes actuaciones a la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, para que tome razón de lo aquí resuelto y, oportunamente, devuelva la causa al Juzgado interviniente a efectos de que, con la celeridad que el caso impone,

Thomson Reuters

se prosiga con el trámite de la causa. III. Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la defensa. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial —CIJ— de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada de la CSJN N° 5/19) y remítase al Tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Eduardo R. Riggi.* — *Juan C. Gemignani.* — *Liliana E. Catucci.*

EXCARCELACIÓN EN LA PANDEMIA

Parámetros de actuación en relación con la situación planteada por la sobrepoblación carcelaria y la pandemia COVID-19. Medidas alternativas al encierro.

> La Cámara Federal de Casación Penal definió parámetros de actuación con relación a la situación planteada por la sobrepoblación carcelaria y la pandemia COVID-19; en ese orden de ideas, mediante la acordada 9/20, se recomendó a los tribunales de la jurisdicción adoptar medidas alternativas al encierro de personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión y de las que están en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplan con los demás requisitos.

CFCasación Penal, sala IV, 14/04/2020. - S., S. D. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/9306/2020]

Causa FCB 28883/2018/TO1/4/1/1/CFC3

Buenos Aires, abril 14 de 2020.

Considerando:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba, con fecha 2 de abril de 2020, resolvió: "Denegar la excarcelación articulada por el señor Defensor Oficial en representación del imputado S. D. S. (art. 317 inc. 5 del CPPN, y art. 13 CP., y 319 CPPN)".

II. Que, contra dicha decisión, el defensor público oficial subrogante, Dr. Rodrigo Altamira, interpuso el recurso de casación en estudio, el que fue concedido por el *a quo*.

La defensa sostuvo, entre otras cuestiones, que el tribunal no ponderó la Recomendación de la CIDH relativa a la situación de emergencia suscitada por la pandemia del Covid 19. Adicionalmente solicitó la habilitación de feria.

III. Que de las constancias traídas a conocimiento de esta instancia, surgen elementos suficientes que justifican estar a la habilitación de la feria extraordinaria dispuesta por el *a quo* como consecuencia de la emergencia pública sanitaria (Decretos 260/20, 297/20, 325/20 y 355/20 PEN, Acordadas 4/20, 6/20, 8/20 y 10/20 de la CSJN y Acordadas 3/20, 4/20, 5/20, 6/20 y 8/20 de esta CFCP).

IV. Las particulares circunstancias del caso (conf. sistema Lex100) apuntan a la siguiente situación procesal de S. D. S.: fue condenado el 18/10/2019 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba a la pena de 3 años de prisión de cumplimiento efectivo (arts. 277 inc. 1 apartado c, 189 *bis* inc. 2, segundo párrafo, 45 y 55 del CP). La condena no está firme porque se encuentra pendiente de resolución un recurso de casación de un coimputado. S. (de 23 años de edad) se halla detenido en esta causa de forma ininterrumpida desde el 26/10/2017; y cumpliría la pena el 26/10/2020. La defensa había solicitado la libertad condicional el 25/10/2019 (según lo previsto en el art. 317 inc. 5 CPPN), petición que fue denegada por el *a quo* el 22/11/2019. Esta Sala rechazó el recurso de casación de la defensa deducido contra aquel pronunciamiento el 04/03/2020 (reg. N° 213/20).

En virtud de la teoría de los recursos, es ineludible el principio que ordena que éstos sean resueltos de conformidad con las circunstancias existentes al momento de su tratamiento, aunque sean ulteriores a su interposición (confrontar su aplicación en los Fallos: de Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, 285:353; 310:819; 315:584, entre muchos otros).

Así las cosas, corresponde señalar que, posteriormente al dictado de la resolución traída a examen en esta instancia, esta Cámara Federal de Casación Penal definió parámetros de actuación en relación a la situación planteada por la sobrepoblación carcelaria y la pandemia Covid 19. En ese orden de ideas, mediante la Acordada 9/20 (13/04/2020), se recomendó a los tribunales de la jurisdicción adoptar medidas alternativas al encierro respecto de "...c) Personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión; d) Personas en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplan con los demás requisitos...". Dicha circunstancia no ha podido ser considerada por el *a quo* al momento de resolver.

En estas condiciones, y por cuestiones de economía procesal y celeridad, en miras de evitar un excesivo rigor formal contrario a la situación de excepción que se presenta en estos momentos de extrema emergen-

Thomson Reuters

cia sanitaria, y también para garantizar un adecuado servicio de justicia, en especial a las personas que se encuentran privadas de libertad, es que corresponde que se devuelvan las actuaciones a la instancia anterior, a fin de que se dicte una nueva resolución con las consideraciones aquí señaladas, sin que ello implique un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión recurrida por parte de esta instancia.

Por ello, con el voto concurrente de los suscriptos (art. 30 bis, último párrafo del CPPN), el Tribunal resuelve: Devolver la presente causa al tribunal *a quo* a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a las actuales circunstancias, con la celeridad que el caso requiere. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial - CIJ (Acordada 5/2019 de la CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky.* — *Javier Carbajo.*

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Dictamen concordante con lo solicitado por la defensa de los acusados. Ausencia de contradicción. Nulidad de la sentencia.

1. — Si el representante del Ministerio Público Fiscal, con fundamentos suficientes, dictaminó en el mismo sentido que el propuesto por la defensa, con motivo de la ausencia de controversia, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y anular la resolución recurrida.

2. — En el caso, la existencia de un dictamen fiscal, debidamente fundado, dirigido en un sentido idéntico al de la impugnación interpuesta por la defensa, revela la ausencia de contradicción entre las partes y determina la suerte favorable del recurso de casación interpuesto. (Del voto del Dr. Carbajo).

4. — Debe interpretarse que si el Fiscal General —en tanto superior jerárquico del Fiscal de Juicio— declina la pretensión acusatoria allanándose a la pretensión de la defensa, el juzgador en la etapa recursiva no puede suplantarlo en su rol sin romper el juego de equilibrio entre las partes. (Del voto del Dr. Hornos).

CFCasación Penal, sala IV, 10/03/2020. - G., J. A. y otra s/ Recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/1821/2020]

COSTAS

Sin costas.

Casación n° FCR 5670/2017/CFC1

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 10 de 2020.

Resulta:

I. Que el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Río Gallegos, en el expediente FCR 5670/2017/CFC1 de su registro, con fecha 13 de junio de 2019, resolvió, en cuanto aquí interesa: "I) Condenar a J. A. G., de las demás condiciones personales mencionadas al inicio, como Coautor del Delito de impedir el normal funcionamiento del servicio de transporte por tierra a cumplir la Pena de nueve meses de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, ordenando que cargue con el pago de las Costas del proceso (arts. 26, 29 inc. 3°, 45 y 194 del Cód. Penal). II) Condenar a O. R., de las demás condiciones personales mencionadas al inicio, como Coautora del Delito de impedir el normal funcionamiento del servicio de transporte por tierra a cumplir la Pena de tres meses de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, ordenando que cargue con el pago de las Costas del proceso (arts. 26, 29 inc. 3°, 45 y 194 del Cód. Penal)....." (Cfr. fs. 391/404 vta.)

II. Que, contra dicha decisión, interpuso recurso de casación el doctor E. A. P., abogado defensor de J. A. G. y O. R. (cfr. fs. 412/433), el que fue concedido por el magistrado "a quo" (cfr. fs. 434/436 vta.) y mantenido fs. 444.

III. El recurrente encarriló sus agravios en ambos incisos del art. 456 del CPPN.

En primer lugar, planteó la inconstitucionalidad del Art. 459 inc. 1 del CPPN por resultar violatorio del derecho de defensa en juicio y del debido proceso.

Por otra parte, entendió que el tribunal valoró erróneamente la prueba producida durante el debate. Al respecto, indicó que no existe certeza de que efectivamente G. o R. hubieran estado presentes al momento de iniciado el impedimento del tránsito vehicular, ni que ellos hubieran decidido realizar y encabezar la protesta en cuestión.

Dijo que el "a quo" le dio única y especial preponderancia a la declaración prestada por los gendarmes en sede policial, pero sin otras pruebas objetivas que apoyen y sustenten su testimonio, lo que a su criterio no permite arribar a una sentencia condenatoria. En consecuencia, entendió que la sentencia cuestionada viola el principio de igualdad ante la ley.

Thomson Reuters

Asimismo, cuestionó la calificación jurídica sostenida por el magistrado sentenciante; consideró que no puede tenerse por acreditado el dolo que requiere el tipo del artículo 194 del CP. Sobre el particular, expresó que sus asistidos no permanecieron en el lugar a fin de cortar o interrumpir el tránsito, sino para acompañar en un reclamo a trabajadores de su gremio que padecían una situación desesperante.

Entendió que, en contra de lo sostenido por el juez, la presencia de G. y R. en dicho sitio se debió a un reclamo constitucional de los derechos de los trabajadores por la falta de cobro de sus salarios, los que no variaron pese a la inflación.

Manifestó que, en caso de considerar que la conducta que se reprocha a sus defendidos resulta típica y encuadra en el Art. 194 del CP, el accionar de los nombrados resultó antijurídico porque que se trató de un legítimo o regular ejercicio de sus derechos (Art. 34 inc. 4 del CP): de peticionar a las autoridades, de reunión y de libertad de expresión. En ese orden de ideas, entendió que el caso de autos se trató de una protesta que se inscribe dentro del ejercicio de un derecho constitucional que no ha puesto en peligro el bien jurídico protegido por el Art. 194 del CP.

En lo referente a la culpabilidad, dijo que pudo haber existido un error invencible de prohibición o una falta de conciencia total de antijuridicidad. También mencionó el exceso en las causas de justificación o el ejercicio de los derechos (Art. 35 del CP).

Por otra parte, cuestionó la mensuración de la pena efectuada por el "a quo", que consideró falta de adecuada fundamentación.

Finalmente, reiteró que la sentencia resulta arbitraria por carecer de motivación.

Por todo ello, solicitó que se case la resolución impugnada y se dicte el sobreseimiento de sus defendidos.

Hizo reserva del caso federal.

IV. Que durante el término previsto en los arts. 465, 4to. párrafo y 466 del CPPN se presentó el señor fiscal general ante esta instancia, doctor Javier Augusto de Luca, quien entendió que la condena de J. G. y de O. R. implicó una "suerte de responsabilidad objetiva" y que se castigó a los nombrados por su rol de dirigentes sindicales y por el haber reconocido que fueron los responsables políticos y gremiales de la dirección de la protesta, sin haber traducido esas situaciones al ámbito penal.

También dijo que el fallo adolece de ausencia de análisis sobre la lesión o puesta de peligro de algún bien jurídico protegido mediante una ley penal (Art. 19 de la Constitución Nacional).

Evaluó que la sentencia cuestionada tiene una escasa o nula valoración de las causas de justificación de estado de necesidad y de legítimo ejercicio de un derecho derivadas del ejercicio de la libertad de expresión en el caso, invocadas por la defensa, o, en su caso, de un exceso en dichas causas de justificación (Art. 35 del CP).

En definitiva, sostuvo que el caso de autos se refirió a una protesta de contenido social que no puso en peligro el bien jurídico cuya ofensa reclama el Art. 194 del CP y que puede inscribirse dentro de los estándares internacionales de jerarquía constitucional del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Por ello, evaluó que debe hacerse lugar al recurso de la defensa.

V. Que, superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del CPPN, oportunidad en la cual el señor fiscal general ante esta Cámara Federal de Casación Penal presentó breves notas, de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas (fs. 458/461).

El doctor *Borinsky* dijo:

I. En primer lugar, con relación al planteo respecto de la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por la defensa de los imputados, si bien el monto de pena al que resultaron condenados J. A. G. y O. R. (nueve meses de prisión y tres meses de prisión, respectivamente) no supera el límite impugnaticio previsto por el art. 459, inc. 2°, del CPPN, es menester señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la inconstitucionalidad de tal obstáculo formal en el fallo "Giroldi" (cfr. G. 342 XXVI, rta. el 07/04/1995); a cuyos fundamentos, brevitatis causae, me remito.

Por ello, toda vez que la sentencia puesta en crisis es de aquéllas contempladas por el art. 457 del CPPN, los agravios planteados se encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del CPPN, y se han cumplido con los requisitos de temporaneidad y fundamentación exigidos por el art. 463 del CPPN, el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. A. G. y de O. R. resulta formalmente admisible.

II. Superado el juicio de admisibilidad, cabe recordar que el "a quo" tuvo por acreditado que entre el 10 y el 21 de mayo del año 2017, oportunidad en la cual un numeroso grupo de personas identificado con la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) interrumpió la circulación vehicular en los accesos a la ciudad de Río Gallegos, Provincia de Santa Cruz,

Thomson Reuters

en diferentes lugares de la Ruta Nacional N° 3 y en la Ruta Provincial N° 53. Ello, a modo de protesta para reclamar que las autoridades provinciales y nacionales solucionen diversos problemas de la población santacruceña (Cfr. fs. 394 vta.).

Este hecho fue calificado como constitutivo del delito de entorpecimiento y/o impedimento del normal funcionamiento de los transportes por tierra, y se condenó a J. A. G. y a O. R. en calidad de coautores (Arts. 45 y 194 del CP).

Ahora bien, el doctor Javier Augusto de Luca, representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, con fundamentos suficientes, dictaminó en el mismo sentido que el propuesto por la defensa de J. A. G. y O. R. (cfr. fs. 446/455 vta.).

Conforme ello, resulta aplicable al caso en autos, en lo pertinente, lo resuelto por el suscripto en diversos precedentes (CFCP, Sala IV, Causas 16.664 "Raneri, Raúl A. s/ recurso de casación", rta. 10/07/2013, Reg. 1233/13 y FCR 42000236/2012/CFC1 "Abarza Rocenda, Hugo M. s/ recurso de casación", rta. 04/10/2017, Reg. 1377/17).

En dichas circunstancias, con motivo de la ausencia de controversia en autos, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial que asiste técnicamente a J. A. G. y O. R., anular la resolución recurrida y reenviar las presentes al tribunal "a quo" para su sustanciación. Sin costas en la instancia.

El doctor *Carbajo* dijo:

Que coincido sustancialmente con los argumentos brindados por el colega que lidera el Acuerdo, doctor Borinsky.

En efecto, del trámite de la presente causa se desprende que el representante del Ministerio Público Fiscal, al momento de dictaminar —en la oportunidad prevista por los artículos 465, cuarto párrafo y 466 del CPPN— peticionó que se haga lugar al recurso interpuesto por la defensa particular de J. A. G. y O. R. (cfr. fs. 446/455).

Fundamentó su posición, en primer lugar, en que la sentencia impugnada implicó "una suerte de responsabilidad objetiva", afectando el principio de culpabilidad, dado que los imputados habrían sido castigados por su rol de dirigentes sindicales y por haber reconocido ser los responsables políticos y gremiales de la dirección de la protesta, sin describir —en concreto— la conducta que se les atribuye.

A continuación, indicó que no se había analizado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por una ley penal y recordó que los tipos penales atribuidos reclaman una ofensa a la seguridad común, aspecto que no se habría demostrado en la sentencia recurrida.

También manifestó que hubo una escasa o nula valoración de las causas de justificación invocadas —estado de necesidad justificante y legítimo ejercicio de un derecho, derivadas del ejercicio de la libertad de expresión—. Señaló, en ese sentido, que los cortes de ruta tuvieron como causa reclamos laborales y sociales, como un último recurso de los manifestantes para ser oídios seriamente.

También indicó que las molestias y desórdenes que generaron los manifestantes no constituían los peligros a los que refiere el tipo penal atribuido. En ese mismo sentido, aclaró que las lesiones sufridas con posterioridad por algunos gendarmes no integraron el objeto procesal de la causa, que se circunscribió al entorpecimiento del tránsito vehicular.

Luego de ello, expresó que el castigo penal posterior por hechos que habían cesado no superaba los estándares establecidos por la Corte Interamericana para la utilización de sanciones penales que limiten la libertad de expresión. Destacó que existían medios menos lesivos para tratar con el conflicto y que el castigo de una protesta social se oponía al funcionamiento saludable de una sociedad democrática.

Agregó que en el caso hipotético de que los imputados se hubieran excedido en el ejercicio de sus derechos se llegaría al mismo resultado, dado que la ley penal reconduce la tipicidad a una figura culposa, que no está prevista en el delito previsto en el artículo 194.

Finalmente, sostuvo que "el caso de autos se refiere a una protesta de contenido social que no puso en peligro el bien jurídico cuya ofensa reclama el art. 194 CP que es por el único hecho por el que fueron acusados y que, además, puede inscribirse dentro de los estándares internacionales de jerarquía constitucional del ejercicio del derecho a la libertad de expresión; las violencias ejercidas se subsumen en otros tipos penales sobre los que no ha tratado el caso; y los hechos no versaron en un caso de un piquete como medio para cometer otros delitos, por ejemplo, extorsiones a autoridades o a particulares, etc. Que serían perfectamente punibles" (cfr. fs. 455).

Por esos motivos consideró que existían razones suficientes para hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa.

Ahora bien, tal como lo señala el voto que lidera el presente Acuerdo, la existencia de un dictamen fiscal, debidamente fundado, dirigido en un sentido idénti-

Thomson Reuters

co al de la impugnación interpuesta por la defensa, revela la ausencia de contradicción entre las partes y determina la suerte favorable del presente recurso.

En mérito de lo expuesto, adhiero a la solución propuesta por mi distinguido colega que me precede y doy mi voto en ese sentido, sin costas (arts. 530 y 531 del CPPN).

El doctor *Hornos* dijo:

Comparto en lo sustancial las consideraciones vertidas por el colega que lidera este acuerdo, doctor Borinsky —a cuyos fundamentos me remito— y que lleva la adhesión del doctor Carbajo en orden a hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial y, en consecuencia, anular la resolución recurrida.

Es que corresponde hacer extensiva la aplicación de la doctrina de "Tarifeño" y "Cattonar" al ámbito recursivo, pues si la Corte Suprema entendió que la posición acusatoria y valorativa de la prueba del juicio asegura el contradictorio y habilita la potestad de juzgar, de la misma manera debe interpretarse que si el señor Fiscal General —en tanto superior jerárquico del Fiscal de Juicio— declina la pretensión acusatoria allanándose a la pretensión de la defensa, el juzgador en la etapa recursiva no puede suplantarlo en su rol sin romper el juego de equilibrio entre las partes. (cfr. mi voto en causa N° 14.824 "López, Miguel Á. y otra s/ recurso de casación", reg. N° 1488/12, rta. el 30/08/2012; causa N° 15.413 "Castillo, Patricio s/ recurso de casación", reg. N° 2263/12, rta. el 22/11/2012 y en causa N° 16.664 "Rajneri, Raúl N. s/ recurso de casación", reg. N° 1233/13.4, rta. 10/07/2013; entre muchos otros).

Las formas sustanciales del juicio requieren de acusación, defensa, prueba y sentencia, dictada por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal, reconociendo de esta manera el carácter acusatorio que debe iluminar la legislación procesal penal, en resguardo de la garantía de debido proceso penal (art. 18 CN).

En consecuencia, adhiero a la propuesta de mis colegas de hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del CPPN).

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el tribunal, resuelve: I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 412/433 por la Defensa Pública Oficial que asiste técnicamente a J. A. G. y O. R., Anular la resolución recurrida y Reenviar las presentes al tribunal "a quo" para su sustanciación. Sin costas en la instancia (Art. 530 y ss. del CPPN). Regístrese, notifíquese y, comuníquese (Acordada N° 5/19 CSJN). Remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.— *Mariano H. Borinsky. — Javier Carbajo. — Gustavo M. Hornos.*

AUTONOMÍA FUNCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Fundamentación del alegato. Mera discrepancia del juez con la decisión del acusador. Admisibilidad del recurso de casación. Agravio actual de imposible reparación ulterior. Control jurisdiccional de sus actos. Disidencia.

1. — De la lectura de las actas del debate y las razones esgrimidas por el *a quo* para anular el alegato del Fiscal General se desprende que su decisión se encuentra basada en un mero disenso con las razones que lo llevaron a propiciar la absolución de los imputados, las que, aunque opinables, superan el *test* mínimo de fundamentación exigido en la normativa citada.

2. — La admisibilidad de la impugnación incoada en orden a la configuración del agravio actual de imposible reparación ulterior que implicaría para el imputado su sometimiento a un nuevo juicio en alegada violación del principio del debido proceso, conlleva a la conclusión de que el pronunciamiento dictado posee la nota de definitividad necesaria a los fines de habilitar la revisión de la Cámara de Casación. (Del voto del Dr. Hornos).

4. — El control del juzgador sobre los requerimientos del Fiscal, específicamente sobre el alegato efectuado en el debate por esa parte, tiene que ser realizado de manera que no afecte el debido proceso; por lo que su actuación tiene que desarrollarse teniendo en cuenta el estricto límite impuesto por el artículo 120 de la Constitución Nacional, que le otorga al Ministerio Público Fiscal la independencia funcional. (Del voto del Dr. Hornos).

6. — Las decisiones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva. (Del voto en disidencia del Dr. Borinsky).

8. — El rechazo de nulidades no es de aquellas resoluciones previstas por el art. 457 del C.P.P.N. susceptibles de ser atacadas mediante un re-

Thomson Reuters

curso de casación. (Del voto en disidencia del Dr. Borinsky).

CFCasación Penal, sala IV, 11/03/2020. - B., Á. D. y otros s/ Recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/7036/2020]

Causa FSA 15920/2017/TO1/CFC2

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 11 de 2020.

Resulta:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Salta, provincia homónima, con fecha 23 de septiembre de 2019 —cuyos fundamentos fueron dados a conocer el día 30 de septiembre de 2019—, en lo que aquí interesa, resolvió: "I) Rechazar las nulidades absolutas formuladas por el Ministerio Público Fiscal y la adhesión de las defensas, conforme se considera. II) Anular el alegato fiscal por falta de fundamentación suficiente, conforme lo normado por los arts. 66, 69 y concordantes del CPPN disponiendo el apartamiento del Sr. Fiscal actuante en la presente causa y oficiar al Sr. Fiscal General para que designe otro fiscal, el que deberá intervenir en un nuevo juicio. III. Disponer la nulidad del debate y el apartamiento de los integrantes de este Tribunal para seguir entendiendo en esta causa (...)" (cfr. fs. 887/vta. y 888/896 vta.).

II. Contra esa resolución, el señor Fiscal General, doctor Carlos Martín Amad, interpuso recurso de casación a fs. 901/908 vta., el que fue concedido por el *a quo* a fs. 916/917.

III. El representante del Ministerio Público Fiscal articuló sus agravios en función de ambos incisos del art. 456 del CPPN.

Luego de reseñar los antecedentes del caso y de fundar la procedencia formal de su impugnación, sostuvo que en la decisión criticada se ha aplicado erróneamente la ley material y formal.

Seguidamente, explicó que el pronunciamiento criticado resulta arbitrario en la medida en que el tribunal de la instancia anterior se basó en una discrepancia con el razonamiento efectuado por el representante del Ministerio Público Fiscal para descartar la pretensión de esa parte y, de ese modo, ordenar la realización de un nuevo debate.

En este sentido, enfatizó que "No estar de acuerdo con las conclusiones para absolver, arribadas por este magistrado, no habilita en forma alguna al Tribunal a declarar la nulidad del pedido absolutorio de esta parte" (cfr. fs. 903).

Sobre el punto, el señor Fiscal General sostuvo que la sanción de nulidad dispuesta por el tribunal solo se puede imponer cuando el acto procesal en cuestión haya incurrido en un vicio estructural y sustancial, extremo que, a criterio del recurrente, no sucedió en el presente caso en tanto dicha parte no incurrió en omisiones ni ponderaciones de elementos probatorios inexistentes.

Además, agregó que de permitirse la realización de un nuevo juicio como ordenó el *a quo* se vería afectada la autonomía funcional de ese Ministerio Público Fiscal que definió la pretensión punitiva delimitando la actuación de los jueces, lo cual, a su vez, resulta violatorio del principio de ne bis in ídem.

Recordó que al formular su alegato final, el recurrente indicó que la detención y posterior requisa de los procesados en autos se realizó en forma contraria a derecho y sin orden judicial. Al respecto, dijo que de las declaraciones testimoniales brindadas por el personal policial se desprende que el procedimiento atacado no se ajustó a los parámetros establecidos por el art. 230 bis del CPPN.

Asimismo, refirió que el otro planteo de nulidad articulado durante su alegato se basó en que el personal policial procedió a explorar los teléfonos celulares de los imputados sin orden judicial.

En esta dirección, alegó que en el presente caso no nos encontramos frente a un supuesto de flagrancia que autorice dicho proceder ni se advierte la urgencia para omitir el aviso a la autoridad judicial competente.

En este orden de ideas, el señor Fiscal General concluyó que en el *sub lite* no se verifican indicios vehementes de culpabilidad, ni circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan inferir la comisión de un delito, de modo que el accionar policial en autos resultó nulo.

Sobre el particular, destacó que "Encontrarse circulando en una motocicleta junto a una acompañante, que habla por teléfono con otro que en teoría se supuso venía 500 metros atrás, de ningún modo puede dar lugar a la sospecha razonable que exige el código de rito para permitir una injerencia, sin orden judicial, en los derechos de los ciudadanos" (cfr. fs. 905).

A continuación, afirmó que en las presentes actuaciones existió un solo cauce de investigación cuyo origen estuvo gravemente viciado, sin que se advierta la existencia de una fuente autónoma que permita incorporar y valorar la prueba de cargo obrante en contra de los imputados.

Thomson Reuters

Finalmente, peticionó que se tenga por planteada la cuestión constitucional y se resuelva conforme a los principios constitucionales invocados.

IV. Que en la oportunidad prevista por el art. 465 bis, en función de los arts. 454 y 455 ibídem (según ley 26.374), del CPPN, el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier Augusto de Luca, se presentó a fs. 927/931 vta. y solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.

En la misma oportunidad procesal, se presentó el Defensor Público Oficial ante esta instancia asistiendo a A. D. B. y J. A. M. y solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal (cfr. fs. 932/934 vta.).

El doctor *Borinsky* dijo:

En primer término, procede examinar la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Ello es así, en virtud de que el juicio sobre la admisibilidad formal efectuado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Salta es de carácter provisorio (cfr. fs. 918/919). Pues, el juicio definitivo sobre dicho extremo corresponde a esta Cámara y puede ser emitido por esta alzada sin pronunciarse sobre el fondo, tanto antes como después de la audiencia para informar o en el mismo momento de dictar sentencia (cfr., en lo pertinente y aplicable, Sala IV, CFCP: causa N° 1178/2013, "Alsogaray, María J. s/ recurso de casación", reg. N° 641.14, rta. el 23/04/2014; causa CFP 1738/2000/TO1/2/CFC1, "Bignoli, Santiago M. y otros s/ incidente de prescripción de acción penal", reg. N° 1312.14, rta. el 27/06/2014; causa N° 1260/2013, "Ríos, Héctor G. s/ recurso de casación", reg. N° 695.15, rta. el 20/04/2015; causa FSA 74000069/2007/TO1/CFC1, "Ojeda Villanueva, Néstor A. s/ recurso de casación", reg. N° 1111.15., rta. el 09/06/2015; causa FSM 20134/2014/TO1/5/1/CFC1, "J. M. s/ recurso de casación", reg. N° 672/16, rta. el 30/05/2016; causa FSA 74000032/2012/TO1/12/1/CFC3, "Amante, Martín E. s/ recurso de casación", reg. N° 1128/16, rta. el 12/09/2016; causa CFP 5772/2013/TO1/7/CFC10, "Masine, Daniel H. s/ recurso de casación", reg. N° 700/17, rta. el 13/06/2017; causa FTU 400696/2006/TO1/2/CFC3, "Peluffo, Silvio J. s/ recurso de casación", reg. N° 1498/18, rta. el 24/10/2018; causa FSM 33000246/2010/TO1/5/CFC1, "Orue, Carlos A. y Suárez, Patricia A. s/ recurso de casación", reg. N° 1874/19, rta. el 16/09/2019; entre muchas otras).

En ese marco, cabe tener en cuenta la reiterada jurisprudencia de esta CFCP en cuanto a que el rechazo de nulidades no es de aquellas resoluciones previstas por el art. 457 del CPPN a saber, en lo pertinente y aplicable, de la Sala III: causa N° 1295/2013, "Morteyrú, Juan A. s/ recurso de queja", reg. N° 2034/13 del 29/10/2013; causa N° 1665/2013, "Lafuente, Norma N. A. s/ recurso de queja", reg. N° 2549/13 del 20/12/2013; causa CCC 44174/2010/4/RH2, "Robles, Carlos s/ recurso de queja", reg. N° 479/15 del 08/04/2015 y causa FSM 79000995/2013/3/RH1, "Sosa, Héctor A. s/ recurso de queja", reg. N° 598/15 del 21/04/2015, entre muchas otras. Y, de esta Sala IV: causa N° 13.398, "Yamagishi, Yoshitaka s/ recurso de queja", Reg. N° 413/12 del 29/03/2012; causa N° 13.484, "Sánchez, Ema C. s/ recurso de queja"; reg. N° 415/12, rta. el 29/03/2012; causa N° 13.374, "Bertone, Luis A. s/ recurso de queja", reg. N° 416/12, rta. el 29/03/2012 causa N° 14.968, "Haupt, Gustavo A. s/ recurso de queja", reg. N° 1653/12, rta. 17/09/2012 y causa N° 13.225, "Simmermacher, Jorge A. C. y otra s/ recurso de queja", reg. N° 497/12 rta. el 11/04/2012; causa FRO 74028214/2005/3/RH2 —queja—, reg. N° 1067/15, rta. el 05/06/2015, causa CFP 12390/2009/17/RH2 —queja—, reg. N° 189/15, rta. 27/02/2015, causa FMP 5257/2013/17/1/CFC1, "Sasain, Mario A. y otro s/ recurso de casación", reg. N° 185/16, rta. 03/03/2016, causa CFP 1302/2012/TO1/11/RH8 —queja—, reg. N° 1262/17, rta. 20/09/2017 y causa FLP 34000243/2011/TO1/14/CFC14 "Barreiro, Eduardo E. s/ recurso de casación", reg. N° 563/18, rta. 31/05/2018, entre muchas otras.

Por otra parte, cabe destacar que es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las decisiones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva (Fallos: 308:1667, 311:1781, 312:573, 312:575, 312:577, entre muchos otros). Principio que resulta aplicable en autos a lo resuelto por el *a quo* en orden al rechazo de las nulidades planteadas por el fiscal, así como también en lo relativo a la anulación del alegato del Fiscal de juicio.

Sin perjuicio de dicha regla, en función de la doctrina del fallo "Di Nunzio" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 328:1108), esta Cámara podría intervenir si el recurrente demostrara que en el caso, se encuentra en juego un agravio actual de tardía o imposible reparación ulterior que le genere la decisión dictada por el *a quo*, lo que llevaría a equipararlo un pronunciamiento de carácter definitivo, habilitando así la intervención de esta Cámara.

Sin embargo, en el *sub lite*, de la lectura del recurso de casación incoado se advierte que el señor Fiscal General no alcanzó a demostrar que la decisión dictada por el *a quo* le cause un perjuicio de tardía o imposible reparación ulterior, que habilite su equiparación a sentencia definitiva (Fallos: 293:294; 299:226; 301:449; 303:888, entre muchos otros). El propio recu-

Thomson Reuters

rrente reconoce ante esta instancia que si el tribunal *a quo* consideraba que el alegato era nulo por carecer de fundamentación debió darle al Fiscal la oportunidad de producir uno nuevo fundado (art. 172 *in fine* del CPPN), con dicho alcance, lo resuelto en este punto no le causa perjuicio.

Distinta es la situación que se presenta con relación al apartamiento del señor Fiscal actuante en el debate oral resuelta por el *a quo*. Pues, al disponer dicha medida, el tribunal de mérito ha omitido brindar argumentos suficientes que sustenten la decisión adoptada, causando de tal forma al impugnante un perjuicio actual y concreto de imposible reparación ulterior.

Por consiguiente, con ese estricto alcance, y sin que lo expuesto implique abrir juicio sobre la cuestión de fondo, el recurso de casación resulta admisible y el apartamiento del Fiscal de juicio debe ser dejado sin efecto.

En virtud de lo manifestado, considero que corresponde:

I. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 901/908 vta., sin costas en la instancia y, en consecuencia, dejar sin efecto el apartamiento del señor Fiscal actuante en el juicio II. Declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto en lo que respecta a los restantes motivos de agravio, sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 del CPPN). III. Remitir con la celeridad que el caso impone las presentes actuaciones al *a quo* a sus efectos IV. Tener presente la reserva del caso federal.

El doctor *Carbajo* dijo:

1°) En primer lugar, a los fines de una adecuada claridad expositiva, corresponde realizar una breve reseña de las circunstancias relevantes del caso bajo estudio.

En la oportunidad de formular los alegatos durante el debate, el Fiscal General planteó la nulidad del acta inicial y del procedimiento, así como de todos los actos que fueron su corolario y, en consecuencia, solicitó la absolución de A. D. B., J. A. M. y L. Y. E.

Fundamentó su posición en las siguientes consideraciones: "primero por inexistencia del estado de sospecha, después porque al interrogatorio del Ministerio Público Fiscal el Sr. Flores dijo que conocía al hermano de uno de los imputados, quien estaba siendo investigado por drogas, es ahí donde considera que se volvió una expedición de pesca, siendo nulo también porque sin mediar comunicación con el Sr. Juez procedieron a revisar los teléfonos, a explorarlos sin la debida autorización judicial. Refiere que preguntó al policía qué era lo que vio de sospechoso, quien vio a dos personas, a una de las cuales conocía porque el hermano era investigado y lo allanaron, y otra que hablaba por teléfono, dándose vuelta a quinientos metros. Manifiesta que a esa distancia, con el sol más refulgente no se puede ver a un individuo que conduce una moto hablando por teléfono, y si se pudiese ver, no se puede corroborar que sea esa persona con quien hablaba el que viajaba quinientos metros más adelante. Dice que en ese momento, al verlo y reconocerlo, se le ocurrió al personal que podía llevar algo, tornándose el accionar de la policía en una expedición de pesca. Entiende que no hay estado de sospecha por no haber ningún movimiento sospechoso, el policía los vio pasar, reconoció a uno de ellos y llamó manifestando que vio a los sospechosos, no pasó por al lado y sintió olor, tampoco tenía un perro que lo alertara ni tenía información alguna. Refiere que tampoco se produjo el evento en razón de un control de ruta, donde se requiere documentación o revisación técnica. Respecto de la exploración telefónica, manifiesta que preguntó si se pidió autorización, y los testigos dijeron que no, lo cual es inconcebible porque el teléfono es privado, y para ver su contenido se necesita orden judicial, habiéndose excedido la Policía de Salta, violándose así las garantías constitucionales (cfr. fs. 883/886).

Al momento de resolver, el tribunal, en lo que aquí atañe, dispuso: "I) Rechazar las nulidades absolutas formuladas por el Ministerio Público Fiscal y la adhesión de las defensas, conforme se considera. II) Anular el alegato fiscal por falta de fundamentación suficiente, conforme lo normado por los arts. 66, 69 y concordantes del CPPN, disponiendo el apartamiento del Sr. Fiscal actuante en la presente causa y oficiar al Sr. Fiscal General para que designe otro fiscal, el que deberá intervenir en un nuevo juicio. III) Disponer la nulidad del debate y el apartamiento de los integrantes de este Tribunal para seguir entendiendo en esta causa, debiéndose oficiar a la Cámara Federal de Casación Penal para la designación de nuevos jueces para integrar el Tribunal que deba resolver este caso..." (cfr. fs. 896 vta.).

Contra esta decisión el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso el recurso de casación bajo estudio.

Radicados los autos ante esta sede, en la oportunidad prevista por el artículo 468 del CPPN, se presentó el Fiscal General ante esta Cámara y peticionó que se haga lugar al recurso interpuesto.

Al fundamentar su posición, manifestó que "La decisión que viene impugnada afecta la independencia y autonomía del Ministerio Público Fiscal y limita las

Thomson Reuters

facultades de este órgano (art. 120 de la CN) en violación al debido proceso y derecho de defensa en juicio que ampara a todas las partes (art. 18 de la CN). En este caso, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Salta apartó al fiscal porque no estuvo de acuerdo con el contenido de su alegato lo cual, claramente configura un caso de intromisión en las facultades y potestades del Ministerio Público Fiscal. Ello así porque, en lo que respecta al fondo del asunto, se observa que la declaración de nulidad del alegato está solo fundada en el parecer de los jueces sobre la existencia o no de causa probable para proceder y no en una ilegalidad del fiscal o manifiesta arbitrariedad, respecto de lo cual los mismos jueces tampoco logran objetivar sino que se mantienen dentro del ámbito de la suposición, prejuicios, intuición u 'olfato policial' y criterios conocidos de derecho penal de autor.

De la lectura de las actuaciones se observa que el representante del Ministerio Público Fiscal brindó razones suficientes para sostener la nulidad del procedimiento y de todos los actos posteriores y, en consecuencia, solicitar la absolución de los imputados. Desde este lugar, conforme a la histórica y constante jurisprudencia de la CSJN Argentina que recibió los estándares de la Suprema Corte de los Estados Unidos al respecto, la sentencia es a todas luces arbitraria. El tema es altamente discutible y, por esa misma razón, no da a lugar a una causal de nulidad del alegato fiscal. En el caso, el fiscal tiene potestad autónoma para adoptar una u otra posición jurídica según su propio criterio aunque los magistrados no lo compartan. Aun en el ordenamiento aplicado a esta causa —ley 23.094—, la etapa de juicio se rige por el principio acusatorio y es el fiscal quien decide, como titular de la acción penal pública —art. 5 CPPN—, si tiene o no un caso para llevar a un juicio criminal a una persona. En el *sub lite*, el fiscal decidió que no lo tenía en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales" (cfr. fs. 929).

2°) Sentados los antecedentes del caso, corresponde recordar que la nulidad es una sanción procesal que tiene por objeto privar de eficacia a un acto como consecuencia de hallarse impedido de producir los efectos legalmente previstos, al contener en alguno de sus elementos un vicio que lo desnaturaliza.

El principio general que regula el instituto de la invalidación de los actos procesales es el de trascendencia —"pas de nullité sans grief"—, a cuyo tenor se exige la existencia de un vicio que revista trascendencia y afecte un principio de raigambre constitucional. Ello sólo se concreta con la generación de un perjuicio que no haya sido subsanado, toda vez que las formas procesales han sido establecidas como garantía de juzgamiento y no como meros ritos formales carentes de interés jurídico.

Conforme surge del tenor literal del artículo 2 del CPPN, toda disposición legal que establezca sanciones procesales, como es la nulidad, debe ser interpretada restrictivamente.

En consecuencia, a la luz de los principios de conservación y trascendencia, no corresponde la declaración de nulidad si el vicio del acto no le ha impedido lograr su finalidad o si no media interés jurídico que reparar.

Así lo ha sostenido inveteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señalando que "... es doctrina reiterada de este Tribunal que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando un vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en lo que también está interesado el orden público..." (Fallos: 325:1404).

Asimismo, se ha afirmado que la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés formal de cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia, y que quien la invoque deberá indicar qué alegaciones fue privado de ejercer y qué pruebas hubiere propuesto si el acto cuestionado no exhibiese el defecto que motiva el cuestionamiento (Fallos: 302:179; 304:1947; 306:149; 307:1131 y 325:1404, entre otros).

3°) Ahora bien, en el presente caso el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Salta declaró la nulidad del alegato efectuado por el Ministerio Público Fiscal, por considerar que incumplía con el requisito de motivación impuesto por el art. 69 del CPPN.

Sin embargo, de la lectura de las actas del debate y las razones esgrimidas por el *a quo* para anular el alegato del Fiscal General se desprende que su decisión se encuentra basada en un mero disenso con las razones que lo llevaron a propiciar la absolución de los imputados, las que, aunque opinables, superan el *test* mínimo de fundamentación exigido en la normativa citada.

En reiterados pronunciamientos de esta Cámara se ha sostenido que debe distinguirse la carencia de

Thomson Reuters

motivación de su simple exigüidad, pues ésta, a diferencia de la primera, no priva de fundamentos a la decisión, la que no se ve viciada por el solo hecho de que sea breve y aún brevísima o escueta, siempre que sea eficaz (cfr., por todos, "Cejas, Jorge R. s/ rec. de casación, causa N° 1582, Reg. N° 2074 de la Sala II, del 8 de julio de 1998, voto del Dr. Mitchell).

Además, debe tenerse en consideración que el debido control jurisdiccional no implica la adhesión a los fundamentos expuestos por el fiscal, sino el examen de que estos no resulten arbitrarios, contrarios al orden normativo o basados en supuestos fácticos equivocados.

De lo contrario, el órgano jurisdiccional estaría privando al acusador de la disposición de la acción penal, lo que resulta incompatible con el art. 120 de la Constitución Nacional y con los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Quiroga, Edgardo O. s/ causa N° 4302".

Por lo demás, la resolución impugnada, al declarar la nulidad del juicio oral, priva de efectos jurídicos a una etapa del proceso que se ha desarrollado sin vicios que justifiquen su anulación o, al menos, sin que esos defectos hayan sido expuestos por el *a quo* en la decisión bajo estudio, lo que impondría reeditar un acto jurisdiccional llevado a cabo de conformidad con las normas procesales vigentes.

4°) En mérito de lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, anular la resolución impugnada y reenviar las actuaciones al *a quo* para su sustanciación, sin costas (arts. 530 y ccdtes. del CPPN).

El doctor *Hornos* dijo:

I. Comparto en lo sustancial las consideraciones efectuadas en su voto por el doctor Javier Carbajo —a cuyos fundamentos me remito— en cuanto propicia hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, anular la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Salta, provincia homónima.

II. Cabe recordar liminarmente que las resoluciones cuya consecuencia es que el imputado continúe sometido a proceso no revisten el carácter de sentencia definitiva o auto equiparable a tal a que alude el artículo 457 del CPPN, y que tampoco revisten ese carácter las decisiones que decretan nulidades de procedimiento que tengan el efecto señalado.

Es que, el recurso de casación procede, en principio, contra las sentencias definitivas, o por las que el propio art. 457 del citado ordenamiento instrumental ha equiparado, taxativamente, a sentencia definitiva por sus efectos: los autos que pongan fin a la acción, a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena.

No debe perderse de vista que, como regla general, la nota característica de las resoluciones recurribles en casación "es el efecto de poner término al proceso" (cfr. de esta Sala IV Causa N° 2151 "Muñoz Zambrano, Laura de las Nieves y otros s/ recurso de queja", Reg. N° 2719.4, rta. el 14/07/2000; Causa N° 2382 "Lizardi, Andrés G. s/ recurso de queja", Reg. N° 2903.4, rta. el 20/10/2000; Causa N° 2373 "Vergara Escudero, Patricio s/ recurso de queja", Reg. N° 3091.4, rta. el 27/12/2000; Causa N° 2819 "Granell Pavia, Emilio s/ recurso de queja", Reg. N° 3506.4, rta. el 05/07/2001; Causa N° 2867 "Pomarici, Horacio s/ recurso de queja", Reg. N° 3559.4, rta. el 15/08/2001, y Causa N° 6339 "González, Gustavo s/ recurso de queja", rta. el 31/03/2006; entre muchas otras).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha sostenido como principio que las resoluciones cuya consecuencia es continuar sometido a proceso, no constituyen sentencia definitiva o equiparable a tal (Fallos: 310:2733; 316: 341; 321:2310; 321:3679 y 327:2315).

Ahora bien, ya en la primera oportunidad en que propusimos una revisión más amplia en esta instancia a la luz de la que nos pareció la correcta interpretación que debe asignársele al derecho al recurso, hicimos referencia a la necesidad de otorgarle al instituto casatorio el carácter de recurso eficaz que garantice suficientemente al imputado el examen integral del fallo condenatorio y de todos los autos procesales importantes.

Ello así, para que exista una verdadera revisión del fallo ante el juez o tribunal superior a la luz de la exigencia contenida en el artículo 8.2.h. de la CADH (Cfr.: causa N° 4428: "Lesta, Luis E. y otro s/ recurso de casación", Reg. N° 6049, rta. el 23/09/2004). Criterio que fue también sostenido en la causa "López, Fernando D. s/ recurso de queja" (cfr.: causa N° 4807: Reg. N° 6134, rta. el 15 de octubre de 2004), y posteriormente adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Casal, Matías E. y otro", por remisión al dictamen del Señor Procurador General de la Nación, en el fallo "Reinoso, Luis" (rto. el 7 de marzo de 2006).

Aquella proposición debe concretarse, entonces, en la determinación puntual, según el caso, de las resoluciones que reúnan la condición de actos procesales importantes a esos efectos.

Thomson Reuters

En tal sentido, desde mi incorporación al Tribunal afirmé invariablemente que la interpretación en este aspecto ha de ser dinámica y flexible, contemplando específicamente en el caso concreto los derechos de las partes y procurando adoptar la que mejor asegure la tutela efectiva de sus derechos de calidad constitucional.

Ello, por cuanto el carácter definitivo de estos efectos emerge al sellar la decisión la suerte de una pretensión procesal vinculada a un capítulo esencial de la defensa, cerrando la vía utilizada para la tutela oportuna de sus derechos sustanciales comprometidos (puede citarse en el mismo sentido el concepto de definitividad a los fines del recurso de inaplicabilidad de ley elaborado en las causas de esta Cámara "Ruiz", res. 189/95; y "Rey Millán", res. 191/97, entre otras).

Y a esta Cámara Nacional de Casación Penal compete la intervención cuando la resolución recurrida sea definitiva o equiparable a tal, en tanto resulte susceptible de ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior, de conformidad con el criterio sentado al efecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A cuyos fines, y para habilitar la vía recursiva, no interesa la etapa del proceso en que se produzca el agravio, sino que habrá que valorar la trascendencia del acto, es decir: su efecto de irrogar una 'imposible o tardía reparación posterior' al imputado (cfr. en el mismo sentido la causa N° 5557: "Navarese, Claudio A. s/ recurso de queja", Reg. N° 7701, rta. el 21/07/2006).

La Corte Interamericana en el caso "Herrera Ulloa", también resaltó que el "derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona" (Caso "Herrera Ulloa c. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 158).

La Comisión Interamericana al pronunciarse sobre el alcance y contenido del derecho consagrado por el art. 8.2.h. de la Convención Americana, en el caso "Abella", puntualizó que "(u)n aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos fundamentales, como es la libertad personal. El debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho de defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa" (cfr. Informe N° 55/97, Caso 11.137, "Juan Carlos Abella", Argentina, 18 de noviembre de 1997, pár. 252).

Esta interpretación fue mantenida en el caso "Maqueda", donde se sostuvo que "la doctrina de la arbitrariedad (de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación) impone un criterio particularmente restrictivo para analizar su procedencia, en la práctica... no permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la idoneidad y legalidad de la prueba, ni permite examinar la validez de la sentencia recurrida con relativa sencillez" (Informe N° 17/94, caso 11.086, "Maqueda Guillermo").

En función de lo expuesto, cabe concluir que el "fallo" alude a la sentencia definitiva de contenido desfavorable al inculpado, y que a los fines de definir la expresión "autos procesales importantes" utilizada por la Comisión Interamericana en referencia a qué decisiones jurisdiccionales constituyen el objeto del "derecho al recurso" consagrado en el art. 8.2.h., de la Convención Americana, deberá atenderse tanto al contexto en que ella fuera formulada, como al fundamento de la garantía explicitado por la Corte Interamericana (cfr.: "Rodríguez, Hernán s/ recurso de casación", causa N° 6149, rta. el 13/06/2006, Reg. N° 7556; entre varias otras).

Criterio este que encuentra, como se adelantó, un paralelo en el concepto de "sentencia equiparable a definitiva" elaborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el presente caso, la admisibilidad de la impugnación incoada en orden a la configuración del agravio actual de imposible reparación ulterior que implicaría para el imputado su sometimiento a un nuevo juicio en alegada violación del principio del debido proceso, conlleva a la conclusión de que el pronunciamiento dictado posee la nota de definitividad necesaria a los fines de habilitar la revisión de esta Cámara de Casación. Teniendo en cuenta el sentido amplio con que ha sido interpretada la garantía de rango constitucional en cuestión, propendiendo a la protección de cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida (tal como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso registrado en Fallos: 299:221; y esta Sala IV: Causa N° 1378: "Macri, Francisco y otro s/ recurso de casación", Reg. N° 2279.4, rto. el 9 de diciembre de 1999; entre muchas otras).

A su vez, el Ministerio Público Fiscal ha presentado el recurso de casación con adecuado sustento en la violación de la garantía de debido proceso y del principio de autonomía funcional que posee dicha parte

Thomson Reuters

según lo prevé la Constitución Nacional (arts. 18 y 120 de la Constitución Nacional).

III. Como se señaló en el acápite II) precedente, el Fiscal solicita que se revise la validez de la decisión pronunciada, con arreglo a las circunstancias de excepción más arriba indicadas, pues alega que tal circunstancia provocó una afectación a la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal.

En tal sentido, el núcleo de los planteos presentados en el recurso de casación interpuesto, y que conforma el marco de la cuestión que esta Cámara ha sido llamada a resolver, se centra en determinar si en el caso se ha configurado una intromisión del *a quo* en la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal (art. 120 CN) al declarar la nulidad del alegato efectuado por esa parte en el debate, en función de lo dispuesto el art. 69 CPPN y también declarar nulo el debate.

Cabe recordar que al efectuar su alegato durante el debate, el Fiscal solicitó la nulidad del procedimiento inicial, y de lo obrado en consecuencia, en virtud de que no había existido un estado de sospecha suficiente para justificar la intervención policial, por lo que el inicio del procedimiento se originó en lo que se evaluó como una "expedición de pesca"; a lo que se sumó que el teléfono celular de uno de los imputados fue revisado sin autorización del juez. En consecuencia, requirió la absolución de todos los imputados.

Esta clara postura del Ministerio Público Fiscal fue avalada ante esta instancia por el Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Javier Augusto De Luca, quien sostuvo que "el art. 230 bis CPPN no es 'cheque en blanco' para que las autoridades de prevención realicen injerencias en los derechos de los habitantes, en todo tiempo y lugar, cuando se les ocurra, o en base a intuiciones o razones mantenidas in pectore que resultan inverificables e incontrolables por los magistrados de la nación. Y mucho menos aún, fundadas en el previo conocimiento por parte de la policía de que dos de los imputados o su familia tuvieron alguna vinculación con otro proceso penal" (cfr. fs. 930).

Asimismo, el Fiscal ante esta Cámara afirmó que durante el debate el representante del Ministerio Público Fiscal había brindado razones suficientes para mantener la nulidad del procedimiento y de todos los actos posteriores; y que "si bien es facultad de los magistrados de juicio el control de la legalidad de los actos de las partes del proceso, ello no los autoriza a sustituir la voluntad del titular de la acción penal pública cuando el alegato tuvo una estructura lógica, contó con fundamentación de los hechos, las pruebas y en el derecho aplicable al caso. Esa es la sutil pero grave diferencia entre arbitrariedad y discrepancia de criterio, que los tribunales deben distinguir en todos los casos" (cfr. fs. 929 vta./930).

Ahora bien, he sostenido ya que los actos acusatorios tienen que ser obrados en un claro resguardo del art. 69 del Código Procesal Penal de la Nación, es decir, deben estar suficientemente fundados, y que en caso de que el juzgador advierta una arbitrariedad manifiesta, como lógica consecuencia, puede sancionar la eventual nulidad de los requerimientos.

En efecto, la forma Republicana de Gobierno, que encuentra su piedra fundacional en la división de poderes y el mutuo control entre ellos, impone a todos los funcionarios expresar los fundamentos y razones de sus actividades, pues no hay otra forma de verificar si cumplen debidamente con los deberes de su oficio y las tareas pertinentes a su cargo, y hacer efectiva su responsabilidad en caso contrario.

En tal sentido, el rol que corresponde a los jueces en un Estado Democrático de Derecho es el de cumplir la función jurisdiccional. La independencia de la magistratura, como claramente lo expresa Ferrajoli, viene a configurarse como una garantía funcional de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes públicos y privados; es decir que el juez será el tutor y garante de ellos (cfr. Ferrajoli, Luigi: "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", traducido por Perfecto Andrés Ibañez Editorial Trotta, madrid, 1989, p. 567).

Cierto es, entonces, que en el marco de las funciones que le compete ejercer a la magistratura se encuentra el contralor de la actividad desarrollada por los demás sujetos procesales.

Esta facultad de control ejercida dentro del marco indicado —a la luz de la Constitución Nacional—, en modo alguno afecta la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal, pues no implica que otro órgano le imponga el sentido con el que debe cumplir su misión constitucional. El Ministerio Público está sujeto al mismo control que los otros poderes del Estado.

En este escenario el control del juzgador sobre los requerimientos del Fiscal, específicamente sobre el alegato efectuado en el debate por esa parte, tiene que ser realizado de manera que no afecte el debido proceso; por lo que su actuación tiene que desarrollarse teniendo en cuenta el estricto límite impuesto por el artículo 120 de la Constitución Nacional, que le otorga al Ministerio Público Fiscal la independencia funcional.

En el caso se advierte que la presentación realizada por el Fiscal General de Juicio durante el alegato es-

Thomson Reuters

tuvo suficientemente motivada en cuanto postuló la nulidad del procedimiento y de todos los actos posteriores y solicitó la absolución de los imputados; por lo que es posible concluir que lo resuelto por el *a quo* del modo indicado en el voto precedente se basó en una discrepancia con la solución propuesta por el titular de la acción pública y no en la configuración de un supuesto de arbitrariedad manifiesta que evidenciara el pretendido incumplimiento del recaudo de fundamentación exigido por el artículo 69 del CPPN.

En este punto del análisis que se viene realizando, cabe señalar que la observancia de las formas sustanciales del juicio ampara también al acusador en la preservación de sus intereses jurídicamente protegidos (CSJN Fallos: 299:17; 303:1349), puesto que el Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo la función de "promover la actuación de la justicia en defensa de los intereses generales de la sociedad" (art. 120 de la CN). Y que de no receptarse este criterio podría verse afectado el equilibrio que debe existir entre los sujetos procesales.

En consecuencia, corresponde concluir que la solución postulada por el Fiscal General de Juicio en el marco de estas actuaciones y que fuera avalada por su superior ante esta instancia, no puede ser revertida por la judicatura en virtud de una discrepancia con la aplicación de disposiciones procesales que no se evidencia arbitraria.

Lo expuesto guarda íntima relación con las características acusatorias de nuestro modelo procesal; tendencia que fue ratificada en el nuevo Código Procesal Penal Federal (Ley 27.063), más precisamente en su artículo 2, donde se destacan los principios del proceso acusatorio.

Es que, las formas sustanciales del juicio requieren de acusación, defensa, prueba y sentencia, dictada por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal, reconociendo de esta manera el carácter acusatorio que debe iluminar la legislación procesal penal, en resguardo de la garantía de debido proceso penal (art. 18 CN).

Por ello, corresponde anular y dejar sin efecto el resolutorio impugnado para que, en base a la doctrina emanada de los fallos "Tarifeño", "García" y "Cattonar" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el tribunal inferior continúe con la sustanciación del juicio.

En consecuencia, adhiero a la propuesta del doctor *Carbajo*.

En virtud del Acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría resuelve: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal a fs. 901/908 vta., anular la resolución impugnada y reenviar las actuaciones al *a quo* para su sustanciación, sin costas (arts. 530 y ccdtes. del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada N° 5/2019 CSJN) y remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío. - *Mariano H. Borinsky.— Javier Carbajo.— Gustavo M. Hornos.*

DINERO DECOMISADO A FAVOR DE HOSPITAL PÚBLICO

Liberación de fondos a favor del Hospital Garrahan. Contexto de emergencia sanitaria provocada por el Coronavirus COVID-19. Destino de utilidad pública que deben tener los bienes decomisados. Causa por enriquecimiento ilícito.

Corresponde liberar, por el momento, la suma de 1.275.700 pesos y 1.988.139 dólares a favor del Hospital de Pediatría Servicio de Atención Médica Integral para la Comunidad "Prof. Dr. Juan Pedro Garrahan", para que afronten con premura los gastos de sus demandas prioritarias; ello en cumplimiento del destino de utilidad pública que deben tener los bienes decomisados en la causa —en el caso, por enriquecimiento ilícito—, más aun considerando el contexto de emergencia sanitaria y hospitalaria provocada por el COVID-19.

TOral Crim. Fed. Nro. 1, 01/04/2020. - L., J. F. y otros s/ Enriquecimiento ilícito.

[Cita on line: AR/JUR/6461/2020]

Causa N° 2.806

Buenos Aires, abril 1 de 2020.

Considerando:

I. Que, conforme surge de los puntos dispositivos XIII y XV de los fundamentos de la sentencia dictada en esta causa, el Tribunal dispuso: "... XIII.- Decomisar los ocho millones novecientos ochenta y dos mil cuarenta y siete dólares (U$S 8.982.047), ciento cincuenta y tres mil seiscientos diez euros (153.610 €) y ciento cincuenta y nueve mil ciento catorce pesos ($159.114) y los relojes marca Rolex modelo Oyster Perpetual y marca Omega, modelo Speed, oportunamente incautados; montos y valores que deberán ser puestos —a través de la vía pertinente, en cada caso— a disposición del Hospital de Pediatría Servicio de

Thomson Reuters

Atención Médica Integral para la Comunidad "Prof. Dr. Juan Pedro Garrahan" y del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez, en partes iguales, con el fin de que ambas instituciones hospitalarias puedan satisfacer sus necesidades prioritarias de asistencia médica, insumos para la atención de los pacientes, aparatología e investigación; ello en aras a brindar a lo incautado un fin concreto de utilidad pública (art. 23 del CP y Acordada N° 2/2018 de la CSJN). ... XV.- Cúmplanse, vía incidental, las diligencias necesarias para efectivizar los decomisos del modo aquí dispuesto.".

II. Que, el 12 de diciembre de 2019, como medidas preliminares, el Tribunal solicitó a los nosocomios beneficiarios de los montos decomisados, información concreta sobre sus necesidades prioritarias.

Que, aquel primer requerimiento, fue reiterado por el Tribunal en varias oportunidades —tanto por oficio como por medios electrónicos y conducto telefónico—, habiéndose entablado comunicación directa con el Sr. Presidente de la Fundación del Hospital Garrahan, Dr. Jorge Menehen, como así también con la Directora Ejecutiva, Dra. Silvia Kassab; y con el apoderado de la Cooperativa del Hospital Gutiérrez, Dr. Patricio Barreiro, y con Directivos del Área Legal y Técnica de la Secretaría de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Asimismo, el 20 de marzo del corriente año, ante la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 (Decreto 260/2020-DECNU-2020-260-APN-PTE y sus ampliaciones) y en consonancia con las medidas de salubridad pública que se toman a diario respecto de los nosocomios de nuestro país, previo a continuar con los trámites de este incidente, se envió un nuevo requerimiento al Hospital Garrahan solicitando información sobre aquellas necesidades urgentes que pudieran haber surgido como consecuencia de la pandemia de mención.

Por otra parte, en ese contexto y ante la falta de respuesta por parte del Hospital Gutiérrez, se libró un nuevo oficio reiterando la solicitud de información.

III. Que, en un primer informe, el Dr. Jorge Menehen —Presidente de la Fundación del Hospital de Pediatría Servicio de Atención Médica Integral para la Comunidad "Prof. Dr. Juan Pedro Garrahan"— envió un detalle de las necesidades prioritarias de ese centro asistencial.

Veamos:

Necesidades – Insumos	**Valor***
Envasadora de medicamentos con alimentación de ampollas y comprimidos	75.000
Carrousel de dispensación semi-automatizados	220.000
Sistema automatizado de dispensación (SAD) por 10 unidades	630.000
Sistema centralizado de bombas de infusión inteligente	50.000
Ecogradiografo 4D de última generación	160.000
Dos video electro-encefalogramas	200.000
TOTAL	1.335.000

**Expresado en dólares.*

A su vez, en el segundo informe, el Dr. Menehen hizo saber que el hospital necesitaba con premura, por la situación sanitaria de público conocimiento, los siguientes insumos:

Necesidades - Insumos	**Cantidad**	**Valor unitario***	**Valor total***	**Gastos de importación por unidad***	**Gastos de importación total***	**Total por insumo***
Ventiladores	5	32.000	160.000	12.800	64.000	224.000
Bomba de infusión volumétrica	10	950	9.500	380	3.800	13.300
Carros de paro con desfibrilador	6	7.300	43.800	2.920	17.520	61.320
Monitor multiparamétrico	10	1.300	13.000	520	5.200	18.200

Thomson Reuters

Necesidades - Insumos	Cantidad	Valor unitario*	Valor total*	Gastos de importación por unidad*	Gastos de importación total*	Total por insumo*
Impresora 3D Trideo Dual T500	2	8.300	16.600	1.520	3.040	19.640
Insumos impresora 3D Trideo Dual	2	3.000	6.000	1.200	2.400	8.400
Impresora 3D Photocentric Liquid Crystal Pro	1	12.285	12.285	4.914	4.914	17.199
Insumos variados impresora Protocentric	2	4.500	9.000	1.800	3.600	12.600
Endosim Haptic Hardware	1	40.000	40.000	1.600	1.600	41.600
Portability kit	1	3.200	3.200	1.280	1.280	4.480
Endosim Basic Skills Soft	1	20.000	20.000	8.000	8.000	28.000
Brohoscopy module	1	30.000	30.000	12.000	12.000	42.000
Lapsim Haptic Triple Simball Desktop and Table, Full equipament + 4 softwares	1	116.000	116.000	46.400	46.400	162.400
					TOTAL	653.139

**Expresados en dólares.*

Insumos	Cantidad	Valor total*
Barbijos quirúrgicos triple capa	30.000	1.270.500
Antiparras protectoras	2.000	5.200
	TOTAL	1.275.700*

**Expresados en moneda local.*

Analizada la totalidad de la información que brindó el Presidente de la Fundación, el Hospital Garrahan requiere de un total de 1.275.700 pesos y 1.988.139 dólares para afrontar sus necesidades más urgentes; incluyendo aquellas de mejoramiento y renovación de la tecnología del sector de farmacia y de alta complejidad del nosocomio, como así también de las que derivaron de la reciente emergencia epidemiológica.

De tal suerte, conociendo las carencias concretas e inminentes del Hospital Garrahan, vale reiterar que la afectación del dinero decomisado a una institución dedicada a la atención médica de niños y niñas cumple eficazmente con uno de los objetivos establecidos en la Acordada 2/2018 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto establece que los bienes pasibles de decomiso deben tener un destino de utilidad pública; más aún si consideramos el contexto actual de emergencia sanitaria y hospitalaria declarada en nuestro país.

En definitiva, teniendo en consideración la particular situación de emergencia general, nos encontramos en condiciones de liberar, por el momento, la suma de 1.275.700 pesos —o su equivalente en dólares— y 1.988.139 dólares, a favor del Hospital Garrahan, para que afronten los gastos de sus demandas prioritarias.

IV. Que, por tratarse de un asunto urgente y ante la plena vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio que rige en nuestro país (conf. Decretos 297/2020 y 325/2020 DECNU-2020-297-APN-PTE), la feria judicial extraordinaria (Acordadas N° 6/20 y 8/20 de la CSJN) y la Resolución de Directorio N° 117/2020 del Banco Central de la República Argentina, deberán realizarse con la urgencia del caso todas las consultas previas y diligencias necesarias con los representan-

Thomson Reuters

tes del Tesoro del Banco Central, por cualquiera de los medios electrónicos oficiales habilitados, a efectos de llevar adelante la medida.

V. Que, una vez entregado el dinero y para un efectivo control por parte de este Tribunal sobre el destino de los fondos decomisados, se requerirá al Sr. Presidente de la Fundación del Hospital Garrahan que aporte la totalidad de los comprobantes y/o constancias que acrediten las compras realizadas, las que serán glosadas a este incidente; asegurando así la transparencia de las medidas cumplimentadas por la institución.

En este aspecto, se hará saber al Sr. Presidente de la Fundación que podrá consultar a este Tribunal, por cualquier canal electrónico oficial, ante cualquier imprevisto o cambio que pudiera surgir respecto de los costos informados —teniendo en consideración que algunos de los insumos actualmente resultan ser de primera necesidad y sus valores pueden verse modificados constantemente—; ello con el fin de evitar retrasos en las compras autorizadas.

VI. Que, oportunamente, se informará de los resultados de las medidas aquí ordenadas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos que correspondan (Acordada 2/2018 de la CSJN).

VII. Que, por último, respecto de la liberación de fondos a favor del Hospital Gutiérrez, deberá estarse a la espera de la respuesta que se encuentra pendiente y que, como detallamos precedentemente, ha sido requerida por este Tribunal en reiteradas oportunidades.

En virtud de las razones expuestas, en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. Liberar, por el momento, la suma de 1.275.700 pesos —o su equivalente en dólares— y 1.988.139 dólares a favor del Hospital de Pediatría Servicio de Atención Médica Integral para la Comunidad "Prof. Dr. Juan Pedro Garrahan", para que afronten con premura los gastos de sus demandas prioritarias; ello en función del decomiso ordenado en la sentencia dictada el 12 de junio de 2019 - fundamentos del 28 de agosto de 2019— (art. 23 del CP y Acordada 2/2018 de la CSJN). II. Realizar, a través del Banco Central de la República Argentina y por los medios electrónicos oficiales habilitados, las diligencias necesarias y urgentes para efectivizar, con la mayor premura posible, la entrega de los fondos a la institución. III. Oportunamente, librar oficio a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de informar sobre los resultados de las diligencias aquí ordenadas (Acordada 2/2018 de la CSJN). IV. Estar a la espera de la respuesta por parte del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez. Hágase saber lo aquí resuelto al Hospital de Pediatría Servicio de Atención Médica Integral para la Comunidad "Prof. Dr. Juan Pedro Garrahan", a los correos electrónicos oficiales informados por el Sr. Presidente, Dr. Jorge Menehen y por la Directora Ejecutiva, Dra. Silvia Kassab. Regístrese, protocolícese a través del sistema LEX 100, y notifíquese mediante cédulas electrónicas a las partes. — *Adrián F. Grünberg. — José A. Michilini. — Ricardo Á. Basílico.*

EJERCICIO PROFESIONAL

Abogado. Pandemia COVID-19. Vigencia del aislamiento obligatorio. Solicitud de circulación a la oficina del letrado donde tiene los elementos necesarios para el seguimiento electrónico de las causas en la Provincia de Buenos Aires. Rechazo de la acción.

1. — El habeas corpus solicitado por un abogado penalista domiciliado en San Isidro que no puede llegar a su oficina ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde preserva sus elementos esenciales para el ejercicio de la profesión (computadora laboral, libros técnicos, documentación vinculada a expedientes judiciales y el dispositivo "token" para consulta de notificaciones y presentaciones electrónicas en el ámbito de la justicia de la Provincia de Buenos Aires), fue bien denegado, pues no se verifica un supuesto de amenaza o limitación actual de la libertad, que provenga de una actividad ilegítima de los órganos del Estado a raíz de lo dispuesto en el DNU 297/2020 y sus prórrogas —DNU 325/2020 y 355/2020—.

2. — Con relación al rechazo del habeas corpus solicitado por un abogado penalista, que pretende desplazarse, en vigencia del aislamiento obligatorio, a su oficina para buscar los elementos necesarios para ejercer su profesión, debe considerarse que las máximas autoridades del servicio de administración de justicia nacional, como de la Provincia de Buenos Aires, donde ejercería el accionante, han limitado el ámbito de su actuación a los actos que no admiten demora o a la producción de medidas que, de no ejecutarse, pudieran causar un perjuicio irreparable. A esa restricción debe agregarse que se encuentra previsto que en los casos en que deba un abogado ejercer su ministerio en un expediente, lo pueda hacer de modo remoto y digital en las distintas plataformas de gestión judicial, por lo que el derecho de sus asistidos no se vería afectado en aquellos supuestos que demanden urgentemente su actuación.

CFed. San Martín, sala I, 18/04/2020. - P., G. s/ hábeas corpus.

Thomson Reuters

[Cita on line: AR/JUR/11140/2020]

CCC 20220/2020

2ª Instancia.- San Martín, abril 18 de 2020.

Considerando:

I. El abogado G. P., presentó una acción de *habeas corpus*, por entender que su libertad ambulatoria se ve limitada en su domicilio, ubicado en la localidad de San Isidro, provincia de Buenos Aires, a raíz de lo dispuesto en el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 y sus prórrogas —DNU 325/2020 y 355/2020—, sin que haya habido declaración de estado de sitio (artículo 23 de la CN), como única circunstancia que, a su criterio, hubiera habilitado al presidente de la Nación a dictar una disposición de esas características, aclarando que "no desconoce" y que "comparte en cierta medida sus nobles intenciones".

Desde su visión, la norma lo imposibilita a acudir a su oficina ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde preserva sus elementos esenciales para continuar ejerciendo su profesión (computadora laboral, libros técnicos, documentación vinculada a expedientes judiciales y el dispositivo "Token" que le permite consultar notificaciones y efectuar presentaciones electrónicas en el ámbito de la justicia de la Provincia de Buenos Aires); sin perjuicio de lo cual, también, afirmó que desde su residencia se encuentra cumpliendo sus obligaciones bajo la modalidad "teletrabajo" o "home office".

Agregó, que su especialidad es el derecho penal, asegurando que los asuntos de sus clientes se vinculan a la protección de la vida, la integridad sexual, la libertad y el patrimonio, entre otros y, que la imposibilidad de acceder a los elementos de su lugar de trabajo importa un desmedro de los valores esenciales de sus representados.

A modo de ejemplo, sostuvo que asiste técnicamente a una mujer, víctima de los delitos de abuso sexual con acceso carnal y corrupción de menores, por los cuales se encuentra imputado su padre, que se investigan en la Unidad Funcional de Investigaciones N° 10 del Departamento Judicial de Olavarría y, a su entender, la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio, acarrea, en esa causa, inobservancias en las disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, destinadas a que se realice un juicio en tiempo razonable.

Frente a ello, interpuso la acción de *habeas corpus* para que se lo autorice a concurrir diariamente a su oficina de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde aclaró que no se presentaría otra persona, al que accedería con su automóvil particular, que estacionaría en un lugar rentado, que se encuentra a 30 metros de su sitio de trabajo, durante la franja horaria que la justicia lo autorice y para cumplir con sus tareas laborables impostergables.

Según el presentante, su propuesta, no pone en peligro la transmisión de la enfermedad COVID-19.

II. Originariamente, a raíz de la presentación de P., intervino el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 45 de la Ciudad de Buenos Aires, quien, el 15 de abril del año en curso, resolvió desestimar la acción de habeas corpus y, elevado que fuera en consulta el expediente al órgano jurisdiccional jerárquico (artículo 10 de la Ley 23.098), el juez Pablo Guillermo Lucero, integrante de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, el 16 de abril de este año, resolvió la incompetencia del Tribunal y remitir digitalmente el expediente al Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal de San Isidro.

Recibida la causa por quien estaba en turno en esta última jurisdicción, se resolvió, el 17 de abril de 2020, desestimar el *habeas corpus*, con costas (artículos 3, a *contrario sensu*, y 10 de la Ley 23.098) y elevar en consulta la decisión a esta Sala (artículo 10 de la Ley 23.098).

III. Abocada la Sala al análisis de la cuestión traída a conocimiento, con motivo del procedimiento de consulta, se adelanta que habrá de confirmarse la decisión de la juez de primera instancia.

Recientemente, hemos sostenido que las restricciones a la circulación que impuso el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 —y sus respetivas prórrogas, DNU 325/2020 y 355/2020—, constituyen un acto del Estado Nacional, dictado por uno de sus poderes en pleno uso de sus facultades constitucionales (artículo 99.3 de la CN), con la finalidad de evitar la propagación del COVID-19, cuyo brote fue declarado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud el pasado 11 de marzo de 2020 (Secretaría Penal N° 3, FSM 13132/2020, "D'alessandro, Damián J. s/ *habeas corpus*, registro de Cámara N° 9369, resuelta el 11/04/2020).

Hasta el momento, la enfermedad ha causado, en nuestro país y en el resto del mundo, numerosos contagios que provocaron graves afecciones a la salud de las personas y, en un gran porcentaje de esos supuestos, sus fallecimientos; en especial, al sector de la población integrante del "grupo de riesgo", que se encuentra en un posición de mayor vulnerabilidad

Thomson Reuters

frente a la dolencia (Resolución 627/2020 del Ministerio de Salud).

En función de ello, las disposiciones cuestionadas responden estrictamente a una cuestión de política pública nacional en materia de salud, con el objeto de neutralizar la emergencia sanitaria existente —Ley 27.541 y DNU 260/2020—, evitar la propagación del virus, mitigar su impacto en la integridad física de la ciudadanía y garantizar una respuesta adecuada a la problemática específica y coyuntural que aqueja.

Entonces, a criterio del Tribunal, las normas cuestionadas son necesarias, razonables y proporcionales a los fines propuestos.

Para afirmar ello, se tiene en cuenta que el Máximo Tribunal ha dicho que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo la primer prerrogativa de la persona humana que resulta reconocida y garantizada por la Constitución Nacional, el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes intereses tienen siempre un carácter instrumental (Fallos: 338:1110). Por ello, el Estado Nacional posee la obligación impostergable de garantizarlas y se faculta a las autoridades públicas a ejecutar acciones positivas que las protejan (Fallos: 323:1339; entre muchos otros).

Para la preservación de esos intereses fundamentales, en el contexto especial de la grave crisis sanitaria y social imperante, la autoridad pública extremó las medidas que garantizan la salud y la vida de las personas, si bien con repercusión en la restricción de otros derechos, tales como a trabajar y a transitar por el territorio argentino, lo cierto es que son los mismos tratados internacionales con jerarquía constitucional, que autorizan esas limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública (artículos 75.22 de la CN, 12.1 y 12.3 PIDCP y 22.1 y 22.3 CADH; y consideraciones del DNU 297/2020).

A su vez, debe considerarse que las máximas autoridades del servicio de administración de justicia nacional, como de la provincia de Buenos Aires, donde ejercería el accionante, han limitado el ámbito de su actuación a los actos que no admiten demora o a la producción de medidas que, de no ejecutarse, pudieran causar un perjuicio irreparable (Acordadas 4/2020, 6/2020, 8/2020, 10/2020, 11/2020 y 12/2020 de la CSJN; Resoluciones 386/2020 de la SCJBA; Acuerdo N° 3975/2020 de la SCJBA; entre otros).

A esa restricción, debe agregarse que, en esta coyuntura, se encuentra previsto que, en los casos en que deba un abogado ejercer su ministerio en un expediente, lo pueda hacer de modo remoto y digital en las distintas plataformas de gestión judicial, por lo que el derecho de sus asistidos no se verían afectados en aquellos supuestos que demanden urgentemente su actuación (Acordadas 4/2020, 6/2020, 8/2020, 10/2020, 11/2020 y 12/2020 de la CSJN; Resoluciones 386/2020 de la SCJBA; Acuerdo N° 3975/2020 de la SCJBA; Resolución 18/2020 de presidencia SCJB; entre otros).

Por lo demás, asiste razón a la juez de primera instancia cuando indica las otras vías alternativas, con las que cuenta el presentante para velar por los derechos de sus asistidos y poder cumplir con su trabajo.

En consecuencia, no verificándose un supuesto de amenaza o limitación actual de la libertad, que provenga de una actividad ilegítima de los órganos del Estado, se concluye que corresponde homologar la decisión de la juez de primera instancia.

En razón de lo expuesto, el Tribunal resuelve: Confirmar la decisión dictada por la juez de primera instancia, objeto de consulta en esta instancia. Regístrese, publíquese (ley 26.856 y Ac. 15/13 CSJN) y devuélvase vía digital a través del sistema lex100.— *Juan P. Salas. — Marcelo D. Fernández. — Marcos Morán.*

PRISIÓN DOMICILIARIA POR PANDEMIA

Interno portador de HIV. Rechazo de la solicitud. Orden de poner en funcionamiento de manera inmediata un protocolo específico de prevención y protección de Coronavirus COVID-19 en contexto de encierro.

1. — La prisión domiciliaria solicitada respecto de un interno portador de HIV fundada en la declaración de pandemia efectuada por la Organización Mundial de la Salud en alusión al brote de virus identificado como COVID-19 debe rechazarse, pues no surgen indicios que indiquen la posibilidad concreta de encontrarnos bajo la causal prevista en el inc. “a” del art. 10 del C.P., máxime cuando no se puede soslayar la alta pena de prisión impuesta por los gravísimos hechos motivo de condena, lo que lleva a sostener una postura de mayor rigurosidad a la hora de evaluar la procedencia del beneficio.

2. — Corresponde poner en conocimiento del Director de la Colonia Penal de Santa Rosa (U.4) del Servicio Penitenciario Federal su deber de intensificar y reforzar el área sanitaria, a fin

Thomson Reuters

de controlar y asistir en forma exhaustiva al imputado, portador de HIV, poniendo en funcionamiento de manera inmediata un protocolo específico de prevención y protección de coronavirus COVID-19 en contexto de encierro; debiendo aclarar en forma expresa y fundada si bajo el actual contexto de encierro no es posible su derecho a la salud e integridad física, en caso de permanecer en la institución carcelaria.

3. — Corresponde poner en conocimiento del Director de la Colonia Penal de Santa Rosa (U.4) del Servicio Penitenciario Federal su deber de extremar los controles preventivos y de protección sobre todo el personal del S.P.F. en alusión al virus identificado como COVID-19 y de aquellas personas que a otros fines ingresan a diario en las instituciones carcelarias, sugiriendo la adopción de medidas restrictivas a esos efectos.

TOral Crim. Fed. Nro. 2, San Martín, 17/03/2020. - L. A. V. s/ Incidente de prisión domiciliaria.

[Cita on line: AR/JUR/1085/2020]

FSM 26863/2015/TO1/11/1

San Martín, marzo 17 de 2020.

Considerando:

1. Que a fs. 2 L. A. V. solicitó a través de una entrevista mantenida con la Lic. en Trabajo Social Silvina Otrosky, se le otorgue a su favor el beneficio de arresto domiciliario.

Argumentó su postura en base a los problemas de salud que padece al ser portador de la enfermedad de HIV, no obstante aclarar que "actualmente recibe la medicación correspondiente desde hace un mes en tiempo y forma".

De ello se corrió traslado al Sr. Defensor Público Oficial, quien sostuvo que la situación de su asistido encuadra dentro de lo previsto en el art. 10 inc. "a" del Cód. Penal de la Nación (fs. 8/13).

2. Por su parte, el Dr. Gentili se expidió a fs. 111/112 luego de haberse reunido la información oportunamente requerida por el fiscal de feria a fs. 15 y 36/37.

En ese camino entendió que de las constancias e informes médicos agregados en autos dan cuenta que, por lo menos de momento, la situación de V. no se adecua a las condiciones de excepción que contempla aquel dispositivo legal.

En ese sentido agregó que debía prestarse especial atención respecto de los controles periódicos, análisis, carga viral y CD 4, que presenten alteraciones que modifiquen el diagnóstico, como el curso médico dado para la atención del causante; y eventuales modificaciones en sus condiciones de alojamiento o traslados que puedan incidir en su situación de salud.

3. Respecto a las víctimas de autos, las mismas, conforme nota actuarial de fs. 97, se limitaron a manifestar su oposición a la concesión del instituto traído a estudio, sin expresar nada más al respecto.

4. Otorgada la última palabra a la defensa (cfr. fs. 113), el Dr. Moreno mantuvo su postura contradiciendo así lo sostenido por el Fiscal agregando, como aspecto novedoso, que la situación sanitaria nacional ha cambiado diametralmente en virtud de la declaración de pandemia efectuada por la Organización Mundial de la Salud en alusión al brote de virus identificado como COVID-19.

5. Que conforme se desprende de las copias agregadas a fs. 1/28 del incidente de ejecución que corre por cuerda, L. A. V. fue condenado por este Colegio Judicial el 5 de junio de 2017 a la pena de 20 años de prisión, multa de 5 mil pesos, accesorias legales y costas, manteniendo su declaración de reincidencia, por considerarlo penalmente responsable del delito de secuestro extorsivo, agravado por la participación de 3 o más personas en su ejecución y por haberse logrado el cobro del rescate, en concurso ideal con el delito de robo agravado por el empleo de armas de fuego, ilícitos que a su vez concursan en forma real con el delito de tenencia de armas de fuego de uso civil y uso civil condicional sin autorización legal, los que a su ve concurren realmente con el delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido con el uso de armas (arts. 12, 19, 29 inc. 3°, 45, 50, 54, 55, 119 primer párrafo y último párrafo *in fine* en función del 4to. párrafo inc. d, 166 inc. 2° segundo párrafo, 170 primer párrafo *in fine* e inc. 6°, 189 bis inc. 2° párrafo primero y segundo, del CP; 530, 531 y cc. del CPPN).

6. Ahora bien, puesto a expedirme sobre la pretensión de prisión domiciliaria promovida a favor de L. A. V., entiendo que no corresponde darle acogida favorable por los argumentos que a continuación se expondrán.

El instituto bajo análisis constituye una modalidad excepcional de cumplimiento de la pena que tiene su fundamento en el principio de humanidad.

Se trata de situaciones excepcionales que resultan incompatibles con la situación de detención en las que el Estado modifica la forma en que ejerce la punibilidad para preservar valores de alta jerarquía.

Thomson Reuters

En este sentido se ha sostenido: "el fundamento de esta modalidad excepcional de cumplimiento de pena privativa de la libertad, radica en el principio de humanidad de las penas" (Cámara Federal de Casación Penal. Sala III. C. 799/16. "Fariña.· Rta. 16/06/2016").

Dicha figura se encuentra contemplada, actualmente, en el artículo 10 del CP, el cual dispone que "... podrán a criterio del juez competente cumplir la pena de prisión o reclusión en detención domiciliaria:

a) el interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El interno mayor de setenta (70) años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo".

A su vez, la ley de ejecución penal nacional, dispone en su artículo 32 que "El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo".

En ese camino entonces —y previo a cotejar la posible existencia de un caso excepcional— debo señalar a la luz de la referida normativa, que determinan las circunstancias en las cuales procede la concesión de la prisión domiciliaria, que deben descartarse de plano por tratarse de supuestos completamente alejados de la situación que el caso nos trae a decidir, los detallados desde el inciso b) al f).

Queda subsistente el primer inciso, el a), que otorga la posibilidad de este instituto a "el interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario".

Entonces bien, volviendo al caso concreto voy a compartir el criterio postulado por el Sr. representante de la vindicta pública y en consecuencia denegar la prisión domiciliaria solicitada por L. A. V. por los argumentos que a continuación expondré, basados en dos pilares fundamentales.

En primer lugar, no puedo soslayar la alta pena de prisión impuesta a L. A. V. —cfr. fuera detallada en el punto 5 del presente— por los gravísimos hechos motivo de condena lo que me lleva irremediablemente a sostener una postura de mayor rigurosidad a la hora de evaluar un caso como el de autos.

Más aún, cuando se lo ha declarado reincidente, lo que denota un desprecio por la pena anteriormente impuesta, puesto que pese haberla sufrido recae nuevamente en el delito.

Mi segundo argumento se motiva en lo sostenido por los informes médicos agregados a lo largo de las distintas incidencias formadas a favor del condenado.

Nótese como desde el inicio, es el mismo V. quien le manifiesta a la trabajadora social de la Colonia Penal de Santa Rosa (U.4) del SPF que "actualmente recibe la medicación correspondiente desde hace un mes en tiempo y forma" (cfr. acta de entrevista enviada a sede judicial el 08/01/2020 —fs. 2/5—).

Aunado a ello se desprende, y ya hablando desde una mirada profesional, lo sostenido por el médico tratante del citado establecimiento penal en cuanto a que el causante se encuentra "en buen estado general, es HIV positivo, actualmente no presenta signos ni síntomas de enfermedad, clínicamente en muy buen estado, no requiere tratamiento psiquiátrico. No requiere traslado a otro nosocomio" (ver fs. 30 del legajo de salud).

Por otra parte se consultó la situación de V. a los profesionales del Cuerpo Médico Forense de la Justicia de la Nación, quienes por intermedio de la Dra. Flavia Alejandra Vidal y tras compulsar la historia clínica del condenado y antecedentes del sistema informático de esa repartición judicial se concluyó que "L. A. V. es un paciente que presenta como enfermedad crónica HIV+, no habiendo presentado intercurrencias, ni cuadros infecciosos, ni internaciones por cuadros agudos que descompensen su enfermedad. Se encuentra en evaluación permanente por especialistas en infectología y en tratamiento con anti-retrovirales, con muy buena adherencia al mismo. Los análisis de laboratorio clínicos se encuentran dentro de valores de referencia. Consideramos en base a la historia clínica remitida, que el paciente podría continuar en estado carcelario, ya que hasta la fecha se encuentra en muy buen estado clínico, con un labo-

Thomson Reuters

ratorio con carga viral indetectable, con un cd4 185 (bajo). Así también recomendamos que debería ser evaluado mensualmente por médico Clínico e Infectólogo y solicitarle análisis clínicos y carga viral y CD4, para seguimiento, y acorde a su estado clínico y los análisis, determinar si presenta alguna variación que permita encuadrarlo en los términos del art. 31, inc. 'a' y 'b' de la ley 24.660" (fs. 106/109).

Entonces bajo esos parámetros no surgen indicios que indiquen la posibilidad concreta de encontrarnos bajo la causal prevista en el inc. "a" del art. 10 del CP

Respecto al argumento traído a colación por el Dr. Moreno respecto a la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud en alusión al virus identificado como COVID-19 el mismo, de momento, no tendrá acogida favorable, no solo porque la autoridades nacionales, provinciales y municipales, se encuentran dictando medidas preventivas de público conocimiento para evitar su propagación, aspecto en el cual también se ha expresado el máximo tribunal dentro de la órbita del poder judicial mediante acordada 4/20, sino porque tampoco se han detectado casos de contagio en la provincia de La Pampa —lugar de actual de detención—.

Sin perjuicio de ello entiendo prudente adoptar, en este caso concreto, parte de los criterios expuestos por mis pares de la justicia nacional en el día de ayer, razón por la cual deberá la autoridad penitenciaria:

a) intensificar y reforzar el área sanitaria, a fin de controlar y asistir en forma exhaustiva a L. A. V., poniendo en funcionamiento de manera inmediata un protocolo específico de prevención y protección de Coronavirus COVID-19 en contexto de encierro; debiendo aclarar en forma expresa y fundada si bajo el actual contexto de encierro sanitario, adecuación de espacios, provisiones médicas, etc.- no es posible su derecho a la salud e integridad física, en caso de permanecer en la institución carcelaria. Es ese supuesto, resultará imprescindible la adjunción del correspondiente informe de las áreas correspondientes a fin de determinar el establecimiento penitenciario adecuado para su alojamiento, acorde al estado de salud y perfil criminológico del condenado.

b) extremar los controles preventivos y de protección sobre todo el personal del SPF y de aquellas personas que a otros fines ingresan a diario en las instituciones carcelarias, sugiriendo la adopción de medidas restrictivas a esos efectos.

Por ello en función de lo expuesto y oído que fueron las partes, en mi calidad de Juez de Ejecución resuelvo: I. No hacer lugar a la prisión domiciliaria en favor del interno L. A. V. (LPU N° 144.364/C) —arts. 10 del CP y 32 de la ley 24.660 a contrario sensu—. II. Poner en conocimiento del Director de la Colonia Penal de Santa Rosa (U.4) del Servicio Penitenciario Federal, su deber de adoptar las siguientes medidas: a) intensificar y reforzar el área sanitaria, a fin de controlar y asistir en forma exhaustiva al interno L. A. V. (LPU N° 144.364/C), poniendo en funcionamiento de manera inmediata un protocolo específico de prevención y protección de Coronavirus COVID-19 en contexto de encierro; debiendo aclarar en forma expresa y fundada si bajo el actual contexto de encierro sanitario, adecuación de espacios, provisiones médicas, etc.- no es posible su derecho a la salud e integridad física, en caso de permanecer en la institución carcelaria. Es ese supuesto, resultará imprescindible la adjunción del correspondiente informe de las áreas correspondientes a fin de determinar el establecimiento penitenciario adecuado para su alojamiento, acorde al estado de salud y perfil criminológico del condenado. b) extremar los controles preventivos y de protección sobre todo el personal del SPF y de aquellas personas que a otros fines ingresan a diario en las instituciones carcelarias, sugiriendo la adopción de medidas restrictivas a esos efectos. Regístrese, notifíquese y comuníquese. — *Eduardo G. Farah.*

DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO

Encubrimiento por receptación. Extinción de la acción penal. Detención durante dos años sin la realización del juicio. Sobreseimiento.

> Corresponde declarar extinguida la acción penal por haberse violado el plazo razonable para el juzgamiento del imputado —por encubrimiento por receptación—, en tanto existe una desproporción inusitada en el hecho investigado y el lento avance del proceso para su conclusión que perjudica su derecho a obtener un pronunciamiento en debido tiempo, máxime cuando aquel estuvo detenido durante un tiempo que duplicó la pena mínima pautada para el delito atribuido.

TOral Crim. Fed. Nro. 3, San Martín, 05/02/2020. - A. F. O.

[Cita on line: AR/JUR/70/2020]

Causa N° 3002 —FSM 2753/2012/TO1

San Martín, febrero 5 de 2020.

Thomson Reuters

Considerando:

Este proceso fue iniciado el 6 de julio de 2012, y en él se ventila la situación procesal del Sr. O., a quien el fiscal instructor imputa, "...haber receptado con conocimiento de su origen ilícito y con fines de lucro, el vehículo marca Fiat Duna, dominio ..., el cual había sido sustraído dos horas antes a J. L. G. en la ...Ciudad Autónoma de Buenos Aires...". Al calificar tal conducta dijo constituía el delito de encubrimiento por receptación, agravado por el ánimo de lucro, previsto en el art. 277, inciso primero, apartado "c", e inciso tercero apartado "b" del CP, considerándolo autor a tenor del art. 45 del ordenamiento de fondo. (ver fs. 107/9).

A partir de la fecha del hecho (6 de julio de 2012) O. estaba detenido, situación que mantuvo hasta cumplirse dos años, y decretarse el cese de esa medida cautelar.

Remitida la causa a este Tribunal, se citó a las partes a tenor de lo dispuesto en el art. 354 del rito el 14 de febrero de 2013 (fs. 147), luego de lo cual —más de un año después— se fijó audiencia de debate para el 3 de julio de 2014, tres días antes que venza el plazo máximo de la prisión preventiva. Fracasada la audiencia por ausencia del defensor, de dispuso su libertad por el cese de prisión preventiva. Luego de ello el proceso quedó en un limbo, nunca se volvió a fijar audiencia de debate, ni se tomó resolución de fondo.

Si bien es cierto que O. siguió vinculado a otros procesos, en éste, en el que se le imputa un simple encubrimiento que habría ocurrido hace casi 8 años, nada se hizo. Recordemos que estuvo dos años detenidos sin que se le hiciera el correspondiente juicio.

El Estado con su actuación, mejor dicho omisión, renunció de hecho a juzgar en un plazo razonable a O. Más allá de la pena conminada, debe valorarse especialmente la sencillez del hecho que aquí se debió tratar, la escasa prueba necesaria para realizar el juicio, y los dos años que sufrió detenido preventivamente.

Como bien lo ha señalado la Dra. Nada Flores Vega en expedientes de su vocalía que corrieron igual suerte, considero que resulta aplicable al caso la doctrina de la Cámara Federal de Casación Penal (Sala I "Barros, Orlando R. s/ recurso de casación" (causa N° 8428, Reg. N° 10.829, rta. el 13/08/2007 y su cita del fallo "Miguel, Néstor R. s/ recurso de casación", causa N° 7790, Reg. N° 10.454, rta. el 09/05/2007 —concordante con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación "in re" "Santángelo, José M. s/ defraudación por administración fraudulenta", S. 2491.XLI, rta. el 8 de mayo de 2007 (Fallos: 327:327) y "Acerbo, Néstor Horacio s/ contrabando —causa N° 51.221— (A. 2554. XL. rta. el 21 de agosto de 2007 —entre otras—) pues la duración de este proceso ha sido excesiva y, por tanto, violatoria del derecho del imputado a ser juzgado en un "plazo razonable" (art. 14, inc. 3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8, inc. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Se ha dicho en los fallos invocados "...que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso N° 11.245, Informe 12/96, del 01/03/1996)."

La Corte fijó una pauta fundamental para llevar adelante la dificultosa tarea de determinar la "razonabilidad" en la duración del trámite del expediente, cual es el análisis concreto de sus particularidades. Ello, por cuanto la propia naturaleza de la garantía a obtener un juicio sin dilaciones indebidas impide que se pueda determinar con precisión a partir de qué momento o bajo qué circunstancia comenzaría a lesionarse "...pues el lapso que puede ser razonable para el trámite judicial por un hurto puede no serlo para una asociación ilícita compleja.

En otras palabras, la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso...y el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, no puede traducirse en un número de días, meses o años" (del voto de los Ministros Fayt y Bossert, considerando 8° de Fallos: 322:360).

Así las cosas, se ha dicho también que en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y que, precisamente, "la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible" (conf. considerando 13 del voto en disidencia de los doctores Petracchi y Boggiano en Fallos: 322:360, y sus citas, que fue retomado por la mayoría en el caso "Barra", publicado en Fallos: 327:327, y causa N° P. 1991, L. XL, "Paillot, Luis M. y otros s/ contrabando", del 1° de abril del corriente año, voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni).

Y recientemente, ha sostenido "no existe un debido proceso allí donde la parte no encuentra una satisfacción plena de su derecho a obtener de todas las instancias procesales una respuesta a sus demandas en un plazo razonable de duración del proceso, máxime si este es uno de índole penal (Causa CSJ 1381/2018/RHI, Espíndola, Juan G. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, conf. considerando 21, del 9 de abril del corriente año).

Thomson Reuters

Bajo estas premisas no cabe la menor duda que el tiempo insumido en este proceso es absolutamente irrazonable. Una investigación sencilla, un juicio que no podía demorar más de dos o tres horas de audiencia. Si no se hizo el debate es por desinterés.

Es por eso que considero que A. F. O. ha sufrido la violación desmedida de los plazos que rigen el proceso penal, sin que una sentencia ponga fin a la grave situación de incertidumbre y molestias que genera el tener abierto un proceso penal, máxime cuando estuvo detenido durante un tiempo que duplicó la pena mínima pautada para el delito que se le achacara, con lo que un nuevo y tardío juzgamiento sería a todas luces violatorio de los derechos más elementales.

En razón de las particulares circunstancias descriptas existe una desproporción inusitada entre el hecho investigado y el lento avance del proceso para su conclusión, que perjudica gravemente el derecho a obtener un pronunciamiento en debido tiempo.

Debo recordar aquí que "obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal..." y "debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener —luego de un juicio tramitado en legal forma— un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal (considerandos 10 y 14 de Fallos 272:188 —"Mattei"—).

Además de los perjuicios que estar imputado en un proceso que dura tantos años le genera a la persona a quien se endilga la comisión del hecho delictivo, también el Estado se ve perjudicado, no sólo por el dispendio jurisdiccional que ello significa, sino porque se distorsionan todos los fines de la pena, que para su eficacia requiere la menor distancia temporal entre el hecho y la condena.

Cabe recordar lo dicho por los ministros Fayt y Bossert en Fallos: 322:360 —considerando 17— "mientras más tiempo transcurre, las pruebas que apoyan a la prosecución también se debilitan, pues en la investigación criminal el tiempo que pasa es la verdad que huye".

En orden a todo lo hasta aquí expuesto, corresponde declarar extinguida la acción penal por haberse violado el plazo razonable para el juzgamiento de A. F. O. y en consecuencia, sobreseerlo en orden al delito por el que fue requerida la elevación de la causa a juicio (art. 334, 335 y 336, inciso 1° del CPPN).

Para finalizar, también entiendo que, habiéndose acreditado la falsedad del documento secuestrado, procede su destrucción (art. 23 del CP).

Por todo lo expuesto, resuelvo: I. Declarar extinguida la acción penal por violación al derecho a ser juzgados en un plazo razonable respecto de A. F. O. en las presentes actuaciones y, consecuentemente, Sobreseerlo en orden al delito por el que se requirió la elevación de la causas a juicio (art. 336 inc. 1° del CPPN). Notifíquese, regístrese, publíquese (Acordada 15/2013 CSJN) y cúmplase con lo ordenado y con las comunicaciones de rigor. — *Daniel A. Cisneros.*

CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Pandemia COVID-19. Concesión de arresto domiciliario. Interno con alto riesgo de contagio. Condena por delitos contra la integridad sexual.

1. — Aun cuando existe una posibilidad cierta de que en caso de serle concedida la prisión domiciliaria a un interno que fue condenado por delitos contra la integridad sexual —sentencia no firme—, este intente fugarse, máximo cuando el tiempo que le resta por cumplir de pena es considerable (más de 4 años); e incluso, con ello coexiste el riesgo de que el nombrado cometa otro delito (sin desatender y lamentar la grave naturaleza de los hechos por los que fue condenado), ninguna de tales hipótesis puede fundar el rechazo del arresto domiciliario, exclusivamente por el plazo durante el cual se encuentren vigentes los riesgos inherentes al contagio del COVID-19, cuando lo que está en juego es la vida del incuso, por el alto riesgo de contagio, máxime cuando aún se encuentra vigente —aunque mermado— su estado de inocencia.

2. — El beneficio de arresto domiciliario debe ser concedido respecto de un interno que tiene alto riesgo de contagio del COVID-19 aun cuando no podría asegurarse que éste no se contagiará, como así tampoco que tendrá garantizada una atención eficaz en el sistema de salud pública, pero lo que sí es seguro es que si la población carcelaria de riesgo fuera diseminada en distintos domicilios: la velocidad de un eventual

Thomson Reuters

contagio de ese número de personas sería sensiblemente menor y, por ende, más favorable la expectativa de una atención médica eficiente; el imputado tendría las mismas oportunidades de atención médica que cualquier otro ciudadano; y las cárceles tendrían menos población y, por ende, el índice de contagio será inferior entre personas que, en principio, no requerirían atención médica urgente.

3. — Se deja expresamente aclarado que la concesión del arresto domiciliario respecto de un interno condenado por delitos contra la integridad sexual, es aplicable al caso teniendo en especial consideración las graves afecciones que lo ubican en un específico estado de vulnerabilidad frente al COVID-19; extremo que permite —amén de las cambiantes circunstancias fácticas relativas a la pandemia— tomar en el caso de autos un temperamento distinto al que tomó el Tribunal en otra causa. (Del voto de los Dres. Eggers y Mancini).

TOral Crim. Nro. 5, San Martín, 28/03/2020. – H., M. Á. s/ incidente de prisión domiciliaria.

[Cita on line: AR/JUR/6268/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, 18/03/2020, Báez, Martín Antonio y Otros s/ av. de delito, AR/JUR/1687/2020; Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4 de San Martín, 18/03/2020, Marcelo Cinto Courtaux, AR/JUR/1698/2020.

Causa CFP 1287/2017/TO1

San Martín, marzo 28 de 2020.

Resulta:

I. Que a fs. 193/4 y 198 el defensor público coadyuvante, Carlos Galletta, solicitó la prisión domiciliaria de su asistido, M. Á. H., a fin de resguardar su derecho a la salud.

En primer lugar, sostuvo que conforme se lo manifestara telefónicamente su asistido, este padece antecedentes de tabaquismo, cardiopatía, nefropatía, anemia, litiasis vesicular, insuficiencia renal, hiperlapsia prostática con aumento de tamaño testicular derecho, además de tener colocados dos stent y encontrarse medicado en forma diaria.

Recordó las conclusiones a las que arribara el Dr. Guillermo Gustavo Macla del Cuerpo Médico Forense al examinar a su asistido en cuando a que de no cumplirse total o parcialmente las indicaciones detalladas, la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impediría a H. recuperarse adecuadamente de sus dolencias.

En razón de ello sostuvo que H. se haya comprendido dentro del grupo de riesgo de personas frente al COVID-19 conforme el DNU N° 260/2020, y que se encuentra privado de su libertad en condiciones de sobrepoblación que refuerzan las posibilidades de propagación y contagio (Acordada N° 3/20 de la CFCP y resolución N° 184/2019 del Ministerio de Justicia).

Arguyó que si bien el tribunal le ha denegado la prisión domiciliaria, la situación de su defendido ha variado por lo cual amerita un nuevo análisis, no solo porque el nombrado resulta ser un paciente de riesgo frente al COVID-19 sino porque ha recaído sentencia condenatoria con lo cual no se encuentran vigentes los riesgos procesales de fuga y entorpecimiento de la investigación.

Finalmente, indicó que de tener acogida favorable el planteo efectuado su asistido residiría en su domicilio, ubicado en la calle ... de la localidad de ..., partido de Tres de Febrero, provincia de Buenos Aires.

II. Corrida la vista al Sr. Fiscal General, Carlos Cearras, a fs. 196/7 sostuvo que si bien H. resulta ser un paciente de riesgo frente al COVID-19, en virtud de los informes elaborados por el Cuerpo Médico Forense a fs. 44/6 y 157/8 H., entendió que previo a expedirse sobre la cuestión debía requerirse al Servicio Penitenciario Federal que informase si se encuentra en condiciones de cumplir con el protocolo de prevención de conformidad con lo dispuesto con el decreto PEN N° 260/2020 y que de continuar, ante la emergencia sanitaria, otorgando el tratamiento requerido en el caso para las dolencias padecidas por el nombrado.

Asimismo, solicitó la confección de un extenso informe socioambiental en el domicilio propuesto por la defensa a fin de determinar las personas que habitan allí y si la concesión del arresto domiciliario no generaría mayor riesgo sanitario para el imputado.

III. Que a fs. 199 este Tribunal le solicitó al Director del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza que informase si se implementaron medidas protocolares para la evitación del contagio del coronavirus (COVID-19) a los internos que se encuentren dentro del grupo de riesgo al que se refiere el art. 1° de la Decisión Administrativa 390/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, como así también indicase si, de extenderse a esa población los efectos de la pandemia —con el alto índice de propagación que la caracteriza—, el Hospital intramuros cuenta con los recursos sanitarios para brindar la debida atención médica a

Thomson Reuters

los afectados o, en su caso, proceder a su traslado a nosocomios extramuros a tal efecto.

Que si bien se ha reclamado en varias oportunidades una respuesta a dicha unidad, tanto por vía telefónica como a través del correo electrónico oficial, la misma a la fecha no fue recibida, motivo por el cual, atendiendo a la urgencia del caso corresponde dar inmediato tratamiento al pedido de arresto domiciliario incoado; ello, en línea con lo resuelto por la Cámara Federal de Casación Penal el pasado 20 de marzo en el incidente N° CFP 1287/2017/TO1/5, acollarado a la presente causa.

Considerando: I. Que este Tribunal, el pasado 28 de febrero del año en curso, condenó M. Á. H. a la pena de seis años de prisión, por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal —por vía oral, en el cual la víctima no pudo consentir libremente la acción, reiterado en dos oportunidades—, en concurso ideal con el delito de promover la corrupción de menores de dieciocho años que concurren realmente con el delito de facilitación y divulgación de representaciones de partes genitales de menores de dieciocho años de edad, con fines predominantemente sexuales, en calidad de autor (arts. 45, 54, 55, 119 tercer párrafo, en función del primer párrafo, 125 y 128 primer párrafo, del CP).

Que sin perjuicio de que la mentada sentencia fue precedida por un acuerdo de juicio abreviado (art. 431 bis del CPPN), toda vez que aquella aún no se encuentra firme (atento lo resuelto por la CSJN mediante Acordada 3/20) y que, por ende, H. continúa bajo prisión preventiva, corresponde ratificar —por su vigencia— las razones de peligro procesal otrora esgrimidas para fundar tal medida cautelar y aunar a ellas el incremento del riesgo de fuga que emana ya no de una mera expectativa de prisión en abstracto, sino antes bien del tiempo que aún le resta cumplir al nombrado en detención para obtener su libertad en virtud de la concreta pena impuesta, esto es 4 años y 9 meses (atento la modificación del art. 14 del CP —y 56 bis de la Ley 24.660— por Ley 27.375).

Que, en esa misma oportunidad, al tratarse el planteo subsidiario relativo a la concesión del arresto domiciliario como medida de morigeración de la prisión preventiva en los términos del art. 210 del CPPF, se afirmó que a partir de la elevada expectativa de prisión y demás circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del procesado, el riesgo de fuga que de ello derivaba no se vería neutralizado —ni, por ende, garantizada la comparecencia al proceso del encausado—, con el arresto domiciliario controlado mediante un dispositivo electrónico.

Que, por otro lado, cabe recordar que paralelamente también se denegó la solicitud de concesión de arresto domiciliario basada en cuestiones de salud del imputado (art. 32, inc. “a” a contrario de la Ley 24.660). Se alegó a tal fin que, si bien los informes elaborados por los médicos de su unidad de alojamiento —CPF I— y del Cuerpo Médico Forense de la CSJN afirmaban de modo conteste que H. padecía hipertrofia prostática con sonda permanente, insuficiencia renal crónica grado II-II, cardiopatía coronaria con dos stent en 2011 y 2012, hidrocele de testículo derecho y artrosis cervical (ver informes médicos fs. 143, 154/168 y 176), lo cierto es que en la unidad carcelaria se encontraba bajo seguimiento y control médico constante, y se le brindaba el tratamiento según lo prescripto para dichas patologías, previéndose asimismo que ante una eventual descompensación o agravamiento, el HPCI contaba con móviles para su traslado a nosocomios extramuros.

Que, como corolario de lo hasta aquí relatado puede afirmarse entonces que no existe motivo alguno para que la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a H. no sea llevada a cabo dentro una unidad carcelaria conforme las pautas establecidas por la Ley 24.660; ello, claro está, en tanto tal circunstancia no le impida recuperarse o tratar adecuadamente sus patologías y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario (art. 32, inc. “a” de la mentada ley).

II. Que a través del Decreto del PEN N° 260/2020 se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un (1) año, precisando la necesidad de extremar los recaudos para combatir el contagio.

A tal efecto, se consideró que con fecha 11 de marzo de 2020, la OMS declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegara a 118.554, y el número de muertes a 4281, afectando hasta ese momento a 110 países, entre ellos a la Argentina (considerandos 1° y 2° del mentado DNU).

Que, en consonancia con ello y teniendo en cuenta las particulares características de propagación y contagio del virus en cuestión, como así también las actuales condiciones de detención en contexto de emergencia penitenciaria formalmente declarada, la Cámara Federal de Casación Penal manifestó su preocupación por la situación de las personas privadas de la libertad en distintos establecimientos y solicitó a las autoridades competentes la adopción con carácter urgente y en forma conjunta de un protocolo específico para la prevención y protección del Coronavirus

Thomson Reuters

COVID-19 en contexto de encierro, en resguardo del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, en especial aquellas consideradas dentro de algún otro grupo de riesgo (Acordada 3/20, del 13/03/2020).

Ese mismo día, a través de la Resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación N° 2020-103-APN-MJN, se elaboraron recomendaciones sobre las medidas a implementar para las personas que se encuentren privadas de la libertad en el contexto de la Pandemia de COVID-19. Esas recomendaciones se sistematizaron en el Anexo II de la mencionada resolución y están dirigidas tanto al servicio penitenciario federal, como a los internos, sus visitas y el personal médico que las asiste.

En igual sentido, el Ministerio de Justicia dictó las Resoluciones Resol.-2020-105-APN-MJ y Resol.-2020-103-APN-MJ en las que, entre otras medidas, se establecen recomendaciones a implementar en los establecimientos dependientes del Servicio Penitenciario Federal.

Por su parte, la Dirección Nacional Del Servicio Penitenciario Federal, informando mediante IF-2020-18404851-APN-DSG-SPF las distintas medidas de prevención adoptadas, entre las que se encuentra el dictado de la Disposición N° DI-2020-48-APN-SPF-MJ, por cuyo conducto se aprobaron el "Protocolo de detección, diagnóstico precoz, aislamiento preventivo y aislamiento sanitario por coronavirus COVID-19", el cuestionario de "Declaración Jurada" y el "Flujograma del Protocolo de detección, diagnóstico precoz, aislamiento preventivo y aislamiento sanitario por coronavirus COVID-19", para su implementación en todos los establecimientos penitenciarios federales.

Sin perjuicio de ello, la rápida sucesión de casos a escala mundial llevó al Ejecutivo a dictar el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 (BO 19/03/2020), mediante el que, en lo sustancial, se dispuso "...la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio..." de las personas que habitan en el territorio de la República Argentina; todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación de la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas.

Frente a dicho panorama, y en línea con lo dispuesto en materia sanitaria, la Corte Suprema de Justicia de la Nación encomendó a los magistrados judiciales, por medio de la Acordada 6/2020, a llevar a cabo los actos procesales que no admitieran demora o medidas que de no practicarse pudieran causar un perjuicio irreparable (art. 3), y resaltó que "A los efectos de lo previsto en el punto anterior se deberá tener especialmente en consideración, entre otras cosas, las siguientes materias: a) penal: cuestiones vinculadas con la privación de la libertad de las personas..." (Artículo 4).

Que, entonces, más allá de lo concluido en el último párrafo del considerando que antecede, la extraordinaria situación descripta impone la urgente (re) evaluación de la situación de aquellos imputados privados de su libertad que se encuentren en especial riesgo de salud frente al contagio de la enfermedad.

Tal es el caso de H., cuyas afecciones —ya señaladas— lo ubican indudablemente dentro del grupo de personas especialmente vulnerables al COVID-19 (particularmente la insuficiencia renal y sus antecedentes coronarios). Cabe señalar que dicho extremo no se encuentra controvertido por las partes.

III. A) Que, tal análisis debe partir necesariamente de la premisa establecida por el Art. 18 de nuestra Constitución Nacional, en cuanto impone que "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

Ello se complementa, a su vez, por el plexo de resoluciones dictadas por las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal relacionadas con el tratamiento de los reclusos y las medidas sustitutivas del encarcelamiento aprobadas desde 1955, en particular los Procedimientos para la Aplicación Efectiva de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) y los Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal.

En tal sentido, especial relevancia ostentan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), que proclaman que "Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario" (Regla 1ra.) y, en lo que a los servicios médicos se refiere, "La prestación de servicios médicos a los reclusos es una responsabilidad del Estado. Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención

Thomson Reuters

sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica" (ver Regla 24 y ss.).

En esa misma inteligencia, el art. 143 de la Ley N° 24.660 establece que "El interno tiene derecho a la salud. Deberá brindársele oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescripto", mientras que su art. 58 dispone que "el régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello se implementarán medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud y se atenderán especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos".

En línea con ello, el Sr. Juez Gustavo Hornos en su voto emitido en un fallo de la Sala de Feria en el día de ayer al efectuar similar exégesis a la aquí propuesta señaló con meridiana claridad que "...el Derecho a la Salud es vital, pues sin ella todo lo demás es insuficiente y en este aspecto, debe recordarse el rol especial de garante que le corresponde al Estado Federal respecto de todas las personas que se encuentran detenidas.

En efecto, las personas detenidas conservan todos sus derechos de los que no los priva su condición. La pena reside solamente en la privación de la libertad y no en el cese de otros derechos fundamentales. De este modo, al igual que el resto de la población, las personas privadas de su libertad tienen el derecho al mayor y más oportuno acceso a través de los niveles sanitarios adecuados disponibles y deberá brindarse la oportuna asistencia médica integral, debiéndose respetar los principios de equivalencia e integración".

Destacó, asimismo, que "...La privación de la libertad, lejos de habilitar un debilitamiento de otros derechos y obligaciones de instituciones públicas requiere del refuerzo de dispositivos de promoción y protección de los mismos. El acceso a salud compromete la prestación efectiva de esa obligación genérica y el control de la misma por parte de los agentes estatales.

Esa normativa es conteste con los lineamientos éticos que deben guiar la atención de la salud y que están contenidos en los "Principios de ética médica" acordados por la Organización de Estados Americanos (OEA) de 1982, que señalan el deber de atender a los pacientes y actuar de acuerdo con sus mejores intereses, así como el deber moral de proteger la salud de los detenidos.

Ello, consagra la perspectiva de respeto de los derechos humanos que se sustenta en el cumplimiento por parte del personal de salud del deber de una asistencia compasiva, confidencial y respetuosa de la autonomía de las personas encerradas a las que deben dirigir sus acciones" (CFCP, Sala de Feria, "Miranda, Stella M. s/ rec. de casación", FSM 41231/2018/TO1/6/1/CFC1, reg. 7/20)

B) Que el silogismo impone considerar, como segunda premisa, la general situación de las cárceles relativa a la superpoblación, la falta de higiene y recursos sanitarios y el consecuente mayor riesgo de propagación de enfermedades contagiosas y menor posibilidades de atención médica eficiente; en especial, la del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, donde se encuentra alojado el imputado H.

Permítaseme a ese efecto referirme una vez más al voto del esforzado magistrado camarista Hornos, quien enfatizó sobre el punto lo señalado por los relevamientos e investigaciones de organismos locales como la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Comisión Provincial por la Memoria y el Centro de Estudios Legales y Sociales acerca del impacto de las condiciones de detención en la salud de las personas privadas de la libertad.

En efecto, puso de resalto que "Lo observado en diferentes monitoreos realizados por el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles —disponibles en sistemacontrolcarceles.gob.ar— en materia de derecho a la salud y atención médica da cuenta de la dificultad que tienen las personas detenidas para acceder a los servicios de salud.

Se ha podido verificar en las distintas inspecciones realizadas en las cárceles, que el acceso por parte de las personas privadas de su libertad a todos los insumos que aseguren la prevención de las enfermedades infectocontagiosas frecuentes en el encierro, resulta limitado.

En esa línea, debe tenerse en cuenta que la prevalencia tanto de estas enfermedades (en particular VHI y tuberculosis) como de otras no contagiosas (diabetes, hipertensión) es mayor en el contexto de encierro que en el medio libre, y en este contexto de emergencia sanitaria se torna esencial considerar todos los factores que hacen a la accesibilidad de las personas detenidas a la información, a los insumos de prevención y tratamiento específico e integral por su alto grado de vulnerabilidad, con mayor presencia y organización que en el medio libre".

A ello cabe adunar los resultados del procesamiento de la Base de Datos de Población y Alojamiento elaborada por el Equipo de Estadística y Bases de Datos del Observatorio de Cárceles Federales, que se nutre de la información contenida en las síntesis de población del SPF, identificando las cifras de alojados y el

Thomson Reuters

cupo declarado en cada establecimiento federal. Recopila datos desde 2009 hasta la fecha.

Así, tal como lo destaca el informe anual 2018 de la Procuración Penitenciaria Nacional, "...el Servicio Penitenciario Federal, desde el 2011, opera con un promedio de más del 90% de plazas ocupadas y desde hace ya tres años que se registran focos de sobrepoblación en algunos establecimientos y sobrepoblación general de todo el sistema penitenciario".

A su vez, la ausencia de datos confiables acerca del modo en que la administración penitenciaria define las capacidades de alojamiento declaradas de sus establecimientos penitenciarios agrava la cuestión.

Ante la incesante profundización del fenómeno, las autoridades penitenciarias federales adoptan medidas improvisadas que suponen la afectación de derechos de las personas privadas de libertad. Entre estas medidas se destaca el incremento de plazas únicamente a partir de la colocación de mayor número de camas. Esto se llevó a cabo en numerosos sectores de alojamiento colectivo de diversas unidades, en donde se reemplazaron las camas individuales y se colocaron dobles. También se construyeron nuevos pabellones en espacios originalmente diseñados con otros fines. A su vez, se utilizan sectores destinados a alojamientos transitorios en forma prolongada. Además, en el último tiempo se han comenzado a colocar camas dobles en celdas individuales.

Estas modificaciones, en la mayoría de los casos, no fueron acompañadas por un aumento proporcional de las prestaciones en los diferentes sectores de alojamiento (sanitarios, teléfonos, etc.). Tampoco se incrementó la oferta educativa y laboral, ni se ampliaron los espacios destinados a las visitas, entre otras cuestiones".

En efecto, del informe elaborado por el propio Servicio Penitenciario Federal (comunicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación el pasado 26 de marzo del año en curso) surge palmariamente la superpoblación que azota en las cárceles federales, especialmente en los Complejos Penitenciarios Federales I y II, cuya tasa de ocupación es 122,3% y 107,97%, respectivamente, y albergan, entre ambos, ni más ni menos que el 35% de la totalidad de presos en el ámbito federal.

Que, ello es conteste con lo afirmado en la Resol-2019-184-APN-MJ del Ministerio citado, que declaró la "emergencia en materia penitenciaria" por el término de tres años, en cuanto a que los establecimientos carcelarios federales muestran una "...sobrepoblación superior al doce por ciento (12%)".

En lo que respecta a las condiciones y distribución edilicias del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza se refiere, me remito a los datos oficiales que figuran en la página web del Servicio Penitenciario Federal (www.spf.gov.ar), que evidencian que los internos están en un espacio común, ya sea porque el alojamiento es de tipo celular o bien porque están en un pabellón **(1)**.

Ninguna duda cabe, a mi juicio, en cuanto a que las irrefutables y reconocidas condiciones carcelarias señaladas confluyen en un escenario óptimo para la transmisión de enfermedades virales, circunstancia ésta de máxima relevancia dada la principal característica que define al COVID-19: su enorme facilidad de contagio y, por ende, la rapidez de su propagación, que impide a la cualquier estructura sanitaria brindar una respuesta médica eficiente; de ahí, precisamente, el fundamento de las extraordinarias medidas restrictivas dispuestas por el Estado Nacional para toda la población, por cierto replicadas en todo el mundo (incluso en aquellos países que cuentan con sistemas de salud superiores al nuestro).

IV. Que si bien no hay duda en cuanto a que las medidas preventivas implementas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el ámbito del Servi-

(1) Se distribuye de la siguiente manera: Unidad residencial I, que tiene capacidad para albergar a 372 internos divididos en 6 pabellones de alojamiento celular de 50 celdas cada uno, 2 pabellones de alojamiento celular de 12 celdas cada uno y 1 pabellón de alojamiento común de 48 plazas; Unidad residencial II, que tiene capacidad para albergar a 372 internos divididos en 6 pabellones de alojamiento celular de 50 celdas cada uno, 2 pabellones de alojamiento celular de 12 celdas cada uno y 1 pabellón de alojamiento común de 48 Plazas; Unidad residencial III, que tiene capacidad para albergar a 348 internos divididos en 6 pabellones de alojamiento celular de 50 celdas cada uno y 4 pabellones de alojamiento celular de 12 celdas cada uno; Unidad residencial IV, que tiene capacidad para albergar a 348 internos divididos en 6 pabellones de alojamiento celular de 50 celdas cada uno y 4 pabellones de alojamiento celular de 12 celdas cada uno; Unidad residencial V, que tiene capacidad para albergar a 120 internos divididos en 4 pabellones de alojamiento celular de 30 celdas cada uno; Unidad residencial VI, que tiene capacidad para albergar a 75 internos en celdas individuales, divididos en Pabellones A, B y C, con capacidad de alojamiento individual de 15 celdas, alberga internos homosexuales, Pabellones C y D, capacidad de alojamiento individual de 15 celdas, alberga internos primarios y aquellos alcanzados por el Sistema de Intervención para la Reducción de Corruptibilidad; Unidad residencial de ingreso, que tiene capacidad para albergar a 310 internos divididos en 10 pabellones de alojamiento celular de 30 celdas cada una y 1 pabellón de alojamiento celular de 10 celdas.

Thomson Reuters

cio Penitenciario Federal demuestran que las autoridades han abocado todo los esfuerzos y medios a su alcance para evitar que el virus ingrese a las unidades carcelarias, lo cierto es que ello de ningún modo se encuentra garantizado.

Fútil e inocuo encuentro el dato —a este día y hora incierto— que por el momento no se han detectado casos de contagio en las unidades carcelarias, pues esa realidad puede cambiar en un abrir y cerrar de ojos. Sí sería relevante —además de auspicioso y esperanzador— si la noticia fuera que habiéndose comprobado casos positivos dentro del ámbito penitenciario, las medidas de aislamiento interno fueron exitosas en evitar el contagio del virus entre los detenidos, lo que precisamente por no existir aún internos con coronavirus no se puede determinar.

Es en esa incertidumbre donde precisamente reside la principal dificultad de la decisión que aquí debe tomarse, pero bajo la certeza de que ésta, ante el carácter urgente y delicado del caso, debe ser preventiva, pues su versión correctiva sería infructuosa por extemporánea.

En esa inteligencia, resulta previsible que si la enfermedad logra colarse en el Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza existe un alto riesgo de que se produzca un masivo y simultáneo contagio de los internos allí alojados, poniendo en especial peligro a aquellos que ostenten un grado mayor de vulnerabilidad a sus efectos.

Ese hipotético —aunque posible— escenario impone como única solución preventiva que si —o cuando— ello ocurra la población penitenciaria cuente entre sus filas con la menor cantidad de personas de riesgo posible, porque: 1) los hospitales de cada complejo penitenciario carecerían de los recursos (humanos y técnicos) para hacer frente a semejante demanda; 2) tampoco se contaría con recursos suficientes para trasladar a los enfermos a nosocomio extramuros, pues —como es sabido— el sistema de traslados de detenidos se encuentra prácticamente paralizado; y 3) aun cuando esto último fuera posible, ello implicaría una importante sobrecarga al ya colmado sistema público de salud.

Sobre el punto debe enfatizarse que al serle requerido a los distintos complejos penitenciarios federales que informen sobre los recursos sanitarios con los que cuentan para afrontar un eventual contagio masivo del COVID-19 ente la población de riesgo, las respuestas fueron disímiles, vagas y esquivas, lo cual evidencia que, a diferencia de la coordinación implementada para procurar el aislamiento de las cárceles, no se ha previsto un sistema eficiente para procurar la asistencia médica en caso de que efectivamente el virus se propague dentro de ámbito carcelario **(2)**.

Resulta por demás evidente que una medida preventiva óptima sería la de trasladar de modo inmedia-

(2) El 25 de marzo de 2020 el director médico del Complejo Penitenciario Federal II, Dr. Gabriel Costamagna, informó que "...el Complejo Penitenciario Federal 2 no cuenta con Hospital intramuros, si con una Unidad Médico Asistencial que oficia como unidad de atención primaria para eventual observación, control y/o cumplimiento de tratamientos simples, asimismo hasta el día de la fecha no se han confirmado casos del virus COVID-19 en este complejo. Los recursos sanitarios para brindar la debida atención médica a los afectados, en caso de necesidad, será evacuada a través de las instalaciones de los Hospitales extramuros de influencia regional".

Por otro lado, el subalcaide Blasi del Complejo Penitenciario Federal IV informó que "...es[e] complejo penitenciario pose una sala de internación común, no compatible para efectuar la aislación preventiva, de existir algún caso probable se trasladará según protocolo a la U 21 (CABA)".

El Complejo Penitenciario de CABA, por su parte, hizo saber que se "han intensificado y reforzad el control y asistencia de la totalidad de la población penal (...). Teniendo en cuenta el actual estado de emergencia sanitaria decretada y en virtud de no contar con casos positivos de COVID-19, podemos garantizar al día de la fecha, la asistencia de la totalidad de los pacientes en situación de riesgo (...) dejando expresa constancia que lo recientemente expresado podría verse rápidamente modificado debido a lo dinámico y volátil de los casos clínicos que se presentan en los últimos días, en lo referido a la pandemia que nos ocupa, situación esta que podrá causar un colapso del sistema de salud público con la consiguiente replicación en las posibilidades logísticas de este HPC, toda vez que para la asistencia de cuadros clínicos agudos severos y/o de índole traumatológico, que superan nuestras posibilidades asistenciales debemos recurrir indefectiblemente al apoyo del SAME y del sistema público de salud".

Por último, respecto de la Unidad N° 34, la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal informó que "Los equipos de salud de los establecimientos penitenciarios se encuentran abocados a fortalecer las medidas de vigilancia, detección temprana y aislamiento, debiendo notificar de forma inmediata todo caso sospechoso, probable y/o confirmándonos (...) encontramos frente a una población aislada de la comunidad, a la que se le esta brindado la mejor calidad de atención medica posible, en el contexto de un pandemia, con los recursos humanos disponibles, efectuando todos los esfuerzos a nuestro alcance y adoptando las medidas recomendadas por el Ministerio de Salud de la Nación que serán actualizadas según los lineamientos y la situación epidemiológica".

El Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, a la fecha, No ha contestado a lo requerido.

Thomson Reuters

to a todos los internos que pertenezcan al grupo de riesgo **(3)** a uno o varios establecimientos en donde permanezcan durante el plazo de cuarentena aislados del medio libre y separados entre sí. Tal propuesta no ha sido esbozada siquiera por ninguno de los complejos en particular, ni por el Servicio Penitenciario Federal o el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en general.

Ante ello, la única alternativa viable es la de conceder a los internos más vulnerables la prisión domiciliaria, hasta tanto el estado pandémico cese.

Es cierto que no podría asegurarse que en caso de disponerse el arresto del imputado en su domicilio, éste no se contagiará el COVID-19, como así tampoco que tendrá garantizada una atención eficaz en el sistema de salud pública, pero lo que sí es seguro es que si la población carcelaria de riesgo fuera diseminada en distintos domicilios: 1) la velocidad de un eventual contagio de ese número de personas sería sensiblemente menor y, por ende, más favorable la expectativa de una atención médica eficiente; 2) el imputado tendría las mismas oportunidades de atención médica que cualquier otro ciudadano; y 3) las cárceles tendrían menos población y, por ende, el índice de contagio será inferior entre personas que, en principio, no requerirían atención médica urgente.

Ese es precisamente el método seleccionado por los gobiernos federal y local para combatir la pandemia, esto es, Separar y aislar a la población para desacelerar la velocidad de contagio.

También es verdad que existe una posibilidad cierta de que en caso de serle concedida la prisión domiciliaria a H., éste intente fugarse, máximo cuando (tal como ya se señalara en el primer considerando) el tiempo que le resta por cumplir de pena es considerable (más de 4 años); incluso, con ello coexiste el riesgo de que el nombrado cometa otro delito (sin desatender y lamentar la grave naturaleza de los hechos por los que fue condenado). Sin embargo, a mi humilde entender, ninguna de tales hipótesis puede fundar el rechazo del arresto domiciliario cuando lo que está en juego es la vida del incuso (máxime cuando, como ocurre en autos, aún se encuentra vigente —aunque mermado por la sentencia en su contra— su estado de inocencia).

Ante ello resulta necesario entonces reforzar las condiciones bajo las cuales tal beneficio habrá de ser concedido, como así también los medios a través de los cuales su cumplimiento será controlado.

(3) Ver art. 1° de la Decisión Administrativa 390/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

Así, considero necesario, teniendo en cuenta las circunstancias señaladas y el peligro de fuga que de ellas emana, disponer su arresto domiciliario con su vigilancia mediante un dispositivo electrónico de control (art. 210, inc. "j" del CPPF), a cuya viabilidad e implementación habrá de quedar supeditada la efectivización de la medida. Dicho beneficio será exclusivamente por el plazo durante el cual se encuentren vigentes los riesgos inherentes al contagio del COVID-19, debiéndose, una vez cesados, retornar al imputado a la unidad carcelaria pertinente para que continúe cumpliendo la pena impuesta y tomando todos los recaudos del caso en relación a la enfermedad en cuestión.

Asimismo, combinadamente con ello —tal como lo prevé la mentada norma— creo conveniente imponer para el caso de marras, la prestación por sí o por un tercero de una caución real, como elemento disuasivo adicional para impedir que el imputado se fugue (cfr-me. informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 11/03/1997), y de ese modo asegurar que se someterá a la ejecución de la pena impuesta.

En tal sentido, teniendo en consideración las circunstancias objetiva aludidas y socio-económicas del imputado, entiendo adecuado fijar la mentada en $100.000 (pesos cien mil).

Por último, previo a efectivizarse el traslado a su domicilio, el imputado deberá aportar un referente al efecto y las autoridades penitenciarias deberán descartar, mediante el examen de laboratorio correspondiente, la presencia del COVID-19 en el nombrado, debiendo en su caso implementar el protocolo fijado al efecto por el Ministerio de Salud de la Nación.

Así voto.

Los doctores *Rodríguez Eggers* y *Mancini* dijeron:

Que, por coincidir en lo sustancial con los fundamentos esgrimidos por la colega preopinante, y en atención a lo resuelto el día de ayer por la Excma. Cámara Federal de Casación Penal in re "Miranda, Stella M. s/ rec. de casación" (CFCP, Sala de Feria, FSM 41231/2018/TO1/6/1/CFC1, reg. 7/20) adherían a su voto, dejando expresamente aclarado que la solución propuesta resulta a su juicio aplicable al caso teniendo en especial consideración las graves afecciones que ubican a H. en un específico estado de vulnerabilidad frente al COVID-19; extremo que permite —amén de las cambiantes circunstancias fácticas relativas a la pandemia— tomar en el caso de autos un temperamento distinto a aquel in re "Núñez, Edmundo J. s/ excarcelación", resuelta el pasado 26 de marzo del año en curso.

Thomson Reuters

Por lo expuesto, el Tribunal resuelve: I. Conceder a M. A. H. la Prisión domiciliaria, por el plazo durante el cual se encuentren vigentes los riesgos inherentes al contagio del COVID-19, con su vigilancia mediante un dispositivo electrónico de control (art. 210, inc. "j" del CPPF), a cuya viabilidad e implementación habrá de quedar supeditada la efectivización de la medida. II. Imponer al nombrado la prestación por sí o por un tercero de una caución real por la suma de $100.000 (pesos cien mil). III. Disponer que, previo a efectivizarse el traslado a su domicilio, el imputado deberá aportar un referente al efecto y las autoridades penitenciarias deberán descartar, mediante el examen de laboratorio correspondiente, la presencia del COVID-19 en el nombrado, debiendo en su caso implementar el protocolo fijado al efecto por el Ministerio de Salud de la Nación. IV. Ordenar que una vez cesados los riesgos a los que se refiere el punto I, las autoridades penitenciarias deberán retornar al imputado a la unidad carcelaria pertinente para que continúen cumpliendo la pena impuesta y tomando todos los recaudos del caso en relación a la enfermedad en cuestión. Notifíquese, ofíciese, regístrese y publíquese. Se deja constancia de que los Sres. Jueces María Claudia Morgese Martín, Esteban Rodríguez Eggers y Matías A. Mancini participaron de la deliberación por medios electrónicos y emitieron sus respectivos votos en los términos esgrimidos en la resolución que antecede, pero no suscriben la presente por no haber concurrido al tribunal siguiendo los lineamientos establecidos en las Acordadas N° 4/20 de la CFCP y 4/20 y 6/20 de la CSJN. Secretaría, 28 de marzo de 2020.

ARRESTO DOMICILIARIO

Imputada perteneciente a un colectivo vulnerable. Ausencia de antecedentes penales. Interés superior del niño. Concesión.

1. — El avance del proceso enseña razones para morigerar el encierro preventivo de la imputada, puntualmente, para hacer lugar al pedido de la defensa y disponer su arresto domiciliario, dado que, en primer lugar, integra al colectivo de mujeres detenidas que, de por sí solo, se encuentra en una situación de vulnerabilidad y que, como tal, merece consideración especial, y, en segundo lugar, porque carece de antecedentes penales, tiene domicilio y familia.

2. — El Estado tiene obligación de garantizar los derechos de los hijos de la imputada a no continuar separados de su madre y debe conciliar sus intereses con la pretensión del MPF de asegurar los fines del proceso.

JFed. Crim. y Correc. Nro. 2, San Martín, 10/03/2020. - A., J. s/ Arresto domiciliario.

[Cita on line: AR/JUR/9828/2020]

FSM 115777/2019/1

1ª Instancia.- San Martín, marzo 10 de 2020.

Considerando:

I. La defensa de J. A. solicitó que se le otorgara el arresto domiciliario, pues tiene un hijo de tres años de edad —L. C. F.—, que padece hidrocefalia y necesitaría estar con su madre. Al respecto, citó doctrina y jurisprudencia (ver fs. 1/7).

II. A colación de ello, se le dio intervención al titular del Programa de Vigilancia Electrónica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, así como a la Directora de Control y Asistencia de Ejecución Penal (ver fs. 11), cuyos informes obran a fs. 20/1 y 29/36, respectivamente.

III. Acto seguido, se le requirió opinión al asesor de menores y al representante del Ministerio Público Fiscal (ver fs. 37). El primero de ellos solicitó que se hiciera lugar a la solicitud de la defensa (ver fs. 38/40); mientras que el fiscal sugirió que se ordenara un examen sobre el niño a través del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional y que intimara a su abuela a presentar el Certificado Único de Discapacidad, previo a dictaminar.

IV. En este estado de cosas, en tanto han sido recabados los informes de los organismos de rigor —puntualmente los aludidos en el considerando II— y que las partes han tenido oportunidad para expedirse, entiendo que me encuentro en condiciones de resolver.

Máxime, si se tiene en cuenta que esto no le causará un agravio al Ministerio Público, pues tendrá la facultad de recurrir una eventual resolución adversa; al tiempo que un pedido de esta índole, en tanto involucra a dos colectivos vulnerables —una mujer y un niño— como lo ha dicho en el día de ayer la Cámara Federal de Casación Penal (Acordada 2/20), no admite demora.

Pues bien, tal como ha sido subrayado en la acordada citada, se tiene que la privación del derecho a la libertad personal durante el desarrollo del proceso debe ser entendida —y aplicada— como ultima ratio, pues se trata de la medida cautelar más intensa y violenta (CFCP, Ac. 2/20, apartado "e"). Lo que, dicho sea de paso, también ha sido destacado por la actual Presidenta de ese tribunal —la jueza federal Angela Ledesma— en el precedente "Cabral, María del Carmen s/ recurso de casación" —causa que tramitó du-

Thomson Reuters

rante la etapa de instrucción en esta sede—, cuando remarcó:

"...la afectación al derecho del imputado a gozar de la libertad durante el proceso, sólo puede disponerse en forma excepcional, por lo que las normas que las limiten deben ser interpretadas restrictivamente (Art. 14 del CPPF) y de conformidad con los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesariedad, destacados por la Corte IDH en el caso 'López Álvarez c. Honduras' y posteriormente incorporados en el art. 16 del CPPF...".

"...Es así que, toda decisión jurisdiccional tendiente a privar provisionalmente de la libertad al encartado deberá necesariamente revelar las razones objetivas que permitan sostener que aquella obstruirá los fines del proceso. De tal suerte que, 'si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada..." (CFCP, Sala II, c. N° FSM 13.345/2017/33/RH6-CFC1, considerando III.b, Rta. 20/12/2019).

V. En este marco, considero que el avance del proceso enseña razones para morigerar el encierro preventivo de A. y, puntualmente, para hacer lugar al pedido de la defensa y disponer su arresto domiciliario. Veamos.

En primer lugar, tal como lo destaqué más arriba, resulta que la imputada integra un colectivo que, de por sí solo, se encuentra en una situación de vulnerabilidad y que, como tal, merece consideración especial. Me refiero al de las mujeres detenidas.

Es que el encierro en una prisión no impacta del mismo modo sobre mujeres y varones. Sin perjuicio de cualquier rótulo, lo cierto es que las prisiones han sido construidas atendiendo las vivencias y necesidades de los varones o, dicho de otro modo, sin perspectiva de género. Lo que se ha traducido —aun en el sistema federal— en déficits serios en materia de atención sanitaria, en una inadecuada oferta educativa, recreativa y laboral, nula provisión de ropa digna y elementos de higiene personal, y en escasos establecimientos penitenciarios que, generalmente, distan de sus lugares de origen o centros de vida (ver informes de la Procuración Penitenciaria de la Nación en https://www.ppn.gov.ar/ejes-tematicos/colectivos-vulnerables/genero-y-diversidad-sexual).

Esto no es un detalle menor, si se repara en que las tareas de cuidado recaen prácticamente con exclusividad sobre las mujeres. Por lo que el solo hecho de estar detenidas repercute intensamente sobre la vida cotidiana de sus familias, donde terceras personas —usualmente otras mujeres, como ocurre en el caso— deben suplirlas en el cuidado de sus hijos. Volveré sobre esto.

Lo relevante ahora es que el impacto diferencial de la cárcel obliga a recoger dichas especificidades y a tenerlas en cuenta a la hora de decidir —o revisar, como sucede aquí— la aplicación de la prisión preventiva sobre toda mujer.

Y justamente, el "Sistema de Coordinación y Seguimiento del Control Judicial de Unidades Carcelarias", que preside el juez federal Gustavo M. Hornos —miembro de la Sala IV de la CFCP—, recomendó a los integrantes del Poder Judicial de la Nación que tuvieran presente en supuestos de esta índole —mujeres encarceladas— la excepcionalidad del encierro y la necesidad de implementar medidas no privativas de la libertad. Concretamente en la tercera recomendación del organismo.

Sobre esta base, entonces, considero que es viable morigerar el encierro preventivo de A., pues amén de los estándares legales expuestos, se tiene que los riesgos procesales vigentes —que derivan en gran medida de la escala penal aplicable— pueden neutralizarse con una medida menos lesiva: el arresto en su domicilio con un dispositivo electrónico (Artículo 210, inciso i, CPPF).

Máxime, cuando carece de antecedentes penales, tiene domicilio y familia. Lo que revelaría —en el ámbito de evaluación de procedencia de una diligencia morigeradora de la prisión preventiva— arraigo en los términos del Artículo 221 del Código Procesal Penal Federal. Pero esto no es todo.

VI. En línea con lo que señalé al comienzo —y en rigor de verdad con los argumentos introducidos por la defensa—, se tiene que no se encuentra únicamente en tela de juicio la situación —o vulnerabilidad— de J. A., pues es madre de dos hijos: M. C. F. y L. C. F. de siete y tres años de edad respectivamente (ver fs. 147 y 148 del Legajo de medida de protección N° 2).

De manera que también cabe evaluar este escenario de acuerdo a los estándares que derivan del interés superior de los niños. Lo que también ha sido recogido en la acordada de la CFCP antes citada, donde expresamente se reparó en el llamado de las Naciones Unidas a que se revisara el uso de la prisión preventiva, a considerar el bienestar de los niños a la hora de encarcelar a sus madres y a pensar seriamente en el costo social del encierro de mujeres por delitos no violentos (CFCP, Ac. 2/20, apartado "e").

Siendo ello así, cabe reparar en que los informes acompañados por las profesionales del Programa de

Thomson Reuters

Vigilancia Electrónica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, y de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal han sido favorables con el pedido de la defensa.

Nótese que en el primero de éstos, además de mencionar la viabilidad técnica del domicilio señalado por A. (ver fs. 45 vta.), se sostuvo que "el Equipo refuerza la importancia de garantizar el interés superior del niño consagrado en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, destacando la importancia de sostener el vínculo diario de la madre con sus hijos, considerando que esto conlleva a una mejora en el crecimiento y desarrollo preservando así su interés superior y respetando su centro de vida. En este sentido, se considera que el otorgamiento del arresto domiciliario de la Sra. A. permitiría mantener el vínculo de la misma con sus hijos/as y continuar ejerciendo un rol principal en su cuidado protección y sostén afectivo..." (ver fs. 44).

Y en ese marco, se sugirió expresamente que se le otorgaran permisos para garantir sus derechos —tramitar su DNI y la asignación universal por hijos— y el acceso a su salud y a la de sus niños. Supuesto este último donde se reparó expresamente en la mayor vulnerabilidad de L. —de tres años de edad—, pues su estado de salud requería controles médicos frecuentes (ver fs. 44/5).

Por su parte, en el informe de la DCAEP, luego de destacarse que M. R. S. —madre de A. y abuela de los niños— estaría en condiciones de brindar asistencia económica y médica para la subsistencia de la imputada y sus hijos, se concluye que "... tomando como criterio rector el interés superior de los niños, se desprende de la entrevista que sería necesaria la presencia de la imputada en el domicilio, debido a la delicada patología que padece F. L." (ver fs. 31 vta.).

Se aprecia entonces que la obligación de garantizar los derechos de M. y L. a no continuar separados de su madre (Artículo 9 CDN) también conducen —conciliación de intereses mediante con la pretensión del MPF de asegurar los fines del proceso— a morigerar el encarcelamiento preventivo de A. y, en concreto, a disponer su arresto domiciliario con un dispositivo electrónico.

Lo que no es solo procedente en los términos expuestos, sino también por aplicación del artículo 32 de la Ley 24.660, si se tiene en cuenta la edad de L. —tres años— y su cuadro de salud que, dicho sea de paso, ha sido constatado personalmente por las profesionales de los organismos en trato, a la vez que puede apreciarse de la mera lectura de la historia clínica enviada por el Hospital Materno Infantil de la Municipalidad de San Isidro. Por lo que, al menos de momento, sería sobreabundante ordenar la diligencia propuesta por el fiscal.

Por lo demás, no se puede soslayar que el padre de los niños también se encuentra detenido. Por lo que es aún más urgente morigerar el encierro de su madre.

VII. En resumidas cuentas, atendiendo a los estándares legales vigentes en materia de mujeres encarceladas, el derecho de M. y L. a no ser separados de su madre, y la edad y cuadro de salud de este último, ordenaré el arresto domiciliario de J. A., que se llevará adelante en la calle ..., José León Suárez, San Martín, provincia de Buenos Aires, mediante el Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica (Art. 10 CP, 314 CPPN y 32 inciso "f" de la Ley 24.660).

Y en línea con las sugerencias de las profesionales de este último programa, se procurarán autorizaciones para garantir sus derechos y los de sus niños —respecto de lo cual se invitará a su defensa y al asesor de menores a poner de relieve sus necesidades concretas y a diagramar un cronograma tentativo de permisos que será evaluado en esta sede—, al tiempo que se encomendará a la Dirección de Asistencias de Personas bajo Vigilancia Electrónica que se arbitren los medios necesarios para acompañar a la imputada en la adquisición de herramientas que le permitan fortalecer su autonomía (ver punto 9 del informe de fs. 20/3).

VII. Como corolario, no está de más mencionar, como también ha sido recogido en la acordada de la Cámara Federal de Casación Penal, que rige la emergencia penitenciaria en el ámbito federal y provincial, en cuyo marco están vigentes mesas interinstitucionales de diálogo —en las que intervienen representantes del Poder Judicial— para procurar soluciones a las urgentes y deficitarias condiciones de detención de las personas privadas de libertad en el ámbito del sistema nacional y local.

De modo que este temperamento contribuye con la necesidad ineludible de parte de la justicia penal de utilizar con mesura el encarcelamiento preventivo y suplirlo —en los casos que sea posible— por medidas alternativas.

Así lo advirtió oportunamente el "Sistema de Coordinación y Seguimiento del Control Judicial de Unidades Carcelarias" (http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/07/miscelaneas47804.pdf) y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Res. 3341/2019). Lo que, justamente, no es un dato más, pues A. se encuentra detenida en el Destacamento Femenino San Martín de la Policía

Thomson Reuters

de la Provincia de Buenos Aires; cosa que me lleva a puntualizar lo siguiente.

El pronunciamiento no podrá hacerse efectivo hasta tanto el titular del Juzgado de Garantías 4 del Departamento Judicial de San Martín adopte —eventualmente— un temperamento similar. Por lo que le será comunicada la decisión a los fines que estime corresponder.

Por lo expuesto, corresponde y así resuelvo: I. Disponer el arresto domiciliario de J. A. en la calle ..., José León Suárez, San Martín, provincia de Buenos Aires, mediante el Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica (Art. 10 CP, 314 CPPN y 32 inciso "f" y "" de la Ley 24.660). A tal fin, líbrese oficio al Jefe del Destacamento Femenino San Martín de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, haciéndole saber que la decisión no podrá hacerse efectiva dado que la detenida se encuentra a disposición conjunta con el titular del Juzgado de Garantías 4 del Departamento Judicial de San Martín. II. Invitar a la defensa y al asesor de menores a poner de relieve las necesidades concretas de J. A. y sus hijos, y a diagramar un cronograma tentativo de permisos que será evaluado oportunamente en esta sede. III. Encomendar a la Dirección de Asistencias de Personas bajo Vigilancia Electrónica que se arbitren los medios necesarios para acompañar a la imputada en la adquisición de herramientas que le permitan fortalecer su autonomía en los términos del punto 9 del informe acompañado a esta sede. IV. Comunicar el pronunciamiento al titular del Juzgado de Garantías 4 del Departamento Judicial de San Martín a los fines que estime corresponder. A tal fin líbrese oficio con copia del presente. V. Notifíquese al fiscal, la defensa y al asesor de menores. — *Alicia Vence.*

PRISIÓN DOMICILIARIA EN CONTEXTO DE PANDEMIA

Pedido enmarcado en el art. 32, inc. d de la ley 24.660. Contexto particular de la pandemia mundial ocasionada por el denominado Coronavirus (COVID-19). Mujer de 65 años condenada por delitos de lesa humanidad. Rechazo de la pretensión.

1. — La prisión domiciliaria solicitada a favor de una mujer de 65 años fundada en la actual pandemia debe rechazarse, pues las patologías que sufre no resultan de gravedad, están siendo controladas y se encuentra clínicamente estable, máxime cuando no hay aún registro de casos detectados o sospechosos dentro del pabellón donde se aloja, ni en su módulo, ni en el establecimiento, ni en cárceles en la Provincia de Córdoba, ni en ninguna cárcel del país y cuando existe y se está llevando a cabo un Protocolo específico de prevención para el contagio y propagación de la enfermedad.

2. — A los fines de la procedencia de la prisión domiciliaria, fundada en la actual pandemia y edad de la interna, debería acreditarse un grave riesgo actual para su salud, como así también que no se estuvieren desarrollando medidas para evitar dicho riesgo.

3. — En salvaguarda del derecho a la salud de la condenada, a quien se le deniega el beneficio de prisión domiciliaria, corresponde exhortar al Servicio Penitenciario de Córdoba al estricto cumplimiento del Protocolo para COVID-19.

TOral Crim. Fed. Nro. 1, Córdoba, 19/03/2020. – A., M. G. s/ Legajo de Ejecución Penal.

[Cita on line: AR/JUR/1734/2020]

Expte. FCB 93000172/2009/TO1/1/CFC2

Córdoba, marzo 19 de 2020.

Considerando:

I. Que a fs. 335 del presente legajo comparece el señor Defensor Público Coadyuvante, Dr. Juan Carlos Belagardi, en ejercicio de la defensa técnica de M. A., solicitando se le conceda el beneficio de prisión domiciliaria en los términos del art. 32 inc. "d" de la ley 24.660. Argumenta que su representada cuenta con 65 años, es decir, supera la edad establecida por la resolución 2020-3-APN de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, y que forma parte de aquellas personas que padecen distintas patologías por su edad.

Añade que el pedido se ajusta en todo a la línea de acción sostenida por la Cámara Federal de Casación Penal en la acordada 3/20 de fecha 13/03/2020, por medio de la cual se encomendó preferente despacho para la tramitación de cuestiones referidas a personas privadas de libertad que conforman grupo de riesgo, donde se requiere y se insta el cumplimiento urgente del protocolo para la prevención y protección del coronavirus. Añade que, debido a las condiciones de hacinamiento y densidad poblacional en el lugar donde se encuentra hospedado, y no existiendo condiciones de salubridad e higiene que permitan la permanencia de su asistido en el lugar de encierro sin riesgo de muerte, la única solución adecuada es la prisión domiciliaria.

II. Que previo a resolver la solicitud antes reseñada, este Tribunal ordenó al Establecimiento Peniten-

Thomson Reuters

ciario N° 3 de Córdoba —lugar de alojamiento de la interna A.— la remisión de un informe médico completo y actualizado del nombrado en el término de 24 horas, como también si la nombrada se encuentra alojada en celda individual, comparte salones, patios, aulas y demás espacios comunes con otras internas.

Dicho informe se agregó a fs. 2687 y 2688, surgiendo de sus términos que la interna A. presenta antecedentes de soriasis y gastritis, siendo asistida por nutrición con control de peso y tratamiento psicofármaco. Se presenta clínicamente estable, hemodinámicamente compensada, signos vitales dentro de los límites normales, resto del examen médico dentro de la normalidad. Que actualmente comparte celda con otra interna, no obstante no comparte con el resto de la población de alojadas sectores en común y la recreación para comunicación telefónica se concretan en un espacio habilitado a tal fin en el cual no participa con el resto de sus pares.

III. Corrida vista al señor Fiscal General, este dictaminó a fs. 2096 que no corresponde hacer lugar al pedido de prisión domiciliaria. Para ello tuvo en cuenta que se trata de una interna de menos de 70 años, que del informe médico no surge evidencias patológicas graves que impidan ser tratadas en el penal; que el SPC cuenta con un protocolo de medidas OVID-19 y la interna además presenta la particularidad de encontrarse en aislamiento. No obstante ello manifiesta que lo dictaminado puede ser revisado de acuerdo a la evolución epidemiológica del Coronavirus.

V. Entrando al análisis de la procedencia de la solicitud formulada, cabe señalar, en primer término, que el presente pedido ha sido enmarcado dentro del supuesto previsto para la concesión de prisión domiciliaria, art. 32, inciso "d" de la ley 24.660, modificada por ley 26.472, a la luz del contexto particular de la pandemia mundial ocasionada por el denominado Coronavirus (COVID-19).

En ese marco, como bien refiere el señor Defensor Público, la Cámara Federal de Casación Penal ha dictado la Acordada 3/20 conforme a la cual se resalta la importancia —a través de las autoridades competentes estatales— de resguardar la salud de las personas en condiciones de encierro, por tratarse de una situación de vulnerabilidad, frente al riesgo del avance de la pandemia en cuestión. Así, se solicitó la implementación de un protocolo de actuación y preferente despacho a las cuestiones relacionadas con este problema.

En esta misma línea, el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba ha adoptado el "Protocolo para COVID-19. Servicio Penitenciario" a cumplir por las Unidades Penitenciarias en el marco de la contingencia antes apuntada. Así, con el objetivo de la detección y diagnóstico precoz de un posible caso, permitir su adecuada atención, adoptar medidas de investigación, prevención y control, se ordena la inmediata adopción de una serie de medidas que incluyen: notificación inmediata de casos sospechosos, recomendaciones generales para evitar transmisión, identificación de grupos de riesgo, control de visitas y restricción de la mismas, prohibición de ingreso en caso de encontrarse dentro del plazo de cuarentena y denuncia correspondiente, prohibición de ingreso de visita que constituya caso sospechoso, protocolo para traslados para evitar contagios, medidas de desinfección, entre otras estrategias y acciones.

Tenemos presente que la interna M. G. A. fue condenada por este Tribunal a la pena de siete años de prisión e inhabilitación absoluta por el tiempo de condena, por la comisión de delitos de lesa humanidad ("Videla Jorge Rafael y otros" (Expte. N° 93000172/2009), pena que actualmente cumple con encierro carcelario.

A los fines de la procedencia de la solicitud de la defensa, fundada en la actual pandemia y edad de la interna, considero que debería acreditarse un grave riesgo actual para su salud, como así también que no se estuvieren desarrollando medidas para evitar dicho riesgo.

En este sentido, cabe señalar que los informes aportados por el Establecimiento Penitenciario donde se encuentra alojada M. G. A. permiten concluir que las patologías no resultan de gravedad, están siendo debidamente controladas y A. se encuentra clínicamente estable y compensada, más aún cuando, según lo informado por el penal, la interna de mención se encuentra aislada de los sectores de uso común.

Por otra parte, sin perjuicio de que la contingencia de una pandemia es dinámica y cambiante a diario, al momento no se han aportado al caso elementos de convicción que permitan deducir un riesgo inminente o grave para la salud de A.

En efecto, no hay aún registro de casos detectados o sospechosos dentro del pabellón donde se aloja, ni en su módulo, ni en el Establecimiento, ni en cárceles en la Provincia de Córdoba, ni en ninguna cárcel del país.

A ello cabe añadir que dentro del Establecimiento donde se aloja la interna A., existe y se está llevando a cabo un Protocolo específico de prevención para el contagio y propagación de la enfermedad producida por Corona Virus.

Por lo expuesto, conforme los fundamentos antes expuestos, considero que no corresponde hacer lugar

Thomson Reuters

a la prisión domiciliaria solicitada por la defensa en favor de M. G. A., sin perjuicio de una eventual revisión de las condiciones de encierro y de riesgo para su salud, en tanto se modifiquen las actuales circunstancias del caso o se aporten elementos de juicio que así lo ameriten.

Al mismo tiempo, en salvaguarda del derecho a la salud de la nombrada, estimo menester exhortar al Servicio Penitenciario de Córdoba al estricto cumplimiento del Protocolo para Covid-19, a cuyo fin deberá remitirse copia de la presente resolución.

Por ello, oído que fue el señor Fiscal General se resuelve: I. No hacer lugar a la prisión domiciliaria solicitada por la Defensa técnica a favor de M. G. A., conforme a los fundamentos expuestos en los considerandos, sin perjuicio de una eventual revisión de las condiciones de encierro y de riesgo para su salud, en tanto se modifiquen las actuales circunstancias del caso o se aporten elementos de juicio que así lo ameriten. II. Exhortar al Servicio Penitenciario de Córdoba al estricto cumplimiento del Protocolo para Covid-19, mediante remisión de una copia de la presente resolución. Protocolícese y hágase saber. — *Carolina Prado. — Julián Falcucci.*

PRISIÓN DOMICILIARIA POR EMERGENCIA SANITARIA

Interno de 64 años con antecedentes de hernia, cardiopatía y asma bronquial. Situación preocupante que atraviesan las personas privadas de la libertad en razón de la propagación y contagio del coronavirus COVID-19. Derecho a la salud.

1. — En función del informe médico que expone las patologías que presenta el interno, las dificultades para su tratamiento, su escasa evolución, los constantes traslados a nosocomios extramuros y la delicada situación sanitaria que se encuentra atravesando el país, siendo un paciente de riesgo en función de su edad y por las enfermedades respiratorias que presenta, corresponde otorgarle la prisión domiciliaria, con fundamento en los arts. 10, inc. a del Cód. Penal y 32, inc. a de la ley 24.660.

2. — Siendo preocupante la situación que atraviesan las personas privadas de la libertad en distintos establecimientos penitenciarios en razón de las particulares características de propagación y contagio del "Coronavirus", teniendo en consideración las advertencias efectuadas por la Organización Mundial de la Salud, y las condiciones actuales de detención, la salud de algunos internos que estarían en los grupos de riesgo determinados por ese organismo, y a los fines de resguardar el derecho a la salud que el Estado debe garantizar a las personas en condición de encierro —por tratarse de una específica situación de vulnerabilidad—, corresponde en el caso conceder la prisión domiciliaria.

TOral Crim. Fed. Nro. 2, Córdoba, 17/03/2020. - I., M. A. s/ Condena.

[Cita on line: AR/JUR/1748/2020]

Expte.: 96497/2018/T0112

Córdoba, marzo 17 de 2020.

Considerando:

I. En el presente legajo obran certificados e informes médicos del Jefe del Servicio Médico del Módulo 2 —doctor Daniel Puglisi— del que surgen que I. presenta un delicado estado de salud, sumado a la situación sanitaria por la que está atravesando el país, le hacen sugerir al Servicio Médico se le otorgue al interno el beneficio de Prisión Domiciliaria.

II Que este Tribunal solicitó oportunamente informes sobre el estado de salud del interno y la inconveniencia de mantenerlo alojado en su lugar de detención o en su caso si dicho lugar cumple con las recomendaciones del servicio médico del Hospital Misericordia de fs. 133.

III. Corrida vista al señor Fiscal General, doctor Carlos María Casas Nóblega, refiere que "En función del informe de salud, concluye que en atención al delicado estado del cuadro que atraviesa el interno, la característica de la gravedad y cronicidad de su enfermedad de base, la situación sanitaria por lo que se está atravesando que es de público conocimiento, corresponde otorgarle el beneficio de la prisión domiciliaria ya que existe dificultad para su permanencia en el Complejo Carcelario".

En función del contundente informe médico elaborado por CC N° 1, el cual expone las patologías que presenta el interno, las dificultades para su tratamiento, su escasa evolución, los constantes traslados a nosocomios extramuros y la delicada situación sanitaria que se encuentra atravesando nuestro país, siendo el interno I. un paciente de riesgo en función de su edad y por las enfermedades respiratorias que presenta, entiendo que corresponde otorgarle la prisión domiciliaria, conforme los arts. 10 inc. "a" del C.P y 32 inc. "a" de la Ley 24.660: "el juez podrá otorgarle la prisión domiciliaria al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente

Thomson Reuters

su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario".

IV. La ley Nacional 26.472 modificó la regulación de la prisión domiciliaria ampliando los supuestos de procedencia y, consecuentemente, agregando situaciones en las que pueda sustentarse esta alternativa de ejecución penitenciaria a fin de adecuar este instituto a las pautas fijadas en numerosos tratados internacionales de derechos humanos —art. 75, inciso 22, de la CN— que gozan de rango constitucional, refiriendo a los principios y valores que entran en juego en dichas normas. Precisamente, el reconocimiento normativo que la ley 26.472 hace de estos principios y valores —refiere a que la aplicación de la ley penal— en cuanto infraconstitucional, no debe entrar en colisión con nuestra ley fundamental, procurando adecuar el instituto de la prisión domiciliaria de conformidad con lo que establece la Constitución. De este modo se modifican los supuestos que habilitan la prisión domiciliaria, la que, conforme establece el nuevo art. 32 de la ley 24.660, podrá otorgarse: a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo. Resulta ampliado de este modo, el espectro de situaciones en las que se hace viable la concesión de la prisión domiciliaria atendiendo al principio de humanidad en la ejecución de las penas privativas de la libertad.

Ahora bien, el artículo 33 de la ley 24.660 establece que el juez deberá requerir, previo a decidir acerca de la concesión de la prisión domiciliaria, "informes médicos, psicológicos y sociales que fundadamente lo justifique". Estos informes resultan indispensables para verificar si corresponde o no la procedencia del instituto en orden al principio de personalidad de las penas. A criterio de este Tribunal tales exigencias se encuentran acreditadas con los informes médicos obrantes en autos fs. 136, 138/141, y determinan que el interno se encontraría dentro de los requisitos establecidos por la ley para gozar de dicho beneficio.

No caben dudas acerca de que el beneficio previsto en el art. 314 del CPPN y arts. 32, 33 y 34 de la ley 24.660, constituye un instituto en el que —amén de privilegiar la edad o enfermedad del procesado o penado sobre la necesidad de cumplimiento de prisión preventiva o pena en un establecimiento carcelario— tiene como precedente el reconocimiento de la dignidad inalienable de la persona, siendo al mismo tiempo compatible con el derecho del Estado de penar a quien ha cometido un delito. En este contexto, resulta claro y acertado que este último derecho se verá satisfecho en razón de que la prisión domiciliaria sigue siendo una forma de cumplir la pena.

En el caso que nos ocupa, ha quedado debidamente acreditado a través de los informes confeccionados por el Servicio Médico del Establecimiento Penitenciario N° 1 de esta ciudad, que la salud del interno I. se encuentra gravemente deteriorada. Del citado informe se desprende que se trata de un interno de 64 años de edad con antecedentes de Hernia Inguino Escrotal derecha gigante, cardiopatía isquémica, HTA, Asma bronquial desde los 6 años de edad, con múltiples internaciones —cinco en lo que va del año— por crisis asmáticas con infecciones respiratorias agregadas, quien a pesar del tratamiento médico se encuentra con escasa respuesta.

El resultado de la Espirometría realizada muestra un patrón obstructivo muy severo más restricción pulmonar, por lo que de acuerdo a este resultado y a una TAC realizada, la cual presentó signos de inflamación parenquimatosa, se llegó a un diagnóstico presuntivo de asma bronquial persistente de difícil control.

El Servicio Penitenciario informó que I. continúa internado en el Hospital Misericordia, en atención al delicado estado de salud que atraviesa, y atento a la gravedad y cronicidad de su enfermedad, sumado a la situación sanitaria por lo que se está atravesando, sugieren otorgarle el beneficio de la prisión domiciliaria. Coincidiendo con el Señor Fiscal General, en cuanto que es contundente el informe médico elaborado por CC N° 1, el cual expone las patologías que presenta el interno, las dificultades para su tratamiento, su escasa evolución, los constantes traslados a nosocomios extramuros y la delicada situación sanitaria que se encuentra atravesando nuestro país, siendo el interno I. un paciente de riesgo en función de su edad y por las enfermedades respiratorias que presenta, corresponde otorgarle la prisión domiciliaria.

Compartiendo lo sostenido por la Cámara Federal de Casación Penal, mediante Acordada N° 3/20, y siendo preocupante la situación que atraviesan las personas privadas de la libertad en distintos Establecimientos Penitenciarios en razón de las particulares características de propagación y contagio del "Coronavirus", teniendo en consideración las advertencias efectuadas por la Organización Mundial de la Salud, y las condiciones actuales de detención, la salud de algunos internos que estarían en los grupos de riesgo determinados por dicho organismo, y a los fines de resguardar adecuadamente el derecho a la salud que

Thomson Reuters

el Estado debe garantizar a las personas en condición de encierro —por tratarse de una específica situación de vulnerabilidad— (arts. 18 y 75 inc. 22 CN y demás Pactos Internacionales.) es que considero que en el presente caso corresponde conceder la prisión domiciliaria.

Esta situación afecta los derechos fundamentales vinculados al trato humanitario que deben gozar aquellas personas privadas de la libertad. Estos derechos se encuentran contemplados en primer término en el art. 18 de la Constitución Nacional cuando establece que "... las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos, más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice". Tal cláusula posee contenido operativo y como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una prisión preventiva, la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de la vida de los internos, de su salud e integridad física y moral.

Consta en el presente legajo el domicilio aportado por la esposa y el hijo de M. A. I. para el cumplimiento de dicho beneficio y el compromiso de responsabilidad a su cargo aceptado por el Señor L. E. I. (hijo), quien expresa y se compromete a velar por el cumplimiento de la prisión domiciliaria en el domicilio sito en calle ... de la ciudad de Salta Capital, como así también a estar a cargo de su manutención, y cuidado, tomando conocimiento de la obligación del mismo de permanecer en el domicilio de mención, bajo el régimen de prisión domiciliaria.

Así las cosas, luego de haber escuchado la opinión favorable del Ministerio Público, y teniendo en cuenta lo reseñado en los considerandos precedentes, entiendo que corresponde conceder al interno M. A. I. el beneficio de la prisión domiciliaria solicitado, habida cuenta que su situación encuadra en el supuesto del inc. "a", del art. 32, de la ley 24.660, modificado por la Ley Nacional 26.472 y art. 10 del CP Cabe aclarar que la modalidad de detención se hará efectiva una vez que el nombrado interno sea dado de alta del Hospital Misericordia y sea trasladado por el Servicio Penitenciario a este Tribunal —acompañado de su hijo L. E. I.— donde se le labrará el acta correspondiente con obligación que conlleva el beneficio en cuestión, de permanencia (esto es, de sujetarse, estar y no salir) en el domicilio de calle ... de la ciudad de Salta Capital, salvo casos de necesidad justificada relacionados a su estado de salud, bajo apercibimiento de revocar el beneficio concedido (art. 34 de la ley 24.660).

Asimismo, se deberá ordenar que la prisión domiciliaria sea supervisada por el Patronato de Liberados de la Provincia de Salta (art. 33, tercer párrafo, de la ley 24.660), que deberá remitir informes mensuales al Tribunal.

Por todo ello, resuelvo: 1. Conceder el beneficio de la prisión domiciliaria al imputado M. A. I., la que se hará efectiva una vez dada dado de alta del Hospital Misericordia, de conformidad con lo establecido por los arts. 32, inc. "a" de la ley 24.660, 10 del CP y 314 del CPPN. 2. La modalidad de detención se efectivizara una vez que el imputado M. A. I. sea dado de alta por el Hospital Misericordia —donde se encuentra internado actualmente— y trasladado por el Servicio Penitenciario a este Tribunal donde se le labrara el acta correspondiente con la obligación de permanecer en el domicilio sito en calle ... de la ciudad de Salta Capital, al cual deberá sujetarse, permanecer y no salir, salvo casos de necesidad justificada relacionados a su estado de salud, bajo apercibimiento de revocar el beneficio concedido (art. 34 de la ley 24.660). 3. Disponer que L. E. I. —hijo del imputado— se hará cargo de velar por el cumplimiento de la prisión domiciliaria de M. A. I., el cual tendrá que comparecer ante este Tribunal —junto a su padre— para labrar el acta correspondiente. 4. Oficiar al Patronato del Liberado de la Provincia de Salta a fin de que disponga lo conducente para la supervisión de la prisión domiciliaria precedentemente dispuesta (art. 33, tercer párrafo, de la ley 24.660), y remita informes mensuales al Tribunal. Protocolicese y hágase saber. — *María N. Costa.*

PRISIÓN DOMICILIARIA

Pandemia. Emergencia sanitaria. Huelga de hambre. Concesión del beneficio.

> La prisión domiciliaria solicitada por un interno que hizo una huelga de hambre tendiente a que su pedido sea atendido favorablemente debe admitirse, pues se encuentra acreditada su patología que refiere HIV y EPOC por tabaquismo, antecedentes por hepatitis C y tuberculosis, encontrándose en el grupo de riesgo de acuerdo con los parámetros fijados por el Ministerio de Salud de la Nación y la Organización Mundial de la Salud (OMS) respecto de la pandemia de coronavirus COVID-19. Esto se compadece con la opinión de la Cámara Federal de Casación Penal, fundada en las regulaciones nacionales, los informes y recomendaciones de organismos internacionales, tendientes a descomprimir el hacinamiento y la sobrepoblación en las unidades penales o de las fuerzas de seguridad, que recomendó la aplicación de medidas alternati-

Thomson Reuters

vas al encierro para evitar un masivo contagio del virus.

TOral Crim. Fed., Corrientes, 26/04/2020. - A., H. G. s/ prisión domiciliaria.

[Cita on line: AR/JUR/13954/2020]

Expte. N° 5174/2016/TO1/10

Corrientes, abril 26 de 2020.

Considerando:

I. Que el defensor oficial Dr. Enzo Mario Di Tella solicitó se otorgue prisión domiciliaria a su defendido H. G. A., aludiendo a su estado de salud y la actual situación sanitaria a raíz de la pandemia mundial por coronavirus Covid-19.

Acompañó informe de la Colonia Penal de Candelaria (U17) con una lista de internos con factor de riesgo frente a un eventual contagio de coronavirus, en la que está incluido H. G. A.

En esta dirección, el defensor público mencionó las recomendaciones de organismos internacionales, de la Cámara Federal de Casación Penal, y jurisprudencia que apoya su posición respecto a medidas de flexibilización de las prisiones preventivas.

II. Paralelamente el imputado junto a un grupo de internos inició una huelga de hambre tendiente a que su pedido sea atendido favorablemente.

Esta circunstancia fue certificada de manera permanente por el Tribunal, que mediante el actuario por medios digitales transmitió las instrucciones de la Presidencia a la U17, situación cuya evolución mereció que deba autorizarse la hidratación del huelguista.

En este contexto se solicitó a la Unidad que determine un posible domicilio para el cumplimiento de una eventual prisión domiciliaria, ofreciendo su vivienda familiar sita en calle ... del Barrio Valenzuela de la localidad de Goya, provincia de Corrientes.

El informe de constatación del domicilio fue realizado por la Delegación Goya de la Policía Federal Argentina, y la señora D. C. U. prestó conformidad para que el interno cumpla la medida en ese domicilio, y expresó que no existen impedimentos para que el imputado cumpla prisión domiciliaria en el lugar. En el lugar la nombrada vive junto a sus dos hijos menores de 6 y 3 años de edad.

III. Llegadas las actuaciones a despacho para resolver, debe señalarse que el expediente ingresó a estos estrados el 14/02/2020, encontrándose a despacho para los controles que prescribe el art. 354 CPPN.

Ante la presentación de la defensa pública, y la situación de salud del interno, nos avocamos al tratamiento de la medida impetrada.

En primer lugar, acreditada la patología de H. G. A.; esto es así porque del cotejo de las actuaciones surgen informes médicos relacionados con las enfermedades del encausado (fs. 27/65), que refieren HIV y EPOC por tabaquismo, antecedentes de hepatitis C y tuberculosis. Esto es corroborado por la U17.

Si bien debido a las circunstancias actuales del país con la pandemia en curso no cabe ingresar a evaluar otras condiciones personales ni procesales, no se puede soslayar el dictamen fiscal obrante a fs. 67/68, por el que el fiscal de la instrucción se opuso en esa oportunidad a la prisión domiciliaria, en razón de que ya se le había concedido el beneficio el 23/05/2018, y se revocó tras una denuncia, resultando aprehendido tras ser allanado su domicilio y encontrar en su poder sustancias estupefacientes.

Sin perjuicio de ello, el fiscal ante el tribunal dictaminó que en razón de la pandemia de coronavirus se deben extremar las medidas para resguardar la salud del detenido, planteando que se puede hacer lugar a la prisión domiciliaria bajo vigilancia electrónica.

De acuerdo entonces con el cuadro clínico de H. G. A., se encuentra comprendido en el denominado grupo de riesgo de acuerdo a los parámetros fijados por el Ministerio de Salud de la Nación y la Organización Mundial de la Salud (OMS), respecto de la pandemia de coronavirus Covid-19. Esto implica que un eventual contagio puede acarrear consecuencias fatales.

Esto se compadece con la opinión de la Cámara Federal de Casación Penal, fundada en las regulaciones nacionales, los informes y recomendaciones de organismos internacionales, tendientes a descomprimir el hacinamiento y la sobrepoblación en las unidades penales o de las fuerzas de seguridad, que recomendó la aplicación de medidas alternativas al encierro para evitar un masivo contagio del agresivo virus Covid-19.

Sin embargo, el tribunal casatorio no expidió una orden de libertad indiscriminada, sino por el contrario, hizo expresa salvedad de que cada caso concreto debe ser resuelto jurisdiccionalmente por los magistrados que entiendan específicamente.

El caso particular *sub judice* debe zanjarse por razones humanitarias, que nos inclinan a otorgar la prisión domiciliaria, debido a la pandemia y riesgos de

Thomson Reuters

vida que acechan ante la posibilidad de que contraiga el virus.

Los decretos del Poder Ejecutivo Nacional, las Resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación, y los pronunciamientos en igual sentido de los demás poderes del Estado; las Acordadas y Resoluciones de la Cámara Federal de Casación Penal, tienden a fortalecer el aislamiento social, preventivo y obligatorio, y además a preservar las condiciones para que el virus no franquee la barrera que debe proteger a los grupos de riesgo.

También otros organismos realizaron recomendaciones especiales al respecto. Así, el Comité Nacional de Prevención de la Tortura en su informe del 25/03/2020 expuso la necesidad de poner en resguardo a los detenidos dentro de los grupos de riesgo, y en cuanto a lo que concierne a este caso, a las personas con afecciones de salud preexistentes para que puedan tramitarse a la mayor brevedad posible los incidentes de prisión domiciliaria o libertad correspondientes.

En igual sentido la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU, Dra. Michelle Bachelet, instó a los gobiernos a tomar medidas urgentes para proteger la salud y seguridad de las personas detenidas o recluidas en instalaciones cerradas, como parte de los esfuerzos generales para frenar la pandemia de coronavirus; afirmando que las autoridades deberían examinar la manera de poner en libertad a los individuos especialmente vulnerables al Covid 19, entre otros los presos de más edad y los enfermos (https://www.baenegocios.com/edicionimpresa/La-ONU-pide-esfuerzos-para-evitar-situacion-explosiva-en-las-carceles-20200325-0086.html).

En este orden de ideas, tanto la CSJN como la Cámara Federal de Casación Penal remarcaron la importancia del trámite de cuestiones referidas a personas privadas de libertad que conforman el grupo de riesgo, en razón de condiciones preexistentes, y con el objeto de resguardar el derecho a la salud, insistiendo en ello la Presidencia de la CFCP con Decreto del 02/04/2020.

Recordemos que el Estado como garante de las personas en condiciones de encierro debe resguardar adecuadamente el derecho a la salud, dado que ello constituye una situación de vulnerabilidad (arts. 18 y 75 inc. 22 CN; 4.1, 5, 19 y 26 CADH; 12.1 y 2 ap. "d" PIDESC; arts. 3 y 25 DUDH; 1 y 11 DADDHH; Reglas Nelson Mandela 24/35; Sec. 2ª, apartado 10, acápites 22 y 23 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad; 58/61 y 143 de la Ley 24.660).

Si bien el Servicio Penitenciario Federal ha impuesto una serie de protocolos y directivas tendientes a prevenir la pandemia adentro de las unidades carcelarias —dado que hasta el momento no existe tratamiento antiviral—, no podemos soslayar la emergencia carcelaria dispuesta por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos mediante Resolución N° 184/2019 del 25/03/2019, que promovía medidas alternativas a la pena privativa de la libertad para grupos vulnerables, constituidos —entre otros— por personas con problemas de salud.

En este escenario, los grupos de riesgo deberán necesariamente durante la emergencia sanitaria ser separados, o externados de los establecimientos penitenciarios.

Como corolario, en el caso particular los elementos reunidos acreditan la necesidad de acceder a la petición de la prisión domiciliaria, en línea con lo dictaminado por el actor penal público, debiendo el encausado continuar con el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el gobierno nacional a instancias de las autoridades sanitarias.

Contemplando la situación esencialmente humanitaria y extrema que significa la pandemia mundial, con la situación particular del encausado, la premura del caso no debe impedir la adopción de medidas precautorias y de control, como la prohibición de salida del país, y la aplicación de pulseras o tobilleras electrónicas para despejar el riesgo de fuga.

Por último, con el objeto de minimizar los riesgos de fuga, como medidas cautelares debe prohibirse la salida del país del imputado, y requerir a las autoridades correspondientes el control electrónico del cumplimiento de la prisión domiciliaria.

Habiendo prestado conformidad y no existiendo restricciones sanitarias, el domicilio en el que se cumplirá la medida es calle 25 de febrero N° 181 del Barrio Valenzuela, de la ciudad de Goya, provincia de Corrientes, bajo la responsabilidad de D. C. U.

Por ello, este Tribunal resuelve: 1°) Disponer que H. G. A., DNI N° ..., cuyos demás datos personales obran en autos, continúe cumpliendo la prisión preventiva en la modalidad de prisión domiciliaria, la que se hará efectiva en la vivienda ubicada en calle ... del Barrio Valenzuela, de la ciudad de Goya, provincia de Corrientes; sujeto a las siguientes reglas de conducta: a) Permanecer en el domicilio indicado, del cual solo podrá salir con autorización previa del Tribunal; con la única excepción cuando se trate de una emergencia por razones de salud, lo cual deberá acreditarse en forma inmediata con posterioridad a la salida; b) Acatar todas las previsiones que dicte la autoridad sa-

Thomson Reuters

nitaria nacional; c) No abusar de bebidas alcohólicas, no usar o poseer estupefacientes, ni poseer armas de fuego en el domicilio; d) No recibir visitas extrañas al núcleo familiar; y e) Permitir el ingreso a la vivienda a la Asistente Social de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal que así lo requiera; f) Prohibición expresa de ausentarse del país; todo bajo la responsabilidad de su amiga D. C. U., DNI N° ..., con promesa de cumplir fielmente las reglas impuestas y bajo el apercibimiento previsto en el art. 34 de la Ley 24.660 (Art. 314 CPPN; art. 210 incs. "i" y "j" CPPF; Decretos PEN 260/20, 297/20, 325/20 y 355/20; Acordadas 9/20 de la CFCP; arts. 18 y 75 inc. 22 CN; 4.1, 5, 19 y 26 CADH; arts. 12.1 y 2 ap. "d" PIDESC; arts. 3 y 25 DUDH; arts. 1 y 11 DADDHH; Reglas Nelson Mandela 24/35; Sec. 2ª, apartado 10, acápites 22 y 23 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad; y 58/61 y 143 de la Ley 24.660). 2°) Oficiar a la Colonia Penal de Candelaria (U17) del SPF, a efectos de que se proceda a notificar al interno del punto 1°, y a trasladarlo junto a sus pertenencias hasta el domicilio referenciado donde permanecerá alojado, confeccionándose la correspondiente acta. Se deberán tener en cuenta las medidas de seguridad y protocolos sanitarios en resguardo de la salud de los funcionarios penitenciarios. 3°) Disponer la supervisión de la prisión domiciliaria mediante controles periódicos mensuales a cargo de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal (DCAEP), y/o el organismo con jurisdicción en el domicilio del causante. 4°) Oficiar a la Dirección Nacional de Migraciones a efectos de comunicar la prohibición de salida del país de H. G. A. 5°) Requerir al "Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica", a fin de que en el marco de las Resoluciones N° 1379/2015 y N° 86/2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, produzca el informe técnico de viabilidad estipulado en el punto 3.2 del "Protocolo de Actuación para la Implementación del Mecanismo de Vigilancia Electrónica del Arresto Domiciliario" (Anexo I, Res. 1379/2015), en relación a la prisión domiciliaria de H. G. A., haciendo saber las condiciones impuestas para su otorgamiento. 6°) Registrar, protocolizar y cursar las comunicaciones correspondientes. — *Lucrecia M. Rojas de Badaró.* — *Víctor A. Alonso.* — *Fermín A. Ceroleni.*

EXCARCELACIÓN FUNDADA EN LA PANDEMIA

Imputado que necesita una intervención quirúrgica coronaria de urgencia. Persona con diabetes e hipertensión. Procedencia del beneficio. Pandemia provocada por el coronavirus COVID-19.

Teniendo en cuenta la situación de salud en la que se encuentra el imputado, que padece diabetes, hipertensión y requiere una intervención quirúrgica coronaria de urgencia, y atendiendo a razones de orden humanitario, debe concederse la excarcelación, de manera que pueda realizar un adecuado tratamiento en territorio provincial, máxime cuando a ello se suma la situación sanitaria del país como consecuencia de la pandemia provocada por el coronavirus COVID-19, y todas las medidas que se adoptaron para evitar la circulación de personas y su exposición al contagio, más lo que genera en el Servicio Penitenciario Federal y la población carcelaria.

TOral Crim. Fed., Corrientes, 19/03/2020. - A., R. s/ Incidente de Prisión Domiciliaria.

[Cita on line: AR/JUR/1736/2020]

Corrientes, marzo 19 de 2020.

Considerando:

I. Que a fs. 1/2 el imputado se agregó copia de nota suscripta por el imputado R. A., por la que solicitó continuar la prisión en la modalidad domiciliaria para tratarse las distintas dolencias que lo aquejan.

En su escrito remarcó que debe realizarse una intervención quirúrgica de urgencia, y tratamiento posterior coronario, señalando que ello lo podría hacer en un centro Cardiológico de la ciudad de Corrientes del que es socio.

A fs. 4/5 el Dr. T. A. C. agregó argumentos mencionando que su asistido padece hipertensión y diabetes, y que de estudios surgieron una obstrucción en una válvula coronaria que debe ser tratada urgentemente con la colocación de un stent.

Para la prisión domiciliaria ofreció fue el de D. A. F. H. y J. S. D. D. S., sito en calle ... de Paso de los Libres, provincia de Corrientes.

II. A fs. 7 el MPF manifestó que el encausado no ha demostrado que sus padecimientos no puedan ser tratados en la unidad carcelaria, y que no existen informes respecto del domicilio ofrecido para el cumplimiento de la prisión domiciliaria. Luego se refirió a la gravedad del delito y el riesgo de fuga.

III. En nueva presentación de la defensa, el Dr. O. E. T. a fs. 9/13 insistió en el pedido de domiciliaria, con vigilancia electrónica, subrayando los 64 años de edad del imputado y la emergencia carcelaria, además del estado de salud, así como la normativa convencional

Thomson Reuters

respecto al plazo razonable y el tiempo de detención que viene sufriendo.

IV. Mediante dictamen obrante a fs. 15 el fiscal ante el tribunal Dr. Carlos Adolfo Schaefer ratificó los términos de la vista anterior, expresando que no debe hacerse lugar al pedido de prisión domiciliaria.

V. A fs. 16 luce certificación actuarial de que R. A. llamó por teléfono expresando su preocupación por su estado de salud, aseverando que tiene que operarse del corazón según estudios realizados en el Sanatorio Argerich, pero que desea tratarse en el Instituto de Cardiología de Corrientes del que es socio y se atendía habitualmente antes de su detención. También explicó que la noche anterior debieron asistirlo con oxígeno porque estaba muy agitado, y que ofreció la casa de un amigo para la prisión domiciliaria porque se separó de su esposa y no quiere causar molestias a su hijo y nieta.

Ante esta circunstancia se dispuso requerir con carácter urgente informe sobre la salud del incidentista a la Unidad carcelaria donde se halla alojado el interno, y la remisión de la historia clínica con la que cuenta el establecimiento.

VI. El Dr. T. A. Ch. a fs. 18 propuso la vivienda del hermano del imputado, E. F. A., sita en calle ... de la ciudad de Paso de los Libres, Corrientes, para el cumplimiento de la prisión domiciliaria impetrada.

VII. A fs. 23/24 luce informe médico de la U-31 donde está alojado R. A., que además envió la Historia Clínica del encausado en un archivo informático grabado en CD.

VIII. El informe socioambiental en el domicilio de E. F. A., sito en calle ... de la ciudad de Paso de los Libres, Corrientes, fue glosado a fs. 27/39.

IX. El Ministerio Público Fiscal a fs. 42/ vta. dictaminó negativamente para la concesión de la medida, basándose en riesgos procesales y la gravedad de las imputaciones que se le enrostran.

X. Ante ello se dispuso solicitar una Junta Médica al Cuerpo Médico Forense de la CSJN a efectos de que determine el estado de salud actual del interno en punto a la patología cardíaca, y si la prisión preventiva en unidad penitenciaria agravaría su situación.

El informe de la Dra. M. A. P., perito médica del Cuerpo Médico Forense de la CSJN, fue realizado el 18/03/2020 y se halla glosado a fs. 62/66.

XI. El Dr. Ch. a fs. 67/71 propuso nuevo domicilio en la ... de Paso de los Libres, propiedad del Dr. G. J. G. que presta conformidad, y en el que viven la señora D. I. E., DNI N° ..., A. C. N., DNI N° ..., y su hija menor.

Asimismo, el Dr. Ch. informó que la señora E. se encargaría del cuidado y atención del encausado.

XII. Puestas las actuaciones a despacho, debido a que el estado de salud de R. A. no admite dilaciones se habilita día y hora para resolver.

Efectivamente, conforme el informe médico obrante a fs. 23, surge que el encausado tiene antecedentes de Hipertensión arterial, Dislipemia, Diabetes mellitus no insulinodependiente, y por ello es tratado con varios medicamentos que se detallan.

Por otra parte, se consignó que de estudios médicos realizados en el Hospital Argerich padece entre otras patologías una lesión significativa en la arteria descendente anterior, lo que implicó ordenar más estudios complementarios y la colocación de dos stent liberadores de droga, pero no se los pudieron aplicar debido a que el nosocomio aludido les dijo que los stent deben ser proveídos por la provincia de la que es oriundo el interno.

En consecuencia, la unidad carcelaria realizó trámites ante autoridades de la Provincia de Corrientes para conseguir los elementos, sin obtener respuesta hasta la fecha.

En este sentido, hicieron saber que el paciente se halla polimedicado y con actividad física suspendida; realizándose control médico periódico y seguimiento cardiológico.

Asimismo, explicaron que ese establecimiento penitenciario no cuenta con complejidad cardiovascular para la asistencia de pacientes con descompensación de esa índole.

Por otra parte, la historia clínica es demostrativa de la cantidad de consultas y estudios que debe realizarse periódicamente R. A., y ratifica el estado de salud que padece.

Por ello es que, teniendo en cuenta la situación de salud en la que se encuentra el imputado, y atendiendo razones de orden humanitario, debe concederse la excarcelación, de manera que pueda realizar un adecuado tratamiento en esta provincia, tramitando los *stent* y demás medicamentos que sean necesarios para que la atención sea integral. El Instituto de Cardiología de Corrientes configura un centro de salud de excelencia, dedicado específicamente a los problemas cardiológicos, y constituiría una necesidad imperiosa para las patologías de R. A.

Thomson Reuters

Conforme la historia clínica obrante en autos y reservada en Secretaría, el encausado requiere de atención médica y cuidados específicos de salud, que solo se encuentran en instituciones especializadas en cuestiones complejas de cardiología, que le pueda brindar también los elementos necesarios para su tratamiento.

La propia unidad penitenciaria reconoció que no cuenta con atención para la complejidad cardiovascular que aqueja a pacientes con la descompensación del imputado A. No debe soslayarse la emergencia carcelaria que se halla vigente y que debido a las patologías del imputado, se requiere permanente atención y tratamiento constante, que no puede ser brindado de manera eficiente, aun distrayendo al personal de seguridad de sus funciones específicas.

Estas circunstancias fueron corroboradas por el informe de la perito médica Dra. M. A. P., quien señaló que R. A. presenta diagnóstico de hipertensión arterial, diabetes tipo 2, obesidad, dislipidemia, enfermedad coronaria de dos vasos (descendente anterior y circunfleja) y valvulopatía aórtica moderada; se encuentra a la espera de resolución quirúrgica (angioplastia); la unidad penitenciaria en la que se halla alojado no dispone de complejidad cardiovascular para la asistencia de pacientes con descompensaciones de esa índole, sí para controles periódicos.

Y concluyó la Dra. P. afirmando que atento a las patologías señaladas y a lo informado por el SPF, en caso de presentar el interno complicaciones cardiovasculares (alta probabilidad) podrían impactar muy negativamente en su vida.

Ante la perspectiva trazada por la médica de la CSJN, continuar en el establecimiento carcelario le impide al interno recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia; y por otra parte el nosocomio en que se atendía anteriormente se halla en la provincia de Corrientes.

Entonces, en el caso en concreto, por el principio pro homine, el Decreto N° 303/1996 que regula el régimen de procesados, y el art. 11 de la Ley 24.660 que dispone la aplicación de la normativa de ejecución penal en cuanto resulte más favorable y útil para el encausado, corresponde disponer su excarcelación.

En este sentido, el informe médico agregado a fs. 23 y la historia clínica acompañada en CD, corroboran el estado de salud del encausado.

En cuanto al informe socio ambiental realizado en el domicilio del hermano del imputado (cfr. fs. 27/39), surge que dadas las pequeñas dimensiones no reuniría las condiciones necesarias dadas las condiciones de salud de R. A.

De allí que se tomará provisoriamente el nuevo domicilio ofrecido por el Dr. Ch. en la ... de Paso de los Libres, donde constituirá la residencia del encausado, y que no deberá modificar sin previa autorización del Tribunal.

Debe destacarse que en virtud a las especiales circunstancias que atraviesa el país, en medio de la cuarentena dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional, y las medidas ordenadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, e incluso el Acuerdo Extraordinario N° 4/2020 de este Tribunal Oral, se otorgó la habilitación de días y horas para el tratamiento de la presente en razón del comprometido estado de salud de R. A., y las particularidades del caso detalladas precedentemente.

Ello así, y tal como lo señalara la Cámara de Casación Penal, a fin de "... resguardar adecuadamente el derecho a la salud, que el Estado debe garantizar a las personas en condición de encierro, por tratarse de una específica situación de vulnerabilidad (arts. 18 y 75 inc. 22 CN, 4.1, 5, 19 y 26 CADH, 12.1 y 2, ap. "d", PIDESC, arts. 3 y 25 DUDH, 1 y 11 DADDH, Reglas Nelson Mandela 24/35, Secc. 2ª, apartado 10, acápites 22 y 23 de las Reglas de Brasilia sobre Accesos a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad" y 58, 59, 60, 61, 143 de la Ley 24.660)...".

Se suma a todo esto la situación sanitaria del país, como consecuencia de la pandemia provocada por el coronavirus COVID-19, y todas las medidas que se adoptaron para evitar la circulación de personas y su exposición al contagio, y lo que genera en el Servicio Penitenciario Federal y la población carcelaria.

Consecuentemente, evaluamos que se debe excarcelar al encausado, lo que le permitirá realizar los trámites para continuar su atención médica en el Instituto de Cardiología de Corrientes, y eventualmente llevar a cabo la intervención quirúrgica pendiente.

Por lo expuesto, el Tribunal resuelve: 1°) Conceder la excarcelación a R. A., DNI N° ..., a partir del día de la fecha, bajo caución juratoria, fijando su domicilio en ... de Paso de los Libres, provincia de Corrientes, el que no podrá variar sin autorización del Tribunal y comparecer inmediatamente frente al llamamiento de éste; someterse al cuidado de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal, abstenerse de concurrir a lugares donde se expenden bebidas alcohólicas, con la prohibición expresa de ausentarse del país, todo bajo apercibimiento de revocársele el beneficio acordado si violare las condiciones impuestas (arts. 310, 321 y 333 CPPN). 2°) Solicitar al Centro Fe-

Thomson Reuters

deral de Detención de Mujeres "Ntra. Sra. del Rosario de San Nicolás", Unidad 31, que al momento de hacerse efectivo el auto de soltura, se labre acta de caución juratoria, conforme la normativa lo prevé debiendo comunicar a este Tribunal en forma inmediata la efectivización de la diligencia y remitiendo la misma. 3°) Oficiar a la Dirección Nacional de Migraciones a efectos de comunicar la prohibición de salida del país de R. A. 4°) Regístrese, protocolícese y notifíquese, librándose los oficios correspondientes. — *Víctor A. Alonso. — Lucrecia M. Rojas de Badaró. — Fermín A. Ceroleni.*

PRISIÓN DOMICILIARIA POR PREVENCIÓN DE CORONAVIRUS

Hombre de 66 años con una enfermedad cardíaca crónica procesado en una causa por estupefacientes. Morigeración del encierro cautelar hasta la realización de estudios médicos. Inclusión dentro del grupo de riesgo más vulnerable de la sociedad para la prevención del COVID-19.

1. — Se entiende posible la morigeración del encierro cautelar del procesado de manera temporaria hasta tanto se realicen los estudios médicos correspondientes, atendiendo a su edad —66 años—, que no se pudieron realizar los estudios requeridos para resolver su situación y que según la defensa se encontraría dentro del grupo de riesgo más vulnerable de la sociedad para la prevención del COVID-19 (coronavirus).

2. — El otorgamiento del arresto domiciliario no es facultad discrecional de los magistrados, sino un derecho de las personas en conflicto con la ley penal y los supuestos previstos en los arts. 32 de la ley 24.660 y 10 del Cód. Penal, se aplican también a los procesados y no resultan taxativos, ya que pueden existir situaciones o circunstancias en las que razones humanitarias o de protección de menores autoricen su aplicación.

TOral Crim. Fed., Paraná, 18/03/2020. - Incidente de prisión domiciliaria de L., J. Á.

[Cita on line: AR/JUR/1335/2020]

Paraná, marzo 18 de 2020.

Considerando:

I. Que a fs. 15 y vta. la Sra. Defensora Pública Oficial Dra. N. Q. solicita se resuelva el pedido de prisión domiciliaria solicitado en beneficio de su asistido J. Á. L. presentado el 06/11/2019, atento el tiempo transcurrido.

Asimismo, hace saber que en fecha 04/02/2020 se notificó a la defensa que se debía esperar para resolver, el turno para egg, control cardiológico y de laboratorio. Atento que su pupilo L. no fue llevado al turno, se solicitó se reprograme el mismo con urgencia, ya que se requería para resolver el beneficio de la prisión domiciliaria.

Además, se comunicó el Sr. L. y refirió que debe colocarse una inyección contra la neumonía "Neumo-23" y se debe tener en cuenta que tiene 66 años de edad, padece de una enfermedad cardiaca crónica y actualmente se encontraría dentro del grupo de riesgo más vulnerable de la sociedad para la prevención del Coronavirus.

Por todo lo referido solicita que se autorice una prisión domiciliaria temporaria hasta tanto se realicen los estudios correspondientes.

II. Corrida la pertinente vista, el Sr. Fiscal General Dr. José Ignacio Candioti, se expide a fs. 17/18, considera que no obran la totalidad de las constancias que fueran requeridas a los fines de corroborar el cuadro clínico denunciado, por lo que no están dados los extremos requeridos por el legislador para habilitar la concesión temporaria del beneficio de la prisión domiciliaria.

Asimismo, señala que, de acuerdo a lo dispuesto por la Cámara Federal de Casación Penal, mediante Acordada 3/20, acerca de los cuidados de las personas en riesgo que se encuentran privadas de su libertad, no se halla debidamente acreditado que el procesado L. se encuentre inserto dentro de aquel grupo y expresa que para el supuesto que se considere que el imputado necesite cuidados especiales, podría disponerse su internación hospitalaria.

III. El Tribunal, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que el otorgamiento del arresto domiciliario no es facultad discrecional de los magistrados, sino un derecho de las personas en conflicto con la ley penal y que los supuestos del mismo, previstos en los arts. 32 de la Ley 24.660 y 10 del CP, se aplican también a los procesados y que los mismos no resultan taxativos y pueden existir situaciones o circunstancias en las que, razones humanitarias o de protección de menores, autoricen su aplicación.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta para evaluar su aplicabilidad, tanto la naturaleza del instituto en análisis, como las razones tenidas en cuenta por el legislador para su procedencia en cada uno de los supuestos contemplados.

Thomson Reuters

En atención a ello, y con el fin de efectuar la consideración en el presente caso, debe atenderse a la edad del procesado, que no se han podido realizar los estudios médicos requeridos para resolver su situación y que según la defensa se encontraría dentro del grupo de riesgo más vulnerable de la sociedad para la prevención del COVID-19 (Coronavirus).

En consecuencia, se entiende posible la morigeración del encierro cautelar de L. de manera temporaria hasta tanto se realicen los estudios médicos correspondientes.

Por ello, *se resuelve*:

1. Conceder la prisión domiciliaria temporaria al procesado J. Á. L., hasta tanto sean realizados todos los estudios médicos requeridos, en el domicilio de calle ... de la localidad de Granadero Baigorria, Pcia. de Santa Fe.

2. Hacer saber a J. Á. L. que podrá retirarse transitoriamente de su domicilio, excepcionalmente, ante un caso de urgencia médica, debiendo posteriormente acreditar ante este Tribunal el motivo que invoque. Asimismo, hacerle saber que, en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas, se le revocará el beneficio concedido.

3. Requerir el traslado al domicilio *en forma inmediata*, por intermedio del personal penitenciario de la Unidad Penal N° 1, desde la misma y al domicilio precedentemente referido, previo labrarse el acta en el que se le notificará y hará saber puntualmente las obligaciones que asume establecidas en el punto precedente.

Regístrese, publíquese, notifíquese, líbrense los despachos pertinentes y continúen los autos según su estado. — *Noemí M. Berros.* — *Lilia G. Carnero.*

EXPLOTACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN AJENA

Diferenciación entre trata, explotación y trabajo sexual. "Copeo" no integra la prostitución. Absolución del imputado.

1. — El "copeo" no integra de ninguna manera la prostitución, y, por lo tanto, corresponde absolver al imputado en orden al delito de partícipe secundario de la explotación de la prostitución, en tanto no existe prueba alguna en la causa que acredite que aquel se beneficiaba económicamente de la explotación sexual de otra persona y menos aún que se hubiere aprovechado de un estado de vulnerabilidad para ello.

2. — El "copeo" de ninguna manera integra la explotación. Tan es así que el bar, local o *night club*, pone la bebida, el lugar, el barman y se queda con el 50% y el otro 50% se lo da a la chica por acompañar al cliente, ya sea bailando o charlando con él. Esto es un contrato, donde se beneficia el comercio porque van hombres y beben; y también se benefician las chicas que reciben el 50% del valor de las copas.

3. — Hay una gran confusión entre lo que es la trata, la explotación y el trabajo sexual. Esta no diferenciación entre los conceptos hace que se desconozcan los derechos humanos más básicos de las trabajadoras sexuales. Esta forma extremista de interpretar los tratados y nuestra legislación, no ayuda a combatir la trata, no desarticula las lógicas de explotación y por tanto se termina persiguiendo la prostitución, cuando este no es un delito. Lo que en definitiva se logra con este mecanismo persecutorio es invisibilizar aún más los casos de trata o de explotación laboral.

4. — El elemento distintivo de la trata es la retención en contra de la voluntad o el secuestro de documentación, el sometimiento por maltrato o amenazas de atentar contra la vida, el encierro y la obligación a prestar servicios sin consentimiento expreso y en contra de la voluntad de la persona.

5. — El trabajo sexual, al hallarse en un intersticio legal (no está prohibido, pero tampoco está regido por leyes y normas), se encuentra "clandestinizado" y en ese sentido, abre las puertas a la explotación laboral. Todo ello ayuda a que los clubs nocturnos, wiskerías, etc. exijan a las trabajadoras sexuales a trabajar más horas o en condiciones nefastas, para su salud, pero aun así en esas condiciones, no serían "mujeres tratadas", sino mujeres explotadas laboralmente. Ello así, porque ni la ley, ni nadie puede quitar a otro la voluntad y elección personal.

6. — El trabajo sexual es la prestación de un servicio sexual a cambio de dinero, en el que todas las partes comprometidas lo hacen por decisión personal y con consentimiento propio. El trabajo sexual es la actividad que realizan personas adultas en pleno ejercicio de sus facultades y sin coerción al ofrecer un servicio sexual con fines onerosos.

Thomson Reuters

7. — La Constitución, que en el art. 19 nos garantiza la libertad e intimidad, parece que no es para las trabajadoras sexuales. A otras personas sí se les permite prestar el consentimiento para realizar trabajos denigrantes, en condiciones infrahumanas, aunque estén en negro, trabajos absolutamente precarizados, pero dignos a la luz de algunas miradas. Solo a las trabajadoras sexuales se les quita el consentimiento, no tiene ningún valor su palabra y su voluntad, afectándose asimismo la garantía de la igualdad ante la ley.

TOral Crim. Fed., Neuquén, 27/02/2020. - B., J. D. s/ Explotación económica del ejercicio de la prostitución.

[Cita on line: AR/JUR/1021/2020]

Expte. N° 24.037/2017/TO1

Neuquén, febrero 27 de 2020.

I. Hecho:

Al inicio de las audiencias fijadas para el debate del juicio oral, la Fiscalía presentó su caso expresando que B. venía acusado de "haber prestado una colaboración secundaria a R. E. C. V. para realizar la conducta consistente en la explotación de la prostitución de 10 mujeres: D. E. O., K. P. D. L. R., G. L. F., G. L. F., C. M. R., S. G., J. S. C., M. E. M., R. D. L. Á. C. y F. O. S.

Que esa asistencia consistió en cumplir la función de encargado del local "A." durante la ausencia física de C. V. (a quien se lo acusó de "trata", en un caso; y, de explotación económica de la prostitución ajena, en nueve casos), rol que desarrollaba conjuntamente con M. A. E. alias "M.", empleando conductas propias de esa función como ser la persona que servía las copas detrás de la barra, controlaba los pases y las copas realizados por las mujeres que allí trabajaban, otorgándoles una pulsera por cada copa y pase realizado, llamándolas por teléfono para que regresaran al local (cuando el pase era en otro lugar) y ser quien al finalizar la jornada, les pagaba a cada una de ellas los porcentajes de las actividades realizadas esa noche, reteniendo el restante porcentaje para C. Expresa el fiscal que esto no lo hizo una sola vez, sino que lo realizó en varias ocasiones, resaltando que ya en el año 2009, se efectuó un allanamiento en el lugar y se encontraba B.". La calificación legal del hecho es la de partícipe secundario de la explotación económica de la prostitución ajena, agravado por la situación de vulnerabilidad de las víctimas (art. 127 inc. 1° y 46 del CP). A preguntas efectuadas por el Juez sobre la fecha de ocurrencia de los hechos dice el Fiscal que el inicio sería en el año 2009 y la fecha de finalización sería cuando se efectuó un allanamiento en el lugar, el día 25/04/2013.

Por su parte la Defensa, dijo que se afectó el principio de congruencia, porque la imputación nunca refirió un lapso temporal, nada de eso se dijo en la indagatoria ni en el requerimiento de elevación a juicio. Efectuando reserva sobre tal cuestión, a la que se va a referir en los alegatos finales. La fecha es muy importante porque en función de ello, se puede establecer si a esa fecha B. trabajaba allí o no. No se va a discutir que en determinado momento, por ejemplo al día del allanamiento, B. trabajaba allí. Va a discutir que no se estableció que allí se ejerciera la prostitución, también va a cuestionar —suponiendo que allí se ejerciera la prostitución—, que B. tuviera algún conocimiento de ello. Expresa que la Fiscalía no va a poder acreditar que B. tuviera un beneficio económico de la prostitución ajena. En definitiva, va a discutir los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal por el que viene acusado su asistido.

II. Veredicto:

El día 18/02/2020 se dio el veredicto de absolución del imputado B. y los fundamentos —en forma sucinta— que motivaron la decisión. Asimismo, en dicha ocasión se comunicó a las partes que la sentencia escrita se les notificaría en forma electrónica, dentro de los cinco días de dado el veredicto, todo de conformidad con lo dispuesto por el art. 303 tercer y quinto párrafo del CPPF, cuya aplicación no objetaron las partes.

III. Producción de prueba.

Durante la audiencia se produjo prueba testimonial y se aportó prueba material, la que será valorada de manera integral para una más clara redacción y en respeto a la oralidad e inmediación.

Prestaron declaración en el juicio: 1) J. M. d. V. M. L., personal de migraciones que da intervención a la Fiscalía por la posible trata de personas ante una documentación apócrifa que presenta O. para regularizar su residencia; 2) F. A. S., quien estuvo a cargo del allanamiento del local "A." y se desempeñaba como Oficial Inspector en la Delegación Neuquén de la Policía Federal; 3) N. G., testigo del allanamiento, efectuado el 25/04/2013; 4) K. P. d. l. R., presunta víctima de explotación sexual; 5) J. S. C., actualmente condenada por tráfico de estupefacientes, con prisión domiciliaria, también presunta víctima de explotación sexual; 6) F. E. G., presunta víctima de explotación sexual; 7) S. B. A., jubilada, Lic. en psicología, quien al momento del allanamiento se desempeñaba en el Centro de Atención a la Víctima de la Prov. de Neuquén; 8) S. G., presunta víctima de explotación sexual;

Thomson Reuters

9) B. V. M., Lic. en psicología quien se desempeña en el Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las personas damnificadas por el delito de trata del Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación y fue convocada para participar del allanamiento efectuado en el local "A.".

Asimismo, se exhibió durante el debate: la declaración que prestara L. S. en el juicio "C. V.", ante del Dr. Orlando Coscia en el año 2019, persona que había concurrido a tomar algo al local. También la que prestaran en aquella ocasión D. E. O., quien según el fiscal sería víctima de trata y explotación; y la que prestara también en ese juicio R. d. l. Á. C., presunta víctima de explotación sexual.

Asimismo, se incorpora como prueba documental: siete libretas sanitarias, que obran como secuestro en la causa principal "C. V.", entre ellas la de M. E. y la del imputado B., y de cinco de las chicas que fueron identificadas en el lugar; informe victimológico del CAVD firmado por V. M.; fotos del allanamiento, las que exhibe al Juez (fs. 59/67); copia del acta allanamiento obrante en el Expte. 31/2009, de donde surge que al año 2009, el cajero del lugar era J. D. B. fs. 16/20; copia del diario Río Negro, fs. 156.

Se agrega por lectura y se procede a leer: a) La parte del acta de allanamiento en la que se dice que la Sra. C. M. R., como la Sra. S. G., se encontraban viviendo en el lugar, es decir en el local "A." y también punto 3, fs. 152: cuando dice que el objeto es "constatación y secuestro,... de cualquier naturaleza que coadyuven a comprobar el ilícito consistente en ... dinero, lencería, material pornográfico, y cualquier otro material, que pueda acreditar las actividades que se desarrollan en el lugar". Que se secuestraron "... 9 libretas sanitarias, 1 habilitación municipal del 10/05/2001 para explotar el ramo Night Club a nombre de G. R."; b) Las escuchas obrantes fs. 628/56, relativas al local "A." del año 2009, causa esta que nunca llegó a juicio y fue archivada en Fiscalía. De dichas escuchas surgen conversaciones entre R., M. y D. Lee la transcripción de una conversación en la que R. habla con D., cuestiones referentes al local "A."; c) La comunicación entre una mujer que quiere trabajar y D., en la que dice que lo que hagan afuera es de ellas, que si quieren quedarse ahí porque no tienen lugar, hay habitaciones para que se alojen.

Declaró el Sr. B. y dijo: que era un trabajador del lugar, también estaba su libreta sanitaria ahí. Su función era trabajar en la barra, servir tragos a los clientes. Que en ese momento no recibía plata, solo atendía a los clientes sirviendo los tragos. Aclara que al momento del allanamiento en el año 2013, tenía otro trabajo, un taller de soldadura, de lo que actualmente vive. Agrega que no era el encargado de nada, que tampoco era el segundo de C. Le pagaban el día de trabajo. Si no iba, no cobraba.

IV. Alegatos de clausura:

En oportunidad de realizar su alegato final, la Fiscalía consideró que se había probado totalmente el hecho objeto de la acusación. Concretamente expresó que se había probado que B. trabajaba en el local "A.", junto a C. V. y E. Dice que él mismo lo reconoció. A. era un cabaret, donde había mujeres que ejercían la prostitución. Dijo que se sabe que en los cabarets se ejerce la prostitución. Eso no está en discusión. El delito por el que se lo acusa a B. es la explotación económica de la prostitución ajena, en calidad de participe secundario, art. 127 inc. 1° del CP. Es un aporte a una conducta principal, aclara que el dueño del lugar, C. V., fue acusado por el delito de trata respecto de la víctima O. y de explotación por las otras nueve mujeres que estaban allí.

La foto es del día 25 abril 2013. Esa foto tenía antecedentes, que llegan hasta el año 2009. Va a usar ese contexto para fundamentar su acusación. Dice que B., además de haber estado en el 2009, estaba también en el año 2013. Que para poder juzgar este hecho es necesario y muy importante ver el contexto. Hay complicidad de algunos sectores del Estado, la policía, el estado municipal, quienes hacían oídos sordos a una realidad que todos conocemos. Incluso B., V. y E., eran las personas que veían a las mujeres haciendo copas y ejerciendo la prostitución, ya sea afuera o adentro del local. Dice que en este juicio de ninguna manera se afectó el derecho de defensa como pretende el defensor, se pudo escuchar a varias de las víctimas que nuevamente concurrieron a juicio y a otras víctimas las escuchó del juicio anterior, efectuado en el año 2019.

En primer lugar, los hechos se encuentran enmarcados en la violación de derechos fundamentales de las mujeres, siendo una de las formas de violencia de género.

En segundo lugar, existe un compromiso internacional para la no impunidad de estos hechos. Ya la ley 26.364, en abril 2008, dio cumplimiento al Protocolo de Palermo para Prevenir, Sancionar y reprimir la trata de Personas. Así, se incorporó el delito de trata como delito contra la libertad. En el mismo sentido fue la reforma de diciembre 2012, ley 26.842, en la que se tuvo en cuenta la vulnerabilidad como agravante.

En esa reforma, además se cambió de paradigma. Se suprimió el consentimiento como forma de suprimir el verbo típico. Los medios comisivos de antes, ahora son agravantes. Hay que recordar que según la ley 26.842, art. 1: Se entiende por trata "el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de

Thomson Reuters

personas con fines de explotación" y el inc. c) dice que explotación es cuando se "promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos".

Dijo que estas personas son víctimas y deben ser tratadas con especial cuidado. En ese momento, fueron entrevistadas por gente del Centro de Atención a la Víctima, dieron su testimonio en Fiscalía y difiere en mucho de lo que dijeron en este debate. Dice que es lógico porque este ambiente no es empático para ellas, tal como lo describiera la Lic. A. Es lógico que no cuenten que ejercían la prostitución. Respecto de K. y O., es necesario valorar las declaraciones prestadas en la Fiscalía y no las que hicieron en el debate, todo en función de lo que informaron a su respecto las psicólogas del Programa de Rescate del Ministerio de Justicia de Nación, informes ofrecidos como prueba, efectuados por la Lic. V. M. Así, J. S. C., reconoció a B. El Fiscal exhibió la libreta sanitaria de S. C., donde dice "ocupación: alternadora". Exhibió también otras libretas de alternadoras como la de K., S. G. 'J.'; M. C. R. 'R.'; F. E. También exhibió las libretas sanitarias de B. y C.

Dice el fiscal que F. E. reconoció a B. durante el juicio, por haber trabajado en A.

Refiere que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW—, con el objeto de erradicar cualquier tipo de discriminación contra las mujeres, ha tomado medidas para suprimir la trata y la prostitución de la mujer. Agrega que la protección jurídica de los derechos de la mujer debe efectuarse sobre una base de igualdad con los del hombre. El Poder judicial —por su parte— junto a otras instituciones debe garantizar la efectiva protección de la mujer contra todo acto de discriminación", de manera que su incumplimiento, genera responsabilidad del Estado Argentino ante la comunidad internacional.

Manifiesta que existe una gran preocupación del consejo o comité, por el trabajo de los operadores judiciales, pues no terminan de aplicar y tomar conciencia de estos hechos, que afectan los DDHH de las mujeres.

Refiere la situación de vulnerabilidad de todas las personas que fueron víctimas en este juicio: migrantes, mujeres, pobres, madres, algunas con hijos pequeños, incluso con hijos en otro país.

Expresa que con el objeto de Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará, Ley 24.632), los operadores judiciales deben analizar con prudencia y amplitud probatoria los casos de proxenetismo y prostitución. Desde 1949 el país adoptó una postura abolicionista. Que también deben tenerse en cuenta las reglas de Brasilia para la protección de las víctimas y acceso a la justicia. Hay que tener en cuenta que constituyen factores de vulnerabilidad la pobreza y el género.

B. no era un empleado y nada más. Hay que ver el contexto, la dificultad probatoria, la complicidad policial, municipal, los sectores políticos del Estado, para poder valorar correctamente esa foto del día 25 de abril de 2013.

Dice que "A." era un prostíbulo, donde se ejercía la prostitución. El acta de allanamiento del año 2013, da cuenta de nombres artísticos dentro de las libretas sanitarias. Dice que el testigo del allanamiento, G., dijo que en uno de los colchones de una de las habitaciones había olor a sexo. Hay fotos del allanamiento que dan cuenta que en una de las habitaciones había valijas, entre otras cosas. C., mencionó que había lugares peores. Hay un aviso publicitario en el diario, buscando chicas, cabaret "A.", "excelentes condiciones de trabajo y vivienda", del año 2009. El número aportado en el aviso es el que usaba C. para captar gente, tal como es el caso de O., ello surge del informe victimológico del Centro de Atención a la Víctima, que fuera ratificado por la Lic. A. en esta audiencia.

Dice el Fiscal que C. dijo "nadie me obligó", es cierto, pero tenía cinco hijos, era pobre, formaba parte del circuito prostibulario, tenía un ámbito de autonomía disminuido para poder decidir prostituirse. La mayoría de las personas que trabajaban en A. no terminó la primaria, tenían pocos ingresos, hijos, algunas migrantes, en situación de migración precaria.

S. G. vivía en A. Lo reconoce también S., quien dijo que no clausuró el lugar porque había gente viviendo allí, pudiendo quedar en la calle.

Refiere el fiscal que M. está desparecida, se la está buscando. C. R., fue víctima de un femicidio por parte de su pareja en Paraguay.

Las chicas cobraban las copas a los clientes y el dinero se lo daban a B. Algunas dijeron que si se retiraban para hacer un pase afuera, debían avisarle a B. Por cada trago les daban pulseras y al final de la noche les pagaban por la cantidad de pulseras, la mitad de la copa era lo que cobraban ellas, es decir el 50% de lo que cobraba el local. La copa salía $60 y a ellas les daban $30. Es verdad que la mayoría dijo que no se hacían pases en el lugar, pero está acreditado que debían informar sus salidas y regresos. Dos personas dijeron que sí se hacían pases en el lugar y que cobraban $400 la hora o $250 los 20 minutos. Quedaba una parte para ellas y otra para lugar.

Thomson Reuters

Dice que O. declaró en Fiscalía el día 25 abril de 2013, y ratificó su relato ante el CAVD. Sin embargo, acá dijo que se había sentido presionada.

Dice el fiscal que K. había dicho que los pases los hacían en los hoteles, que le debían decir al encargado cuando salían así las podían cuidar. Que había dos chicas viviendo allí.

Refiere el fiscal el criterio que debe tenerse para valorar estos testimonios. Concretamente se refiere a lo dicho por la Sala IV CFCP, menciona el voto del Dr. Hornos en el que refiere que las mujeres víctimas de trata desconocen o no asumen su calidad de víctimas porque se sienten culpables o porque tienen miedo a represalias o a perder su fuente de ingreso. Cita en sentido semejante un precedente del TOF de La Pampa. Cita también a la Dra. Ana María Figueroa.

¿Qué es ejercer la prostitución? pregunta el fiscal. Refiere que si tomamos la prostitución como tal, no está probada, pero si tomamos en cuenta la exhibición previa, con ropa diminuta y el copeo, la compañía física, entonces sí tenemos acreditada la prostitución, porque el copeo integra el fenómeno que se analiza.

Dice que en el precedente "Avila Yopla", la sala I, CFCP habla de que considera al copeo como comercio sexual. El bien que se ofrece no es la copa, sino los cuerpos de las mujeres. La actividad del copeo se reconoció como parte integrante de la prostitución.

En definitiva, considera que el copeo integra la prostitución. Que B. cumplía un rol destacado en eso. Que cobraba las bebidas. Rol que le fuera asignado por C. V., haciéndolo responsable también del cobro de dichas bebidas. Lejos de ser un simple empleado, conocía perfectamente el negocio.

Considera que esto no se puede naturalizar ni tampoco relativizar. Claro que hay lugares peores que "A.", pero ello no justifica que eso esté bien.

Considera que no hay causas de justificación para B. Entiende como agravantes: la cantidad de mujeres víctimas, 10 mujeres; la continuidad en la actividad imputada a lo largo del tiempo; el encontrarse inserto en el circuito prostibulario. Como atenuantes: valora la falta de antecedentes y el transcurso del tiempo hasta el día del juzgamiento y su trabajo actual como soldador.

En el entendimiento de que se encuentra probado el hecho y que el copeo es parte de la explotación sexual de la prostitución ajena, considera que el imputado se benefició económicamente de la prostitución de otra persona, agravada por su situación de vulnerabilidad (art. 127 inc. 1° CP), en carácter de partícipe secundario (art. 46 CP), de la actividad que llevaba a cabo por C. V. Delito por el cual entiende que el imputado debe ser condenado a la pena de tres años de prisión, la que puede ser dejado en suspenso, por ser su primer condena (Art. 26 CP).

Por su parte, el Defensor en su alegato final, dijo: que no desconoce la normativa vigente para valorar los testimonios de presuntas víctimas de trata. Pero considera que por ello, no puede violarse ni el principio de inocencia, ni el principio de congruencia.

Refiere que el Juez debe seguir valorando la prueba bajo la sana crítica racional. Manifiesta que los testigos que declararon en el juicio no dijeron lo que dice la fiscalía que dijeron. En el caso concreto, ninguna dijo nada de antipatía con el lugar. Dice que el testigo M., es la persona de Migraciones que da intervención a la justicia y manifiesta que O. estaba en situación irregular, con una documentación apócrifa y debía ser expulsada.

Manifiesta el defensor que en su alegato de apertura, el Fiscal dio pistas sobre los hechos. Precisó tiempo, entre el 2009 y el 25 abril 2013. Ahora dijo que lo refirió como antecedente. Lo cierto es que en la apertura del juicio dijo que eran hechos desde el 2009 al 2013. Sin perjuicio de ello, señala que hay un defecto en la acusación. C. V. fue acusado por hechos de los años 2012 a abril 2013, con lo cual si B. es partícipe secundario de hechos en los que tuvo una autoría C. V., no pudo nunca imputársele conductas del año 2009. No pudo nunca haber participado por hechos distintos a los que se lo acusó a C. Entiende que este defecto de la acusación es insalvable.

Suponiendo que la acusación es desde el año 2009 hasta el 2013, como dijo el fiscal al iniciar el debate a preguntas efectuadas por el mismo juez, entiende que es de aplicación —por imperio del art. 2 CP—, la ley penal más benigna (el anterior art. 127 CP), que era el que regía al año 2009, que tenía una pena de 3 a 6 años de prisión. Siendo ello así, considera que la acción se encuentra prescripta. Ello así pues la pena a aplicar sería de tres años, pues su defendido viene acusado como partícipe secundario debiendo reducirse la pena de un tercio a la mitad, lo que implica que el máximo aplicable sería la pena de 3 años (mitad del máximo). Agrega que por los mismos hechos imputados a B., a E. se lo condenó a dos años de prisión.

Considera que la acción prescribió el día 09/06/2018, pues la indagatoria, anterior acto interruptivo de la prescripción fue el 09/06/2015, mientras que el requerimiento de elevación a juicio fue el 29/05/2019.

Thomson Reuters

Al margen de este primer planteo, también va a plantear la violación al principio de congruencia. Dice que la defensa fue sorprendida y puso a su defendido en un estado de indefensión. Afirma que el requerimiento de elevación a juicio no contiene fecha alguna y ello implica una sorpresa, ya que impide que su asistido se pueda defender. Tampoco en la indagatoria hubo descripción en relación al tiempo en que habrían ocurrido estos hechos. Es así que se violó el art. 298 CPPN. El juicio no puede ser sorpresivo. Hubo una clara afectación al derecho de defensa. También la CIDH habla de la violación al principio de congruencia en igual sentido al aquí planteado en el caso "Ramírez c. Guatemala".

En tercer lugar, plantea la nulidad de la declaración indagatoria. No hay ninguna fecha en la indagatoria que describa cuándo tuvieron lugar los hechos que se le atribuyen. Es obligación del juez informar al imputado detalladamente el hecho que se le atribuye, con las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Maier, es sumamente claro en este tema y dice que corresponde declarar la nulidad absoluta ante una acusación defectuosa.

En cuanto al fondo de la cuestión dice el defensor que no hay prueba de que su asistido participara de manera secundaria en el delito que se le atribuye.

Expresa que a lo largo del juicio declararon varios testigos y ninguno dijo lo que dice el fiscal. El fiscal trata de agarrarse de testimonios prestados en Fiscalía que fueron desmentidos en el juicio, hasta las propias víctimas dijeron que los fiscales las trataron como delincuentes, sin que ellas hubieran hecho nada.

Aclara que el Juez que intervino en el otro tramo del juicio, absolvió a C. V. por el delito de trata y también por algunos de los casos de explotación de la prostitución ajena, por lo que no puede ahora imputarse a B. hechos por los que fue absuelto el autor.

Siendo ello así, se va a referir solo a los casos en que C. V. fue condenado, es decir los referentes a las víctimas C., K. y O.

Menciona el Defensor que el fiscal se refirió al copeo, con generalidades, entendiendo que integraba la prostitución. Expresa que de ninguna manera el copeo integra la prostitución, no es parte de la prostitución, pues no era parte del negocio que trabajaba su defendido.

Agrega que por el principio de legalidad, considera que en función de lo establecido por el art. 127 del CP, a su defendido no se le puede atribuir el beneficio económico de la prostitución, porque el copeo no es prostitución. Dice que la prostitución de ninguna manera fue acreditada en la causa. No se acreditó que O., K. y/o C. ejercieran la prostitución en el boliche A.

O. explicó que iba a divertirse, a tomar algo. Nada dijo sobre las pulseras. Negó categóricamente que se ejerciera la prostitución en el lugar. Afirmó que ella nunca dijo eso. Agregó que desconocía que se ejerciera la prostitución. A B., ni siquiera lo mencionó. No dijo que "D." fue quien le dio la documentación supuestamente apócrifa, pero tampoco nadie le preguntó sobre ello.

K. fue muy clara. Dijo que fue un rato, que no trabajaba allí, que no ejercía la prostitución. Que a veces concurría a tomar algo con amigas. Que en el lugar no se ejercía la prostitución, que era un lugar para tomar algo. No se le preguntó si conocía o no a B.

Expresa el defensor que las contradicciones no benefician automáticamente al imputado, pero hay que buscar en toda la prueba qué elementos benefician una u otra teoría del caso. Todas las chicas que declararon en el juicio dijeron que "A." era un boliche y que no se ejercía la prostitución en el lugar.

F. dijo que trabajaba haciendo copas. Reconoció a B. como quien estaba en la barra del lugar. También dijo que había una señora que era quien cobraba. Además, que esta señora era quien llevaba el control.

La figura de la explotación de la prostitución ajena exige el conocimiento y colaboración concreta en la explotación.

En cuanto a C., dice el defensor que él se opuso a la incorporación de este testimonio mediante la videofilmación del juicio anterior, porque la defensa no pudo contrainterrogarla. El Fiscal dice que ejercía la prostitución en el lugar y que eso lo dijo C. Sin embargo, a preguntas del Dr. Coscia refirió que la noche del allanamiento no trabajó. Que había llegado a la ciudad ese mismo día. Que el ejercicio de la prostitución no había sido esa noche. Cree que hubo una confusión temporal. Según V. M., C. le había dicho que 6 años antes del allanamiento había ejercido la prostitución en el lugar. Es decir, en el año 2007. En esa época ni siquiera existía la primera ley de trata. Sostiene el Defensor que no hay elemento alguno para decir que al momento en que se realizó el allanamiento, en el año 2013, se ejercía la prostitución en el lugar y menos aún que B. conocía dicha circunstancia.

Refiere el Defensor que S., no vio personas teniendo sexo en el lugar. No encontraron durante el allanamiento ningún elemento que hiciera presumir que en el lugar se mantenían relaciones sexuales. No había profilácticos, no se encontraron pulseritas, ni siquiera un cuaderno en donde se anotaran las chicas o los su-

Thomson Reuters

puestos pases, nada de ello. No había juguetes sexuales, nada. Tampoco vio mujeres desnudas o acostadas. Ningún colaborador tampoco vio nada parecido, nadie vio o dijo algo al respecto. Lo que se secuestró es la habilitación comercial a nombre de G. R., dueña del lugar y quien manejaba la caja.

G., el testigo del allanamiento, más allá del olor que sintió en una habitación, no vio a nadie desnudo, ni tampoco vio elementos relacionados con una actividad sexual, ni tampoco teniendo sexo. G. no reconoció a B.

V. M. tampoco vio mujeres desnudas, nadie refirió haber visto prácticas sexuales.

V. M. y A., efectuaron declaraciones genéricas, respecto de sus áreas de experiencia, pero no recibieron ningún testimonio en que les dijeran que estaban contra su voluntad, que fueran explotadas, solo hablaron de migrantes en general, pero no recordaban estas personas en concreto. En la sentencia C. V., se absuelve por el agravante de la supuesta vulnerabilidad de las víctimas. El otro juez dijo que las cuestiones genéricas a las que se referían las psicólogas mencionadas, no permitían verificar el aprovechamiento de la vulnerabilidad.

En definitiva no está probado que en "A." se ejerciera la prostitución. Tampoco está probado que B. tuviera conocimiento de ello, y menos aún que B. tuviera rédito o beneficio económico propio o para C. V. de esta actividad.

Solicita la absolución lisa y llana de B. en orden al delito que se le imputa.

En subsidio, solicita se declare la atipicidad de la conducta de B., pues se le atribuyeron conductas desde el año 2009-2013, conductas que no estaban descriptas en el Código Penal. Antes los medios comisivos eran el engaño, abuso, fuerza, coacción. Ninguna dijo haber estado en el lugar contra su voluntad.

Réplica de la Fiscalía sobre los tres planteos referidos a la nulidad indagatoria, violación al principio de congruencia y prescripción de la acción penal.

Dice el fiscal que la acusación es por el día 25/04/2013, que la mención del año 2009, es en relación a la prueba y ello surge prueba. Dice que la acusación es clara. No fue sorpresiva. La sola mención de las víctimas habla del objeto de esta causa, no se le están imputando hechos ocurridos en el año 2009, cuando eran otras las víctimas. Entiende que era su deber avisar cuáles elementos iba a tener en cuenta para acusar, y entre ellos había prueba de una causa del año 2009. En el requerimiento de elevación se mencionan los elementos probatorios del año 2009, sobre todo el acta de allanamiento y las conversaciones telefónicas.

Dice que la indagatoria no es nula, porque allí se le puso en conocimiento de la totalidad de la prueba que obraba en su contra y el detalle del hecho, más allá de alguna imprecisión que pueda existir en cuanto a la fecha.

Considera que la ley aplicable era la existente al año 2013, no hay ley penal más benigna porque no estamos juzgando hechos del año 2009. No puede invocarse sorpresa alguna. Por otro lado, tampoco hay prescripción porque la ley vigente es la ley 26.842 que agrava las penas y no transcurrió el plazo máximo de la pena que le pudiere corresponder a B. desde la indagatoria hasta el requerimiento de elevación a juicio.

B. siempre supo de qué se lo acusó. No hay vaguedad, ni ambigüedad alguna. Solicita se rechacen los tres planteos.

La defensa, en la persona del Dr. Gutiérrez, no usa la dúplica.

V. Planteos preliminares. Prueba. Valoración de la prueba, fundamento.

Que conforme surge de las alegaciones de las partes la cuestión quedó planteada en los siguientes términos: la defensa afirma que es nula la indagatoria por no precisar un espacio temporal en que ocurrieron los hechos; que el fiscal violó el principio de congruencia porque introdujo cuestiones del año 2009; que eventualmente si introducimos los hechos del año 2009, la causa se encontraría prescripta.

Sobre el fondo de los hechos traídos a juicio, por una parte la Fiscalía afirma que está acreditado que las chicas realizaban "copeo" en el local "A." de Cutral-Có; que el copeo integra la prostitución, desde que allí se ofrecen y deben seducir a los clientes; que está acreditado que las chicas eran "alternadoras", a través de las libretas sanitarias; y que —ya sea adentro o fuera del local—, ejercían la prostitución. También está acreditado que debían avisar cuando se retiraban con algún cliente y cuando volvían. Que a todo ello, se suma que dos de las chicas vivían en ese lugar. Que C. reconoció que allí se ejercía la prostitución. Que por su parte, B. servía las copas y controlaba la cantidad de copas y, en algunas ocasiones, les pagaba a las chicas lo que les correspondía por el copeo. También está acreditado que B. en ocasiones quedaba encargado, sobre todo a través de las escuchas del año 2009. Que el fiscal entiende que no era un simple empleado, sino que colaboraba con C. V., como partícipe secun-

Thomson Reuters

dario, en la explotación económica de la prostitución ajena.

Por su parte, la defensa señala los tres planteos preliminares referidos a la nulidad de la indagatoria, violación al principio de congruencia y prescripción de la acción penal. Sobre el fondo de la cuestión dice que B. era un empleado del lugar. Que realizaba simplemente las tareas de barman, que no efectuaba los cobros de las copas, sino que eso lo hacía G. R. Que no tenía ninguna función de encargado del local, que no controlaba nada. Que en ese lugar no se ejercía la prostitución, pero aún suponiendo que fuera así, su asistido no tenía conocimiento de ello. Que el copeo de ninguna manera integra la prostitución y por lo tanto, no puede haber tenido beneficio económico de la prostitución ajena. Que su asistido nunca recibió ningún dinero de la prostitución. Que no hay prueba alguna que avale que allí se ejerciera la prostitución.

V. a) Cuestiones preliminares: Nulidad indagatoria:

Considero que la indagatoria no es nula, pues B. sabía perfectamente cuál era el hecho atribuido, tan es así que declaró antes del debate en una de las audiencias preliminares explicando que él era un simple empleado del local, que efectuaba las tareas de barman del local. Que desconocía todo lo referido a la prostitución.

A su vez, el fiscal cuando contesta los planteos claramente dice que B. está en juicio solo por los hechos constatados el día del allanamiento, es decir del 25/04/2013 y no respecto de hechos que pudieron tener lugar en el año 2009. Que simplemente eso se mencionó y se trajo como prueba de la conducta que desarrollaba B. en el local al año 2013. Es así que con la aclaratoria fiscal, quedó sentado que el hecho quedó circunscripto al día del allanamiento. Por tal razón habré de rechazar el planteo de nulidad.

En cuanto a la violación al principio de congruencia, si bien es verdad que al iniciar el debate el Fiscal dijo que el espacio temporal atribuido al hecho era desde el año 2009 hasta el 25/04/2013, también es cierto que luego aclaró que en realidad los hechos se referían solo al día 25/04/2013 y que había prueba del año 2009, lo que da por tierra que se haya violado el principio de congruencia. Por ello, es que también voy a rechazar este planteo.

Finalmente y en cuanto a la prescripción de la acción penal, cabe resaltar que con la aclaratoria del fiscal, referida a que los hechos atribuidos solo se refieren al día 25/04/2013, sumado a que la pena prevista para el delito de explotación económica de la prostitución de otra persona, agravado por el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima, aunque sea como partícipe secundario (art. 127 inc. 1° —ley 26.842— y 46 CP), es de un máximo de 5 años —tomando la teoría que corresponde disminuir el máximo a la mitad—, hace que la causa no se encuentre prescripta. Ello así, pues desde la indagatoria en el año 2015, al requerimiento de elevación a juicio en el año 2009 (siguiente acto interruptivo de la prescripción), no transcurrió el plazo mencionado. Por ello, habré de rechazar también este planteo.

V. b) Prueba: Testigo J. M. D. V. M. L. quien en el año 2013 se desempeñaba como interventor de la Dirección Nacional de Migraciones, Delegación Neuquén. Dijo que le sonaba el apellido O. Que en este caso puntual, les había llamado la atención que el certificado de antecedentes era una fotocopia. Ella fue acompañada por un hombre a la oficina de Migraciones. Dijo que vivía en Cutral Có, que trabajaba de acompañante, que vendía copas, también dijo que era un pub, que trabajaba de noche y que le decían cabaret. Dieron intervención a la fiscalía, porque no les convencía el certificado que presentó. Recuerda que le fueron renovando la residencia precaria porque la Fiscalía contestaba que seguía interesando para la justicia. Dijo que se quería casar, era la forma de lograr la residencia; él le explicó que también si ella era víctima de trata, podía conseguir la residencia. Dijo que ella quería trabajar de estilista, que estaba avergonzada, que si hubiera sabido que terminaba ejerciendo la prostitución no habría venido a Argentina. A preguntas de S.S. el declarante dijo que ella de ninguna manera quería volver a Dominicana.

También declaró S., Oficial Inspector de la Policía Federal, quien realizó el allanamiento. Dijo que era una especie de boliche. Que había más de cinco chicas, con ropa diminuta. Había vips o privados, al fondo había dormitorios. Refiere que había masculinos trabajando, cree que también una mujer. Dijo que no clausuraron el local porque había al menos dos señoritas que vivían allí y no tenían dónde ir.

El Sr. N. G., fue testigo del allanamiento. Recorrió, vio una habitación con un colchón sin funda y almohada, en el piso. Que había otra habitación donde había valijas, había una chica rubia, quien le dijo al policía que ella vivía ahí que no tenía a dónde ir. No recuerda el nombre del lugar. No reconoció a B.

La testigo K. P. D. L. R., dijo que B. le parece conocido, por su cara. Que hace como siete años que vive en Argentina, es de República Dominicana. Vino de paseo. Que llegó a Uruguay y después fue en colectivo hasta Argentina. Que vino con su hermana y otra persona. Que en Buenos Aires conoció a una amiga "E.", de Dominicana, se decidió a venir a Cutral Có. Se alojó con ella. Trabajaba en una peluquería. No estuvo trabajando en "A.", pero reconoce que iba. No recuerda

Thomson Reuters

si a B. lo conoce de ahí. No vivió en A. Conoce a D. E. O., de Dominicana y se la encontró en Cutral-Có. Dijo que iba a A. con amigas, a tomar. Usaba otro nombre. Tenía 27 años cuando vino a Argentina. Que su familia está bien, que tiene 2 hijas allá, las que tenían 3 y 9 años cuando ella se vino. Se criaron con su mamá. No las quiso traer. El Fiscal le señala parte de su declaración en donde dice que por el copeo, el cliente pagaba $60, de los cuales el 50%, era para el local y 50% para la chica, dice que era así. "En A. trabajan unas 10 chicas, todas hacen copas, y si alguna chica quiere realizar alguna salida la cobran ellas por su cuenta". Hay dos encargados, M. y D. Ellos sirven las bebidas y las cobran, para saber cuántas hicimos nos dan pulseritas. Nos pagan en el día." Ahora, en el juicio, dijo que no era así que no usó pulseras, que nunca habló de eso. También se lee parte en la que dijo que "las mujeres tienen decirle al encargado que van a salir, a M. o D.", dijo que no recordaba haber dicho esto. Si recuerda que vino en el mismo avión con D. E. O. Manifiesta recordar que ese día la policía la trajo a Neuquén, se enojó bastante por eso. Dice que la trataron como una delincuente, que la tuvieron desde la 01:00 hs. hasta las 10:00 en el local, sin poder moverse; que luego las llevaron a Neuquén, que las presionaban para que declararan. Que no recuerda si las entrevistaron psicólogas. Reconoce su firma en la declaración de fs. 76/79. Se enojó porque la trajeron como a una delincuente, toda custodiada. Nadie le explicó nada. Le dijeron que la iban a entrevistar unas psicólogas. Se sentía mal. Casi no hablaba, decía cosas incoherentes porque estaba muy mal, no se sentía bien. Que tenía una situación migratoria irregular. Su permiso era por un año. En A. para ella no se hacía nada malo. Vino de paseo a la Argentina, pagó su pasaje.

La testigo J. S. C., dijo que no se acuerda de B., pasó mucho tiempo. Iba muy de vez en cuando a A., con sus amigas. A ella siempre le dijeron "L.", "L.", "L.". No sabe si había mujeres viviendo en A. Ella tenía una libreta sanitaria, junto con su documentación. En ese momento ella vivía sola, alquilaba. Iba a A. a tomar una copa, a bailar, a pasarla bien. En A. había hombres, mujeres, personas mayores de edad. No sabe si se ejercía la prostitución. Ella trabaja limpiando casas, por eso tiene libreta sanitaria, porque muchas veces la piden. Dijo que en Paraguay era comerciante ambulante, vendía ropa, zapatos, mercería. Decidió venir a probar suerte, en ese momento se hacía diferencia y podía mandar plata a su familia.

La testigo F. E. G., dijo que conocía a B., que estaba como encargado en A., lo veía a veces, no iba todos los días. También había una Sra. llamada G.

B. despachaba la cerveza que pedían. Dijo que D. E. es su prima, que hace mucho que no la ve. Cuando D. llegó a Bs. As. le consultó si podía ir a trabajar a Cutral Có, ella alquilaba un apartamento. Dijo que trabajaba en "A.", le pagaban por las copas. El control de las copas lo llevaba esta señora. No sabe que se ejerciera la prostitución en el lugar. Refiere que en Añelo ella tiene un negocio, un pool. Que B. nunca le dio plata a ella. El pasaje para venir se lo pagó ella.

La testigo S. B. A., Lic. en psicología, fue preguntada por el caso de O. Refiere que ella había contraído una deuda para venir a Argentina, no podía volver a Dominicana. Había una situación de violencia en Dominicana con su ex pareja y un hijo pequeño. Aquí ella estaba con una residencia precaria. Al presentar los papeles para regularizar su situación, presenta un papel de reincidencia que se encontraba adulterado, es así que tenía una amenaza de ser imputada por ese delito y de ser expulsada del país. La aparición de la fuerza federal le generó mucha desconfianza, mucho miedo, tenía la amenaza de delito. Estaba confundida, tenía miedo de volver a su contexto original, con padres endeudados, ex pareja violenta. Le mencionó que trabajó en el boliche "A." como "copera", donde había retiro con clientes, que allí no tenía relaciones, que allí hacían copas. Ella tenía miedo, padecía una situación de mucha vulnerabilidad. Sentía vergüenza por lo que hacía, tenía miedo de que su familia se entere, de que ello terminara con que le sacaran a su hijo. No hablaba tranquila, se sentía incómoda en el ambiente tribunalicio, por la distancia, el miedo, las formas. Se le exhibe un informe efectuado por la Lic. en el año 2013 y dice que lo reconoce. O. no quería la asistencia del Centro de Atención a la Víctima y de hecho desistió.

Por su parte la testigo S. G., vio a B. que estaba como cantinero. Dijo que ella fue pocas veces y justo uno de esos días fue el allanamiento. En Paraguay, se juntó con una pareja a los 15 años, tuvo problemas con él, vino para Argentina con "R." (C.). No terminó la escuela, ahora está estudiando. Dice que se asustó mucho el día del allanamiento, porque fueron para divertirse y de repente se llenó de milicos. En ese momento no trabajaba, tenía un novio que le pagaba el alquiler, actualmente es su marido con quien tiene un hijo de 4 años y medio. Refirió que C. volvió a Paraguay, tenía una hijita de un año y seis meses y su pareja la mató. Dice que en A. ellas pedían tragos, una señora era la que recibía el dinero, y los tragos los servía un muchacho.

La testigo Lic. B. V. M., declara por TVC. Dice que participó del allanamiento en A. abril de 2013. Que allí tiene anotado que entrevistaron a C. M. R., K. P. y R. d. l. Á. C. Dice que cuando la declarante llegó al lugar ya habían llegado las fuerzas federales. Las mujeres estaban apartadas, entrevistó a cada una en forma particular. El lugar estaba abierto todos los días, realizaban copas, el cliente compraba la copa, salía 60

Thomson Reuters

pesos, se la pagaban a las mujeres, pero ellas tenían que dejar la mitad. M. y D. les devolvían esa parte a cada una. Solo una chica, C. habría mencionado que en el lugar hacían pases y que dejaban $50, pero que eso era antes. Dijo que C. le dijo que había llegado la noche anterior pero que había trabajado seis años antes, es decir en el año 2007. Que ese día, el que llegó, no trabajó. Refirió que C. R. había llegado unos meses antes para trabajar ahí, había hablado con M. y D. que eran los encargados. Las chicas decían que los pases los realizaban afuera y que no debían pagarles nada a los encargados, pero que sí les tenían que avisar a D. antes de salir y se ponían en contacto antes de volver al lugar, que según ellas era una cuestión de cuidado. C. dijo que vivía ahí, que compartía habitación con "J.". Dijo que K. P. le contó que había viajado con una hermana, que hacía ocho meses que estaba en A., también había hablado con M. y D. para trabajar ahí. Dice que ella no recuerda haber visto pulseras en el lugar. R. C. dijo que ella ejercía la prostitución. C. R. estaba viviendo ahí. C. y R., tenían sus DNI con ellas. K., lo tenía en su casa. Ninguna manifestó estar en el lugar en contra de su voluntad. Explica qué significa el copeo, una exhibición donde las mujeres se muestran y se facilita el comercio sexual. Considera que había indicadores de vulnerabilidad: tales como que provenían de familias numerosas, que no terminaron los estudios primarios, que tuvieron que trabajar a temprana edad, que tenían dificultad para encontrar un trabajo formal, lo que genera pocos ingresos, informalidad, incapacidad para solventarse a sí mismas y a su familia. Algunas eran migrantes, con falta de lazos, lejanía con su familia, problemas con documentación, susceptibles de que alguien se aproveche.

También se vio la declaración prestada en el debate del año 2019 (grabación N° 400), de D. E. O. Ella aclara que E. es apellido. Dijo que era madre de tres hijos, las dos nenas viven con ella. El niño en República Dominicana. Se dedica a las tareas de la casa y vende ropa. Dijo que conoce a C. y a E. de la whiskería o disco "A.". Dice que en relación a M. y a D., cree que uno ponía música y el otro era encargado, o algo así. Se le dio por venir a la Argentina buscando una mejor vida, era el año 2012. Ella tenía 22 años. Tiene un hijo allá, el dinero que le daba el padre del niño no era suficiente. Pasó por Uruguay, de allí a Bs. As. Estuvo unas dos semanas y no consiguió empleo, habló con su prima F. y fue para Neuquén. Ella trabajaba por tragos, en "A.", y ella le dijo que podía ir a trabajar con ella. Manifiesta que ella solo habló con su prima. La prima le dijo que iba a buscar si alguien le hacía el favor de comprarle el pasaje. Ella le dio la plata a su prima. Llegó a Cutral-Có, fue en taxi hasta la casa de su prima. La prima le dijo de una habitación cerca del negocio. Se quedó en esa pieza unos días. A los tres días empezó a trabajar en A. Primero fue a ver, era algo nuevo para ella. Ella siempre habló con su prima, quien cree que habló con C. V., que no sabe si era el dueño o el encargado. El trabajo consistía en tragos nada más, hablar con una persona, bailar un tema, compartir. Le pagaban con un porcentaje de un trago que se tomaba. Al finalizar le pagaban. Un mes trabajó y empezó a buscar empleo de cuidar niños, mayores o de limpieza. Le señalan alguna contradicción. Dijo que recuerda haber declarado ante algún funcionario judicial, y en ese momento se sentía muy presionada y nerviosa por una mujer. No supo si en A. había personas que ejercieran la prostitución. Conoce a K. P. No conoce a J. S. C., ni a ninguna de las chicas que le mencionó el Fiscal. No sabe si alguien vivía en A. No recuerda si la entrevistaron psicólogas. Fiscalía detecta contradicción/olvido con declaración ante la Fiscalía. Reconoce su firma en fs. 91/93 (Expte. C. V.), donde dijo "que viajó en colectivo Vía Bariloche y la estaba esperando R. en la terminal". Dice que estaba nerviosa en ese momento, que se acuerda perfectamente que fue en taxi hasta el barrio Unión, donde vivía su prima, el día que llegó a Cutral-Có, que no es verdad que la fuera buscar R.

Asimismo, se vio la declaración prestada por R. D. L. A. C. en el juicio efectuado en el año 2019, minuto 52 hs., video N° 400. Dice que trabajaba haciendo copas, de noche. Dice que abandonó, que ya no trabaja más, que hizo su carrera. En ese lugar A. se ejercía la prostitución, era un cabaret. Que ninguna estaba obligada a hacerlo. A veces lo hacían adentro o afuera. El lugar era como un boliche, tenía la pista, la barra. No recuerda el tema de los pagos. Había otras mujeres trabajado allí, no recuerda sus nacionalidades. Ella estuvo una noche ahí, alojada. Había chicas que vivían ahí, no recuerda cuántas. El lugar estaba acondicionado para vivir, hay lugares peores, este lugar estaba bien. No se acuerda de C. V., ni de E. Fue una sola vez a A., pidió trabajar porque necesitaba y nada más. Luego volvió la noche del allanamiento, no recuerda haber sido entrevistada por psicólogas esa noche. Durante el 2013, dice que ella trabajaba en la prostitución.

V. c) Valoración de la prueba, fundamento: En definitiva y a través de toda la prueba colectada lo que se acreditó es lo siguiente: que en el local "A." se realizaba copeo. De acuerdo a lo declarado por las presuntas víctimas, dicen que ellas iban al boliche cuando querían, que algunas cumplían un horario, otras no. Algunas dijeron que esa noche del allanamiento fue la única vez que habían ido. Explicaron que cobraban por cada copa que le hacían tomar al cliente, que el dinero les era entregado por el cliente a ellas y ellas se lo daban a G., quien les daba el 50%. Dicen que en ese momento la copa salía $60 y les daba $30.

No está acreditado que allí ejercieran la prostitución, ni que el boliche se quedara con algo de ese

Thomson Reuters

dinero. Es más, O. dijo que se sintió presionada. En Migraciones le dijeron que la tenían que devolver a su país y ella no quería volver. No tenía la documentación en regla. Una sola testigo, que fue C., dijo que se ejercía la prostitución allí, pero evidentemente no fue la noche del allanamiento, porque de acuerdo a lo que le dijo a V. M., ella le habría manifestado que había llegado a Cutral-Có la noche anterior y que había trabajado en "A." seis años atrás. La legislación sobre el tema fue cambiando, tan es así que la última ley de trata de personas es del año 2012. Seis años antes del 2013 estamos en el año 2007 y todavía no se había sancionado la primera ley de trata que data del año 2008.

Pero aún suponiendo que en años anteriores se ejerciera la prostitución en el lugar, lo cierto es que no está acreditado siquiera cuál es el monto del dinero que debían dejar allí. No lo dijo C.

V. M. por su parte dijo que dejaban en el local $50, pero nadie refirió cuanto cobraban por la prostitución. El Fiscal afirmó que cobraban entre $300 y $400 por la relación sexual, pero no sabemos de dónde extrajo dicha cifra ya que nadie la mencionó a lo largo del debate y no fue algo acreditado durante el juicio.

Por su parte, supuestamente, C. había trabajado con anterioridad (año 2007), pero debemos tener en cuenta que no estamos juzgando hechos de ese tiempo, sino hechos del año 2013 y con una legislación distinta.

Todas las chicas que declararon en el juicio dijeron que si querían podían ejercer la prostitución y lo hacían afuera del local y cobraban lo que ellas querían. Al menos eso era así a la época del allanamiento, aunque en años anteriores fuera distinto.

Migraciones le dijo a O. que si era víctima de trata podía ser rescatada y se podía quedar. Conseguía la documentación. De hecho no aceptó. Se casó y tuvo dos hijos. ¿Podemos decir que lo hizo coaccionada?

A B. se le imputa ser partícipe secundario en la explotación de la prostitución ajena, agravado por la situación de vulnerabilidad de las víctimas, al ser el empleado que atendía la barra de A. Los testigos dijeron que él solo servía los tragos, no cobraba dinero de los tragos, sino que G. era quien recibía el dinero que las chicas habían cobrado al cliente y esta les daba a ellas el 50%. Es decir que las chicas recibían el dinero del cliente y se lo daban a ella y ella les daba el 50%.

El dato de que B. cobraba y que había pulseritas, surge de la causa del año 2009, pero vuelvo a reiterar que no estamos juzgando lo que sucedía en el año 2009, sino lo acontecido el día 25/04/2013.

En definitiva, lo que se acreditó en este juicio es que B. atendía la barra del local "A.". Parece ser que en esa época no iba todos los días, sino algunos días. No era quien recibía el dinero de las copas, lo recibía G. y ella le entregaba la parte que correspondía a las chicas. Esto es lo que se encuentra acreditado respecto de la conducta de B.

De acuerdo a lo expresado por el Fiscal, quien se apoya en abundante jurisprudencia, el copeo integra la prostitución y, por lo tanto, la explotación. No comparto lo expuesto. A mi modo de ver, esto es un contrato entre dos personas mayores de edad, en la que una le propone a la otra que vaya al local cuando quiera, los días que quiera —al menos eso dijeron la mayoría de las chicas— y si logra que un hombre le pague una copa, el 50% de esa copa es para la chica y el otro 50% para el local. Este "copeo" no implica más que acompañarlo un rato mientras la persona bebe esa copa. No está obligada a ejercer la prostitución. Si ella quiere salir con ese cliente, es un problema de ella y el dinero que cobre también es de ella.

A mi modo de ver el copeo de ninguna manera integra la explotación. Tan es así que el bar, local o night club, pone la bebida, el lugar, el barman y se queda con el 50% y el otro 50% se lo da a la chica por acompañar al cliente, ya sea bailando o charlando con él. Esto es un contrato, donde se beneficia el comercio porque van hombres y beben; y también se benefician las chicas que reciben el 50% del valor de las copas.

Este tipo de contratos es sumamente común. En cualquier boliche a los hombres se les cobra entrada, sin embargo a las mujeres no se les cobra la entrada, porque al boliche le conviene que vayan hombres y gasten su dinero en bebida. Al boliche le conviene que vayan las mujeres, porque de lo contario los hombres no van. Siendo ello así, la extensión de tales conceptos es sumamente peligrosa, pues todo podría quedar atrapado en el concepto de facilitación de la prostitución. Si en un boliche cualquiera, una chica coquetea con un chico para que le invite una copa, en el caso que luego decida tener relaciones sexuales, ¿podría llegar a ser este delito?

A mi modo de ver hay una gran confusión entre lo que es la trata, la explotación y el trabajo sexual. Esta no diferenciación entre los conceptos, hace que se desconozcan los derechos humanos más básicos de las trabajadoras sexuales.

Esta forma extremista de interpretar los tratados y nuestra legislación, no ayuda —de ninguna manera— a combatir la trata, no desarticula las lógicas de explotación y por tanto se termina persiguiendo la prostitución, cuando este no es un delito. Lo que en definitiva se logra con este mecanismo persecutorio

Thomson Reuters

es invisibilizar aún más los casos de trata o de explotación laboral.

Por estos motivos, es muy importante diferenciar entre: Trata de personas que es "captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona...".

La trata de personas con fines de explotación sexual es solo una forma que adquiere este delito. El elemento distintivo de la trata es la retención en contra de la voluntad o el secuestro de documentación, el sometimiento por maltrato o amenazas de atentar contra la vida, el encierro y la obligación a prestar servicios sin consentimiento expreso y en contra de la voluntad de la persona.

La explotación laboral hace referencia a las condiciones de realización del trabajo y no remiten únicamente a fines sexuales. Existe explotación laboral en diversas ramas, siendo la construcción y la industria indumentaria y de calzado unas de las más permeables a esta práctica. La explotación laboral implica menor paga que la mínima necesaria o legal, condiciones precarias de trabajo, ausencia de prestaciones básicas en el ámbito de trabajo, jornadas extendidas por más horas que las máximas dictaminadas por la ley, retribuciones monetarias que no contemplan vacaciones ni licencias por enfermedad, hasta el extremo del trabajo con características de semi-esclavitud.

Por su parte, el trabajo sexual, al hallarse en un intersticio legal (no está prohibido, pero tampoco está regido por leyes y normas), se encuentra "clandestinizado" y en ese sentido, abre las puertas a la explotación laboral. Todo ello ayuda a que los clubs nocturnos, wiskerías, etc. exijan a las trabajadoras sexuales a trabajar más horas o en condiciones nefastas, para su salud, pero aún así en esas condiciones, no serían "mujeres tratadas", sino mujeres explotadas laboralmente. Ello así, porque ni la ley, ni nadie puede quitar a otro la voluntad y elección personal.

El trabajo sexual es la prestación de un servicio sexual a cambio de dinero, en el que todas las partes comprometidas lo hacen por decisión personal y con consentimiento propio. El trabajo sexual es la actividad que realizan personas adultas en pleno ejercicio de sus facultades y sin coerción al ofrecer un servicio sexual con fines onerosos.

El término surgió a raíz de la defensa del trabajo sexual y del reclamo para que las/os trabajadoras/es sexuales tengan los mismos derechos humanos y laborales que cualquier otro trabajador.

A partir del activismo que dirigen grupos de trabajadores sexuales, actualmente se tiende a preferir el término trabajo sexual en vez del término prostitución que tiene connotaciones absolutamente negativas y estigmatizantes.

Como ya dije, tanto la prostitución como el trabajo sexual consisten en la práctica de mantener relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero u otros beneficios económicos.

El trabajo sexual puede incluir otras actividades distintas de la prostitución, como lo es la industria del sexo, el sexo telefónico, líneas eróticas, juguetes sexuales, ciber sexo vía webcam, películas porno, etc.

Una cara es la del discurso público que juzga, discrimina y criminaliza el trabajo sexual, pero me pregunto ¿qué es más digno, ser trabajadora sexual o trabajar como empleada doméstica, barrendero, limpiador de cloacas, o en trabajos precarizados como los de Glovo, Uber, etc.? Algunos de estos se pagan muy mal y en negro, ¿no es eso explotación? Otros son trabajos no reconocidos, al igual que el trabajo sexual, pero que nadie dice que sean explotación. Todos estos trabajos son absolutamente dignos, el problema es la explotación laboral, pero nadie le quita el consentimiento a la persona, lo que se debe hacer es regularlos para poder ser controlados y que no haya violaciones a los derechos fundamentales.

El lenguaje impregna todos los espacios de las relaciones sociales y bajo la supuesta protección de las víctimas, se las estigmatiza aún más. Tan es así, que la ley no les permite prestar su consentimiento y si son vulnerables agrava la condena. Es decir, que no es necesario que exista un aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima para que haya explotación, siempre y en todos los casos que haya un contrato con otra persona, va a existir explotación. Antes el medio comisivo era el aprovechamiento de la vulnerabilidad, pero ahora ello es un agravante, porque directamente no pueden prestar el consentimiento.

La Constitución, que en el art. 19 nos garantiza nuestra libertad e intimidad, parece que no es para las trabajadoras sexuales. A otras personas sí se les permite prestar el consentimiento para realizar trabajos denigrantes, en condiciones infrahumanas, aunque estén en negro, trabajos absolutamente precarizados, pero dignos a la luz de algunas miradas. Solo a las trabajadoras sexuales se les quita el consentimiento, no tiene ningún valor su palabra y su voluntad, afectándose asimismo la garantía de la igualdad ante la ley.

Thomson Reuters

Entonces frente a un discurso absolutamente moralista, se estructura el rechazo social al ejercicio del trabajo sexual bajo el discurso de la "dignidad". Del otro lado se encuentran las trabajadoras sexuales que dicen "no nos defiendan tanto, tenemos libertad y queremos ejercerla, reconozcan nuestros derechos, derecho a elegir el trabajo que realizamos", a ser reconocidas como "trabajadoras". Reclaman dejar de ser excluidas y marginadas.

En el presente caso, las mujeres trabajadoras sexuales son personas mayores de edad que han decidido dedicarse a ese trabajo para solventar su economía familiar y/o personal, a veces de mucha mejor manera que con otro trabajo que es peor pago.

La confusión entre estos tres conceptos, ayuda a que no se investiguen los verdaderos casos de trata, a que no se termine con la explotación laboral, a que sean las fuerzas de seguridad las que intervienen en estos casos, cuando históricamente son los que se han beneficiado económicamente de este tipo de trabajo, exigiéndoles un aporte económico de lo obtenido con su trabajo, a cambio de no molestarlas. Extrañamente no se convoca a las trabajadoras sexuales para que digan dónde existe verdadera trata o explotación sexual o laboral, siendo que ellas saben perfectamente los lugares donde existe la verdadera trata o explotación, porque en algún momento han conocido o sido víctimas de ello.

La ley 26.842 fue en sus conceptos mucho más allá de lo que estableció el protocolo de Palermo. Tan es así, que el Protocolo habla de los medios comisivos para obtener el consentimiento, mientras que nuestra ley desconoce el consentimiento y agrava la figura por los medios comisivos que menciona el Protocolo. Expresamente tanto el art. 125 bis como el art. 127 y el art. 145 bis del CP dicen: "... aunque mediare el consentimiento de la víctima".

El consentimiento es un concepto jurídico que hace referencia a la manifestación de la voluntad entre dos o varias personas para aceptar derechos y obligaciones. En sentido amplio, es la capacidad de la conciencia (conocimiento que posee el ser humano respecto de su existencia) para pensar y obrar según la propia voluntad de la persona. En definitiva, es conocimiento y voluntad, al igual que el dolo.

Es decir, la voluntad hace a la capacidad para decidir con libertad, mientras que la libertad es poder elegir entre múltiples opciones; a mayor número de opciones, mayor es la libertad. Por lo tanto, la mayor libertad sería poder elegir entre un infinito número de opciones, sin limitaciones. Todas las personas nos encontramos limitadas en nuestra capacidad de optar, unas más y otras menos, pero ello no quiere decir que entre las opciones que tenga la persona, no pueda elegir.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) consta de 30 artículos en los que se define explícitamente la discriminación contra las mujeres y establece una hoja de ruta de acción nacional para poner fin a tal forma de discriminación.

También la Convención de Belém do Pará en su art. 6 reconoce "El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamientos y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación". Esto va en consonancia con las obligaciones asumidas por los Estados firmantes en el art. 7 inc. e) "tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer". Es decir que los Estados y los Poderes Judiciales deben tener en cuenta en sus fallos que no se puede discriminar por conceptos de inferioridad o subordinación.

Me pregunto ¿hay mayor discriminación que quitarle a la persona la capacidad de elección, su libertad para decidir, so pretexto de protección? En esta causa se menciona como víctima a J. S. C., a quien la ley le quita la capacidad de elegir, pues le prohíbe realizar cualquier tipo de contrato con otra persona relacionado con el ejercicio de su prostitución, pues sería trata, explotación, promoción o facilitación de la prostitución. La hipocresía de la ley queda en evidencia en su caso, ya que a pesar de considerarla sujeto vulnerable y condicionada para elegir —lo que agrava la explotación que alguien efectúe de ella según la ley 26.842—, no tiene en cuenta tales circunstancias a la hora de condenarla por tráfico de estupefacientes. Allí es plenamente capaz de decidir. Entonces tenemos que una persona por ser vulnerable y porque elige ejercer el trabajo sexual, no es libre de determinarse; pero por el otro lado y al mismo tiempo, si ella decide vender estupefacientes, la ley considera que su consentimiento es plenamente válido, ella es absolutamente libre y no se encuentra condicionada. Conclusión, debe ser condenada.

En general este tipo de argumentos no son considerados por los Tribunales. Hace muy poco un fiscal en Chubut analizó los contextos que afectan a aquellas mujeres que actúan como "mulas", en la cadena del tráfico de estupefacientes y las consideró víctimas de trata, pero hasta el momento la mayoría de los Tri-

Thomson Reuters

bunales, venía condenado a estas personas por tráfico agravado de estupefacientes, sin si quiera mirar el contexto para considerar si eso era una víctima de trata.

Creo que estamos frente a un problema. ¿Somos capaces de determinarnos o no? No puede ser que para algunas cosas seamos plenamente capaces, pero para otras no.

Me pregunto, ¿en este juicio estamos juzgando la vulnerabilidad de las personas y la capacidad de auto-determinarse, o el tipo de trabajo que realizan? Da la impresión que estamos juzgando el tipo de trabajo. Nadie cuestiona si uno acepta ser empleada doméstica aunque cobre 20 veces menos que la hora de una trabajadora sexual. Tampoco se cuestiona si la persona consigue un trabajo precario que no está legalmente reconocido, porque se justifica ante la falta de trabajo. En ese caso, la voluntad no se encuentra viciada.

Me vuelvo a preguntar, ¿no será que estamos juzgando en función de la dignidad que nos merecen algunos trabajos frente a otros? ¿Qué es más digno, ser una trabajadora sexual, ser empleada doméstica, ser empleado de un supermercado, siendo que en muchos de estos casos no se respetan las leyes laborales? Todos son trabajos dignos, algunos mejor pagos que otros, algunos con menos explotación que otros. Lo indigno es el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad y, tal como lo propone el Protocolo de Palermo, debe ser un medio comisivo y no un agravante, justamente para lograr su persecución.

La ley nada dice de la capacidad para prestar el consentimiento de la persona que consume drogas, más aún si es pobre y si para poder comprar las drogas —porque no tiene estudios y no tiene recursos— comienza a vender escasas cantidades (narcomenudeo), directamente lo condena por tráfico y queda preso. Nadie se pregunta si esta persona está condicionada por su proveedor, quien le exige vender para poder recibir la droga. Para los Tribunales, para los jueces, tiene plena capacidad de auto-determinarse.

Sin embargo, si una persona decide ejercer la prostitución porque considera que es una mejor opción, se encuentra absolutamente imposibilitada para realizar cualquier tipo de contrato o arreglo económico con otra persona. La legislación, sigo sosteniendo, es absolutamente contradictoria.

La vulnerabilidad social es un término utilizado para describir la inhabilitación de los derechos de las personas que no están en condiciones de decidir, pues hace referencia a aspectos sociales más amplios. Responde a dimensiones del ser humano en las cuales el abuso conlleva a la exclusión social. Cuando un individuo es vulnerado en sus derechos, sufre consecuencias no solo sociales sino también psicológicas. El Estado, los gobiernos, las organizaciones gubernamentales quedan expuestas ante las situaciones de vulnerabilidad, por lo tanto se deben crear políticas sociales que atiendan y entiendan sobre esta situación.

Una persona excluida socialmente es vulnerable, no me cabe duda. Pero me vuelvo a preguntar: ¿se encuentra inhabilitada para ejercer la prostitución y para realizar contratos con otras personas? ¿no está en condiciones de elegir? Sin embargo el ordenamiento jurídico sí la habilita a ser empleada doméstica, ya sea en blanco o en negro, y hacer los trabajos más denigrantes, por una suma muy inferior a la que cobra la persona que realiza un servicio sexual. La ley no dice que la empleada doméstica o un empleado en negro, no está en condiciones de consentir.

En definitiva, podemos decir que el Estado habilita a las personas a limpiar la "mugre ajena" por dos pesos, porque es un trabajo digno, pero no habilita a la trabajadora sexual, supuestamente para protegerla de no ser explotada. ¿Cuál es la razón de esta distinción? La razón fundamental es que no queremos que realice un trabajo sexual, por razones estrictamente morales que no tienen nada que ver con la trata, ni con la explotación laboral.

Adela Cortina, Filósofa española, creó una nueva palabra "aporofobia", que significa la "fobia, miedo o rechazo al pobre". Ella expresa que el pobre en definitiva es aquel que no tiene nada para dar y por eso es relegado y excluido de la sociedad. Y como ella dice en una conferencia que se encuentra en https://www.youtube.com/watch?v=ZODPxP68zT0), la Declaración de los Derechos Humanos dice que todos los seres humanos tenemos dignidad y la aporofobia es un auténtico atentado contra la dignidad humana y contra la democracia. Contra la democracia, porque no puede haber democracia sin igualdad. No se puede seguir creando desigualdades, hay que dar a cada uno de los seres humanos la posibilidad de crecimiento.

En contraposición a esto —a la dignidad de la persona y al derecho a la igualdad—, a las trabajadoras sexuales, como en general son pobres, no instruidas, tienen hijos, les quitamos sus derechos y no cualquier derecho, sino el más fundamental de todos, la libertad, la posibilidad de elección, la voluntad. El Estado lisa y llanamente decide que no están en condiciones de decidir. En definitiva, se le quitan los derechos más fundamentales por ser pobres. Se le quita la dignidad y la igualdad.

Thomson Reuters

De esta manera los Tribunales van creando estereotipos del deber ser. Como dice Nadia Kubatov "Rebecca Cook define un estereotipo como una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir. Es decir, la particularidad de los estereotipos es que se aplican a todos los miembros de un grupo con prescindencia de las características específicas individuales, volviendo innecesaria la tarea de considerar las habilidades, necesidades y deseos individuales de cada persona. Los estereotipos funcionan como perpetuadores y legitimadores de subordinación legal y social... Los estereotipos de género, son aquellos referidos a la construcción social y cultural, tanto de hombre como de mujeres en razón de funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Preconceptos estos que, determinan tratos sociales a las mujeres, sobre bases discriminatorias, como el trato desigual y la forma en que esos prejuicios se encuentran institucionalizados a través de las leyes, las políticas públicas y las decisiones judiciales y a su vez que legitiman el accionar individual y colectivo de los integrantes de un grupo social... La forma de disciplinar esos cuerpos rebeldes, que se desenvuelven por fuera de lo socialmente esperado serán disciplinados en los términos del mandato de masculinidad (Segato), a través de las distintas formas de maltrato y degradación, adoptando formas como violencias morales, psicológicas, económicas, sexuales e incluso la muerte. El disciplinamiento se realizará en varias esferas o capas, ya que no solo será ejercida por quién desde su masculinidad individual ejerce el acto en sí mismo, sino que luego ese disciplinamiento será ejercido por parte del propio sistema penal, que a través de sus sentencias, como actos de gobierno, ejercerá una pedagogía machista, opresora, violenta y cruel hacia todas aquellas mujeres que no hayan cumplido con los modos de vida social que se espera de ellas." ("Estereotipos estigmatizantes de las víctimas de violencia sexual en el proceso penal", Ponencia presentada en el Primer Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe sobre Justicia, llevado a Cabo en Quito, Ecuador, los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2019).

La Fiscalía menciona presuntos criterios objetivos de vulnerabilidad no ya para consentir, sino para agravar la conducta de la persona que se aprovechó de ese estado. Dice que son mujeres. Más de la mitad de la población es mujer. Que son pobres. En Argentina más de la mitad de la población es pobre, tenemos una franja de pobres que es muy grande. Que algunas eran migrantes. Es verdad, pero muchas de las personas que tienen un trabajo precarizado son migrantes (mayormente venezolanos/as que trabajan para Glovo, Uber, etc.) y los/as coloca en una condición de mayor vulnerabilidad, pero eso no implica que no estén en condiciones de poder decidir entre las pocas opciones que tienen. También hay que tener en cuenta que ninguna de estas mujeres se quería volver a su país de origen, se querían quedar. Entonces no podemos decir que eso las hacía más vulnerables. Al contrario, según la Lic. A. en también lo dijo ella misma. El Fiscal agregó que en muchos casos no tenían familia en el país. No es así en todos los casos, algunas tenían hermanas, primas, amigas, lazos sociales importantes, algunas formaron familia aquí, otras trajeron a sus familias.

Lo cierto es que ni siquiera en la causa, obran informes socio-ambientales, ni psicológicos que den cuenta de la vulnerabilidad de estas personas, del lugar donde viven, etc. En definitiva, no hay prueba alguna de la vulnerabilidad de estas personas en términos comparativos a personas de su misma clase y condición social.

Es verdad que en el local A. vivían dos personas: C. R. y S. G. Pero eso no es explotación tampoco. No las obligaban, al contrario, les salía más barato que alquilar en otro lugar. Es más, tanto S. como V. M. estuvieron de acuerdo en no cerrar el local, porque las chicas no tenían a dónde ir.

En estas condiciones, queda abierta la posibilidad de discutir sobre la constitucionalidad de estas figuras penales que quitan la capacidad de decidir a las trabajadores sexuales. Es una discusión que tiene que ver con posiciones filosóficas— constitucionales. Me opongo a defender que el Congreso, a través de la creación de una figura penal, pueda imponer límites a los individuos sobre el tipo de acuerdos o intercambios que ejerzan en un marco de consenso y de autonomía de la voluntad, cuando no se afecta a terceros ¿Hay o no restricciones constitucionales que impidan al legislador involucrarse sustancialmente sobre qué puede ser y qué no puede ser objeto de nuestras opciones vitales? O, lo que es lo mismo: ¿Nuestra Constitución es compatible con una idea paternalista o perfeccionista del Estado?

Estoy totalmente a favor de regularizar el trabajo sexual para que justamente pueda ser controlado, que no existan abusos, que tengan derecho a una jubilación, a una obra social. Eso va a permitir perseguir la verdadera trata y la explotación laboral. De lo contrario, perseguimos a las trabajadoras sexuales bajo el pretexto de que las estamos defendiendo de la explotación y no se va a los verdaderos lugares que hay trata o explotación.

Lo que no puede hacer el Estado es quitarle a la persona su capacidad de elección, su voluntad.

Thomson Reuters

Tal como lo dice Marisa Tarantino "La opinión doctrinaria de Figueroa (2017), siempre apoyada sobre abundante jurisprudencia, sirve para ilustrar entonces cómo el neoabolicionismo ha logrado instalar sus postulados en las más influyentes usinas de producción del saber penal, desplegando solapadamente una nueva forma de estigma hacia la prostitución; aunque todavía muy cercana a las antiguas objeciones morales que veían la prostitución como una actividad precisamente indigna para una mujer (Juliano, 2002)... Esta perspectiva produce un efecto muy importante para el análisis de nuestra praxis penal antitrata: las intervenciones de las agencias penales en los casos de explotación sexual parten desde una definición del consentimiento que solo resulta compatible con la capacidad de las mujeres de tomar decisiones acertadas. Y solo serán acertadas aquellas decisiones que apunten al reconocimiento de la situación de vulnerabilidad como algo intrínseco al mercado sexual punitivismo. ¿Qué hubo de nuevo en la legislación penal argentina contra la trata de personas? Un primer análisis de lo que nos dejaron las leyes 26.364 y 26.842", Buenos Aires, Argentina, Biblos, ISBN n978-987-691-770-4).

En virtud de todo lo expuesto, considero que no existe prueba alguna en la causa que acredite que J. D. B. se beneficiaba económicamente de la explotación sexual de otra persona y menos aún que se hubiere aprovechado de un estado de vulnerabilidad para ello. Tampoco se acreditó que participara aunque sea de manera secundaria, en los términos del art. 46 del CP, de los supuestos beneficios obtenidos por C. V. de la actividad mencionada en primer término.

En función de todo ello y de las razones expuestas en este fallo, considero que el "copeo" no integra de ninguna manera la prostitución, y, por lo tanto, habré de absolver a J. D. B. en orden al delito por el que fuera traído a juicio, sin costas.

Por ello, de conformidad a lo normado por los arts. 399, 402 y ccdtes. del CPPN, resuelvo: 1. No hacer lugar a los planteos preliminares incoados por la Defensa (nulidad de la declaración indagatoria, prescripción de la acción penal y afectación del principio de congruencia) por las razones dadas en los considerandos. 2. Absolver a J. D. B., de demás datos personales ya detallados al inicio, en orden a los hechos por los que fuera traído a juicio, por el delito de partícipe secundario de la explotación de la prostitución de otra persona, agravada por el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad (art. 127 inc. 1° y 46 del CP; art. 402 CPPN). 3. Levantar los embargos y las inhibiciones generales de bienes que se hubieren dictado sobre el nombrado; así como dejar sin efecto cualquier medida restrictiva de la libertad, presentación ante autoridad que se le hubiere impuesto, impedimento de salida del país, o prohibición de ausentarse de su domicilio (art. 402 CPPN con sus ccdtes. y afines). 4. Devolver cualquier elemento de propiedad de B. que se le hubiere secuestrado y no esté sujeto a decomiso (arts. 18 y 19 de la CN, art. 238 CPPN). 5. Tener la presente por notificada en la audiencia y notificar los fundamentos vía electrónica; registrar bajo el N° 5/2020 del protocolo de sentencias de este Tribunal. 6. Firme que sea, practíquense las comunicaciones de estilo, y oportunamente, archívese. — *Alejandro Cabral.*

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Pandemia. Persona que pertenece al grupo vulnerable por el criterio establecido en los términos de la "Alerta Epidemiológica del Coronavirus COVID-19". Clasificación de riesgo. Detención bajo la modalidad de arresto domiciliario. Cumplimiento de la pena impuesta.

Dado que la OMS declaró al brote de coronavirus como una pandemia, se deben adoptar todas las medidas que aseguren el derecho a la salud de la población carcelaria, extremando los cuidados médicos de aquellas personas consideradas de riesgo, por lo tanto, se dispone el arresto domiciliario de un interno que tiene 67 años de edad y diabetes, pues si bien se encuentra compensado, pertenece al grupo vulnerable según los criterios establecidos para la clasificación de riesgo en los términos de "Alerta Epidemiológica del Coronavirus COVID-19".

TOral Crim. Fed., Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 17/03/2020. - C., J. P. s/ Incidente de prisión domiciliaria.

[Cita on line: AR/JUR/1081/2020]

FCR 2358/2016/TO1/22/1

Ushuaia, marzo 17 de 2020.

Considerando:

Que por Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 el Presidente de la Nación amplió la Emergencia Sanitaria establecida por ley 27.541 en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud.

Que en concordancia la Corte Suprema de Justicia de la Nación —Acordada N° 4/2020—, el Presidente

Thomson Reuters

del Consejo de la Magistratura de la Nación —Resolución 8/2020—, la Cámara Federal de Casación Penal —Acordada 3/2020 y el Memorandum N° 2020-16932042-APN-DGRC SPF—, han dispuesto que se deben adoptar medidas por el Coronavirus COVID-19 y extremarse los cuidados para aquellas personas con condiciones de salud preexistentes.

En este contexto, del Dr. Matías Gil de la Sección Asistencia Médica de la Unidad N° 15 del SPF efectuó un informe, el 16 de marzo del 2020, en el que da cuenta que J. P. C., de 67 años de edad y con diabetes si bien se encuentra compensado, pertenece al grupo vulnerable según los criterios establecidos para la clasificación de riesgo en los términos de "Alerta Epidemiológica del Coronavirus COVID 19.

Ante ello, me veo obligado a rever lo decidido el 28 de febrero del 2020, en cuanto no se hizo lugar al arresto domiciliario, ya que la situación fáctica a cambiado y 11 de marzo del corriente año la Organización Mundial de la Salud declaró al brote de coronavirus como una pandemia y por lo tanto se deben adoptar todas las medidas que aseguren el derecho a la salud de la población carcelaria, extremando los cuidados médicos de aquellas personas consideradas de riesgo, como lo es en este caso J. P. C.

De tal modo dispondré el arresto domiciliario de J. P. C., en los términos del art. 10 inc. a) del CP, previa constatación del domicilio que denunciara su defensa —... del Barrio de Sesenta Viviendas en la ciudad de Río Gallegos en la Provincia de Santa Cruz—.

A tal efecto se dispondrá que en forma urgente la Unidad N° 15 del SPF efectúe en la fecha un informe socio-ambiental sobre el citado domicilio y requiera el consentimiento de la Sra. H. T. A. de recibir al nombrado y asumir el rol de adulto responsable de realizar todas las tareas que impliquen.

Realizado ello se deberá dar cumplimiento en forma inmediata con lo ordenado y se le notificará al interno que su detención se cumplirá bajo la modalidad de arresto domiciliario, en la indicada vivienda y que estará bajo la supervisión del Patronato de Presos y Liberados de Río Gallegos hasta tanto la Dirección de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica coloque el dispositivo electrónico.

Asimismo, en esa oportunidad se le hará saber que queda sometido al régimen de arresto domiciliario y no al de la progresividad del régimen penitenciario y dejará constancia, asimismo en el acta, que el beneficio concedido será bajo las siguientes condiciones: no ausentarse del domicilio de ... del Barrio de Sesenta Viviendas en la ciudad de Río Gallegos en la Provincia de Santa Cruz; no podrá consumir estupefacientes ni bebidas alcohólicas, no podrá ejercer el comercio. Todo ello bajo apercibimiento de revocar el beneficio aquí acordado.

En esa oportunidad se deberá citar a la Sra. A. a fin de labrar el acta compromisoria en al que se debe señalar que asume la responsabilidad y cuidado del nombrado en el arresto domiciliario y serán también quien realice aquellas actividades que requieran salir del domicilio.

A tal fin se deberán labrar las actas respectivas de notificación de los nombrados y lo dispuesto en el presente.

Por último y con relación al control de la medida impuesta y hasta tanto se pronuncie el Programa sobre la factibilidad de su realización se dará intervención del Patronato de esa ciudad para supervise el arresto domiciliario. En relación a esto último y en atención a la situación sanitaria de público conocimiento la supervisión del condenado se efectuará por los medios electrónicos que el Patronato entienda más idóneos.

En virtud de lo expuesto, las normas legales citadas es que y así resuelvo: I. Disponer que la detención de J. P. C. (DNI N° ...) se efectúe bajo la modalidad de arresto domiciliario para que cumpla la pena de prisión impuesta por este Tribunal en la causa FCR 2358/2016/TO1 (art. 10 inc. a) del CP y 32 "a" de la Ley 24.660) y que el mismo se efectivizará en el domicilio de la calle ..., del Barrio de Sesenta Viviendas en la ciudad de Río Gallegos en la Provincia de Santa Cruz, con directa intervención del Patronato de Liberados de esa ciudad, el que efectuará los controles a través de los medios electrónicos que considere pertinentes hasta que cese la Emergencia Sanitaria. III. Establecer que la misma se realizará bajo las siguientes condiciones: que no podrá ausentarse del domicilio señalado; no podrá consumir estupefacientes, ni bebidas alcohólicas, no podrá realizar actos de inconducta y no ejercerá el comercio. Todo ello, bajo apercibimiento de revocar el beneficio aquí acordado. De tal forma se deberá labrar acta compromisoria con el interno y la Sra. A. IV. Previo a ello, el Sr. Director de la Unidad N° 15 del Servicio Penitenciario Federal debe designar personal a su cargo para que, en forma urgente, e se constituya en el domicilio indicado, efectúe un socio-ambiental y requiera el consentimiento de la Sra. A. de recibir a J. P. C. V. Librar oficio a la Unidad N° 15 del SPF, al Patronato de Río Gallegos y al Programa —vía electrónica— Remítanse los oficios vía e-mail. Tómese razón y notifíquese. — *Luis A. Giménez.*

Thomson Reuters

DETENCIÓN DE PERSONAS

Atribuciones del personal policial. Indicios vehementes de culpabilidad. Validez.

> Los funcionarios de la policía que detuvieron a tres personas actuaron razonablemente y conforme a las atribuciones legales que les confiere el ordenamiento vigente —art. 284 inc. 3 CPPN—, pues el hecho de que uno de ellos caminara constantemente, ida y vuelta, una misma cuadra durante aproximadamente dos horas, donde se emplazan comercios y entidades bancarias, mientras hablaba por teléfono celular y miraba hacia todas partes; en tanto la otra persona lo aguardaba en un local de comida todo ese tiempo, con un maletín, y cada tanto se encontraban en la puerta e intercambiaban unas palabras, permite dudar de forma razonable sobre ellos.

CNCrim. y Correc., sala I, 10/12/2019. - S., C. M. y otros s/ Nulidad.

[Cita on line: AR/JUR/61245/2019]

CCC 56943/2015/7/CA6

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 10 de 2019.

Considerando:

Luego del análisis de la cuestión traída a conocimiento del tribunal, consideramos que los agravios vertidos por la defensa no resultan suficientes para desvirtuar los fundamentos de la resolución recurrida.

En efecto, no advertimos ningún vicio ni apartamiento de las normas procesales, sino que, por el contrario, entendemos que los funcionarios de la policía que intervinieron en el asunto actuaron razonablemente y conforme a las atribuciones legales que les confiere el ordenamiento vigente.

El cabo primero M. W. G. narró las circunstancias que llevaron a la detención de C. M. S., H. A. R. y P. M. S. mientras cumplía funciones de vigilancia y prevención en la intersección de las avenidas ... y ... de esta ciudad (fs. 9/12 y 264/268).

En ese sentido, el 25 de septiembre de 2015, aproximadamente a las 10.50 hs., advirtió la presencia de dos sujetos cuyo comportamiento le llamó la atención. Es que, uno de ellos, que vestía una campera marrón (posteriormente identificado como C. M. S.), se tapaba la cara con el cuello de aquella prenda y recorría la Av. ... de manera constante, ida y vuelta entre las esquinas de ... y ... (donde se ubican múltiples comercios y entidades bancarias), mientras hablaba por teléfono celular y miraba en distintas direcciones.

Por su parte, el otro sujeto, que tenía puesta una campera gris (resultó ser P. M. S.), había entrado a un local de comidas rápidas con un maletín, donde estuvo durante unas dos horas.

Ambos se reunieron nuevamente en el comercio gastronómico y el primero en salir fue P. M. (sin el maletín), quien se dirigió a un estacionamiento ubicado a unos metros de allí.

Frente a las sospechas que le generó la conducta de estas personas, G. alertó a su compañero, F. G. M., quien le confirmó que el hombre había ingresado al estacionamiento.

Cuando salió el sujeto de campera marrón del local de comidas rápidas, G. notó que tenía el maletín (al cual tapaba con un saco oscuro) y que también se dirigía hacia el estacionamiento, por lo que dio aviso a Mesa para que lo detuviera allí a fin de identificarlo.

Lo hasta aquí mencionado, exhibe que la intervención policial se vio determinada por circunstancias objetivas que reflejan los "indicios vehementes de culpabilidad" a los que refiere el artículo 284, inciso 3°, del código procesal penal y, por tanto, permiten colegir que su aprehensión se dio en el marco de las facultades que reconoce esa norma a los funcionarios preventores.

El hecho de que uno de ellos caminara constantemente, ida y vuelta, una misma cuadra durante aproximadamente dos horas, donde se emplazan comercios y entidades bancarias, mientras hablaba por teléfono celular y miraba hacia todas partes; en tanto la otra persona lo aguardaba en un local de comida todo ese tiempo, con un maletín, y cada tanto se encontraban en la puerta e intercambiaban unas palabras, permite dudar de forma razonable sobre ellos.

Ahora bien, ello no culminó en ese momento. Cuando G. interrogó a C. M. sobre los motivos de su permanencia allí, lo notó evasivo a las preguntas que le hacía. A pesar de ello, el individuo le indicó que estaba acompañando a dos amigos suyos que compraban insumos para una empresa y, agregó, que uno de ellos se hallaba en el interior de la playa de estacionamiento, en una camioneta gris (mientras el tercero arribó unos momentos después).

En este punto, es necesario advertir que se trata de un estacionamiento de acceso público por lo que no se requería una orden de allanamiento para ingresar.

Thomson Reuters

Al aproximarse al vehículo, la actitud de C. M. se tornó aún más extraña, ya que golpeó la ventanilla derecha delantera y, cuando la persona que estaba adentro abrió la puerta, arrojó rápidamente hacia el interior del rodado el bolso que llevaba junto a la campera, mientras le advertía al otro que estaba junto a la policía.

En ese momento, a G. le sorprendió que P. M. haya intentado poner el bolso en el suelo, en la parte trasera. Además, cuando abrió la guantera del vehículo para buscar su documentación, el agente advirtió que había un arma de fuego.

Al observar a simple vista la presencia en el vehículo de "(...) cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo (...)", los funcionarios de la policía quedaron habilitados a efectuar la requisa del rodado en los términos de los arts. 184, inc. 5, y 230 bis del catálogo procesal.

En consecuencia, frente a todo lo expuesto, consideramos que en el caso existieron indicios vehementes de culpabilidad y circunstancias previas y concomitantes que autorizaban a los policías a efectuar la detención y requisa de acuerdo a lo establecido en la normativa procesal vigente.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución de fs. 14/18, en cuanto ha sido materia de recurso (art. 455 del CPPN). El juez Jorge Luis Rimondi no interviene por estar subrogando en la vocalía 7 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, y el juez Mariano A. Scotto, subrogante de la vocalía 5, tampoco, por hallarse cumpliendo funciones en la Sala VII de esta Cámara al momento de la audiencia. El juez Hernán Martín López suscribe en su carácter de subrogante de la vocalía 14. Las comparecientes prestaron conformidad con la integración de la sala y con el procedimiento en caso de disidencia. Regístrese, notifíquese y devuélvase al juzgado, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío. *— Pablo G. Lucero. — Hernán M. López.*

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Supervisión de las obligaciones. Incumplimiento. Competencia para revocar el beneficio.

> La revocación del beneficio de la suspensión del juicio a prueba por la que optó la jueza a quo —por el incumplimiento de las obligaciones asumidas— se entrevé como una de las posibilidades de prosecución del proceso a que aludió el propio juez de ejecución penal, quien dijo que dicha magistrada era la que debía expedirse por la extinción de la acción o bien por la reanudación de la causa.

CNCrim. y Correc., sala IV, 29/10/2019. - Q. C., J. R. s/ Suspensión del juicio a prueba y rebeldía.

[Cita on line: AR/JUR/61234/2019]

19.486/17

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 29 de 2019.

Considerando:

El 10 de abril de 2017 el Juzgado Criminal y Correccional N° ..... le otorgó a J. R. Q. C. el beneficio de la suspensión del juicio a prueba por el plazo de un año y le impuso la obligación de fijar domicilio en (...)", someterse al control de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal o al Patronato de Liberados y aceptar su ofrecimiento de reparación económica a la víctima por la suma de mil pesos —$1.000— en cinco cuotas de quinientos pesos —$500— (fs. 80/81).

El 12 de mayo siguiente el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° ..... inició la supervisión de las obligaciones que le habían sido impuestas al probado (fs. 117/vta.). Éste no se presentó a la citación que se le cursó para que se presentara allí dentro del quinto día de notificado ni los vecinos supieron dar razón de su paradero (fs. 122/vta.).

El 8 de enero de 2018 la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal informó que Q. C. no concurrió a dicho organismo, al acudirse a su domicilio, nadie respondió y se dejó una citación, a la que no se presentó (fs. 124).

El 6 de noviembre de 2018, tras el pedido tanto de la defensa como de la fiscalía de que se declarara extinguido el plazo de supervisión por haber transcurrido el año fijado por el juzgado de origen (fs. 126/127 y 130), el juez de ejecución resolvió en ese sentido, expresando que "... si bien no corresponde tener por cumplidas las reglas de conducta por cuanto el causante no las ha llevado a cabo en forma acabada, lo que hubiese ameritado en el caso la revocatoria, lo cierto es que habrá de declararse la extinción del término de suspensión del proceso a prueba fijado por el Tribunal de origen, y de acuerdo a lo pautado por el art. 4°, firme que se halle el presente decisorio, se remitirá el legajo a ese órgano judicial para que, previa intervención Fiscal, se expida sobre la extinción de la acción o la reanudación del proceso" (fs. 131/132 vta.).

Dicho tribunal la devolvió al de ejecución penal en el entendimiento, avalado por el pedido fiscal de fs.

Thomson Reuters

142/vta., de que debía realizar la audiencia prevista en el artículo 515 del ordenamiento procesal (fs. 143/144). Ante la falta de aceptación de la competencia atribuida (fs. 145/vta.), la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional resolvió que debía ser la jueza de instrucción la que emitiera una decisión, pues la tarea del magistrado de ejecución quedó cumplida con el dictado del pronunciamiento de fs. 131/132 vta. (fs. 150/151 vta.).

Por otra parte, la información enviada por el Registro Nacional de Reincidencia revela que el 28 de diciembre de 2017 se declaró la rebeldía del imputado en la causa N° ....., iniciada el 8 de enero de ese año, seguida ante el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° ..., por el delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo (fs. 139).

La jueza de instrucción, en el auto que es materia de recurso, frente al incumplimiento de las pautas fijadas al probado y a su falta de concurrencia a la citación cursada, decidió revocar el beneficio oportunamente concedido, ante su manifiesta voluntad contraria a someterse al proceso, y declarar su rebeldía y consecuente captura (fs. 161/163 vta.).

Así planteada la cuestión, adelantamos que no habremos de aceptar las críticas de la defensa contra ese pronunciamiento. Si bien no es pacífica la doctrina y la jurisprudencia sobre el punto (véanse, CNCP, Sala IV, "Roberto, Héctor A., 09/09/2009, CFCP, Sala I, "E., J., C.", rta. 18/12/2013, CNCCC, Sala I, causa N° 36.689/15 "Gutiérrez Tapia", rta. 10/05/2018), adherimos a la postura de que "... el tribunal de juicio [en este caso, el juzgado de instrucción] se encuentra autorizado a reexaminar el cumplimiento —admitido por el juez de ejecución— de aquellas (las condiciones bajo las cuales se otorgó el beneficio)... En ese contexto, se ha afirmado que el órgano que concedió el beneficio y que debe sobreseer... [no] se encuentra determinado u obligado a convalidar lo actuado por el tribunal de ejecución cuando éste ha procedido... con frontal discordancia con lo acreditado en las actuaciones y con las explícitas normas que rigen la materia y que le imponían frente al manifiesto incumplimiento... la revocación del régimen acordado [por mayoría, CNCP, Sala III, 01/04/2009, causa 9832, "Ledesma, F. O." (Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, "Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, 4° ed., 2010, p. 493).

La revocación del beneficio por la que optó la jueza *a quo* se entrevé como una de las posibilidades de prosecución del proceso a que aludió el propio juez de ejecución penal, quien dijo que dicha magistrada era la que debía expedirse por la extinción de la acción o bien por la reanudación de la causa.

En esta misma línea, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, por voto del juez Alberto Huarte Petite, señaló que "... el artículo 515 del CPPN establece que se le atribuye al juez de ejecución el control de las condiciones impuestas por el tribunal oral, al momento de la concesión de la suspensión del juicio a prueba. Por consiguiente, que se atribuya al juez de ejecución, prosigue, el control del cumplimiento de las condiciones impuestas no equivale a decir que el juez de ejecución es quien tiene la decisión acerca de la extinción, o no, de la acción penal en función del cumplimiento o no, de las condiciones impuestas al momento de concederse la suspensión".

Y añade que "En consecuencia, manifiesta, frente a este cuadro de situación, pretender que en razón de que el juez de ejecución decidió tener por extinguido el plazo que se había fijado por parte del tribunal oral, esto resulta equivalente a decidir que se cumplieron con las condiciones, que ciertamente no se cumplieron, es erróneo, y entonces el tribunal oral, a la hora de extinguir la acción penal, en cumplimiento de la competencia que le resulta propia, verificó de modo patente que no se cumplió con ninguna de las condiciones que le fueron impuestas, por lo que no está invadiendo la jurisdicción del juez de ejecución, pues la única que posee aquel es la de supervisar el cumplimiento de las condiciones, y no decidir acerca de si se debe o no extinguir la acción penal; y decidir que transcurrió el plazo que se había fijado a la hora de suspender el juicio a prueba, no resulta equivalente a afirmar que se cumplieron con las condiciones que se habían impuesto" (CNCCC, Sala III, causa N° 13.887/14 "Balderramo", rta. 31/10/2017).

En similar sentido, el juez Juan Esteban Cicciaro afirmó que "... desde una visión normativa, además de no cometer delitos y reparar el daño, el beneficiado debe cumplir con las reglas de conducta establecidas, obligación que como surge del propio texto de la ley, debe tener lugar durante el tiempo fijado por el tribunal..." (CCC, Sala VII, causa N° 37.285/17 "J., A.", rta. 03/05/2019).

Por lo demás, la cuestión resulta semejante a otras en que tuvimos oportunidad de expresar que "... la normativa legal no establece la expiración de la facultad del juez para controlar la observancia de las reglas de conductas impuestas al suspender el juicio a prueba con el vencimiento del término fijado al imputado. El artículo 76 ter del CP se refiere al tiempo mismo de la suspensión y no al plazo para dictar la decisión que debe juzgar lo que en su transcurso haya ocurrido" (*in re,* causa N° 164.020, "G.", rta.: 29/05/2019, entre otras).

De ese modo, verificado el objetivo incumplimiento de las obligaciones asumidas y el estéril transcurso del tiempo fijado para la prueba, sin resultados satis-

Thomson Reuters

factorios, resulta ajustada a derecho y a las constancias de la causa la revocación del beneficio decidida por la jueza de grado.

Finalmente, el resultado de las citaciones cursadas al imputado evidencia que su declaración de rebeldía se ajusta también a los presupuestos de los artículos 288 y 289 del ordenamiento adjetivo.

Por ello, se resuelve: Confirmar el pronunciamiento de fs. 161/163 vta. puntos I y II en cuanto fue materia de recurso. Notifíquese y devuélvase al juzgado de origen. Sirva lo proveído de atenta nota de envío.

Se deja constancia de que el juez Ricardo Matías Pinto integra el tribunal por resolución de la Presidencia del 11 de junio del corriente, quien no suscribe la presente por no haber presenciado la audiencia en razón de encontrarse funciones en la Sala V de esta Cámara. — *Carlos A. González.* — *Ignacio Rodríguez Varela.*

PRISIÓN PREVENTIVA

Proporcionalidad. Posibilidad de recurrir a otra medida de menor intensidad. Revocación. Excarcelación. Dictamen fiscal favorable. Disidencia parcial.

1. — La medida de coerción dispuesta —prisión preventiva— se exhibe desproporcionada y debe revocarse, ya que no resulta indispensable y se puede recurrir a otra de menor intensidad para asegurar la sujeción al proceso del imputado, de forma tal de neutralizar el riesgo de fuga derivado del pronóstico de pena de efectivo cumplimiento en función del antecedente condenatorio que registra y la rebeldía dispuesta en aquel proceso.

2. — El dictamen fiscal favorable no resulta vinculante para el Tribunal, en efecto, la normativa del CPPN no prescribe ese carácter en relación a la opinión fiscal, sin perjuicio de que su postura pueda ser valorada en forma especial siempre que se encuentre debidamente fundada en los términos del artículo 69 del CPPN.

3. — Teniendo en cuenta el desinterés de la parte acusadora en adoptar cualquier medida restrictiva de la libertad, superado el control de legalidad, no se advierte razón alguna para convalidar el auto en crisis frente a la ausencia de contradictorio entre ambas partes. (Del voto en disidencia parcial del Dr. Pociello Argerich).

CNCrim. y Correc., sala V, 06/12/2019. - B., S. D. s/ Excarcelación.

[Cita on line: AR/JUR/61237/2019]

CCC 80945/2019/1/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 6 de 2019.

Considerando:

I. La jueza de la instancia anterior denegó la excarcelación a S. D. B. bajo cualquier tipo de caución, decisión que fue impugnada por la defensa (fs. 8/11 vta. de este incidente).

II. Celebrada la audiencia prevista en el artículo 454 del CPPN, concurrió a expresar agravios la parte recurrente. Finalizada la deliberación, el Tribunal se encuentra en condiciones de resolver.

Los doctores *López* y *Pinto* dijeron:

a) Hemos sostenido anteriormente que el dictamen fiscal favorable no resulta vinculante para el Tribunal en este momento procesal. En efecto, la normativa del CPPN (ley 23.984) no prescribe ese carácter en relación a la opinión fiscal, sin perjuicio de que su postura pueda ser valorada en forma especial siempre que se encuentre debidamente fundada en los términos del artículo 69 del CPPN (ver, en este sentido, causa N° 26.671/17, "Larrosa, Carlos", rta. 24/05/2017, c.N° 11.847/18, "Jorge, Franco", rta. 20/03/2018 y c.N° 52.349/18 "Bastos Núñez, Juan", rta. 25/09/2018, entre muchas).

No obstante, la puesta en vigencia de los artículos 210, 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal conforme ley 27.063 de acuerdo a la resolución 2/2019 de la "Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal" del 13 de noviembre pasado, obliga a evaluar nuevamente la cuestión.

En este aspecto, en la exposición de motivos de la resolución citada se tuvo en cuenta al implementar los artículos de referencia que deben ser interpretados de forma tal de no modificar el sistema y pasos procesales de la ley 23.984, sin afectar los roles funcionales que tiene cada uno de los órganos en el proceso (conforme la propia exposición de motivos de la Comisión Bicameral).

En esta dirección, se destaca además que la Corte ha sostenido que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones sino el que

Thomson Reuters

las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769).

De esta manera, se tiene en cuenta que a pesar de consagrar el Código Procesal Penal Federal según ley 27.063 un sistema acusatorio, el legislador por intermedio de la delegación a la Comisión de Implementación de esa norma ha resuelto disponer la aplicación de artículos que no abarcan otros de esa misma normativa que establecen que las medidas de coerción serán dispuestas a pedido del representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante (confrontar artículos 209 y 220 y ss. del CPPF ley 27.063).

Las normas cuya implementación se dispuso (artículos 210, 221 y 222 del CPPF) deben entonces ser interpretadas como pautas de regulación específica para evaluar los riesgos procesales en el proceso y las medidas de coerción posibles a aplicar en forma concordante y armónica con los artículos del CPPN según ley 23.984 que reglamentan la prisión preventiva (arts. 312), como los supuestos de excarcelación (arts. 316, 317 y 319).

Así de la interpretación literal de los artículos 210, 221 y 222 no se desprende la necesidad de que el acusador postule el dictado de la prisión preventiva, se trata más bien de una facultad que se le acuerda al Fiscal o la querella (artículos 210) que debe ser valorada, según las directrices trazadas por el legislador, respetando las funciones y roles de las partes y del juez en la ley 23.984.

A partir de ello cabe concluir, de acuerdo a lo establecido por el CPPN (ley 23.984), que el juez puede disponer de oficio la prisión preventiva (artículo 312), aunque con los recaudos que surgen de los artículos 210, 221 y 222 del CPPF (ley 27.063).

En función de lo expuesto, mantenemos nuestra opinión en cuanto a que el dictamen fiscal no resulta vinculante para el Tribunal, más allá de que pueda ser considerado especialmente en atención al rol de la acusación en el proceso.

b) Aclarado ello, el imputado S. D. B. se encuentra procesado, con prisión preventiva, como autor del delito de robo simple (cfr. fs. 42/46 vta. del principal).

La escala penal prevista para el delito que se le atribuye permite encuadrar su situación dentro de la primera hipótesis contemplada en el artículo 316, segundo párrafo, en función del 317, inciso 1° ambos del CPPN, en tanto no supera el tope máximo de ocho años de prisión.

Además, en el marco de la medida contra cautelar postulada se analiza la situación de acuerdo a lo prescripto en los arts. 210, 221 y 222 del nuevo CPPF, normas cuya aplicación corresponde de acuerdo a lo resuelto por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal en la resolución 2/2019, de acuerdo a lo establecido en los arts. 7 de la ley 27.063, y 2 de la ley 27.150.

A estos fines, respecto al riesgo de fuga se tiene en consideración (art. 221 de la ley 27.063):

a. En cuanto al arraigo, que la constatación del domicilio aportado por B. arrojó resultado positivo, pues, hermana informó que vive donde indicó en su indagatoria (ver fs. 15 del legajo personal).

b. En cuanto a la naturaleza del hecho, en base a la reconstrucción de lo sucedido efectuada en la indagatoria, se pondera que presenta un bajo grado de injusto y no tiene aristas graves para evaluar en forma desfavorable.

Sobre la posibilidad de condenación condicional, se destaca que no será factible en virtud del antecedente condenatorio que registra (ver certificación de fs. 16/vta. del legajo personal).

c. En cuanto al comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión u otros anteriores, cabe indicar que al ser detenido en el marco de este proceso, se identificó correctamente (fs. 3) y se encuentra debidamente anotado en el Registro Nacional de Reincidencia (fs. 6 del LIP), aunque fue declarado rebelde el 2 de agosto de 2016, en el marco de la causa N° ... del Tribunal Oral en lo Criminal N° ... del Departamento Judicial de la Matanza.

En relación al peligro de entorpecimiento, no existen pautas a tenor del art. 222 del CPPF para tener en cuenta como indicios de entorpecimiento al proceso.

Por último, en cuanto a la proporcionalidad de la prisión preventiva, se considera que podría ser irrazonable en función del poco grado de injusto de la sanción aplicable de acuerdo a las características del hecho (art. 221, inc. b, del CPPF) y en atención a que el tiempo en detención cautelar ha superado el mínimo previsto para la escala penal del delito que se le atribuye (desde el 2 de noviembre pasado, a la fecha, 35 días).

En estas condiciones, la medida de coerción dispuesta se exhibe desproporcionada, no resulta indispensable y se puede recurrir a otra de menor intensidad para asegurar la sujeción al proceso del imputado, conforme las previsiones de los arts. 310, 320 y ss del CPPN, como el art. 210 del CPPF según ley 27.063, de forma tal de neutralizar el riesgo de fuga derivado del pronóstico de pena de efectivo cumplimiento en

Thomson Reuters

función del antecedente condenatorio que registra y la rebeldía dispuesta en aquel proceso (ver certificación de fs. 16/vta. del legajo personal).

De esta manera, se exhibe apropiada: 1) una caución real de dos mil quinientos pesos ($2.500) por resultar la más acorde conforme sus condiciones personales (ver fs. 38/39 del principal) y lo informado por su madre en la audiencia; 2) la obligación de presentarse ante la autoridad judicial una vez al mes en la oportunidad que se establezca en la sede de origen; 3) someterse al cuidado de vigilancia de su madre M. D. V. D. (...) y cumplir con su compromiso para el tratamiento de sus adicciones. Estas medidas se presentan como idóneas a fin de garantizar la aplicación de la ley (art. 210, inc. a), b), c) y h) del CPPF).

Así votamos.

El doctor *Pociello Argerich* dijo:

En casos análogos al aquí analizado, en los que el Ministerio Público no se ha opuesto a la concesión de la excarcelación, he sostenido que "teniendo en cuenta el desinterés de la parte acusadora en adoptar cualquier medida restrictiva de la libertad, superado el control de legalidad, no se advierte razón alguna para convalidar el auto en crisis frente a la ausencia de contradictorio entre ambas partes" (ver CCC, Sala VI, las causas N° 20.499 "González, Eduardo José", del 28/04/2016 y de la Sala V "Diozquiez, Nahuel Emilio" del 03/02/2014 entre otras).

Por otro lado, teniendo en cuenta el pronóstico de pena de efectivo cumplimiento, derivado del antecedente condenatorio que registra que el acusado, estimo apropiada la imposición de una caución de tipo real, en función de sus condiciones personales, y la obligación de comparecencia ante la jueza de la causa una vez al mes. Así voto.

En mérito a lo que surge del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: Revocar el auto de fs. 5/6 de este incidente y conceder la excarcelación S. D. B., bajo caución real de dos mil quinientos pesos ($2.500), la obligación de presentarse ante la autoridad judicial una vez al mes en la oportunidad que se establezca en la sede de origen y de someterse al cuidado de vigilancia de su madre M. D. V. D. (...) y cumplir con su compromiso para el tratamiento de sus adicciones (artículos 310 y 324 del CPPN y 210, 221, 222 del CPPF). Notifíquese y devuélvase. Sirva la presente de muy atenta nota. — *Hernán M. López.* — *Rodolfo Pociello Argerich* (en disidencia parcial). — *Ricardo M. Pinto.*

ARRESTO DOMICILIARIO

Imputado por el delito de hurto. Mínimo de la pena cumplido en detención. Disidencia.

1. — La medida de coerción no amerita ser confirmada en los extremos dispuestos por cuanto no surge como indispensable en tanto se puede recurrir a una de menor intensidad en función de las previsiones del art. 210 del CPF conforme ley 27.063 para neutralizar el riesgo de fuga que aparece a partir de la forma efectiva de cumplimiento de la sanción, y toda vez que no ha cumplido en detención el mínimo de la pena del delito de hurto que se imputa, se puede recurrir a la detención domiciliaria del procesado con una coerción personal que asegure su sujeción al proceso.

2. — Si bien la escala penal prevista para el delito que se le atribuye —hurto— permite encuadrar la situación dentro de la primera de las hipótesis previstas en el artículo 316, segundo párrafo, por aplicación del art. 317, inc. 1°, del CPPN, existen elementos que permiten inferir la existencia en el caso del peligro de fuga (art. 319 del CPPN y 221 del Cód. Proc. Penal Federal) que impide conceder el arresto domiciliario. (Del voto en disidencia del Pociello Argerich).

CNCrim. y Correc., sala V, 14/02/2020. - D. S., C. A. s/ Hurto.

[Cita on line: AR/JUR/469/2020]

CCC 5157/2020/1/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 14 de 2020.

Considerando:

I. El juez de la instancia de origen denegó la excarcelación a C. A. D. S., decisión que fue impugnada por la defensa oficial (cfr. fs. 8/9 y 14/16 vta. de este incidente).

Celebrada la audiencia prevista en el artículo 454 del CPPN y a efectos de expresar agravios asistió la parte recurrente. Finalizada la deliberación, el Tribunal se encuentra en condiciones de resolver.

II. Los doctores *Pinto* y *López* dijeron:

D. S. se encuentra procesado en orden al delito de hurto (fs. 137/141 del principal).

La penalidad prevista para el delito que se le imputa permite encuadrar su situación en la primera alterna-

Thomson Reuters

tiva a la que hace referencia el artículo 316, segundo párrafo, en función del 317, inciso 1°, Cód. Proc. Penal de la Nación, en tanto la penalidad máxima prevista no supera el tope de ocho años allí establecido.

A su vez, en el marco de la medida contra cautelar postulada se analiza la situación de acuerdo a lo prescripto en los artículos 210, 221 y 222 del Cód. Proc. Penal Federal, normas cuya aplicación corresponde de acuerdo a lo resuelto por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del referido código en la resolución 2/2019, conforme lo establecido en los artículos 7 de la ley 27.063 y 2 de la ley 27.150.

A estos fines se tiene en cuenta el riesgo procesal de fuga previsto en el artículo 221 de la ley 27.063.

En cuanto a su arraigo se valora de manera positiva que el domicilio aportado al momento de su detención —....., Barrio .....,....., ..., provincia de Buenos Aires— fue debidamente constatado (fs. 25 del presente). Además, su esposa se hizo presente en la audiencia y confirmó que el nombrado vive allí con su familia y se comprometió a su cuidado.

Por otro lado, el suceso que se le atribuye no presenta aristas de gravedad del que pueda inferirse la existencia del peligro procesal analizado (artículo 221, inciso b).

Si bien registra varios antecedentes condenatorios, lo cierto es que todos ellos se encuentran agotados, de manera tal que en caso de resultar condenado sólo deberá cumplir con la sanción que aquí se le imponga.

Asimismo, se pondera a su favor que se identificó correctamente al momento de su detención y no posee rebeldías —artículo 221, inciso c—.

Con relación al peligro de entorpecimiento no existen pautas a tenor del artículo 222 del CPPF para tener en cuenta como indicios de entorpecimiento del proceso.

Frente a esta situación la medida de coerción no amerita ser confirmada en los extremos dispuestos por cuanto no surge como indispensable en tanto se puede recurrir a una de menor intensidad en función de las previsiones del art. 210 del CPF conforme ley 27.063, para neutralizar el riesgo de fuga que aparece a partir de la forma efectiva de cumplimiento de la sanción, y toda vez que no ha cumplido en detención el mínimo de la pena del delito que se le imputa, se puede recurrir a la detención domiciliaria del procesado con una coerción personal que asegure su sujeción al proceso.

A estos fines, se valora que de momento la detención no es desproporcional porque, como se dijo no cumplió en detención el mínimo de la pena prevista para la figura en cuestión y que la pena eventual será efectiva. Pero al constituir el hecho un delito sin violencia y sin tener un grado de injusto de gravedad, se puede recurrir en forma subsidiaria a este mecanismo procesal por cuanto una caución juratoria y/o real sería insuficiente.

En este aspecto, prestigiosa doctrina tiene dicho que "El arresto domiciliario previsto en el inc. j) no limita su aplicación en función de la edad del imputado, su estado de salud, preñez o condición de madre de menores de cinco años o discapacitados, como lo hacen los arts. 10 del CP y 32 de la ley 24.660, que aluden a la posibilidad de cumplimiento de la pena privativa de libertad bajo esta modalidad. Presenta, como se observara del texto de la norma, un ámbito más amplio de aplicación (art. 11 de aquella ley). El destinatario del arresto domiciliario está obligado a permanecer en su vivienda o en la de otra persona, conforme se hubiera informado, con o sin vigilancia, según el mismo dispositivo prevé, y acorde a las condiciones que se fijaran en la resolución" (Roberto R. Daray, "Código Procesal Penal Federal, análisis doctrinal y jurisprudencia", Ed. Hammurabi, 2° edición, p. 103).

En función de ello, corresponde revocar el auto impugnado y disponer la detención del procesado en su domicilio —....., ..., ..., ..., provincia de Buenos Aires— bajo el cuidado y vigilancia de C. A. A. G., esposa del prevenido, y con la supervisión de la comisaría de la jurisdicción del domicilio en el tiempo y forma que el magistrado de grado disponga (art. 210 inc. j del citado código federal y 314 del CPPN).

El doctor *Pociello Argerich* dijo:

Si bien la escala penal prevista para el delito que se le atribuye a D. S. —hurto— permite encuadrar su situación dentro de la primera de las hipótesis previstas en el artículo 316, segundo párrafo, por aplicación del artículo 317, inciso 1°, del CPPN, existen elementos que permiten inferir la existencia en el caso del peligro de fuga (artículo 319 del CPPN y 221 del Cód. Proc. Penal Federal).

En esa dirección se pondera que el imputado registra varias condenas, la última dictada el 1 de marzo de 2018 por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° ..... a la pena de 4 meses de prisión de efectivo cumplimiento (ver certificación de fs. 26/28 del presente), de manera tal que en caso de aplicarse sanción en estas actuaciones no podrá ser dejada en suspenso (artículo 26 a contrario sensu del CP).

Thomson Reuters

En esa línea, cabe destacar que pese a las admoniciones que implicaron las diversas condenas que se le impusieron, D. S. se ve nuevamente involucrado en un proceso penal, lo que permite presumir que no cumplirá con las cargas que podrían serle impuestas para acceder a su libertad (artículo 221, inciso b).

Asimismo, se tiene en consideración que ha sufrido detenciones previas en los procesos en los que finalmente resultó condenado y, pese a ello, se vio nuevamente implicado en este proceso. Por otra parte, D. S. se encuentra registrado con diferentes nombres en el Registro Nacional de Reincidencia (fs. 100 del principal), circunstancias que se valoran de manera negativa (artículo 221, inciso c del CPPF).

Respecto del peligro de entorpecimiento no existen pautas a tenor del artículo 222 del CPPF para tener en cuenta como indicios de entorpecimiento del proceso.

Frente a la situación descripta, la medida de coerción debe ser confirmada por ser indispensable en tanto las sustitutas previstas en los arts. 310, 320, 321 y 324 del Cód. Proc. Penal, como las descriptas en el art. 210 del Cód. Proc. Penal Federal conforme la ley N° 27.063, lucen insuficientes para evitar el peligro de fuga reseñado.

Una caución juratoria, como ser la promesa del imputado, la obligación de someterse al cuidado de una persona, de presentarse ante la autoridad, la prohibición de salir del país, y la retención de documentos de viaje, resultan inidóneas a fin de garantizar la aplicación de la ley, al evaluar principalmente que dependen de la propia voluntad autónoma del procesado (art. 210 inc. a, b, c, d, e.), por cuanto, de acuerdo a las pautas reseñadas, es altamente probable que no se someta voluntariamente al proceso.

Por otra parte, en los escritos en que la defensa postuló la libertad no se ha realizado consideración alguna a las condiciones personales del imputado o bien a la presentación por sí o por un familiar de una caución real o personal adecuada que hubiera permitido sustanciarla en la instancia de origen, la que se ofrece recién en esta audiencia. De esta forma, se limita la evaluación en esta instancia, máxime ante la ausencia del Ministerio Público en la audiencia, sobre la pertinencia de una medida alternativa de tales características que diluya el riesgo procesal expuesto (ver, causa N° 55170/2019 —Reg. N° 30/2020— "Figueroa", Sala de turno C.N.C.P., rta. 15/01/2020).

Por otro lado, la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física y el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona (art. 210, inc. i y j del CPPF), también lucen inconducentes, en función de la intensidad del peligro de fuga que se desprende de las circunstancias ya analizadas.

Así las cosas, la prisión preventiva se presenta como la medida de coerción idónea, necesaria e indispensable para lograr la aplicación de la ley al caso, por cuanto otras medidas de menor intensidad no se aprecian suficientes para asegurar los fines del proceso ni se han aportado en concreto pautas que ameriten su posible aplicación.

Por último, en cuanto a la proporcionalidad de la prisión preventiva, se considera que resulta proporcional y razonable al tener en cuenta el monto y modo de cumplimiento de la hipotética sanción que pudiera recaer en estas actuaciones en caso de resultar condenado. A estos fines el artículo 221, inciso "b", del CP Procesal Federal prescribe que se debe valorar "la pena que se espera como resultado del procedimiento" y "la imposibilidad de condenación condicional" (confr. también "Domínguez" de la CSJN, fallo 322:1605).

Por los motivos expuestos, el tribunal resuelve: Revocar el auto de fs. 8/9 y Conceder a C. A. D. S. el arresto en su domicilio ubicado en ....., ..., ..., ..., provincia de Buenos Aires, con el cuidado y vigilancia de C. A. A. G., y con la supervisión de la comisaría de la jurisdicción del domicilio en el tiempo y forma que el magistrado de grado disponga (art. 210 inc. j del citado y 314 del CPPN). Notifíquese y devuélvase. Sirva la presente de atenta nota. — *Ricardo M. Pinto.* — *Rodolfo Pociello Argerich* (en disidencia). — *Hernán M. López.*

FACULTADES DE LOS JUECES

Remisión a normas aún no implementadas. Criterio de oportunidad.

> Más allá de convocar a una norma que de momento no se ha implementado en nuestra jurisdicción —Código Procesal Penal Federal—, la remisión efectuada por la magistrada a la resolución 97/19 de la Procuración General de la Nación configura una intrusión en el marco de esta causa pues, se ciñe exclusivamente a la circunstancias en los que se utilicen los criterios de oportunidad, lo que no se observa en el caso concreto

CNCrim. y Correc., sala V, 04/03/2020. - O. O., I. M. s/ devolución de actuaciones a la fiscalía.

[Cita on line: AR/JUR/3542/2020]

Thomson Reuters

CCC 60982/2018/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 4 de 2020.

Considerando:

I. De la lectura de las constancias agregadas al presente sumario y los argumentos que surgen del recurso fiscal, se advierte que se encuentra para resolver una cuestión de puro derecho que, por economía procesal, amerita su resolución sin materializar la audiencia del art. 454 del CPPN.

II. Luego de que el agente fiscal remitiera la causa al juzgado de origen junto con el dictamen de fs. 231/236, por medio del cual postuló el sobreseimiento del I. M. O. O. en los términos del art. 336 inc. 2 del CPPN, la magistrada devolvió los actuados a la fiscalía por no constar con la notificación a la víctima denunciante, para que, de así considerarlo, ejerza el derecho de revisión de su dictamen. La remisión fue motivada en la aplicación de los arts. 80, inc. J, H y 270 del CPPF; en consonancia con la resolución 97/2019 de la Procuración General de la Nación.

La interpretación normativa efectuada por la magistrada no tuvo aceptación por el Sr. fiscal, mientras que los argumentos obrantes a fs. 238 expuestos por el representante de la vindicta pública no conmovieron la decisión de la jueza *a quo* (fs. 239).

Frente a este escenario el representante del Ministerio Público Fiscal articuló el recurso de apelación de fs. 240/244 vta., habilitando nuestra intervención.

III. La consonancia normativa a la que hace referencia la magistrada, más allá de tornar operativo un artículo que —de momento— la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal no ha implementado, no resulta aplicable al caso.

En efecto, convoca a la causa las consecuencias de la operatividad del art. 31 del CPPF, con el art. 270 del CPPF aún no implementado, y la resolución 97/19 de la Procuración General de la Nación.

No obstante, las normativas arriba mencionadas se encuentran vinculadas a la aplicación de los criterios de oportunidad como herramienta legal del Ministerio Público Fiscal para prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública, exclusivamente en los casos allí establecidos.

Entonces, más allá de convocar a una norma que de momento no se ha implementado en nuestra jurisdicción, la remisión a la resolución 97/19 configura una intrusión en el marco de esta causa pues, se ciñe exclusivamente a la circunstancias en los que se utilicen los criterios de oportunidad, lo que no se observa en el caso concreto.

En este contexto, se estima que la remisión ordenada por la jueza a la fiscalía resulta improcedente y, en consecuencia, las críticas de la fiscalía respecto a la aplicación de normas que no se encuentran vinculadas con las constancias de la causa debe tener acogida favorable.

Por los motivos expuestos el tribunal resuelve: Revocar el auto de fs. 239, en cuanto devuelve las actuaciones a la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional N° 31. Notifíquese y devuélvase. Sirva la presente de muy atenta nota. — *Ricardo M. Pinto.* — *Rodolfo Pociello Argerich.* — *Hernán M. López.*

ENCUBRIMIENTO Y EXTORSIÓN

Persona que habría hallado en un tacho de basura documentación ajena. Exigencia de dinero al damnificado a cambio de la devolución de sus pertenencias.

1. — El procesamiento del imputado en orden a los delitos de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro y extorsión en grado de tentativa debe confirmarse, pues las probanzas, ponderadas en conjunto, permiten tener por desvirtuado el descargo del causante, quien aseguró que no le exigió dinero al damnificado a cambio de la devolución de sus pertenencias, máxime si se repara en que intentó huir cuando se presentaron los preventores, actitud que no se compadece con la que asumiría quien lícitamente pretende reintegrar a su dueño documentación ajena que ha hallado.

2. — El agravio vinculado a la supuesta atipicidad de la conducta imputada, que el juez ha calificado como extorsión en grado de tentativa, no puede prosperar, pues se considera en principio acreditada, en el caso, una intimidación enderezada a vulnerar la libertad de decisión del damnificado para obtener una suma de dinero.

3. — El causante, al haber tomado la documentación que —según dijo— encontró en la basura, tenía la obligación de entregarla a su dueño (Cód. Civ. y Com. de la Nación, art. 1955) y, en el supuesto de pretender una recompensa, podría aceptar la ofrecida o reclamarla judicialmente (id., art. 1956), mas no amenazar con no restituir lo hallado, extremo éste que importaría un ejercicio ilegítimo de su derecho, constitutivo

Thomson Reuters

del delito de coacción (Código Penal, art. 149 bis, segundo párrafo).

CNCrim. y Correc., sala VII, 03/03/2020. - L., C. A. s/ Procesamiento. Encubrimiento. Extorsión.

[Cita on line: AR/JUR/1026/2020]

CCC 61229/2018/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 3 de 2020.

Vistos:

La defensa oficial apeló el auto extendido a fs. 185/199, en cuanto se dispuso el procesamiento de C. A. L., en orden a los delitos de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro —hecho "2"— y extorsión en grado de tentativa —hecho "3"—.

En la audiencia oral el doctor Ariel Cagnola fundamentó los agravios expuestos en el escrito que luce a fs. 202/203. Sostuvo la insuficiencia probatoria y, subsidiariamente, en relación con el suceso "3", que la conducta del nombrado resultaría atípica, pues no existió una intimidación al denunciante.

El Tribunal considera que el cuadro cargoso reunido resulta suficiente para homologar la decisión apelada.

En ese sentido, se cuenta con los dichos de P. O. C., quien relató que, aproximadamente una semana después de que le fuera sustraída su billetera, se presentó en su domicilio un sujeto —luego identificado como C. A. L.— que le informó a Z. D. H. O. —amiga de la familia de C.— que había encontrado documentación perteneciente al damnificado —le entregó el documento nacional de identidad— y que si quería recuperar el resto lo llamara por teléfono (fs. 12, 55 y 67/68).

Agregó que, al contactarlo, su interlocutor le indicó que había hallado la billetera en un tacho de basura de un local de comidas rápidas, a la vez que le refirió "mira vos me haces un favor y yo te hago un favor... necesito dos mil ochocientos pesos para retirar mi moto, tengo toda la documentación", motivo por el cual acordaron encontrarse en la intersección de la calle ... y la avenida ..., de esta ciudad.

Al arribar al lugar, un sujeto le gritó "dame la plata y te doy las cosas" y, cuando le dijo que sólo tenía quinientos pesos, éste le contestó "te dije 2800 pesos ahora no te voy a dar nada", momento en el que se acercaron dos personas que se identificaron como policías, quienes tomaron intervención, detuvieron al imputado y recuperaron la referida documentación.

A ello se adicionan las impresiones de pantalla de los mensajes de texto que se intercambiaron, de las que se desprende que C. le comunica que no tenía dinero en efectivo en virtud de que no poseía su tarjeta de débito, ante lo cual se le contesta "aaa...creo q[ue] vi la t[a]rjeta...escuchame si voy en uber hasta tu casa...si no me voy de viaje amigo" (fs. 13/17).

Por otro lado, se pondera la declaración testimonial de M. C. C., chofer del remis en el que se trasladó el imputado, pues señaló que "C. descendió y le gritó a viva voz a un masculino...'dame la plata' a lo que el masculino le respondió 'tengo 500 nada más devolveme mis cosas', momento en el cual dos personas de civil egresaron de un local...se identificaron como policías...y procedieron a la detención" de su pasajero (fs. 10).

Además, de los dichos de los preventores G. E. Q. (fs. 1/3) y A. A. A. (fs. 8/9) surge que cuando se acercaron hacia el denunciante y el imputado, éste intentó darse a la fuga, dejando caer la documentación.

Tales probanzas, ponderadas en conjunto, permiten tener por desvirtuado el descargo del causante (fs. 127), quien aseguró que no le exigió dinero al damnificado a cambio de la devolución de sus pertenencias, máxime si se repara en que intentó huir cuando se presentaron los preventores, actitud que no se compadece con la que asumiría quien lícitamente pretende reintegrar a su dueño documentación ajena que ha hallado.

Si bien se advierte que, de acuerdo con lo declarado por el denunciante al ampliar sus dichos (fs. 67/68), la presencia del personal policial no habría sido casual, como se documentó en el sumario de prevención (fs. 1/3), ello no modifica la conclusión apuntada, pues —en definitiva— los elementos reseñados evidencian que L. tenía en su poder la documentación sustraída y, bajo la amenaza de no restituirla —"si no, me voy de viaje"—, pretendió obligar a C. a que le entregue $2.800 (dos mil ochocientos pesos).

En ese marco, se estima que el agravio vinculado a la supuesta atipicidad de la conducta imputada en el hecho "3" —que el juez ha calificado como extorsión en grado de tentativa— no puede prosperar, pues se considera en principio acreditada, en el caso, una intimidación enderezada a vulnerar la libertad de decisión del damnificado para obtener una suma de dinero.

A todo evento, se destaca que el causante, al haber tomado la documentación que —según dijo— encontró en la basura, tenía la obligación de entregarla a su dueño (Cód. Civ. y Com. de la Nación, artículo 1955) y, en el supuesto de pretender una recompensa, podría

Thomson Reuters

aceptar la ofrecida o reclamarla judicialmente (id., art. 1956), mas no amenazar con no restituir lo hallado, extremo éste que importaría un ejercicio ilegítimo

de su derecho, constitutivo del delito de coacción (Código Penal, artículo 149 bis, segundo párrafo).

En consecuencia, sin perjuicio de la calificación legal que en definitiva corresponda, la decisión dictada debe ser homologada.

En razón de lo expuesto, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución dictada a fs. 185/199, en cuanto ha sido materia de recurso. Notifíquese y devuélvase. Sirva lo aquí proveído de respetuosa nota de remisión. El juez Mariano A. Scotto no suscribe por encontrarse en uso de licencia, en tanto el juez Ignacio Rodríguez Varela, que subroga con motivo del sorteo realizado el 18 de febrero de 2020 conforme a lo dispuesto en el art. 7° de la ley 27.439, no interviene en virtud de su actuación simultánea en la sala IV de ésta Cámara. — *Juan E. Cicciaro.* — *Mauro A. Divito.*

RECUSACIÓN CON CAUSA

Parcialidad. Prejuicios fundados en estereotipos de género. Identidad de género. Ley 26.743. Compromiso de abordar los casos con perspectiva de género. Motivos. Circunstancias objetivas del caso concreto. Dilación del trámite del proceso. Procedencia.

1. — La Cámara de Casación, en su función de tribunal revisor, ya había advertido a los jueces recusados sobre la impertinencia de basar la argumentación de una sentencia en prejuicios fundados en estereotipos de género, esto es, en los roles y las características que se le asignaron a un varón adulto y a una niña de quince años de edad para descartar la concurrencia de abuso sexual con acceso carnal, en particular respecto del juicio sobre la existencia de consentimiento para el contacto sexual.

2. — No son los jueces quienes asignan o definen el género de las personas, porque la ley 26.743 no habla de identidad de género heteropercibida o heteroimpuesta, ni delega en el Poder Judicial esa tarea, sino que hace foco en la autopercepción de la identidad de género de cada persona como "vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente", y en esa definición personal no interesan las creencias religiosas o morales de los demás.

3. — Si la ley 26.743 establece que la imputada —persona transexual— es mujer porque así se autopercibe, referirse a ella como "el acusado", o "un imputado con tendencias homosexuales" implica desconocer el texto expreso de la norma, a la vez que evidencia la existencia de prejuicios basados en estereotipos de género de parte de los dos jueces recusados.

4. — La perspectiva de género no se trata de una "ideología" que invade la libertad de autodeterminación protegida por el art. 19, CN, sino de la consideración de un abordaje que permita dar cuenta de las diferencias estructurales entre varones y mujeres y de las condiciones de vulnerabilidad a las que éstas pueden verse sometidas, a fin de aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso.

5. — Además de los motivos de excusación enumerados en el art. 55, CPPN deben admitirse otros en la medida en que las circunstancias objetivas del caso concreto pudieran dar lugar, razonablemente, a que los intervinientes se vean enfrentados a una duda razonable sobre la imparcialidad de sus jueces.

6. — Aunque la integración del tribunal era una circunstancia conocida por la imputada, no se advierte que la recusación por ella promovida esté orientada a dilatar el trámite del proceso o a entorpecerlo de ningún modo; sino que, por el contrario, el pedido de apartamiento aparece como la concreción del derecho de la encartada a ser juzgada por un tribunal imparcial.

CNCasCrim. y Correc., sala de turno, 10/03/2020. - Causa n° CCC 41112/2018/TO1/3/CNC3 .

[Cita on line: AR/JUR/491/2020]

Causa N° CCC 41112/2018/TO1/3/CNC3.

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 10 de 2020.

Considerando:

I. La defensa de la imputada L. A. D. solicitó el apartamiento de dos de los jueces que integran el Tribunal Oral N° 8 en esta causa, por constatar que "concurren en el caso una serie de hechos que, interrelacionados, pueden constituir causa objetivamente justificada [de parcialidad] que además de las dudas de la acusada pueden proyectarse en la sociedad dudas acerca de la apariencia de imparcialidad en relación con los jueces Dr. R. y Dr. A.".

Explicó que "el temor de parcialidad aplicable al caso no se relaciona con actos procesales anteriores de los jueces de este procedimiento, sino con la existencia de actitudes, posiciones ideológicas, sociales y

Thomson Reuters

políticas de los jueces, que guardan directa relación con el asunto que resolver, y estimamos que puedan tener incidencia en el resultado del pleito". A juicio de la defensa, esto se tradujo en el "compromiso personal" de ambos jueces "en contra de juzgar con perspectiva de género, lo que se explicita a partir de las expresiones de ambos magistrados recusados". A tal fin transcribió extractos de sus votos en las causas "Solis Chambi", "Benítez", "González Moreno" y "Sánchez Pereira", dos notas periodísticas en las que habían sido entrevistados y otras que daban cuenta de la repercusión que tuvo la anulación del fallo "Solis Chambi" por parte de esta Cámara (ver en detalle fs. 3/6 vta.).

Desde ese punto de vista, contrastó la postura asumida por los jueces con los hechos del caso, e informó que "L. A. D. es una mujer trans, trabajadora sexual, donde ambas condiciones forman parte de los elementos que la acusación valoró en su requerimiento de elevación a juicio, tanto en su teoría fáctica, como en su teoría del caso, por lo que éstas circunstancias forman parte de la materia objeto de discusión y consecuentemente del bloque de derechos humanos de las mujeres y la aplicación de perspectiva de género en consecuencia, formarán parte de la discusión jurídica del caso".

De modo que concluyó que las manifestaciones sobre la injusticia de la aplicación de perspectiva de género en los procedimientos donde intervienen los jueces R. y A., permiten creer con verosimilitud que los magistrados estarían parcialmente inclinados en contra de la acusada y su defensa (cfr. fs. 6 vta.).

Por esos fundamentos solicitó se aparte a los jueces recusados del conocimiento de la presente causa.

II.a En el informe del art. 61, CPPN el juez R. cuestionó la alegada repercusión mediática y repudio social que habría generado la sentencia que dictó junto a su colega recusado en la causa "Solis Chambi", y argumentó que entre la acusación de esa causa y la presente "no se comprueba ningún punto en común". En concreto refirió que en estas actuaciones se investiga "un robo y una tentativa de homicidio "criminis causa" en el que la víctima es un hombre y el acusado una persona transexual".

Adujo entones que "sostener con audacia que exhibo un "compromiso personal" contrario a los derechos humanos de las mujeres, porque emití un fallo que, aunque condenatorio fue objeto de críticas y que la presentante no se molestó siquiera en analizar, limitándose a corear opiniones ajenas, es manifiestamente irrazonable".

Por otra parte, descartó la pertinencia de citar pasajes de "cierta nota de mi autoría que se hizo pública y que la letrada transcribe parcialmente y fuera de su contexto, para fundar su peregrino argumento de que mis creencias religiosas son incompatibles con la imparcialidad exigida a los jueces" puesto que "[e]sa nota fue una respuesta dada años atrás a una institución que propiciaba el retiro compulsivo de los crucifijos en los ámbitos oficiales".

Por último instó a "los presentantes" a que "tal vez deberían examinar si consciente o inconscientemente han caído en una actitud prejuiciosa, pues llama la atención que quienes con reconocido y vehemente celo son particularmente susceptibles ante cualquier situación discriminatoria, no vacilen en intentar marginar o segregar de un caso a un juez, esgrimiendo para ello la religión que profesa".

b. Por su parte, el juez A. partió de la base de señalar —con ironía— que el "lenguaje inclusivo" empleado por la defensora en su pedido le generaba una cierta dificultad de comprensión y que éste no había sido admitido por la Real Academia Española ni por la Academia Argentina de Letras. Asimismo afirmó que todas las citas de sus dichos eran veraces, que discrepaba absolutamente con la "corriente ideológica denominada "perspectiva de género"" y que "cualquier ley cuya pretensión sea imponer una ideología, constituye una injerencia indebida en la vida privada de los ciudadanos" tutelada por el art. 19, CN.

A su vez afirmó que en "el juicio que se va a llevar a cabo en el Tribunal (...) no está involucrada ninguna cuestión vinculada a la ideología de género" en función de la concreta imputación dirigida contra la acusada en esta causa.

Luego, en lo que hace a sus creencias religiosas explicó que esa circunstancia de ningún modo podría afectar su imparcialidad en el proceso seguido contra "un imputado con tendencias homosexuales", porque "[u]n católico tiene prohibido ser inicuo en cualquier caso. Y, por lo mismo, lo tiene prohibido como juez". A ese fin citó un pasaje de un texto de la Iglesia Católica que expresamente se refiere a los "hombres y mujeres con tendencias homosexuales" como personas que padecerían una "inclinación objetivamente desordenada", a quienes correspondería acoger "con respeto, compasión y delicadeza" y evitar "todo signo de discriminación injusta".

Así explicó que "[e]n tanto la orientación sexual del acusado no tiene ninguna incidencia en el hecho que ha sido traído a juicio, valorarla (como pretende la parte recusante) para decidir en uno u otro sentido sería, ciertamente, hacer acepción de persona. Cosa que nunca he hecho y cosa que nunca haré". En con-

Thomson Reuters

secuencia consideró que la causal de recusación invocada por la defensa era "manifiestamente incierta", en los términos del art. 62, CPPN.

Por último informó a los efectos del art. 61, segundo párrafo, CPPN, que su primera intervención en el proceso ocurrió el día 22 de mayo de 2019 y que "esta circunstancia era perfectamente conocida por las partes".

III. Una vez que el incidente ingresó a esta Cámara, la defensa de la imputada L. A. D. amplió los fundamentos de su pedido original, en respuesta a los argumentos empleados por los jueces recusados para continuar en conocimiento de la causa.

En primer lugar la defensa contestó que "tanto en el ámbito de la OEA como de la ONU, el discurso sobre "ideología de género" en el cual se inscribe lo expuesto por los magistrados R. y A. (...) ha sido caracterizado como discurso de odio contra las mujeres y las personas LGBTQ+". En ese sentido aportó diversos informes y comunicaciones emitidas por organismos internacionales de protección de los derechos humanos en los que se advierte sobre el uso despectivo de la categoría analítica género cuando se presenta como una "ideología".

Luego alegó que en los informes presentados por los jueces recusados a tenor del art. 61, CPPN "encontramos locuciones (...) que renuevan el temor de parcialidad y prejuzgamiento de L. A. D., en tanto expresan manifiesta hostilidad hacia la identidad de género de la imputada". Explicó además que el no reconocimiento de la identidad de género de L. A. D. "constituye trato discriminatorio que se traduce en criminalización y acoso por parte de las autoridades" y que "[l]a [C]onstitución no protege a jueces que acosan imputadas trans, aun cuando sea su sincera creencia religiosa". Para la defensa los dichos de los jueces recusados "constituyen comentarios transfóbicos flagrantes, demuestran prejuicios antitéticos con el funcionamiento de un tribunal imparcial, y conllevan a que la acusada L. A. D. no tenga ante estos magistrados las garantías necesarias para expresar su identidad de género con libertad".

Sostuvo que, sin perjuicio de que su asistida cuenta con un Documento Nacional de Identidad que reconoce su identidad de género, la posición personal de los jueces recusados "que trasladan a sus decisorios, es que una mujer trans nunca puede honestamente describirse como una mujer, sino que dado su sexo biológico, se trata de un hombre", y que esta referencia es incompatible con la dignidad humana. Explicó que la forma de presentar a la imputada en el proceso es importante puesto que admitir la transfobia "implica sesgar la manera en que los jueces verán lo que ocurrió".

Sumado a ello argumentó que incorporar la perspectiva de género al análisis de los casos "constituye parte del punto de vista imparcial", y explicó la fuente legal y jurisprudencial que impone la necesidad de llevar a cabo ese abordaje.

IV. Ahora bien, en primer lugar corresponde dilucidar si la circunstancia que el juez A. expone en el último párrafo de su informe debe o no conducir al rechazo de la recusación promovida en su contra, por no haber sido ésta interpuesta en el plazo que estipula el art. 60, segundo párrafo, CPPN.

Sobre este punto el juez García —en ejercicio de la Presidencia de esta Cámara— en el caso "Busker, Aaron" (causa N° 70993/14, sent. de 01/08/2018, Reg. N° S.T. 1148/18), sostuvo que "la regla de caducidad del art. 60, segundo párrafo, CPPN, tiene por objeto asegurar el orden de los procesos, y evitar la articulación artificiosa de planteos dilatorios del avance del proceso, o de la realización del juicio, pero no puede ser interpretada de un modo tan rígidamente estricto que conlleve a un rigorismo formal que frustre el derecho [de la persona imputada] de ser oíd[a] y enjuiciad[a] por un tribunal imparcial cuando la articulación aparece prima facie fundada".

"A este respecto corresponde evocar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Medina, Omar R." (causa M. 358, L° XLII, sent. de 03/05/2007) ha prevenido contra la "interpretación ritualista de una norma y sin explicarse los motivos por los cuales la imparcialidad y con ello el debido proceso no corren riesgo de cercenarse, no obstante que los hechos permiten instalar una duda razonable sobre la neutralidad de los magistrados". En el caso de cita, la Corte Suprema relevó que "sin perjuicio de la valoración jurídica que en definitiva pudieran realizar en ocasión del fallo final de la causa, [los jueces recusados] ya habían afirmado que la conducta atribuida [al imputado] podía ser configurativa de un delito [...] suceso por el que se otorgó intervención a la fiscalía que, con su requerimiento, dio inicio a [las] actuaciones". Al descalificar la decisión que había declarado inadmisible la recusación aplicando una regla de caducidad local sustancialmente análoga a la del art. 60 CPPN, la Corte declaró que "se dio prioridad —indebidamente a una cuestión de seguridad— y orden general por sobre la administración de justicia en particular; o a la ley por encima de la Constitución".

Sentado ello observo que en este caso, aunque la integración del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 8 con el juez A. era una circunstancia conocida por la imputada desde mayo del año 2019

Thomson Reuters

—tal como alega el juez y no discute la defensa— no se advierte que la recusación por ella promovida esté orientada a dilatar el trámite del proceso o a entorpecerlo de ningún modo. Por el contrario, el pedido de apartamiento aparece en este caso como la concreción del derecho de la imputada a ser juzgada por un tribunal imparcial, y sus alegaciones —como se dirá más adelante— se encuentran suficientemente fundadas en los elementos del caso y en el derecho aplicable.

Por tanto, no corresponde oponer a la presentación de la defensa el obstáculo temporal del art. 60, segundo párrafo, CPPN.

Pero además, existe otra razón que torna inaplicable aquella disposición: el informe emitido por los jueces recusados. Es que, como se verá a continuación, el pedido de apartamiento de la defensa —que había sido fundado en notas periodísticas y votos de los jueces en otras causas— se complementa con el contenido de los informes del art. 61, CPPN que los propios jueces emitieron en esta causa, en los que corroboraron el temor de parcialidad expresado por la imputada en su pedido original. Por tanto, más allá de la fecha de integración del tribunal con cada uno de ellos, y como se verá más adelante, el fundado temor de parcialidad alegado por la defensa se terminó de cristalizar en este proceso con los referidos informes, de modo que éstos constituyen la "causal sobreviniente" a la que hace alusión el art. 60, segundo párrafo, CPPN.

V. Sentado ello advierto que la causal por la que la defensa promueve la recusación de dos de los jueces llamados a decidir el caso no está comprendida entre ninguna de las enunciadas taxativamente en el art. 55, CPPN.

Sin embargo, es criterio de la Sala de Turno de esta Cámara que esa enunciación no puede ser tomada como exhaustiva porque el deber de los jueces de excusarse no es de mera raigambre legal, sino concreción del derecho que tiene todo justiciable a ser oído por un juez o tribunal imparcial en función de los arts. 18, CN; 8.1, CADH; 14.1, PIDCP; 26, DADDH; y 10, DUDH (cfr. causa N° 74372/18, sent. de 12/04/2019, Reg. N° S.T. 500/19; causa N° 5962/15, sent. de 14/08/2018, Reg. n° S.T. 1223/18; causa N° 67973/15, sent. de 30/10/2017, Reg. n° S.T. 2801/17; causa N° 44938/15, sent. de 29/08/2016, Reg. n° S.T. 913/16; causa N° 68765/13, sent. de 14/04/2016, Reg. n° S.T. 282/16; causa N° 36709/07, sent. de 04/09/2015 Reg. n° S.T. 728/15).

De tal suerte, además de los motivos de excusación enumerados en el art. 55, CPPN deben admitirse otros en la medida en que las circunstancias objetivas del caso concreto pudieran dar lugar, razonablemente, a que los intervinientes se vean enfrentados a una duda razonable sobre la imparcialidad de sus jueces.

En virtud de lo expuesto, corresponde examinar si las decisiones de los jueces R. y A. en otros procesos, las expresiones que hicieron públicas en dos notas periodísticas, y sus propias afirmaciones en los informes de fs. 9/10 y 11/12 dan una base objetiva para que la imputada pueda razonablemente albergar el temor de parcialidad que alega su defensa.

a. La sentencia por la que se condenó a V. A. S. C. por el delito de estupro en perjuicio de una niña de quince años de edad —entre otros— dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 23 integrado por los jueces recusados junto a la jueza M. M. R., fue revisada por la Sala 1 de esta Cámara, que integré junto a los jueces L. G. y H. L. D.

Tal como se detalló en el escrito de la defensa, en aquella oportunidad el juez R., al cual adhirieron los otros dos, descartó por duda la "violencia propia" del abuso sexual con acceso carnal porque "ateniéndonos a la declaración de la víctima prestada durante el debate, nos hallamos ante descripciones evidentemente contradictorias, en la que si bien se hacen referencias a situaciones de violencia e intimidación por parte del imputado contra la menor, recibimos también un relato que en otro sentido permite sospechar la existencia de una relación incompatible con el abuso forzado".

"La doctrina ha advertido siempre la necesidad de la suma cautela con que deben analizarse las circunstancias en que este tipo de actos se producen. Así, dice Ernesto Ure con indiscutible elegancia, que "no hay delito cuando el acto acaece merced a los esfuerzos del hombre, dirigidos a despertar el instinto y a vencer la oscilante resistencia, pues más que devastar una plaza sitiada, es apoderarse de una plaza rendida...". El concepto se refiere a aquellos casos en que la mujer por un acto voluntario, termina por consentir los deseos del sujeto activo, aunque haya sido este el que provocó ese consentimiento por una conducta que pudo haber comenzado con la apariencia de fuerza, pero en el que la fuerza deja de ser el factor decisivo, y es reemplazada por el instinto sexual (conf. Ernesto Ure, "Los delitos de violación y estupro", Edit. Idea, Buenos Aires 1952, p.22 y ss.)".

"Ciertamente, no puedo afirmar que sea esto lo que exactamente ha ocurrido entre J. R. y el encartado. Pero la existencia de otros elementos que no se dan en el caso anterior, impiden arribar al grado de certeza exigido para condenar por el delito de violación".

Thomson Reuters

Esa afirmación de la sentencia fue invalidada en el voto del juez García quien comenzó por afirmar que "[l]os prejuicios expresan una cierta comprensión del mundo, y si los prejuicios están arraigados ciegan, e invisibilizan el objeto de la comprensión, porque por ser prejuicios y no juicios, no están sujetos a falsación o contradicción".

"Lleva la razón la fiscalía cuando afirma que toda la decisión del a quo en punto al segundo hecho de la acusación está teñida por la cita de una conocida frase de doctrina, que probablemente escandalizara a pocos hombres en 1952 cuando fue publicada la obra que se evoca en la sentencia. Ninguna metáfora bélica es hoy adecuada para explicar una relación sexual interpersonal consentida, porque así como hay ciertos actos materiales de fuerza o violencia que no quitan carácter consensual al acto, cuando la fuerza y violencia son consentidas bajo ciertas condiciones (vide, p. ej. los espinosos casos resueltos por el TEDH, "Laskey, Jaggard y Brown v. Reino Unido", peticiones nros. 21627/93; 21628/93; 21974/93, sent. de 19/02/1997; y caso K.A. & A.D. c. Bélgica", peticiones nros. 42758/98 y 45558/99, Primera Sección, sent. de 17/02/2005), ninguna fuerza material o violencia no consentida puede permitir calificar de consensual a un acto sexual, que por definición, involucra no sólo las esferas biológicas, sino principalmente, las espirituales comprendidas en la síntesis de la dignidad personal, uno de cuyos pilares es la garantía de la autonomía de la voluntad. De eso se trata en el Libro II, título III, del CP bajo la rúbrica "delitos contra la integridad sexual", en los que lo físico es inescindible de lo espiritual".

"En el trato sexual no hay una contraparte objeto de "conquista", no hay una plaza a tomar ni una plaza a rendir, hay un fenómeno de interacción de personas libres de consentir, en el que las palabras no son equívocas: "no, es no", nunca "sí" ni "tal vez". Lo que esconde la elegancia de la frase es un eufemismo: "cuán seguros debemos estar de que se dijo sí" o de otra forma, que hubo libre consentimiento al trato sexual".

"Si el agente tiene dudas sobre la existencia del consentimiento no debe obrar, lo que presupone asegurarse de este consentimiento, y de que éste es plenamente libre".

En función de ello y en lo que aquí interesa, se hizo lugar al recurso de casación de la fiscalía, se anuló la sentencia recurrida y el debate que fue su presupuesto y, en consecuencia, se reenvió el caso a otro tribunal para que se realice un nuevo debate y se dicte sentencia (causa N° 20412/14, sent. de 06/08/2018, Reg. N° 912/18).

Por ende esta Cámara, en su función de tribunal revisor, ya había advertido a los jueces aquí recusados sobre la impertinencia de basar la argumentación de una sentencia en prejuicios fundados en estereotipos de género, esto es, en los roles y las características que se le asignaron a un varón adulto y a una niña de quince años de edad para descartar la concurrencia de abuso sexual con acceso carnal, en particular respecto del juicio sobre la existencia de consentimiento para el contacto sexual.

b. Sumado a ello observo que en las declaraciones que los jueces brindaron en las entrevistas que aporta la defensa y ellos ratifican, y en el contenido de sus propios informes emitidos en este incidente a tenor del art. 61, CPPN, aparecen elementos que permiten corroborar el temor de parcialidad manifestado por L. A. D.

Ello así puesto que el juez A. se refiere a ella como "imputado con tendencias homosexuales" y por su parte el juez R. habla de "el acusado".

En función de ello cabe hacer algunas aclaraciones.

L. A. D., imputada en este proceso, es una mujer. Así se presenta en esta causa, en la que informa que es una mujer trans y se desempeña como trabajadora sexual (ver fs. 6 vta.), y así es reconocida por la ley argentina. En efecto, de acuerdo a la Ley 26.743 de Identidad de Género (BO, 24/05/2012), el término "mujer" ya no es un concepto biológico sino normativo, en tanto el primer artículo de ese texto legal garantiza el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género entendida ésta como la "vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo" (art. 2, Ley 26.743). El derecho argentino reconoce entonces a la "identidad de género autopercibida" como criterio rector en la materia, y en concreto estipula que toda persona tiene derecho "[a] ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada" (art. 1, inc. c, Ley 26.743), así como a recibir un trato digno tanto en ámbitos públicos como privados, lo que significa que "[d]eberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio" (art. 12, Ley 26.743).

Por ende, no somos los jueces quienes asignamos o definimos el género de las personas, porque la ley

Thomson Reuters

no habla de identidad de género heteropercibida o heteroimpuesta, ni mucho menos delega en el Poder Judicial esa tarea. La ley hace foco en la autopercepción de la identidad de género de cada persona como "vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente", y en esa definición personal no interesan las creencias religiosas o morales de los demás. Los jueces estamos sujetos a la ley, y ésta establece que L. A. D. es mujer porque así se autopercibe, de modo que referirse a ella como "el acusado", o "un imputado con tendencias homosexuales" implica desconocer el texto expreso de la Ley 26.743, a la vez que evidencia la existencia de prejuicios basados en estereotipos de género de parte de los dos jueces recusados.

Por otra parte, el juez A. —sin ningún sustento argumental— le asigna al abordaje con perspectiva de género la calidad de "corriente ideológica" que, al ser impuesta por ley, "constituye una injerencia indebida en la vida privada de los ciudadanos".

Por ende, corresponde también aclarar que, tal como postula la defensora, no es correcto identificar a la perspectiva de género entendida como abordaje específico para atender a la complejidad propia de cierto tipo de casos que se judicializan, con la mal llamada "ideología de género" que constituye, en rigor, un uso despectivo y tergiversado de aquel enfoque.

Como bien señala la defensa, esta circunstancia ha sido advertida por el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará, que explicó que "género es una categoría analítica proveniente de las ciencias sociales, no es una ideología sino un instrumento metodológico para examinar y revelar las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, así como para defender los derechos humanos de las mujeres"**(1)**.

A este respecto, el Estado argentino está obligado a cumplir con las obligaciones internacionales que asumió oportunamente al ratificar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW por sus siglas en inglés) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención de Belém do Pará), que constituyen los instrumentos jurídicos más importantes para la protección de los derechos humanos de las mujeres.

No cabe duda que por imperio de la clara redacción del art. 75, inc. 22, CN, estas normas obligan positivamente a las instituciones que forman parte del Estado a generar los cambios estructurales y administrativos necesarios para alcanzar sus objetivos.

En este sentido, la Convención de Belém do Pará establece como obligación para los Estados parte actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; mientras que la CEDAW reconoce y encomienda modificar los patrones socioculturales y las prácticas consuetudinarias que sostienen la discriminación y reafirman los estereotipos de mujeres y varones.

En efecto, la definición de discriminación consagrada en el art. 1, CEDAW es de alcance amplio, al incluir "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

En conexión con aquello, el art. 5, CEDAW expresamente persigue eliminar "los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres", lo que implica la eliminación de los estereotipos nocivos sobre las mujeres en los sistemas de justicia como una medida esencial para asegurar su derecho a la igualdad y al acceso a la justicia.

El Comité que supervisa la aplicación de la CEDAW en su Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, indicó que la presencia de estos estereotipos en el sistema judicial impacta en los derechos humanos de las mujeres, particularmente en aquellas que son víctimas y supervivientes. En concreto, destacó que daban lugar a decisiones basadas en mitos dado que los jueces emplean normas rígidas sobre lo que consideran debería de ser un comportamiento apropiado de la mujer, castigando a aquellas que no se ajustan a esa concepción social. Estos estereotipos afectan la credibilidad de sus testimonios y argumentos y pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa**(2)**.

(1) "Declaración sobre la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres como Bien de la Humanidad", 28 de noviembre de 2017, OEA/Ser.L/II.7.10, MESECVI/CEVI/doc.244/17.rev1.

(2) Comité CEDAW, Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/c. Gc. 33, párr. 26.

Thomson Reuters

De acuerdo con el Comité, las mujeres tienen que poder confiar en un sistema judicial libre de mitos y estereotipos, y en jueces cuya imparcialidad no se vea comprometida por esos supuestos sesgados **(3)**, particularmente en el ámbito penal, ya que reviste una gran importancia para garantizar que la mujer pueda ejercer sus derechos humanos. A su vez determinó que "[l]os Estados parte están obligados, en virtud de los artículos 2 y 15 de la Convención, a asegurar que las mujeres cuenten con protección y los recursos ofrecidos por el derecho penal y que no estén expuestas a discriminación en el contexto de esos mecanismos, ya sea como víctimas o perpetradoras de actos delictivos" **(4)**.

En razón de ello el Comité dictaminó en una comunicación individual presentada contra la Federación Rusa que los Estados, y por ende las autoridades judiciales, se encuentran obligados a adoptar todas las medidas "para modificar y transformar los estereotipos de género y evitar la creación de estereotipos injustos de este tipo, que constituyen una de las causas fundamentales y una de las consecuencias de la discriminación contra la mujer" **(5)**.

En esa misma dirección, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue enfática al resaltar los patrones socio culturales discriminatorios existentes en los/ as operadores/ as judiciales y los déficits de investigación de esta clase de delitos **(6)**.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fundamentos en el art. 7 de la Convención de Belém do Pará, señaló que los Estados tienen la obligación de adoptar y aplicar medidas para erradicar los prejuicios, los estereotipos y las prácticas que constituyen las causas fundamentales de la violencia por razón de género contra la mujer **(7)**.

Este abordaje aparece en el voto de la jueza Highton de Nolasco en el fallo "L., M.C." (fallos: 334:1204), en el que la Corte Suprema —con remisión al dictamen del Procurador General— anuló la sentencia que confirmó una condena por homicidio dictada en contra de una mujer acusada de matar a su pareja varón. El fundamento del dictamen radicó en que el tribunal revisor "no cumplió con las pautas de revisión y control de las condenas que surgen de la doctrina establecida por V. E. en el invocado precedente Casal (Fallos: 328:3399), ya que obvió o no consideró debidamente elementos probatorios esenciales para resolver el recurso de casación".

Sin embargo, en voto concurrente, la jueza Highton de Nolasco advirtió que en el dictamen fiscal al que remitió la mayoría de la Corte no se tuvo en consideración que la decisión recurrida colisionaba con el contenido de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer y con la Ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer "que apunta a erradicar cualquier tipo de discriminación entre varones y mujeres y a garantizar a estas últimas el derecho a vivir una vida sin violencia, declara que sus disposiciones son de orden público (artículo 1°) y define los diversos tipos de violencia a la que puede ser sometida una mujer así como también las distintas modalidades en que suele ser ejercida (artículos 5° y 6°); pone en cabeza de los poderes del estado la obligación de adoptar políticas y generar los medios necesarios para lograr los fines perseguidos por la norma (artículo 7°); y finalmente establece un principio de amplitud probatoria "...para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos...", tanto para tener por acreditados los hechos cuanto para resolver en un fallo al respecto (artículos 6° y 31)".

De esta forma, ya en 2011, la jueza advertía la necesidad de tomar en consideración el cuerpo normativo específico que tutela a las mujeres en un caso en el que la sentencia por la que se condenó a la imputada por matar a su pareja descartó la existencia de legítima defensa por considerar que "aun de aceptarse que hubiera mediado una agresión ilegítima por parte del occiso respecto de la imputada, ha sido ésta quien "... se sometió a ella libremente...", de manera tal que la situación de necesidad se generó con motivo "...del concurso de su voluntad..." y "...por esa razón, no puede invocarla para defenderse..."".

Esta posición se consolidó por la totalidad de los jueces de la Corte más recientemente en el fallo "R., C.E." (causa N° 733/2 18/CS1, sent. de 29/10/2019) en el que también se anuló la decisión por la que se confirmó una condena impuesta a una mujer acusada

(3) Comité CEDAW, Recomendación General N° 33, párr. 28.

(4) Comité CEDAW, Recomendación General N° 33, párr. 47.

(5) Comité CEDAW, Com. N° 91/2018, "O.G. c. Federación Rusa", 20 de noviembre de 2015, párr. 7.2, CEDAW/c. 68/D/91/2015.

(6) Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 20 de enero de 2007, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68; e Informe sobre Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, 9 de diciembre de 2011, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 63.

(7) Corte IDH, "Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco c. México". 28 de noviembre de 2018, párr. 213.

Thomson Reuters

de lesionar gravemente a su pareja varón. En el dictamen del Procurador —al que se remitió la Corte— se fundó la existencia de cuestión federal vinculada a la interpretación y aplicación de la Convención de Belém do Pará y de la Ley 26.485, reglamentaria de esa Convención. En ese entendimiento, consideró que para la resolución del caso debía atenderse a un estándar específico descripto en una recomendación del Comité de Expertas Mecanismo de Seguimiento de la Convención.

Además se relevó que "la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en diversos precedentes que la investigación penal en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer debe incluir la perspectiva de género (conf. casos "Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 188; "Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 309 y ''Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 146)".

En consecuencia, la necesidad de abordar los casos con perspectiva de género que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se deriva también de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional, que reconocen a las mujeres el derecho a una vida libre de violencia y discriminación.

Por lo demás éste ha sido el criterio que como juez de la Sala II de esta Cámara vengo empleando, por ejemplo, frente a peticiones de arresto o prisión domiciliarias de mujeres en los términos del art. 10, inc. f, CP y art. 32, inc. f., CPPN **(8)**.

Queda claro entonces que no se trata, como erróneamente consigna el juez A. en su informe, de la imposición de una "ideología" que invade la libertad de autodeterminación protegida por el art. 19, CN; sino de la consideración de un abordaje que permita dar cuenta de las diferencias estructurales entre varones y mujeres y de las condiciones de vulnerabilidad a las que éstas pueden verse sometidas, a fin de aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso. En definitiva, no es más que un criterio de justicia para el caso en concreto.

Pero además, esas diferencias estructurales adquieren una dinámica específica cuando se trata de mujeres trans, puesto que la perspectiva de género no hace alusión únicamente al binomio planteado entre varones y mujeres entendidas como mujeres cis, sino que abarca todo el espectro de la diversidad de géneros.

En efecto la Corte Suprema reconoció, en un caso en el que se había denegado a la Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual la autorización para funcionar como persona jurídica, que "no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos universales con terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas afirmaciones a las que no fue ajeno nuestro país, como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo, y que han dado lugar a un creciente movimiento mundial de reclamo de derechos que hacen a la dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia". Asimismo sostuvo que "tampoco debe ignorarse que personas pertenecientes a la minoría a que se refiere la asociación apelante no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo" ("Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual c. Inspección General de Justicia", fallos: 329:5266, consid. 16 y 17).

Por tanto, se impone en el caso la necesidad de contar con un abordaje que visibilice esas condiciones de vulnerabilidad a las que podría verse expuesta la imputada, así como el corpus juris que reconoce sus derechos como mujer y establece las obligaciones de protección necesarias.

c. Por último, respecto de la afirmación efectuada por ambos magistrados en virtud de la cual los hechos objeto de análisis en esta causa difieren de aquellos examinados en "Solis Chambi", solo cabe referir que en las mismas palabras del requerimiento de elevación a juicio se advierte que la adjetivación de la imputada como trabajadora sexual permite parificarlos en tanto se encuentra involucrada una cuestión de género.

(8) Al respecto ver por todas "Soria, Mariana P.", causa N° 152857/15, sent. de 23/01/2019, Reg. N° 29/15.

Thomson Reuters

d. En suma, todo lo hasta aquí expuesto permite concluir que el temor de parcialidad manifestado por la imputada respecto de los jueces R. y A. encuentra apoyo suficiente en los elementos objetivos descriptos.

Por ello, en ejercicio de la autoridad que concede el art. 23 inc. 4, CPPN —según Ley 27.384— y el art. 21, tercer párrafo del reglamento de esta Cámara reformado por la Acordada 12/2017, esta Presidencia resuelve: I. Hacer lugar a la recusación promovida por la defensora de L. A. D. contra los jueces L. M. R. y J. A., en esta CCC 41112/2018/TO1/3/CNC3 (arts. 18, CN; 8.1, CADH; 14.1, PIDCP; 26, DADDH; y 10, DUDH). II. Remitir este incidente a la Secretaría General de esta Cámara a fin de que desinsacule dos magistrados para que integren el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 8 a los fines de intervenir en las presentes actuaciones (cfr. la Acordada 7/2018). Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN, LEX 100), y remítase a la Secretaría General. — *Daniel Morin*.

COSTAS DEL PROCESO PENAL

Gastos derivados de la detención y transporte internacional del condenado. Art. 533 inc. 3. del Código Procesal Penal. Diferencias con la caución real. Disidencia.

1. — Los viáticos y transporte internacional, originados a partir del proceso que culminó con la extradición del imputado no se conectan en modo alguno con el deber que tiene el Estado de custodiar a las personas privadas de su libertad, sino únicamente, con la realización de los gastos necesarios para posibilitar la comparecencia del acusado al juicio ante su rebeldía, la cual obedeció solo a su propio arbitrio.

2. — A la hora de establecer los conceptos que deben incluirse dentro de las costas, el legislador ha optado, en el inciso 3° del art. 533 del Código Procesal Penal —gastos que se hubieren originado por la tramitación de la causa—, por una fórmula amplia y genérica; ello resulta completamente razonable, si se repara en lo complejo, extenso, y seguramente infructuoso que resultaría tratar de prever taxativamente, en un artículo, todos los posibles gastos que pudieran generarse a raíz de la tramitación de una causa penal.

3. — La caución real es un instituto cuya finalidad se ciñe a garantizar la sujeción del imputado al proceso, y no guarda ninguna relación con el pago de gastos que pudieran generarse por la tramitación del expediente.

4. — Corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley 24.825 y del artículo 431 bis del CPPN —juicio abreviado—, toda vez que lo allí establecido quebranta lo dispuesto en los artículos 1, 18 y 118 de la Constitución Nacional. (Del voto en disidencia del Dr. Magariños).

CNCasCrim. y Correc., sala III, 18/02/2020. - R. F., L. J. s/ abuso sexual art. 119 2° párrafo.

[Cita on line: AR/JUR/7814/2020]

CCC 6103/2014/TO1/CNC2CNC3

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 18 de 2020.

Resulta:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 9 de esta Ciudad, por sentencia obrante a fs. 775/77, resolvió en lo que aquí interesa: "I. Condenar a L. J. R. F., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la Pena de tres años de prisión cuya ejecución se deja en suspenso y al pago de las Costas del proceso, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de estupro (arts. 26, 29, inc. 3°, 45 y 120 del CP; 401 y 403 del CPPN). II. Mantener la prohibición de salida del paísimpuesta a L. J. R. F. el 26 de abril del año en curso, hasta que solvente las costas causídicas y acredite, en particular, el pago al Estado Nacional de los gastos de viáticos y transporte internacional, originados a partir del proceso que culminó con su extradición".

II. Contra esa sentencia, la defensa de L. J. R. F. interpuso recurso de casación (fs. 796/804). El remedio fue concedido a fs. 805 y mantenido a fs. 811.

III. La Sala de Turno de esta Cámara le otorgó al recurso el trámite previsto en el art. 465 del CPPN (fs. 813).

IV. En el término de oficina, contemplado en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo código, la defensa efectuó la presentación obrante a fs. 818/21.

V. Conforme a lo establecido en el art. 465 citado, quinto párrafo, se designó audiencia en esta instancia, a la que las partes no comparecieron (fs. 852).

VI. Tras la deliberación del tribunal, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Thomson Reuters

El doctor *Huarte Petite* dijo:

I. La defensa de R. F. interpuso recurso de casación contra el fallo enunciado precedentemente.

Se agravió, por un lado, de que el a quo hubiera incluido dentro del concepto de costas —a cuyo pago se condenó al imputado—, el reembolso al Estado Nacional de los gastos de viáticos y transporte internacional, originados a partir del proceso que culminó con su extradición.

En segundo término, cuestionó que sobre la base de la imposición del pago de dichos costos, y sin que hubiese sido requerido por el Ministerio Público Fiscal, el a quo hubiese dispuesto la restricción de salida del país de su asistido hasta tanto abonara el monto correspondiente.

Con respecto al primero de los agravios, sostuvo que no se encontraba controvertido que los gastos originados por la detención de una persona, fuera nacional o extranjero, no podían serle cobrados a quien resultara privado de su libertad, dentro de las costas del proceso.

Afirmó asimismo, que no existían dentro de nuestro ordenamiento procesal, disposiciones que permitieran el cobro a personas privadas de su libertad, de los gastos derivados de su detención, ni tampoco de los respectivos traslados, ya fueran estos ínfimos o más extensos.

Señaló que la disposición más asimilable en ese sentido, sería la del art. 121, inc. "c", de la ley 24.660, que destina una proporción del sueldo de los internos a los gastos de manutención, norma que había sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema en el fallo "Méndez, Daniel R. s/ recurso de casación".

Siguiendo con su razonamiento, dijo no compartir que lo previsto en el inciso 3° del art. 533 del CPP, aún dentro de su generalidad, pudiera ser invocado para imponer el pago de dichos gastos, pues R. F. había sido detenido en suelo español, y fue una decisión de las autoridades judiciales argentinas disponer su traslado en esa condición, dentro de las leyes y convenios de reciprocidad y buena fe que vinculan a nuestro país con el Reino de España.

Agregó que ni en la legislación nacional, ni en dichos convenios, se establecía cláusula alguna que determinara que aquellos gastos de traslado debían ser costeados por las personas detenidas, sino todo lo contrario, pues el art. 26 del convenio de extradición entre ambos países, expresa que: "los gastos ocasionados por la extradición en el territorio de la Parte requerida serán a cargo de ésta, salvo los gastos de transporte internacional de la persona reclamada, que serán a cargo de la Parte requirente", e igual disposición se observa en los arts. 43 y 81 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, de aplicación supletoria, y en los restantes tratados que nuestro país ha suscripto con otras naciones extranjeras.

Los costos del traslado de un detenido, alegó, ya sea internacional o dentro del país, en ningún modo pueden ser impuestos al sujeto que se encuentra privado de su libertad, pues el deber de custodia en estos casos es del Estado y en virtud de ello es que en los casos en que corresponde especificarlo, como en la entrega de personas en la extradición, se establece que será el Estado requerido el que se encargue de los costos de detención en el país de origen, y el requirente del traslado y posterior detención.

Adunó que si lo que se pretendía era castigar la inconducta procesal de su asistido, bastaba en ese caso con la ejecución de la caución real de veinte mil pesos ($20.000) que había depositado en el año 2015, pero que no podía exigirse ambas cosas a la vez.

Finalmente, advirtió que si la decisión tenía relación con la nacionalidad de su asistido, o con la distancia entre ambos países, ello demostraría que lo resuelto se basaba en una afectación al derecho a la igualdad y al reconocimiento de los derechos que a los extranjeros les otorga el art. 20 de la Constitución Nacional.

En base a ello, entendió que la imposición realizada en la sentencia en cuanto a este punto, se encontraba por fuera de la normativa legal vigente, y por lo tanto, debía ser anulada, imponiéndose únicamente las costas que demandó el proceso.

Por otro lado, en cuanto al agravio vinculado con la prohibición de salida del país de R. F., aseveró que la afectación de su libertad ambulatoria con base en la imposición de costas especiales, y que no habían sido específicamente solicitadas por el Ministerio Público Fiscal, demostraba el apartamiento por parte del tribunal de los principios del proceso contradictorio, afectando de ese modo la garantía de imparcialidad del juzgador.

Explicó además, que si bien el derecho a la libre circulación de su asistido pudo entenderse legítimamente restringido a los efectos de asegurar su comparecencia al proceso, el mantenimiento de dicha limitación había perdido actualmente legalidad y proporcionalidad.

Thomson Reuters

II. Asimismo, durante el término de oficina, la defensa insistió —en lo sustancial— en los planteos vertidos en el recurso de casación.

III. Conforme surge de la constancia de fs. 849 y de las copias agregadas a fs. 847/8, con posterioridad a la elevación de la presente a esta Cámara, el imputado depositó el total del monto reclamado en concepto de costas, solicitando que no se ejecutara hasta tanto la sentencia adquiriera firmeza, motivo por el cual se dejó sin efecto la prohibición de salida del país impuesta a su respecto.

IV. En primer lugar, cabe señalar que en atención a lo consignado en el acápite precedente, el agravio vinculado con la prohibición de salida del país de R. F. ha devenido abstracto, por lo que solo resta atender el planteo referente a la inclusión dentro de las costas impuestas al nombrado de los gastos de viáticos y transporte internacional, originados a partir del proceso que culminó con su extradición.

Tal agravio, adelanto, ha de ser rechazado, pues entiendo que en este aspecto el a quo ha aplicado correctamente la normativa procesal vigente, y la defensa no ha logrado demostrar más que una mera disconformidad con lo resuelto.

Para mayor claridad, conviene realizar una breve reseña del trámite de la presente causa.

El hecho por el que R. F. fue condenado, tuvo lugar mientras aquél —que es ciudadano español—, se encontraba momentáneamente en nuestro país (ver sentencia de fs. 775/777)

Durante el curso del procedimiento, el imputado fue autorizado por última vez a salir del país con fecha 2 de septiembre de 2015, bajo caución real de cien mil pesos ($100.000) —que luego fue reducida a veinte mil pesos ($20.000)—, con la obligación de presentarse quincenalmente ante el Consulado General y Centro de Promoción de la República Argentina en Barcelona y cuando fuera citado para la celebración del juicio oral y público (Cfr. Lex 100 "Incidente de autorización para salida del país", fs. 72/5 y 81/2).

Toda vez que no compareció a la audiencia de debate fijada para el 8 de agosto de 2017, se lo declaró rebelde y se ordenó su captura a la Policía Federal Argentina y a Interpol, lo que motivó su detención el 27 de septiembre siguiente en la ciudad de Barcelona y la posterior solicitud de extradición a la República Argentina mediante exhorto, la cual se concretó el 26 de abril de 2019 (Cfr. fs. 615/ vta.; 642, 647/55 vta., y 756).

A fs. 765/66 se presentó un acuerdo de juicio abreviado, en el cual el fiscal interviniente solicitó se aplicara a R. F. la pena de tres años de prisión —cuyo cumplimiento podía ser dejado en suspenso—, y se le impusiera asimismo la obligación de solventar las costas del proceso.

Al dictar sentencia condenatoria el a quo, en lo aquí pertinente, expresó: "VI. El resultado del proceso apareja la imposición de las costas causídicas al imputado (arts. 29, inc. 3°, del CP y 403, 530 y 531 del CPPN).

Atento a ello y considerando, particularmente, los gastos que generó el transporte internacional de L. J. R. F. luego del proceso de extradición, los cuales integran las costas del proceso, considero que resulta imperante mantener la restricción de salida del país que le impuse al nombrado, el 26 de abril del corriente, en oportunidad de concederle la excarcelación (conf. fs. 11/12 del incidente de excarcelación). Ello, hasta que cubra la totalidad de las costas causídicas y acredite, en particular, el pago al Estado Nacional de los gastos de viáticos y transporte internacional, originados a partir del proceso que culminó con su extradición.

A tales efectos, se pondrá en conocimiento de cuanto habré de resolver al Ministerio de Seguridad de la Nación y se solicitará que, con carácter urgente, se informe a este Tribunal el monto al que ascendieron los gastos de transporte internacional y viáticos, que generó el traslado de L. J. R. F. al territorio nacional" (Cfr. 776 vta.).

Sentado todo ello, resulta pertinente recordar que según lo establecido por el art. 533 del CPPN: "Las costas consistirán: 1°) En el pago de la tasa de justicia. 2°) En los honorarios devengados por los abogados, procuradores y peritos. 3°) En los demás gastos que se hubieren originado por la tramitación de la causa".

Como se aprecia, a la hora de establecer los conceptos que deben incluirse dentro de las costas, el legislador ha optado, en el inciso 3°, por una fórmula amplia y genérica. Ello resulta completamente razonable, si se repara en lo complejo, extenso, y seguramente infructuoso que resultaría tratar de prever taxativamente, en un artículo, todos los posibles gastos que pudieran generarse a raíz de la tramitación de una causa penal.

Doctrinariamente, se ha entendido así, ratificando la concepción amplia que cabe asignar a la citada norma, que: "Entre los otros gastos a que alude el precepto cabe señalar los previstos en los arts. 79, inc. b) y 362; o 51, inc. d) de la ley 23.187; o los originados por la expedición de poderes o por el diligenciamiento de exhortos; o los pertinentes a la publicación a que alude el art. 431, etcétera. No se tendrán en cuenta los que fueren supérfluos o inútiles (art. 77, Cód. Proc. Civ. y Comercial, de aplicación supletoria)" (Guiller-

Thomson Reuters

mo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray, "Código Procesal Penal de la Nación - Análisis doctrinal y jurisprudencial" 5ª ed., T. 3, p. 552, Hammurabi, Buenos Aires, 2016).

La defensa ha manifestado su desacuerdo con que se entienda comprendido dentro de los "demás gastos" a que hace referencia el inciso 3° del mentado artículo, a las erogaciones generadas a raíz de la extradición de su asistido; sin embargo, no ha logrado esgrimir argumentos valederos que den sustento a su reclamo.

En efecto, para fundar su postura, la recurrente sostuvo que no existían disposiciones procesales que permitieran el cobro a los imputados de los gastos originados por su detención ni sus traslados, e intentó trazar un paralelismo con lo previsto en el art. 121, inc. "c", de la ley 24.660, que fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema en el fallo "Méndez, Daniel R. s/ recurso de casación", del 1° de noviembre de 2011.

Ante ello, debe señalarse que los gastos a cuyo pago fue condenado R. F. en el fallo atacado, no guardan relación alguna con la situación abordada por la Corte en dicho precedente, pues allí se consideró, dicho muy sucintamente, que la norma en cuestión resultaba incompatible con la debida asunción por parte del Estado de su deber de custodia de las personas privadas de su libertad, que incluía los gastos de su manutención, y adicionalmente, debido a su estrecha relación con el principio de resocialización, que se veía afectado a través de aquella.

Empero, aquí se trata, como ya se reseñó y lo precisó el a quo, de los "viáticos y transporte internacional, originados a partir del proceso que culminó con su extradición", lo cual no se conecta en modo alguno con los deberes y principios antes mencionados sino, únicamente, con la realización de los gastos necesarios para posibilitar la comparecencia del imputado al juicio ante su rebeldía, la cual obedeció solo a su propio arbitrio (Cfr. fs. 776 vta.).

De tal suerte, la analogía intentada por la defensa resulta totalmente impertinente y nada aporta para la cuestión que aquí debe resolverse, pues la solución normativa correcta, como ya se vio, se encuentra prevista en el mentado art. 533 CPPN, dentro del alcance que cabe asignarle.

A ello se suma que, al contrario de lo sostenido por el recurrente, la situación de R. F. resulta sustancialmente distinta a la de un imputado que encontrándose privado de su libertad debe ser trasladado a la sede del juzgado para cumplimentar trámites procesales. Ello así, pues en el sub lite, el causante se encontraba en libertad provisional, y fue su voluntaria incomparecencia a la audiencia de debate —es decir, el incumplimiento de la obligación que había asumido oportunamente—, lo que motivó que se ordenara su detención, y originó todo el trámite posterior (que insumió más de un año y medio y la intervención de varios organismos del Estado), hasta lograr su comparecencia.

En la misma línea, ha de decirse que —como es evidente y surge del propio convenio—, el tratado de extradición entre el Reino de España y la República Argentina en el cual la recurrente pretende fundar su postura, tiene como finalidad exclusiva establecer reglas de cooperación judicial entre ambos países, fundamentalmente, el procedimiento de extradición a ser cumplido en cada caso. Consecuentemente, sus cláusulas no están dirigidas a cuestiones como la que aquí viene discutida (suscitada entre uno de los Estados parte y un particular), pues para ello resulta aplicable la legislación interna de cada país, en virtud de la cual R. F. fue juzgado y condenado. Y es dicha legislación la que, como se vio, posibilita la adopción de una decisión fundada en normas.

Por otra parte, planteó la recurrente que la inconducta procesal de su asistido debía ser castigada con la ejecución de la caución real de veinte mil pesos ($20.000) que había depositado en el año 2015, pero que no podía exigirse ambas cosas a la vez.

Nuevamente aquí, se advierte un razonamiento errado por su parte, pues la caución real es un instituto cuya finalidad se ciñe a garantizar la sujeción del imputado al proceso, y no guarda ninguna relación con el pago de gastos que pudieran generarse por la tramitación del expediente.

A mayor ilustración, basta con la simple lectura del art. 320 CPPN que en lo aquí pertinente establece: "La caución tendrá por exclusivo objeto asegurar que el imputado cumplirá las obligaciones que se le impongan y las órdenes del tribunal, y en su caso, que se someterá a la ejecución de la sentencia condenatoria. El juez determinará la caución de modo que constituya un motivo para que el imputado se abstenga de infringir sus obligaciones".

Tampoco puede acogerse la insinuación de la defensa relativa a que la decisión del a quo se relaciona con la nacionalidad de su asistido, y la consecuente violación del derecho a la igualdad y de lo previsto en el art. 20 de la Constitución Nacional.

Ello así, pues como ya se explicó, lo resuelto por el tribunal de mérito se fundó exclusivamente en la contumacia del imputado y los gastos que ello generó —por exclusiva responsabilidad de aquel—, para lograr su comparecencia. Idéntica situación se daría

Thomson Reuters

respecto de un ciudadano argentino o de cualquier otra nacionalidad, que encontrándose sometido a proceso se fugara a un país extranjero y generara, en consecuencia, que el Estado Nacional incurra en trámites y gastos similares a los que se dieron en este caso.

En definitiva, la defensa no ha logrado sostener razonablemente y con argumentos vinculados al caso, los motivos por los cuales un gasto imprescindible para el avance del proceso y generado exclusivamente por el comportamiento propio de su asistido, no podría ser incluido dentro de las costas del juicio conforme la normativa procesal vigente.

Resta señalar, para concluir, que no resultaba exigible mayor fundamentación sobre el punto por parte de la magistrada de la instancia anterior, pues la condena en costas había sido pactada en el acuerdo de juicio abreviado suscripto por el imputado debidamente asesorado, y la defensa no había opuesto reparo alguno al respecto previo al dictado de la sentencia.

V. En virtud de todo lo expresado, es que propongo al acuerdo:

I. Declarar parcialmente abstracto el recurso intentado en lo relativo al agravio vinculado con la prohibición de salida del país de L. J. R. F. II. Rechazar, en lo restante, el recurso interpuesto, sin costas en esta instancia (artículos 470, 471, ambos a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN).

El doctor *Jantus* dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto del doctor *Huarte Petite*.

El doctor *Magariños* dijo:

Los términos en que viene planteada la cuestión exigen, de modo ineludible, el examen y consideración de la lógicajurídica que informa al marco legal en función del cual fue dictada la sentencia de condena, esto es, el procedimiento establecido en el art. 431 bis del código de forma (conf. ley N° 24.825). Ello es así, en tanto se trata en el caso de analizar si el a quo, al momento de dictar sentencia, sobre la base de lo acordado previamente por las partes, debía ceñirse a los términos de dicho acuerdo, o podía, en cambio, modificarlo.

En razón de las consideraciones formuladas por mí en forma permanente y reiterada como juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal N° 23 de esta ciudad, a partir del dictado del precedente "Osorio Sosa, Apolonio" (sentencia del 23 de diciembre de 1997; publicada en el suplemento de Jurisprudencia Penal de la revista jurídica LA LEY, del 30 de abril de 1998), y como integrante de esta cámara, a partir del precedente "Barragán" —proceso N° CCC 48341/2013/TO2/CNC1, registro N° 157/2015, sentencia del 15 de junio de 2015 (ver voto del juez *Magariños*)—, a las que cabe remitirse en honor a la brevedad, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley 24.825 y del artículo 431 bis del CPPN, toda vez que lo allí establecido quebranta lo dispuesto en los artículos 1, 18 y 118 de la Constitución Nacional.

Por consiguiente, corresponde declarar la nulidad de todos los actos procesales celebrados como consecuencia de la norma legal declarada ilegítima, en particular, la propuesta de acuerdo de juicio abreviado y la sentencia de condena dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 9 respecto de L. J. R. F., incluida, claro está, la imposición de las costas del proceso a su respecto (artículos 167, 168, segundo párrafo, 172 y cctes. del CPPN) y hacer saber al tribunal de origen lo resuelto a fin de que remita a sorteo las actuaciones y, una vez radicado el proceso ante otro tribunal, se cite a las partes a juicio en los términos del artículo 354 del CPPN.

De este modo, deviene inoficioso ingresar al tratamiento de los agravios presentados en el recurso de casación interpuesto.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, resuelve: I. Declarar parcialmente abstracto el recurso intentado en lo relativo al agravio vinculado con la prohibición de salida del país de L. J. R. F. II. Rechazar, en lo restante, el recurso de casación presentado por la defensa y, en consecuencia, Confirmar la sentencia recurrida; sin costas en esta instancia (artículos 470, 471, ambos a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN). Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 CSJN y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, donde deberá notificarse al imputado. — *Pablo Jantus. — Alberto Huarte Petite. — Mario Magariños* (en disidencia).

PANDEMIA

Coronavirus COVID-19. Medidas para garantizar el servicio de justicia durante emergencia sanitaria.

En virtud del DNU PEN 297/2020, que dispuso en forma temporaria el aislamiento social, preventivo y obligatorio desde el 21 hasta el 31 de

Thomson Reuters

marzo inclusive del corriente año, en atención a la situación epidemiológica provocada por el COVID-19 y lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la acordada 6/2020, se resuelve designar autoridades de feria para el fuero en lo Criminal y Correccional Nacional, hasta el 31 de marzo. Se tramitarán sin excepción todos los asuntos enumerados en los arts. 149 y 150 del Reglamento para la Jurisdicción, recordándose a todos los tribunales que deberán reducir al mínimo la asistencia del personal a lo estrictamente necesario, teniéndose en consideración particularmente las licencias excepcionales establecidas en las acordadas 3/2020.

CNCrim. y Correc., 20/03/2020. - Acuerdo General S/N°/2020.

[Cita on line: AR/JUR/3356/2020]

Buenos Aires, marzo 20 de 2020.

En virtud del Decreto 297/2020 del Poder Ejecutivo de la Nación que dispuso en forma temporaria el aislamiento social, preventivo y obligatorio desde el 21 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario, en atención a la situación epidemiológica y lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la acordada n° 6/2020, dictada en el día de la fecha, consultados los jueces que integran el Acuerdo General de esta Cámara, se resuelve designar autoridades de feria para el fuero en lo Criminal y Correccional Nacional, hasta el 31 de marzo conforme a lo siguiente:

1.- Juzgados Nacionales en lo Criminal y Correccional

Por encontrarse de turno:

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 27, estará a cargo del Dr. Alberto Julio Baños.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 32, estará a cargo del Dr. Javier Sánchez Sarmiento hasta el 24 y de la Dra. Ángeles Gómez Maiorano a partir del 25 al 31 de marzo.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 35, estará a cargo del Dr. Osvaldo Daniel Rappa.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 36, estará a cargo del Dr. Alejandro Héctor Ferro.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 38, estará a cargo del Dr. Fernando Mario Caunedo.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 43, estará a cargo del Dr. Alfredo Godoy.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 45, estará a cargo del Dr. Alejandro Litvack.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 46, estará a cargo del Dr. Jorge Anselmo De Santo.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 53, estará a cargo de la Dra. Erica María Uhrlandt.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 60, estará a cargo del Dr. Luis Alberto Schelgel.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 62, estará a cargo del Dr. Luis Alberto Schelgel.

2.- Juzgados Nacionales de Menores

Por encontrarse de turno:

Juzgado Nacional de Menores N° 1, del 16 al 22 de marzo estará a cargo del Dr. Cristian Axel Von Leers.

Juzgado Nacional de Menores N° 2, del 23 al 29 de marzo estará a cargo del Dr. Alejandro Cilleruelo.

Juzgado Nacional de Menores N° 3, 30 y 31 de marzo estará a cargo del Dr. Alejandro Cilleruelo.

3.- Los demás Jueces Nacionales en lo Criminal y Correccional y de Menores adoptarán las medidas necesarias para que puedan atender los asuntos enumerados en el art. 149 del Reglamento para la Jurisdicción.

4.- Salas

Permanecerán de guardia las cinco salas del Tribunal integradas de la siguiente manera:

Sala I

Dr. Hernán Martín López

Dr. Mariano Alberto Scotto (del 23 al 31 de marzo)

Dr. Rodolfo Pociello Argerich

Sala IV

Dr. Ignacio Rodríguez Varela

Dr. Alberto Seijas

Dr. Juan Esteban Cicciaro

Thomson Reuters

Sala V

Dr. Ricardo Matías Pinto

Dr. Rodolfo Pociello Argerich

Dr. Hernán Martín López

Sala VI

Dr. Julio Marcelo Lucini

Dra. Magdalena Laíño

Dr. Juan Esteban Cicciaro

Sala VII

Dr. Juan Esteban Cicciaro

Dr. Mauro Antonio Divito

Dr. Ricardo Matías Pinto (hasta el 22 de marzo)

Dr. Mariano Alberto Scotto (del 23 al 31 de marzo)

5.- Secretarías de turno

Permanecerán de guardia la Secretaría de Superintendencia y las oficinas administrativas que de esta Cámara dependan a cargo del Dr. Agustín Collados Storni y la Secretaría Especial a cargo del Dr. Julio Slinin.

6.- Asuntos a tratarse

Se tramitarán sin excepción todos los asuntos enumerados en los artículos 149 y 150 del Reglamento para la Jurisdicción, recordándose a todos los tribunales que deberán reducir al mínimo la asistencia del personal a lo estrictamente necesario, teniéndose en consideración particularmente las licencias excepcionales establecidas en las acordadas n° 3/2020 (artículo 1°) y 4/2020 (artículos 5°, 6° y 7°), las restricciones a la circulación previstas en el decreto 297/2020, debiéndose en lo posible, convocar a las personas que habitan más cerca del tribunal, y demás recomendaciones estipuladas en la acordada n° 6/2020 de la CSJN. Se mantiene la vigencia del actual cuadro turnos de Habeas Corpus. Comuníquese, anótese y archívese. — *Alberto Seijas.*

PROCEDIMIENTO PENAL

Revocación de sentencia que dispuso el archivo de la causa. Decisión prematura. Información confidencial solicitada al FMI. Sugerencia del exfuncionario del organismo de presentar un pedido por escrito a través de un representante argentino.

> La sentencia que dispuso el archivo de la causa penal debe revocarse por prematura, en tanto existe una medida que permitiría avanzar en la pesquisa, pues, si bien el exfuncionario del FMI hizo saber que la información requerida es confidencial, indicó que el organismo tiene derecho a decidir si la divulga y sugirió que se presente un pedido por escrito a través de un representante argentino.

CNFed. Crim. y Correc., sala II, 05/02/2020. - N. N. s/ archivo.

[Cita on line: AR/JUR/69/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, 5 de febrero de 2020.

Y Considerando:

I. Llegan estas actuaciones a conocimiento y decisión del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Sr. Fiscal contra la resolución de fs. 3623/26 vta., en la que se resolvió archivar las presentes actuaciones.

II. El *a quo* fundamentó su decisión expresando que "la única medida de prueba que permitió mantener la esperanza de llevar a buen puerto esta investigación, ha quedado trunca" ya que "el ex funcionario del Fondo Monetario Internacional (FMI) que fuera indicado por el titular de la acción como aquel que permitiría encauzar la pesquisa, no está obligado a comparecer como testigo en razón de las inmunidades establecidas y habiendo sido consultado al respecto, optó por acogerse a dicha prerrogativa"; de este modo, "la posibilidad de avance de las actuaciones ha quedado circunscripta a los aportes que eventualmente podría realizar el Sr. C. L.". En ese escenario, el magistrado decidió el archivo, por considerar que no se advierten medidas probatorias pendientes de producción, capaces de activar la investigación.

Se agravió el Sr. Fiscal de que, contrariamente a lo decidido por el Juez de grado, existe una medida que permitiría avanzar en la pesquisa, por cuanto fue el mismo ex funcionario L. quien, más allá de hacer saber que la información requerida es confidencial y que el FMI tiene derecho a decidir si la divulga, sugirió que se presente un pedido por escrito al citado organismo, a través del representante argentino ante el FMI (ver fs. 3619).

Sentado lo expuesto —y sin adentrarse en análisis alguno sobre el grado de corroboración de la hipótesis planteada—, lo cierto es que lograr el testimonio

Thomson Reuters

en cuestión (del ex funcionario del FMI, L.) es un objetivo respecto del cual, hay consenso tanto por parte del Fiscal, como del *a quo*, por lo que asiste razón al recurrente al sostener que el archivo dispuesto deviene prematuro y corresponde su revocación, a fin de que se continúe con la investigación en el sentido indicado, más allá de la vía por la que se canalice la consulta.

En virtud de todo lo expresado, el Tribunal *resuelve*:

Revocar la resolución recurrida en todo cuanto decide y fuera motivo de apelación.

Regístrese, hágase saber y devuélvase. — *Martín Irurzun. — Leopoldo Bruglia.*

MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE A LA PANDEMIA COVID-19

Aislamiento obligatorio. Personas que regresan del exterior. Paso por zona de riesgo alto de contagio. Cumplimiento de la medida fuera de su domicilio a disposición de la autoridad sanitaria.

> La situación de un ciudadano que regresó al país luego de ser declarada la pandemia por COVID-19 y fue traslado a cumplir la cuarentena establecida por el DNU 297/2020 a un hotel dentro del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, y no a su domicilio particular, se ajusta a las previsiones del art. 3.2. del Protocolo de Actuación, en el que, puntualmente, se establece que los individuos asintomáticos que arribaron al país en avión sin ningún pasajero que resulte confirmado o sospechoso por Sanidad de Frontera y que provenga de un país de alto riesgo, serán enviados a un alojamiento extrahospitalario para cumplir el aislamiento; siendo esta una medida excepcional dispuesta para contener y retrasar el desarrollo de la pandemia, que, hasta el momento, resulta ser razonable y proporcional, en tanto no existe un tratamiento antiviral efectivo o vacunas que prevengan el virus.

CNCrim. y Correc., sala de hábeas corpus, 24/03/2020. - Z. R. D. S., L.

[Cita on line: AR/JUR/4094/2020]

CCC N° 19223/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 24 de 2020.

Considerando:

L. Z. R. D. S. sostuvo que su libertad se encuentra afectada, por cuanto al regresar al país el pasado 21 de marzo —vía aérea— desde Etiopía, con escala en la República Federativa de Brasil, fue trasladado a cumplir la cuarentena establecida por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 a un hotel dentro del ámbito de esta ciudad, cuando su deseo es transcurrir esos días de aislamiento en su domicilio particular.

El Tribunal comparte sustancialmente la decisión adoptada por el Sr. Juez de la instancia de origen, pues no se verifica situación alguna en los términos del artículo 3° de la ley 23.098.

El planteo del accionante debe ser analizado en el marco de las normas que tanto el Poder Ejecutivo Nacional como las autoridades del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sancionaron a fin de proteger la salud pública y evitar la propagación del virus COVID-19, que fuera declarado pandemia por la Organización Mundial de la Salud.

En esa dirección, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 mediante el cual dispuso, entre otras cuestiones, la suspensión temporaria de vuelos internacionales provenientes de "zonas afectadas" —entre los que se incluye la República Federativa de Brasil— con la posibilidad de realizar excepciones a fin de facilitar el regreso de las personas residentes en el país aplicando todas las medidas preventivas correspondientes (artículo 9). Con posterioridad, a través del Decreto 297/2020 se dispuso en forma temporaria el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria.

Por su parte, las autoridades del Gobierno local al tener en consideración que la Ciudad de Buenos Aires se encuentra en fase de contención y que, en el contexto de repatriación masiva de individuos desde el exterior, era necesario tomar medidas para retrasar y aplanar el desarrollo de la epidemia por el riesgo sanitario que implicaba el ingreso masivo de individuos en corto plazo, dispuso como medida preventiva aprobar el "Protocolo de manejo de individuos provenientes del exterior asintomáticos". (Res-2020-782-GCABA-MSGC).

La situación de L. Z. R. D. S. se ajusta a las previsiones del artículo 3.2. del citado Protocolo de Actuación, en el que, puntualmente, se establece que los individuos asintomáticos que arribaron al país en avión sin ningún pasajero que resulte confirmado o sospechoso por Sanidad de Frontera y que provenga de un país de alto riesgo, serán enviados a un alojamiento

Thomson Reuters

extrahospitalario para cumplir el aislamiento, donde quedarán en observación durante 14 días o a criterio de la autoridad sanitaria.

Frente a este escenario, asiste razón al juez de grado, en cuanto a que el alojamiento de R. D. S. en el hotel que le fue asignado obedece a una medida excepcional dispuesta por las autoridades del Gobierno de la Ciudad de Buenos —en consonancia con las normas generales dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional— a fin de contener y retrasar el desarrollo de la pandemia.

De tal manera, y toda vez que las normas y pautas de actuación adoptadas hasta el momento resultan razonables y proporcionales a los fines pretendidos por la administración, en tanto no existe hasta el momento un tratamiento antiviral efectivo o vacunas que prevengan el virus, se descarta cualquier incursión en los supuestos de la ley N° 23.098.

Por ello y en tanto las costas han sido bien aplicadas puesto que no se vislumbran motivos que permitan excepcionar al respecto, se resuelve: Confirmar en un todo el auto elevado en consulta. No existiendo cuestiones de urgencia que ameriten lo contrario, en virtud de la feria extraordinaria decretada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada 6/2020, en concordancia con las disposiciones del Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional N° 297/2020, que estableció el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" hasta el 31 de marzo del corriente año, se imprimirá copia de la presente y se reservará en Secretaría. Comuníquese mediante el sistema "LEX 100" al juzgado de origen, que deberá realizar las notificaciones electrónicas pertinentes. — *Juan E. Cicciaro. — Hernán M. López.*

LESIONES

Condena penal impuesta a un conductor de colectivo que perdió el dominio del rodado y embistió a personas que participaban de una manifestación y a peatones.

El imputado debe ser condenado por el delito de lesiones graves culposas agravadas por la conducción imprudente, en concurso ideal con lesiones culposas leves, en tanto quedó acreditado que como consecuencia de su imprudencia en el manejo de un colectivo, perdió el dominio del mismo y embistió a peatones y personas que se encontraban en una manifestación, resultando heridos.

TOral Crim. Corr. Nro. 13, 10/02/2020. - L. M S. C.

[Cita on line: AR/JUR/87/2020]

Buenos Aires, febrero 10 de 2020.

Resulta:

Primero.

Hecho:

En el requerimiento fiscal de elevación a juicio que luce agregado a fs. 788/791, se imputó a L. M. S. C. el suceso transcripto a continuación: "... el haber ocasionado lesiones de entidad grave a C. M., G. A., C. d. V. C., L. R., y leves a M. S. S., K. A. F., L. A. C., A. L. C. R. y M. G. H., el día 4 de febrero del año 2016, a las 17.00 hs., aproximadamente, en las inmediaciones e interior de la Plaza de Mayo, como consecuencia de su imprudencia en el manejo del colectivo de la línea 91, dominio ..., que se tradujo en violar el deber objetivo de cuidado, al circular por la vía pública sin el cuidado y la prevención necesario, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito en franca infracción al art. 5.2.1 de la ley 2148.

En efecto, el encartado se encontraba al comando de esa unidad, y evidentemente perdió el dominio del rodado, iniciando en la calle Bolívar un derrotero descontrolado que finalizó en el interior de la Plaza de Mayo, lugar donde frenó debido a la existencia de una verja que le impidió continuar la marcha.

Como consecuencia de ello, resultaron colisionadas las personas mencionadas precedentemente, siendo que R. estaba cruzando la calle Bolívar cuando fue embestida; A. estaba en la vereda de la Plaza de Mayo; y el resto de los nombrados estaban o bien participando del acampe que había en ese momento en la plaza por la situación de Milagros Sala, o circunstancialmente caminando por allí.

Tal conducta fue descripta al recibirle declaración indagatoria al imputado de autos (fs. 752/753), por la misma se ordenó su procesamiento (ver fs. 761/769), y ahora se requiere la elevación de la causa a juicio."

Segundo.

En oportunidad de ser intimado, conforme lo establecido en el artículo 294 del CPPN, el imputado hizo uso de su derecho de negarse a declarar (fs. 752/3).

Tercero.

A fs. 902 de los presentes actuados, luce agregado el acuerdo al que arribaran las partes, en virtud del cual,

Thomson Reuters

y de conformidad con lo preceptuado por el artículo 431 bis del ordenamiento formal, el Sr. Fiscal General encontró a L. M. S. C. autor penalmente responsable de los delitos de lesiones graves culposas agravadas por la conducción imprudente en concurso ideal con lesiones culposas leves (artículos 26, 29 inc. 3°, 45, 54, 94 segundo párrafo en función del art. 84 segundo párrafo del CP).

Asimismo, peticionó que se lo condene a la pena de tres años de prisión en suspenso, costas, multa de quince mil pesos e inhabilitación especial para conducir vehículos por el plazo de cuatro años.

En razón de ello, y habiéndose elevado a esta sede la propuesta correspondiente, se tomó conocimiento del imputado en la audiencia "de visu" prevista por el artículo 431 bis del Código de rito, tal como surge de fs. 908.

Cuarto.

Prueba:

Se ha incorporado la siguiente prueba:

1. Declaración testimonial de M. E. G. (fs. 11 y 696/7), quien viajaba en el interior del colectivo, sentada en la parte media, en cuyo interior había sólo tres pasajeros y al llegar éste a la intersección de Roque Sáenz Peña y Bolívar, sintió un impacto en la unidad y vio que una persona salía despedida violentamente hacia el lateral, cayendo al suelo, momento en que el chofer intentó maniobrar, perdiendo el control del vehículo, el que continuó su marcha hacia la Plaza de Mayo, donde subió a la misma y continuó embistiendo a otras personas, hasta que el colectivo se detuvo por sí solo al haber chocado contra un enrejado en el interior de la plaza.

2. Los dichos de M. O. A. de fs. 12 y 682/3, quien subió al colectivo en la parada de Roque Sáenz Peña a pocos metros de su intersección con Bolívar y cuando se disponía a pagar el viaje con su tarjeta SUBE, vio que el colectivo impactaba contra una mujer de vestido negro, de unos 50 años de edad, de cabello largo de color rojizo, momento en que el chofer efectuó una maniobra hacia la izquierda y atropelló a otra persona de cabello corto, entrecano.

Agregó que el colectivo subió a la vereda de la Plaza de Mayo y el chofer soltó el volante y se tiró al piso, y la unidad continuó la marcha hacia el interior de la plaza, embistiendo a varias personas en su camino, hasta detenerse al chocar de lleno contra una reja de la Plaza de Mayo.

A fs. 682 y vta. amplió sus dichos ante la Fiscalía y refirió que iba en el colectivo de la línea 91 con su compañera de trabajo M. G. Que no sabe qué le pasó por la cabeza al chofer, quien no tuvo en ningún momento la reacción de frenar y que giró desde Diagonal Norte hacia Bolívar, esquivó a un auto detenido y avanzó embistiendo a la primera mujer que estaba cruzando la calle.

Añadió que no vio el semáforo, pero que al haber un auto detenido, al que esquivó, y una señora cruzando, supuso que estaba en rojo para el colectivero.

Por ello le preguntó "¿qué hacés?", pero el chofer no tuvo reacción alguna y embistió a una segunda persona, por lo que le volvió a gritar y el colectivero se levantó, pero la unidad se subió a la Plaza de Mayo, embistiendo una reja y todo lo que había por delante, frenando ante algo que le impidió continuar avanzando, ya que el colectivero había abandonado el asiento.

Aclaró que al embestir a la primera mujer, a la que expulsó unos tres metros hacia delante, el colectivero hizo una maniobra hacia la izquierda y allí atropelló otra persona.

Que luego pudo tocar el botón de emergencia del colectivo y ayudó a bajar a su compañera, que estaba muy asustada y se acercaron a auxiliar a los otros damnificados, siendo que el chofer continuaba tirado en el suelo de la unidad.

3. La versión aportada por L. M. G. de fs. 18, quien en el momento del suceso se hallaba cruzando la senda peatonal de la calle Bolívar en dirección a la Av. de Mayo, cuando escuchó un fuerte ruido "como de huesos rotos" (sic), por lo que giró la cabeza y vio que un colectivo de color verde y blanco estaba subiendo a la Plaza de Mayo a gran velocidad, embistiendo a varias personas que se encontraban en el interior de la misma.

Aclaró que por ello se dirigió al lugar y pudo ver a dos mujeres tiradas en el asfalto de la calle Bolívar y a varios heridos más en el interior de la Plaza de mayo, identificando al colectivo como un interno de la línea 91 que quedó en el interior de dicha Plaza.

Relató que enseguida arribó personal policial, varias ambulancias que trasladaron a los heridos, bomberos y Defensa Civil.

4. El testimonio de C. F. Q. de fs. 30/1, personal de la Comisaría 2ª, quien relató los hechos en forma concordante con la versión del Comisario G., y realizó el croquis a mano alzada que luce a fs. 32, confeccionó el acta de secuestro de fs. 33 y el acta testimonial manuscrita de fs. 34/35.

5. La declaración testifical de D. E. L. de fs. 74, operario de la empresa "Seeclean", quien el día del hecho

Thomson Reuters

se hallaba limpiando la baranda del balcón del primer piso del Cabildo, y vio un colectivo de la línea 91 que circulaba por Roque Sáenz Peña, enseguida escuchó un impacto y vio caer al suelo a una señora rubia vestida con pollera clara y remera clara, pero que el colectivo continuó su marcha en dirección a la Plaza de Mayo y colisionó a varias personas, hasta detener su marcha al chocar contra una reja.

Que por ello descendió a la calle y pudo observar a una segunda mujer de cabello oscuro, tendida en el suelo del lado izquierdo del micro y al arribar la policía sacaron al conductor del lugar, ya que las personas allí emplazadas intentaban lincharlo.

6. Los dichos de G. H. M. de fs. 83, el cual se hallaba paseando por el interior de la Plaza de Mayo, momentos en que escuchó un ruido y vio que un colectivo se había subido a la vereda, embistiendo primero a una mujer y luego a otras dos personas, una mujer y a un hombre, dirigiéndose posteriormente hacia él, quien resultó lesionado en su pierna derecha y fue derivado por ambulancia del SAME al Hospital Argerich.

7. El testimonio de A. L. C. R. de fs. 89, quien caminaba por el interior de la Plaza de Mayo y sufrió lesiones al tirarse hacia la izquierda cuando el colectivo, luego de subir a la Plaza, se dirigía en dirección hacia donde se encontraba la dicente.

8. La versión de los hechos de L. A. C. (fs. 299), el que estaba en un acampe en el interior de la Plaza de Mayo, manifestándose por la situación de Milagro Sala, jugando a las cartas con sus compañeros V. C., K. F., C. C., M. S. y M. D., cuando escuchó un ruido y vio que una persona caía a la calzada, atropellada por un colectivo, el que continuó su derrotero y atropelló de frente a una segunda persona que estaba en la vereda. Pensaron que el colectivo iba a frenar, pero éste continuó, atravesó un vallado bajito y los atropelló.

9. La declaración testimonial de P. A. M. de fs. 300, la que refirió que se hallaba en el acampe con compañeros de la agrupación "La Cámpora", con su bebé de un año y medio, cuando escuchó gritos y al girar su cabeza vio que tenía casi encima un colectivo, atinando a levantarse con su bebé y alejarse, destacando que el colectivo frenó a un metro de ella, por lo que no resultó lesionada, sino que se golpeó con la reja al incorporarse.

Añadió que previo a eso, no escuchó bocina ni ruido de frenada y que estaba junto a la mesa donde jugaban a las cartas los damnificados.

10. Los dichos vertidos por V. M. C. de fs. 301, integrante del grupo que formaba L. A. C. en el acampe de Plaza de Mayo, y relató el hecho en forma concordante con los dichos de éste, aclarando que resultó lesionada en la cadera al ser empujada contra la reja, quedando una de sus piernas enganchada en la misma.

Aclaró que no escuchó previo al hecho, bocinas ni ruido de frenada y que vio que el colectivo, luego de escuchar dos golpes y ver a una persona "volar" por la embestida, éste se les venía encima a toda velocidad.

11. El testimonio de A. L. de fs. 303, madre de la menor damnificada K. A. F., quien fue anoticiada del suceso y concurrió al Hospital Fernández, donde a su hija le diagnosticaron politraumatismos.

12. La versión de C. d. V. C. de fs. 313, quien se hallaba en el acampe con sus compañeros y relató el hecho de igual manera que los testimonios ya reseñados. Fue embestida por el colectivo al subir éste a la Plaza de Mayo, quedando su pierna izquierda aprisionada debajo del mismo, lo que le provocó fractura de tibia y peroné.

13. La declaración testimonial de M. S. S. de fs. 316, quien relatara que el día del hecho, aproximadamente a las 17.15 hs. se encontraba en el interior de la Plaza de Mayo, pudiendo escuchar un fuerte ruido a sus espaldas, y al darse vuelta observó que se trataba de un colectivo de la línea 91 que se había subido a la vereda de la plaza, y había embestido a una mujer, embistiendo luego a la declarante, la que fuera trasladada al hospital Fernández, siendo atendida en la guardia.

14. Los dichos de S. R. D. de fs. 652, quien refirió que el día del hecho estaba en el acampe de Plazo de Mayo como militante de "La Cámpora" y escuchó un ruido, viendo a una mujer tirada en la calzada. Inmediatamente observó que el colectivo subía a la plaza y embestía a una segunda mujer que estaba en la vereda y continuó su marcha subiendo a la plaza e impactó en una mesa en la que estaban sus compañeros jugando a las cartas, observando que también había embestido a una compañera suya, golpeándola en las piernas.

Agregó que después de ello, el colectivero cerró las puertas e intentó retirarse pero le fue impedido por la gente.

15. El testimonio de N. J. A. B. de fs. 653, quien dijo que regresaba de su trabajo en Belgrano y haber descendido del subte de la Línea "D" en la Estación Catedral, siendo que cuando estaba en la vereda de Plaza de Mayo, escuchó un ruido raro a sus espaldas y cuando volteó, ya tenía el colectivo encima, sin darle tiempo a reaccionar, por lo que fue golpeada en su costado izquierdo y se cayó, no pudiendo levantarse a causa del dolor.

Thomson Reuters

Añadió que se trataba de un colectivo de la línea 91 y que por el golpe sufrió perforación de intestino delgado, tres costillas fisuradas y líquido en los pulmones. Que debió ser intervenida quirúrgicamente en dos oportunidades en el Hospital Ramos Mejía.

16). Los dichos vertidos a fs. 654 por C. O. P., quien relatara que estaba en el acampe como militante de "La Cámpora" jugando a las cartas en una mesa con otros compañeros, momentos en que de modo repentino escuchó gritos a sus espaldas y luego un ruido y vio aparecer a su costado a un colectivo que se había subido a la Plaza de Mayo, enterándose luego que había atropellado a una mujer en la calle o en la vereda, además de a algunos de sus compañeros.

Aclaró que aunque no pudo verlo, porque lo tapaban las banderas, el colectivo iba fuerte, ya que rompió una reja que rodea ese sector de la plaza y se detuvo solo, enganchado en las rejas. Refirió que al colectivero lo vio "desorbitado" y que los policías comentaban que se había quedado sin frenos.

17. La versión de D. A. R. de fs. 681 y vta., quién dijera que salió de su trabajo en el Museo del Cabildo y caminaba con un compañero para tomar un colectivo con destino a Retiro, en Yrigoyen y Bolívar. De repente escuchó un impacto y al mirar hacia su izquierda, vio una moto tirada y un colectivo de la línea 91 que avanzaba sin frenar y embestía a una señora rubia que estaba cruzando la calle y luego, sin frenar, subió a la Plaza de Mayo y continuó unos metros, llevándose por delante una reja que hay allí y una carpa de los manifestantes de Milagro Sala y finalmente frenó en un árbol. Corrió a auxiliar a la señora tirada en la calzada con la cabeza ensangrentada, pero le dijeron que no la moviera. Integrantes de "La Cámpora" le pidieron sus datos. Vio otra señora accidentada, que la ayudaron a salir de abajo del colectivo y vio otro señor tirado sobre Bolívar, pero después no volvió a verlo, como tampoco al de la moto.

18. La declaración testimonial prestada por L. I. R. a fs. 684, quien refiriera que cruzaba por la calle Bolívar hacia la Plaza de Mayo y lo último que recuerda es que llegó a Bolívar, buscó la senda peatonal y vio que el semáforo la habilitaba, por lo que avanzó para cruzar, pero no sabe si dio uno, dos o cuántos pasos, y que aunque no perdió la consciencia, no recuerda nada más, sólo que buscaba su celular para llamar a su marido, quien le dijo que sí habló con él, pero no lo recuerda.

19. Los dichos de M. E. G. de fs. 696/697 quien dijo que viajaba en el colectivo con su compañero M. O. A., ambos militantes de "La Kolina" y relató los hechos en forma concordante con él. Ella se había sentado junto a la puerta del medio, al lado de la ventanilla, esperando que A. sacara boleto, y que vio cuando el colectivo embestía a las dos personas, recodando haber visto la cara de la segunda impactando contra el vidrio del colectivo.

Aunó que A. le gritaba al chofer "frená" pero éste no frenó, maniobró hacia la izquierda y fue cuando embistió a la segunda persona y que en el momento en que el colectivo tocaba el cordón de la plaza, el chofer se tiró o se cayó al piso de la unidad, dejando que el colectivo avanzara sólo, deteniéndose al impactar contra la reja. Finalmente refirió que A. logró abrir la última puerta y otro muchacho que viajaba en el colectivo, salió corriendo.

20. La versión de Alicia C. M. de fs. 706 y vta., la que relatara que se bajó del subte de la línea "A" en la Estación Perú y se dirigía a la Plaza de Mayo y lo último que recuerda es estar parada en una plazoleta ubicada entre la Catedral y la Plaza de Mayo, enterándose luego por comentarios de terceros y de su marido, de lo que había ocurrido.

21. Acta inicial de fs. 1/2.

22. Acta de detención de fs. 15.

23. Acta de lectura de derechos y garantías de fs. 20/4.

24. Acta de secuestro de fs. 33/5.

25. Acta de extracción de sangre de fs. 48.

26. Inventario de colectivo de fs. 10.

27. Consulta a la Dirección Nacional del registro de la Propiedad Automotor de fs. 55.

28. Nota de fs. 319 de la Oficina de Monitoreo Urbano.

29. Constancia actuarial de fs. 578.

30. Acta de entrega de colectivo de fs. 617.

31. Informe socio ambiental del encartado, obrante a fs. 8/10 de su legajo de identidad personal.

32. Informe médico legal del imputado de fs. 49.

33. Informes médicos legales de los damnificados obrantes a fs. 106, 324/6 y 329.

34. Constancias médicas de fs. 91, 111/121, 148, 169/292, 315, 341/344, 347/352, 355/540, 550/577, 601/2 y 648/9.

35. Informe pericial de fs. 144/7.

Thomson Reuters

36. Informes médicos forenses de fs. 714/277 y 730.

37. Croquis de fs. 32.

38. Contenido de los soportes ópticos de fs. 103, 146, 157, 305, 320, 541, 587 y 760.

39. Vistas fotográficas de fs. 3/9 y 36/44 de los autos principales.

Considerando:

Primero.

Llegado el momento en el cual el Tribunal evaluará los elementos probatorios conforme a la luz de la sana crítica, cabe afirmar que se encuentra perfectamente probada la intervención de L. M. S. C. en el evento delictivo materia de imputación y que fuera descripto más arriba.

El suceso precedentemente narrado se encuentra acreditado, en primer término, por los dichos de quienes resultaran ser damnificados del accionar de S. C., contando para ello con los testimonios que brindaran A. C. M., G. A., C. d. V. C., L. R., M. S. S., K. A. F., L. A. C., A. L. C. R., M. G. H. y N. J. A. B.

Los dichos de las víctimas, se encuentran a su vez corroborados por los de los testigos presenciales M. E. G., M. O. A., L. M. G., C. F. Q., D. E. L., P. A. M., V. M. C., A. L., S. R. D., C. O. P. y D. A. R.

Todo ello, a su vez, se ve reflejado en los daños que presentara el colectivo conducido por S. C., destacándose en particular las conclusiones del informe pericial mecánico de fs. 144 y vta., del que surge que "... Puesto en marcha su motor y revisada la dirección, recarga de aire de presión frenante es normal y no se detectó fuga del mismo por los circuitos, funcionan normalmente" (sic) y que "Los neumáticos se encuentran en buen estado respecto a los dibujos de las bandas de rodamiento".

A su vez, que: "... Al momento de la inspección el suelo se encontraba seco. La iluminación era natural y visibilidad buena. El tráfico en el lugar se encontraba regulado por semáforos."

Todo este cuadro probatorio permite afirmar que los resultados disvaliosos fueron producto de la conducta imprudente desplegada por el encausado, quien debió haber mantenido en todo momento el control del vehículo puesto a su cargo, ya que en su condición de conductor profesional, debió resguardar la seguridad de los pasajeros que transportaba, como la de los ocasionales transeúntes que circulaban por la vía pública y quedó demostrado que contrariamente a ello, desatendió la conducción del vehículo, el cual embistió a varias personas, y se arrojó al piso de la unidad en vez de encausar el colectivo, dejando que el mismo avanzara a la deriva y subiera a la vereda de la Plaza de Mayo, en donde embistió a varias personas, hasta detenerse por el impacto contra una reja.

Dicha maniobra fue claramente imprudente y violatoria del objetivo deber de cuidado puesto a su cargo, provocando así las lesiones que sufrieran los damnificados, quienes se hallaban trasponiendo la calle Bolívar o en la vereda de la Plaza, sin haber podido prever de ninguna forma el accionar del conductor.

Las lesiones enrostradas se encuentran constatadas por los informes médico legales, las constancias médicas y los informes médico forense de los damnificados, de los cuales se desprende que hubo damnificados que sufrieron lesiones de carácter grave y otros de carácter leve.

Que quienes sufrieron las lesiones mencionadas en primer término fueron Alicia C. M., quien tal como se desprende de fs. 91, 341/344, 347/352, 355/540 y 714/715 sufrió fractura expuesta de tobillo derecho, fractura de calcáneo izquierdo y hemorragia subaracnoidea, lesiones que la inutilizaron para el trabajo por un lapso mayor al mes.

A su vez, respecto de N. J. A. B., quien tal como surge a fs. 550/577 y 723 sufrió una perforación intestinal más una evisceración, por lo cual debió ser intervenida quirúrgicamente, lo cual la inutilizó para el trabajo por un tiempo mayor al mes.

Respecto de C. d. V. C., quien conforme a las actuaciones obrantes a fs. 315, 341/344, 347/352 y 724, padeció una fractura suprasindesmal de peroné, más lesión de ligamento interno motivo por el cual, se le debió colocar yeso en pie y pierna izquierda, lo cual la inutilizó para el trabajo por un plazo mayor al mes.

Por su parte, L. I. R., según se desprende de fs. 160/292, 347/352 y 726/727, sufrió de politraumatismo, traumatismo de cráneo, contusiones múltiples, neumotórax izquierdo, scalp en región frontal y fractura de tercera costilla izquierda, todo lo cual la inutilizó para realizar tareas laborales por un lapso mayor al mes.

Por otro lado, cabe destacar las lesiones de carácter leve sufridas por M. S. S., quien tal como luce a fs. 111/121 y 716/717, soportó traumatismo en miembro inferior izquierdo, lo que la inutilizó para el trabajo por un tiempo menor al mes.

Thomson Reuters

El mismo panorama presentaron las lesiones producidas a A. K. F., quien de conformidad con los resultados médicos obrantes a fs. 718 y 730, padeció de traumatismo de tobillo derecho, indicándose que las lesiones que sufrió la menor de edad le demandaron un tiempo de curación menor al mes.

Con relación a Alberto Luis Cabral, de las conclusiones médicas vertidas en el informe de fs. 719/720, surge que sufrió un hematoma a nivel de la cara lateral de la raíz de muslo derecho, lo que lo inutilizaron para sus labores por un lapso menor al mes.

Obra también el informe médico labrado respecto de A. L. C. R., quien tal como surge de fs. 329, 648/649 y 721, soportó traumatismo de muñeca izquierda y de hemipelvis izquierda, lo cual le demandó un tiempo de curación menor al mes.

Finalmente y respecto de M. A. G. H., surge de las constancias obrantes a fs. 324/326, 601/602 y 722, que padeció politraumatismo, traumatismo costal derecho, traumatismo en rodilla derecha, lo cual le requirió un plazo de inutilidad para el trabajo menor al mes.

Por todo lo expuesto, no existen dudas para este Tribunal al momento de fallar y corroborar lo consentido por las partes en el acta labrada de acuerdo a lo establecido en el artículo 431 bis del CPPN, y mediante la cual el imputado prestó debida conformidad sobre la existencia del suceso analizado y a su participación en el mismo, tal como fuera descripto en el requerimiento fiscal de elevación a juicio que luce agregado a fs. 788/791.

Segundo.

Calificación legal:

La conducta desplegada por L. M. S. C. resulta constitutiva de los delitos de lesiones graves culposas agravadas por la conducción imprudente en concurso ideal con lesiones culposas leves y el nombrado es su autor (artículos 45, 54, y 94 segundo párrafo en función del art. 84 del CP).

Ello es así, por cuanto quedó acreditado en autos que como consecuencia de su imprudencia en el manejo del colectivo de la línea 91, dominio ..., que se tradujo en violar el deber objetivo de cuidado al circular por la vía pública sin la prevención necesaria, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito, en infracción al art. 5.2.1 de la ley 2148, perdió el dominio del mismo, iniciando en la calle Bolívar un derrotero descontrolado que finalizó en el interior de la Plaza de Mayo, lugar donde frenó debido a la existencia de una reja que le impidió continuar la marcha.

A raíz de ello, resultaron embestidos los damnificados M., A. B., C. d. V. C. y L. R., quienes de conformidad a los informes médicos detallados en el acápite anterior, sufrieran lesiones graves.

Con relación a las restantes víctimas, según obran en los respectivos informes, fue constatado que M. S. S., A. K. F., A. L. C., A. L. C. R. y M. A. G. H., padecieron lesiones de carácter leve.

Ambos delitos concurren en forma ideal por tratarse de una unidad de acción.

Tercero.

La sanción a imponer:

A los efectos de graduar la sanción a imponer, se tendrán en cuenta las pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del CP, por lo que se considerarán como atenuantes la naturaleza de los sucesos investigados, su modalidad y consecuencias, como así también las condiciones personales del inculpado, entre las que se destaca su escaso nivel de instrucción, siendo que cursó hasta primer año del secundario y luego abandonó sus estudios, que pertenece a un nivel económico de clase trabajadora, que se encuentra casado y tiene dos hijas, siendo el sostén del hogar, que ingresó al país en el año 1998 y carece de todo tipo de antecedentes penales, y que trabajó en la línea de colectivos 91 por más de veinte años.

Como agravantes señalo la imprudencia demostrada en el manejo de un transporte público al circular sin el cuidado y la prevención necesaria requeridos, a pesar de tratarse de un conductor profesional, siendo que al perder el control de la unidad se arrojó al piso en lugar de intentar encausar el vehículo, como así también el elevado número de víctimas.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera oportuna y justa la pena acordada por las partes en el acta de fs. 902, razón por la cual habrá de imponérsele a L. M. S. C. la pena de tres años de prisión.

Con relación a la modalidad del cumplimiento de la pena a imponer, la misma será dejada en suspenso en atención a la carencia de antecedentes de S. C.

Asimismo se le impondrá a S. C. por el término de tres años, la obligación de fijar domicilio y someterse al cuidado de la Dirección de Control y Asistencia a la Ejecución Penal (art. 27 bis inc. 1° del CP), como así también, de realizar el curso de reeducación para el correcto uso de la vía pública desarrollado por la Comisión Nacional del Tránsito y la Seguridad Vial

Thomson Reuters

con la asistencia técnica de la Agencia Nacional de Seguridad Vial.

Cuarto.

Multa:

Así también, entiendo que conforme a la propuesta presentada por las partes a fs. 92, resulta adecuado en virtud de la cantidad de víctimas lesionadas que el encartado abone la multa de quince mil pesos ($15.000) de conformidad con lo establecido en el art. 94 del CP.

Quinto:

Inhabilitación:

En idéntico sentido, el Tribunal considera oportuna y justa la inhabilitación especial pactada por las partes en el acta que obra a fs. 92, en virtud de lo cual, se le impondrá a S. C. una inhabilitación especial para conducir vehículos por el plazo de cuatro años (art. 94 del CP).

Sexto:

Costas:

En atención al resultado del proceso, corresponderá intimar al nombrado para que dentro del quinto día de que quede firme la presente abone la suma de mil quinientos pesos ($1500) en concepto de reposición de la Tasa de Justicia, bajo apercibimiento de aplicar el 50% de la misma en caso de no hacerlo.

Por ello, y en mérito al correspondiente acuerdo, y de conformidad con lo establecido en los artículos 399, 403, 431 bis, 530 y 531 del CPPN, el suscripto resuelve: I. Condenar a L. M. S. C., de las demás condiciones personales mencionadas, por resultar autor penalmente responsable del delito de lesiones graves culposas agravadas por la conducción imprudente en concurso ideal con lesiones culposas leves, en calidad de autor, a la pena de tres años de prisión en suspenso, costas, multa de $15.000 e inhabilitación especial para conducir vehículos por el plazo de cuatro años (arts. 26, 29 inc. 3°, 45, 54, 94 segundo párrafo en función del art. 84 segundo párrafo del CP). II. Establecer las siguientes reglas de conducta que deberá cumplir L. M. S. C., por el plazo de tres años: a) fijar residencia, b) someterse al cuidado de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal, y c) cumplir con el curso de reeducación para el correcto uso de la vía pública desarrollado por la Comisión Nacional del Tránsito y la Seguridad Vial con la asistencia técnica de la Agencia Nacional de Seguridad Vial (art. 27 bis inc. 1° del CP). III. Intimar a Luis M. S. C. a que, dentro del quinto día de quedar firme la presente, abone la suma de mil quinientos pesos ($1500) en concepto de reposición de Tasa de Justicia, bajo apercibimiento de aplicarle el 50% de multa en caso de no hacerlo. Insértese, hágase saber a las partes y cúmplase. Comuníquese el resultado de la presente a la Dirección Nacional de Migraciones (Oficina de Extranjeros Judicializados), a la Policía Federal, al Registro Nacional de Reincidencia y al Juzgado de instrucción que previno, y oportunamente, archívese. — *Diego Leif Guardia*.

Thomson Reuters

AUTORIZACIÓN DE TRASLADO EN CONTEXTO DE PANDEMIA

Hábeas corpus destinado a obtener autorización para trasladarse a la costa atlántica. Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020. Prevención de la circulación social del COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública. Aislamiento obligatorio. Rechazo de la demanda.

1. — La acción de hábeas corpus destinada a obtener autorización para trasladarse a la costa atlántica en un vehículo propio de los accionantes estando vigente el aislamiento obligatorio dispuesto por el DNU 297/2020 debe rechazarse, pues no existe un acto u omisión de la autoridad pública de los contemplados en el art. 3 de la ley 23.098 que admita su procedencia.

2. — La finalidad del DNU 297/2020 es prevenir la circulación social del COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública, con impacto fundamental en el derecho a la vida y a la integridad física, sin que puedan admitirse otras excepciones a las previstas en esa norma o en aquellas relacionadas que fueron emitidas con posterioridad.

CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22/03/2020. - D. S., M. s/ hábeas corpus.

[Cita on line: AR/JUR/3384/2020]

Causa 7991/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 22 de 2020.

Considerando:

Tal como se desprende claramente del artículo 2 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, dictado el pasado jueves 19 del corriente, todos los ciudadanos "deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la media dispuesta".

En virtud de ello, siendo la finalidad de la medida de excepción la de prevenir la circulación social del COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública, con impacto fundamental en el derecho a la vida y a la integridad física, no pueden admitirse otras excepciones a las previstas en la propia norma o en aquellas relacionadas que fueron emitidas con posterioridad.

Las particulares circunstancias invocadas encuentran solución en el texto cuestionado, que por otra parte no lo está por su legitimidad o adecuación al orden jurídico vigente, reconocido por los propios accionantes, sino solamente por las consecuencias sobre esas especiales circunstancias que explican en su presentación.

Adviértase que al momento de ser declarado como una pandemia, con fecha 11 del corriente, el coronavirus había provocado 118.554 infectados y 4281 muertos, y se había extendido por 110 países. Mientras que al día de dictarse la presente resolución, el número de infectados se ha casi triplicado y el de fallecidos se ha casi cuatriplicado. Ello, por si solo demuestra, la velocidad de su propagación.

Al mismo tiempo, debe considerarse que la única medida cuya eficacia ha quedado demostrada para reducir el impacto de la pandemia es el aislamiento preventivo, que en distintos países se ha implementado tardíamente con las consecuencias que se conocen. La anticipación de esta restricción por parte del Estado Argentino hace suponer, y así es de desear, que el número de personas afectadas se reduzca o, cuanto menos, se ralentice de forma tal de evitar un colapso del sistema sanitario y así poder salvar mayor cantidad de enfermos que requieran de asistencia crítica.

Si con la severa medida adoptada se pretende reducir al máximo la circulación de personas, para protección propia y de terceros, estableciendo claramente dónde deben permanecer los ciudadanos hasta el cese de la misma, no pueden admitirse excepciones más allá de las expresamente previstas, de modo que la acción intentada por los accionantes no resulta la idónea para atender a sus necesidades personales, tal como señala con acierto el Magistrado interviniente.

Por todo lo expuesto, no existiendo un acto u omisión de la autoridad pública de los contemplados en el artículo 3 de la Ley 23.098 que admita su procedencia, corresponde confirmar la resolución de la primera instancia en cuanto rechaza la acción intentada.

Por ello, el Tribunal resuelve: Confirmar el pronunciamiento del día de hoy que rechaza la acción de habeas corpus interpuesta por D. S. y M. D. S. Tómese razón y notifíquese a la casilla de correo xxx@xxx — *Fernando Bosch. — Elizabeth Marum. — Marcelo Vázquez.*

Thomson Reuters

CONSTITUCIONALIDAD DEL AISLAMIENTO EN INSTITUCIONES EXTRAHOSPITALARIAS

Hombre que ingresó desde la República Federativa del Brasil y fue obligado a permanecer en un hotel a los fines del aislamiento social obligatorio dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional por dec. 297/2020. Planteo de inconstitucionalidad del "Protocolo de Manejos de Individuos provenientes del exterior asintomáticos: aislamiento en instituciones extrahospitalarias". Hábeas corpus. Rechazo. Intervención al programa "Mayores Cuidados".

1. — La acción de habeas corpus intentada por un hombre que ingresó al país desde la República Federativa del Brasil a los fines de poder cuidar a su madre anciana en virtud de la pandemia por COVID- 19, pero fue confinado en un hotel a los fines del aislamiento social obligatorio dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional por dec. 297/2020, debe rechazarse —en el caso, se dio intervención al programa "Mayores Cuidados"—, en tanto no existe un acto u omisión de la autoridad pública de los contemplados en el art. 3º de la ley 23.098 que aconseje habilitar la apertura de la acción incoada.

2. — Las severas medidas adoptadas por el DNU 297/2020 pretenden reducir al máximo la circulación de personas, para protección propia y de terceros; y en este sentido la pretendida excepción del accionante, quien ingresó al país desde la República Federativa del Brasil a los fines de poder cuidar a su madre anciana, no dejaría a salvo a esta de verse en un futuro afectada por el virus pandémico, tratándose en el caso de una persona que se enmarca en los grupos de riesgo y que tomaría contacto con su hijo, quien procede de un país catalogado como "de riesgo" y con solo dos días de estadía en CABA, pese a los controles médicos que se le efectúen.

3. — La finalidad de la medida de excepción prevista por el DNU 297/2020 es la de prevenir la circulación social del COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública, con impacto fundamental en el derecho a la vida y a la integridad física, razón por la cual no pueden admitirse otras excepciones a las previstas en la propia norma o en aquellas relacionadas que fueron emitidas con posterioridad.

4. — En relación con un pedido de inconstitucionalidad del DNU 297/2020 en el marco de una presentación de habeas corpus debe tenerse en cuenta que la medida dispuesta tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública, no solo del afectado en forma directa, sino de los terceros con los que tenga contacto en caso de ser afectado por el COVID- 19.

CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala de Turno, 28/03/2020. - Causa N° 8035/2020-0 s/ Hábeas corpus.

[Cita on line: AR/JUR/5518/2020]

Causa N° 8035/2020-0

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 28 de 2020.

Vistos:

Motiva la intervención de la Alzada la elevación en consulta del presente legajo realizada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas N° 31 a los fines previstos por el art. 10 de la ley 23.098. La titular de dicha sede rechazó la acción de *Habeas Corpus* interpuesta por el Dr. E. S. Z., en favor del Sr. A. M. P. D P, titular del DNI ... remitida a dicha sede vía mail a la vez que no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del "Protocolo de Manejos de Individuos provenientes del exterior asintomáticos: aislamiento en instituciones extrahospitalarias", dictado por el Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires que también fuera solicitada por el peticionante. Por otro lado ordenó dar inmediata intervención al programa "Mayores Cuidados" dependiente de la Secretaría de Atención Ciudadana del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que mediante la red colaborativa brinde una adecuada atención y seguimiento a la Sra. M. L. P.

En prieta síntesis, la judicante mencionó que el abogado relató que el día 25 de marzo de 2020 el Sr. A. M. P. d P. arribó desde la República Federativa del Brasil, donde reside de manera permanente desde el año 1994, más específicamente en la Ciudad de San Pablo, a los fines de poder cuidar a su madre de 89 años de edad, Sra. M. L. P. d P., quien necesita asistencia y cuidado permanente debido a la pandemia decretada por la Organización Mundial de la Salud por el virus denominado COVID 19 y tratándose de una persona perteneciente a los denominados grupos de riesgo. Que la decisión de viajar a la República Argentina la tomó a los fines de cuidarla y procurarle lo necesario para atender sus necesidades básicas alimentarias, médicas, etc., ya que posee dificultades para movilizarse por sus propios medios, con las restricciones a la movilidad impuestas por el Decreto del Poder Ejecutivo de la Nación 297/2020. Aclaró que la madre de su representado no cuenta con nadie más ya que es viuda y éste es hijo único. Señaló que al arri-

Thomson Reuters

bar al aeropuerto Internacional Ministro Pistarini de Ezeiza, el accionante denunció el domicilio en el que vive su madre sito en el ámbito de la CABA, por lo que, en virtud del protocolo establecido por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue confinado en un hotel a los fines del aislamiento social obligatorio dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto mencionado.

También agregó que la acción interpuesta resultaba procedente en función del art. 3 de la Ley 23.098, en cuanto contempla la "limitación de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente". Expresó que al Sr. M. no se lo había notificado de los motivos de su detención, ni la autoridad que la había ordenado, ni poseía información alguna de la existencia de causal de confinamiento, lo que denotaba la ilegitimidad de su detención. Agregó que aún dentro del protocolo que habría servido de motivo para su aislamiento en el hotel mencionado, no existía constancia escrita de los motivos de la restricción de su libertad ambulatoria. Tampoco se le había realizado examen médico alguno.

Consideró inconstitucional el protocolo en cuestión, ya que su aplicación resultaba arbitraria e irrazonable por ausencia de motivos y por gozar el Sr. M. de buenas condiciones de salud y ausencia de síntomas y que además resultaba contrario a los fines del decreto mismo al impedir la circulación de una persona exceptuada del aislamiento conf. art. 5° Dto. 297/2020. Mencionó que también era derecho de la Sra. P vivir con dignidad en la vejez, por lo que las medidas de aislamiento que ella misma debía cumplir en su domicilio requerían de la presencia y asistencia de su hijo. Por ese motivo entendía que el protocolo violaba el principio de razonabilidad previsto en el art. 28 de la Constitución Nacional y que excedía las facultades del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional, restringiendo garantías individuales.

También adujo que dicho protocolo implicaba un trato discriminatorio tanto para el Sr. M. como para la Sra. P., quienes en caso de residir en la Provincia de Buenos Aires no tendrían tal limitación, pudiendo cumplir el aislamiento en su domicilio, violándose el derecho a la igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional. Asimismo consideró avasallado el art. 14 CN pues si bien los derechos allí contemplados pueden ser limitados, como con el caso del Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, el gravamen que imponía el protocolo impedía de manera irrazonable el goce por parte de la Sra. P. de los derechos a la asistencia de su vejez.

Finalmente, indicó que en el caso de que la Sra. Jueza accediera al presente *habeas corpus*, su asistido cumpliría de manera irrestricta con el aislamiento obligatorio, y se sometería a los controles médicos y sanitarios que la autoridad dispusiera, pero de forma tal que el cuidado de la salud pública en general no impidiera de manera irrazonable el cuidado y asistencia de la salud de una persona mayor. Solicitó el cese de manera inmediata del confinamiento al que se encuentra sometido el Sr. M. en el Hotel Impala por supuesta disposición del Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires.

La *a quo* rechazó la vía interpuesta por el Dr. Z., en favor de su representado por entender que los hechos que fundan su petición no guardan relación con las prescripciones del artículo 3 de la Ley 23.098, ya que consideró que "el Sr. M. P. no se encuentra detenido como se sostiene en la presentación, sino que ha sido objeto, como todos aquellas personas que ingresaron al país procedentes de países en riesgo por el número de casos COVID 19, a someterse al aislamiento preventivo social y obligatorio a los fines de evitar la propagación de dicha pandemia en todo el territorio nacional, circunstancia por la que entiendo que, si bien resulta loable que aquél se trasladara desde su país de residencia con destino final hacia el domicilio de su madre, sito en el ámbito de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los fines de cuidar de su progenitora por ser una persona de edad mayor y encontrarse dentro de aquellos agrupados considerados por la Organización Mundial de la Salud como 'personas de riesgo', la circunstancia mencionada no dejaría a salvo a su madre de verse en un futuro afectada por el virus que nos aqueja ya que al tomar contacto con su hijo, el Sr. M., quien procede de un país catalogado como 'de riesgo' y con solo dos días de estadía en esta ciudad, podría, pese a los controles médicos que se le efectúen, asegurar que aquél pudiera infectar a su madre con el riesgo que ello atraería aparejado por encontrarse ella dentro del grupo de riesgo". Concluyó que "las medidas de aislamiento dispuestas mediante el protocolo de referencia han sido dictadas en forma razonable a fin de evitar la propagación de la pandemia y resultan proporcionadas debido a ser las únicas al alcance para lograr tal fin".

No obstante rechazar la acción promovida, dispuso que por medio del programa "Mayores Cuidados" dependiente de la Secretaría de Atención Ciudadana del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se diera inmediata intervención a la red colaborativa para que se le brinde una adecuada atención y seguimiento a la Sra. M. L. P.

En relación al pedido de inconstitucionalidad del "Protocolo de Manejo de individuos provenientes del exterior asintomáticos", consideró, con cita en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la tacha constituye el último recurso al que se debe apelar por ser una decisión de gravedad institucional a la cual debe

Thomson Reuters

recurrirse en caso de no poder interpretarse la norma de otra forma.

Seguidamente analizó el fundamento del Protocolo y dijo "que el Poder Ejecutivo Nacional ha dispuesto en el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 en su 'Artículo 1°.- A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida e 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica".

Tuvo en cuenta que "este decreto fue dictado en función de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS)" y que "el Artículo 2 del mencionado DNU establece que Durante la vigencia del 'aislamiento social, preventivo y obligatorio', las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1°, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos y en su Artículo 3°.- El Ministerio de Seguridad dispondrá controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para garantizar el cumplimiento del 'aislamiento social, preventivo y obligatorio', de las normas vigentes dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias. Las autoridades de las demás jurisdicciones y organismos del sector público nacional, en el ámbito de sus competencias, y en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispondrán procedimientos de fiscalización con la misma finalidad".

De la situación descripta la Magistrada concluyó que "el aislamiento preventivo que fuera dispuesto respecto del Sr. M., que no constituye técnicamente una detención como señalara el accionante, pero sí una restricción a su libertad ambulatoria consagrada constitucionalmente (Art. 14 de la CN) ... tiene fundamento en el decreto presidencial citado y más precisamente en la exposición de sus motivos" y que "el aislamiento social, preventivo y obligatorio al cual está siendo sometido el Sr. M. es el único medio con el que se cuenta a fin de impedir la propagación de la pandemia y preservar el derecho a la salud pública y que esta preservación no se torne ilusoria para los habitantes".

Considerando:

Compartimos el temperamento adoptado por la Jueza.

Ya hemos dicho en un caso similar (Causa 7991/2020 Habeas corpus) pero con relación al artículo 2 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, que la finalidad de la medida de excepción es la de prevenir la circulación social del COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública, con impacto fundamental en el derecho a la vida y a la integridad física, razón por la cual no pueden admitirse otras excepciones a las previstas en la propia norma o en aquellas relacionadas que fueron emitidas con posterioridad.

También advertimos que al momento de ser declarado como una pandemia, con fecha 11 del corriente, el coronavirus había provocado 118.554 infectados y 4281 muertos, y se había extendido por 110 países, mientras que pocos días después el número de infectados y fallecidos se había casi triplicado. Cabe aclarar que dicha cifra se ve hoy largamente superada y aumenta día tras día.

Asimismo consideramos que la única medida cuya eficacia ha quedado demostrada para reducir el impacto de la pandemia es el aislamiento preventivo, que en distintos países se ha implementado tardíamente con las consecuencias que se conocen. La anticipación de esta restricción hace suponer, y así es de desear, que el número de personas afectadas se reduzca o, cuanto menos, se ralentice de forma tal de evitar un colapso del sistema sanitario y así poder salvar mayor cantidad de enfermos que requieran de asistencia crítica.

Tal como mencionó la Dra. S. P., las medidas de aislamiento dispuestas mediante el protocolo aquí cuestionado han sido dictadas "en forma razonable a fin de evitar la propagación de la pandemia y resultan proporcionadas debido a ser las únicas al alcance para lograr tal fin".

En este sentido, en relación a un pedido de inconstitucionalidad del DNU 297/2020 en el marco de una presentación de habeas corpus se ha dicho que "... la

Thomson Reuters

medida dispuesta tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública, no sólo del afectado en forma directa —como podría serlo el accionante—, sino de los terceros con los que se tenga contacto en caso de ser afectado por el COVID-19" (Sentencia del 21/03/2020 de la Sala de Habeas Corpus de la Cámara Nac. De Apel. En lo Criminal y Correccional, Capital Federal, CABA. Magistrados Pociello Argerich - Pinto. SAIJ: FA20060000).

Las severas medidas adoptadas pretenden reducir al máximo la circulación de personas, para protección propia y de terceros y en este sentido la pretendida excepción del accionante, tal como observó la Magistrada, "no dejaría a salvo a su madre de verse en un futuro afectada por el virus que nos aqueja" tratándose en el caso de una persona que se enmarca en los grupos de riesgo y que tomaría contacto con su hijo, el Sr. M., quien procede de un país catalogado como "de riesgo" y con solo dos días de estadía en esta ciudad, pese a los controles médicos que se le efectúen.

A su vez, las circunstancias que atravesaría la Sra. M. L. P. invocadas por el presentante, se encontrarían atendidas con la decisión de la juez de grado de dar intervención al programa "Mayores Cuidados" dependiente de la Secretaría de Atención Ciudadana del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que mediante la red colaborativa brinde una adecuada atención y seguimiento a la mencionada.

Bajo este panorama, no existiendo un acto u omisión de la autoridad pública de los contemplados en el artículo 3 de la Ley 23.098 que aconseje habilitar la apertura de la acción incoada, corresponde confirmar en todos sus términos la resolución de la primera instancia.

Por ello, el Tribunal; resuelve: Confirmar el pronunciamiento del día 27 de marzo de 2020 en cuanto decidió: "I. Rechazar la presente acción de *habeas corpus* interpuesta por el Dr. E. S. Z., en favor del Sr. A. M. P., titular del DNI ... Sin costas (arts. 10 y 23 de la Ley 23.098); II. Dar inmediata intervención al programa 'Mayores Cuidados' dependiente de la Secretaría de Atención Ciudadana del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que mediante la red colaborativa brinde una adecuada atención y seguimiento a la Sra. M. L. P.; III. No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del 'Protocolo de Manejos de Individuos provenientes del exterior asintomáticos: aislamiento en instituciones extrahospitalarias', dictado por el Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires". Notifíquese al presentante. — *Fernando Bosch.* — *Elizabeth Marum.* — *Marcelo Vázquez.*

AISLAMIENTO EN ALOJAMIENTOS EXTRAHOSPITALARIOS

Razonabilidad del "Protocolo de manejo de individuos provenientes del exterior asintomáticos: Aislamiento en alojamientos extrahospitalarios". Coronavirus COVID-19.

1. — No quedan dudas de que el "Protocolo de manejo de individuos provenientes del exterior asintomáticos: Aislamiento en alojamientos extrahospitalarios" no resulta irrazonable, que la situación descripta por el accionante se encuentra contemplada en el punto 3.2 de la citada normativa, que se encuentra cursando el séptimo día de aislamiento de los catorce fijados por la autoridad sanitaria como ciclo de incubación y que, por tanto, no existiendo un acto u omisión de la autoridad pública de los contemplados en el art. 3 de la Ley 23.098 que aconseje habilitar la apertura de la acción incoada, corresponde confirmar en todos sus términos la resolución de la primera instancia.

2. — Las medidas preventivas contempladas en el "Protocolo de manejo de individuos provenientes del exterior asintomáticos: Aislamiento en alojamientos extrahospitalarios" se ajustan al objetivo establecido en los DNU 260/2020 y 297/2020, y son complementarias y aún más necesarias en tanto esta jurisdicción —CABA—, por sus características, es una de las de mayor impacto y posible verificación de un número superior de casos positivos y/o de circulación local del virus.

CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala de Turno, 31/03/2020. - Causa n° 8054/2020-0.

[Cita on line: AR/JUR/6639/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 31 de 2020.

Vistos:

Que se recibió en la casilla de correo electrónico del juzgado de primera instancia, un escrito del Dr. M. J. B. (Tomo ... Folio ...), mediante el cual interpuso una acción de hábeas corpus y amparo contra el GCBA en favor de A. Z. B. y de L. B.

En su presentación sostuvo que sus asistidos habían sido detenidos de manera ilegítima y arbitraria al regresar del exterior y que se encontraban en la actualidad alojados en el Hotel ..., habitación ..., ubicado en la calle ..... de la CABA.

Thomson Reuters

El Dr. B. agregó que las personas que habrían colocado a sus representados en esa situación habían manifestado que eran agentes del GCBA y que habían invocado para disponer tal medida el "Protocolo de manejo de individuos provenientes del exterior asintomáticos: Aislamiento en alojamientos extrahospitalarios", el cual había sido dictado por el Subsecretario de Planificación Sanitaria y Gestión en Red" del Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires.

En oportunidad de referenciar los hechos en cuestión, el accionante explicó que Z. B. y B., habían arribado al aeropuerto de Ezeiza, a las 21.30 horas del 24/03/2020, en un vuelo (QR 837 BKK y DOH-EZE 733) que se había iniciado en Tailandia, que había tenido una escala en Qatar y otra escala meramente técnica en San Pablo (Brasil). Si bien esta escala estaba planeada como una escala técnica donde nadie ascendería al avión, como consecuencia de las cancelaciones de los vuelos, subieron algunas personas con destino Buenos Aires. En lo sustancial explicó que luego de completar el trámite migratorio, finalmente los derivaron al hotel antes indicado bajo estricta custodia policial. Allí apareció un señor que dijo ser L. G. e invocó ser funcionario del GCBA, quien sin dar más detalles respecto de su cargo, les envío desde su correo personal el protocolo referido.

Manifestó también el presentante que debe tenerse presente que de acuerdo con lo prescripto por el art. 18 de la Constitución Nacional nadie puede ser privado de su libertad sino mediante una sentencia dictada por un juez competente y que si bien es cierto que existen diversas excepciones a ese principio, tales como la prisión preventiva y delitos cometidos en flagrancia, la privación de la libertad de una persona debe ser una medida de última ratio y siempre debe darse intervención a un juez competente cuando hay un detenido sin orden judicial, lo cual no sucedió en el caso.

Agregó que es evidente que ante situaciones graves las distintas autoridades nacionales y provinciales (en ese sentido la CABA actúa como una provincia) pueden disponer de medidas que restrinjan la libertad de las personas. Sin embargo, para que esas normas sean válidas deben resistir el *test* de razonabilidad. Uno podrá o no compartir la estrategia del Decreto 297/2020 que dispuso el "aislamiento social obligatorio", pero es claro que la misma se encuentra dentro del margen de razonabilidad, ya que se ordena que el aislamiento sea efectuado en el domicilio habitual de las personas (art. 2) y existen diversas excepciones para su cumplimiento. Pero ello no es lo que ocurre en el caso.

En segundo orden hizo notar que había sido dictado por un funcionario no habilitado para ello, esto es, por un subsecretario del gobierno local. Su primera versión fue aprobada por el Ministro de Salud de la CABA mediante Resolución 782/MSGC/20, pero no las posteriores. No lo suscribe un funcionario del gobierno nacional sino que se trata de un procedimiento que permite arrestar personas establecido por un simple subsecretario de la ciudad de Buenos Aires, con una delegación que le hace el ministro de ese ramo. Es evidente que no tiene ninguna facultad legal o constitucional para ordenar la privación de la libertad de las personas.

Por otra parte señaló además que el instrumento era irrazonable pues no resulta razonable que la única medida contra los argentinos que regresan a sus hogares desde el exterior se les imponga la reclusión en la pieza de un hotel, hasta tanto se auto-diagnostiquen síntomas de COVID-19, y también que había sido mal aplicado en el caso de Z. B. y B, fundamentando el argumento en que la circunstancia de que en San Pablo hubieran subido algunos pasajeros con destino a nuestro país no podía transformar al vuelo en uno de "repatriación masiva" de individuos.

Finalmente, con sustento en los arts. 14, 18 y 43 CN y art. 14 CCABA, ley nacional 23.098 y ley local 2145, expresó su petición de que Z. B. y B. fueran liberados y que pudieran cumplir el aislamiento obligatorio en su hogar ubicado en esta ciudad o en una vivienda que poseen en la Provincia de Buenos Aires. De igual modo, solicitó de manera alternativa que se los sometiera a un *test* para determinar si eran portadores del COVID-19 y que en caso negativo se les permitiera trasladarse a su hogar.

El Juez de primera instancia rechazó la vía y elevó las actuaciones a la alzada en consulta, conforme lo dispuesto en el art. 10 de la ley 23.098.

Considerando:

Con respecto a la razonabilidad del protocolo, ya nos hemos expedido en la causa resuelta recientemente (nro. 8035/2020 s/ hábeas corpus, 28/03/2020, Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala de Turno, Dres. Fernando Bosch, Elizabeth Marum y Marcelo Vázquez —registro de sentencias N° 275—).

En efecto, en el mentado precedente también recordamos lo referido por los suscriptos en un caso similar (Causa 7991/2020 Habeas Corpus) pero con relación al artículo 2 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, en punto a que la finalidad de la medida de excepción es la de prevenir la circulación social del COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública, con impacto fundamental en el derecho a la vida y a la integridad física, razón por la cual no pueden admitirse otras excepciones a las previstas en la propia norma

Thomson Reuters

o en aquellas relacionadas que fueron emitidas con posterioridad.

También advertimos que al momento de ser declarado como una pandemia, con fecha 11 del corriente, el coronavirus había provocado 118.554 infectados y 4281 muertos, y se había extendido por 110 países, mientras que pocos días después el número de infectados y fallecidos se había casi triplicado. Cabe aclarar que dicha cifra se ve hoy largamente superada y aumenta día tras día.

Asimismo consideramos que la única medida cuya eficacia ha quedado demostrada para reducir el impacto de la pandemia es el aislamiento preventivo, que en distintos países se ha implementado tardíamente con las consecuencias que se conocen. La anticipación de esta restricción hace suponer, y así es de desear, que el número de personas afectadas se reduzca o, cuanto menos, se ralentice de forma tal de evitar un colapso del sistema sanitario y así poder salvar mayor cantidad de enfermos que requieran de asistencia crítica.

En el mismo sentido se ha dicho ya, en relación a un pedido de inconstitucionalidad del DNU 297/2020 en el marco de una presentación de habeas corpus, que "... la medida dispuesta tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública, no sólo del afectado en forma directa —como podría serlo el accionante—, sino de los terceros con los que se tenga contacto en caso de ser afectado por el COVID-19" (Sentencia del 21/03/2020 de la Sala de Habeas Corpus de la Cámara Nac. De Apel. En lo Criminal y Correccional, Capital Federal, CABA. Magistrados Pociello Argerich - Pinto. SAIJ: FA20060000).

Las medidas preventivas contempladas en el Protocolo se ajustan al objetivo establecido en los DNU 260/2020 y 297/2020, y son complementarias y aún más necesarias en tanto esta jurisdicción, por sus características, es una de las de mayor impacto y posible verificación de un número superior de casos positivos y/o de circulación local del virus.

Es así que, si bien severas, tienen por finalidad reducir al máximo la circulación de personas para lograr una mayor protección propia y de terceros y en este sentido la pretendida excepción no puede prosperar.

Tal como sostuvo el Magistrado interviniente, "... es indudable que el aislamiento admite diferentes graduaciones que se corresponden con el distinto riesgo de propagación del virus que pueden presentar las personas según los parámetros que han establecido los expertos y en consecuencia han recogido las autoridades gubernamentales nacionales y complementado las locales en el ámbito de sus competencias (DNU 260/PEN/2020, Ley 27.541, Decreto 1/20, Resolución 782/MSGC/20 y Protocolo de manejo de individuos provenientes del exterior asintomáticos: aislamiento en alojamientos extrahospitalarios). Es evidente que es más restrictivo el aislamiento que se cumple en un cuarto de hotel que el que se lleva a cabo en el propio hogar en la mayoría de los casos de una manera más cómoda y con la posibilidad de salir, por ejemplo, para comprar medicamentos y alimentos. Sin embargo esa diferencia que además es temporal (por catorce días) no es arbitraria pues se aplica respecto de quienes presentan un mayor riesgo de propagación del virus por encontrarse en alguna de las situaciones que aparecen previstas en el protocolo. Es indudable que quienes han compartido algunas horas de viaje en avión con otras personas que ascendieron al mismo en San Pablo, Brasil, es decir, en una ciudad de un país de alto riesgo, presentan un mayor riesgo de propagación de la enfermedad, que es lo que justifica que temporariamente deban soportan una restricción de mayor entidad. Es cierto que el vuelo no provenía originalmente de San Pablo (ciudad en la que subieron nuevos pasajeros), sin embargo, en el marco de la repatriación de residentes argentinos a quienes la pandemia sorprendió en el exterior, esa circunstancia fue la que efectivamente aconteció y eso es lo que importa para entender razonable que los señores Z. B. y B. deban cumplir los días que les restan de aislamiento en un cuarto de hotel. A todo evento, cabe indicar, que la situación de los nombrados encuadra, sin margen de duda, en el supuesto estipulado en el punto 3.2 del protocolo de marras".

Bajo este panorama, no quedan dudas de que el protocolo no resulta irrazonable, que la situación descripta por los accionantes se encuentra contemplada en el punto 3.2 de la citada normativa, que éstos se encuentran cursando el séptimo día de aislamiento de los catorce fijados por la autoridad sanitaria como ciclo de incubación y que, por tanto, no existiendo un acto u omisión de la autoridad pública de los contemplados en el artículo 3 de la Ley 23.098 que aconseje habilitar la apertura de la acción incoada, corresponde confirmar en todos sus términos la resolución de la primera instancia.

Por ello, el Tribunal resuelve: Confirmar el pronunciamiento en cuanto dispone: Rechazar la presente acción de hábeas corpus interpuesta por el Dr. M. J. B. (T° ... F° ...), en favor de A. Z. B. (DNI ...) y de L. B. (DNI ...) —art. 3 "a contrario sensu" y 10 de la ley 23.098 y 15 CCABA—. Notifíquese al presentante. — *Fernando Bosch. — Elizabeth Marum. — Marcelo Vázquez.*

Thomson Reuters

DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR

Condena por el delito previsto en el art. 1 de la ley 13.944. Hecho cometido en un contexto de violencia de género, a través de la modalidad de violencia económica y en violación a los derechos garantizados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

1. — Se encuentra acreditado e incluso reconocido por el progenitor imputado que durante casi ocho años, hasta que el nombrado tomó conocimiento de la existencia de la penal, perdió todo tipo de contacto por propia voluntad con la niña, ni siquiera supo si su hija estaba viva, con lo cual no sólo se sustrajo de efectuar un mínimo aporte para cubrir los medios indispensables para la subsistencia de la niña, sino que tampoco supo si efectivamente dichos medios indispensables estaban siendo cubiertos, configurándose el tipo penal previsto en el art. 1 de la ley 13.944.

2. — La conducta del progenitor de sustraerse de prestar los medios indispensables para la subsistencia de su hija no sólo generó un peligro real de carencia de dichos medios con relación a la niña, sino que además, afectó directamente a la progenitora, ya que la puso en una clara situación de desventaja. Por ello, al analizar el encuadre legal de la conducta imputada, debe necesariamente tenerse en cuenta las normas referidas de protección integral de las mujeres, además del tipo penal previsto en el art. 1 de la ley 13.944.

3. — El comportamiento del acusado implicó violencia cuanto menos económica contra la madre de su hija, en tanto se tradujo en un efectivo daño económico, aunque también emocional sobre la nombrada, pues la privó como mujer autónoma de diseñar y decidir libremente su plan de vida sin las limitaciones económicas durante ocho años, al tener que garantizar ella sola la subsistencia de la hija que tienen en común. En virtud de lo expuesto, corresponde afirmar que el hecho enunciado tuvo lugar en un contexto de violencia de género, en su modalidad de violencia económica, y que encuadra típicamente en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, previsto por el art. 1º de la ley 13.944.

JContravencional Penal y de Faltas Nro. 10, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27/12/2019. - XXX s/ art. 1 de la ley 13.944, CP.

[Cita on line: AR/JUR/61229/2019]

1ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 27 de 2019.

Antecedentes:

El señor ... fue sometido a juicio en este caso en virtud del requerimiento de juicio presentado por la Fiscal a cargo de la Fiscalía N° 23 del fuero, Valeria Lancman, por el hecho que a continuación se transcribe: "El haber omitido, en calidad de progenitor de ..., de nueve años de edad al momento de la denuncia, domiciliada con su madre en ... de esta Ciudad, prestar los medios indispensables para su subsistencia, consistentes en aportes en concepto de vivienda, alimentación, salud, educación y recreación, desde el mes de ... hasta por lo menos el ...".

Dicho suceso fue calificado por la Fiscal como configurativo del delito tipificado por el art. 1 de la Ley 13.944 del CP, dentro de un contexto de violencia de género, en su modalidad económica, conforme lo prevé la Ley 26.485 y la Convención Belém Do Pará.

Llegado el legajo a este tribunal, se fijó audiencia de juicio conforme lo dispone el art. 213 CPPCABA. El debate oral y público se llevó a cabo el ...

En dicha ocasión, la señora Fiscal hizo lectura del hecho que atribuyó al acusado ..., en los mismos términos en que había sido descripto en el requerimiento de juicio y en la audiencia de intimación del hecho, y calificó el mismo como constitutivo del delito previsto en el art. 1 de la Ley 13.944 y que tuvo lugar dentro de un contexto de violencia de género en su modalidad económica.

Luego de haber escuchado la declaración del imputado, y tras haber sido recibida la prueba con arreglo a lo dispuesto por el art. 232 CPPCBA, las partes presentaron sus alegatos en los términos previstos por el art. 244 CPPCBA.

La señora Fiscal sostuvo que tenía por acreditado el hecho mencionado, tal como había sido plasmado en el requerimiento de juicio, así como la calificación legal oportunamente efectuada, y el contexto de violencia a la luz de las disposiciones de la Ley 26.485 y de la Convención de "Belem do Pará".

En cuanto a la prueba, manifestó que las declaraciones testimoniales brindadas en el juicio eran concordantes con la versión de la denunciante respecto del modo en que había tenido lugar el suceso imputado a ..., que, por otra parte, se encontraba suficien-

Thomson Reuters

temente respaldado por la prueba documental que había sido incorporada al juicio, y también se había logrado probar el contexto de violencia económica que había tenido que padecer la señora ... como consecuencia del accionar del señor ...

Por todo ello, solicitó que se condenara al acusado a la pena de ocho (8) meses de prisión, de cumplimiento en suspenso, con costas. Por la modalidad condicional del cumplimiento de la condena, solicitó como pautas de conducta las siguientes 1) Fijar residencia y comunicar cualquier cambio, y someterse al control de un Patronato, 2) Realizar el curso de Niñez, adolescencia y familia que dicta el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Una vez escuchado el alegato de la representante de la acusación penal pública, se concedió la palabra a la querella, quien adhirió a lo referido por la Sra. Fiscal, y se expidió en sentido coincidente. En cuanto a la pena, solicitó que se impusiera a ... la pena de dos años de prisión de efectivo cumplimiento.

Luego, la defensa particular del acusado solicitó la absolución de su defendido, por entender que el hecho atribuido no constituye delito. Fundó su posición en que la denunciante nunca había hecho un reclamo hasta que efectuó la presente denuncia, y que recién a partir de ello su asistido comenzó a estar obligado a prestar los medios indispensables para la subsistencia de su hija.

Indicó que la denunciante se encuentra en una mejor situación económica que el imputado, que ella es propietaria, tiene un trabajo estable, y recibía la ayuda de su padrastro, que aportaba dinero como si fuera un padre. Refirió que la subsistencia de la niña no estuvo en riesgo, y que a partir de que se hizo esta denuncia y se inició la acción civil por alimentos, ... cumplió cabalmente con la cuota que le fue impuesta. Agregó que si la Sra. ... realmente hubiese necesitado el aporte económico de ..., lo hubiera exigido judicialmente con anterioridad, y sin embargo no lo hizo, incluso cuando hay formas de acceder a asistencias jurídicas gratuitas. Por último, refirió que la actitud de su asistido podría ser reprochable desde un punto de vista moral pero no jurídico.

Argumentos

Prueba. Materialidad del hecho, de la autoría y de la responsabilidad del imputado:

Sobre la base de la prueba testimonial y documental producida en la audiencia de debate, que fue valorada conforme a las reglas de la sana crítica racional (art. 121 CPPCABA), entiendo que el hecho antes descripto, objeto procesal de este caso, se encuentra acreditado con el grado de certeza requerido para el dictado de una sentencia de condena.

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar fueron relatadas con precisión por la damnificada, señora ..., cuyo testimonio se ha visto respaldado por las restantes declaraciones testimoniales recibidas en el juicio, y por la prueba documental producida, como se detallará más adelante.

La nombrada ... comenzó su relato refiriéndose a diversas situaciones vividas a lo largo de la relación que duró aproximadamente tres años. El 01/07/2009 nació la niña hija de ambos que actualmente tiene 10 años. Indicó que la convivencia con ... fue muy mala, muy traumática para ella, que nunca se llevaron bien y que si bien la niña fue buscada por ambos, su nacimiento no fortaleció la relación, de hecho terminaron en muy malos términos, porque ella descubrió una infidelidad de parte de ..., y por eso lo echó de la casa. Refirió que se sintió profundamente traicionada por ello, sumado a que estaba atravesando el período de puerperio, con lo que eso implica para una mujer. Tampoco estaba bien psicológicamente, ya que tanto su madre y padre habían muerto en el 2006, y no tenía la contención necesaria para atravesar esas situaciones. Refirió que la relación terminó en el 2010, y que tuvo que hacer muchos esfuerzos para sostener a la niña.

Indicó que sufrió violencia física y verbal durante la relación, incluso cuando estaba embarazada, que varias veces llamó al 911, que todo era motivo para que la cosa se descontrolara, y que para ... las mujeres son descartables.

En cuanto al sostén de la niña, refirió que recibió ayuda de una vecina, que es la madrina de la nena, Sra. ..., y era quien la cuidaba todos los días y que en lo económico, la ayudaba el esposo de su mamá, Sr. ..., que hoy tiene 87 años, y no tiene buena salud. Refirió que él la ayudó hasta hace 4 meses atrás.

Indicó que ... aportó dinero hasta el 2011, en un principio le daba una suma, después la bajó a su libre arbitrio, hasta que dejó de hacerlo. En cuanto a las visitas, indicó que ella le entregaba a la nena, que todavía ni siquiera hablaba y que usaba pañales, a un señor que no le decía a donde se la llevaba, ni cumplía con nada de lo que acordaban. Ella no sabía ni siquiera donde vivía ..., ni dónde llevaba a la nena.

Agregó que a los dos años de la niña fue la última vez que la vio, que hoy tiene diez años y le dijo que quiere cambiarse el apellido. Eso la impulsó a denunciarlo. En marzo de este año se decidió a hacer la denuncia. Indicó que además su pareja es abogado, pero antes no tenía dinero para pagar un abogado, y

Thomson Reuters

como es propietaria, no le daban en ningún lado un abogado gratuito.

Refirió que siempre la mantuvo sola, y que el único que la ayudó económicamente fue el Sr. ... De hecho entiende que no correspondía que él tomara ese rol, ya que no es él quien debía afrontar esa responsabilidad. Agregó que ... la ayuda mucho con la crianza también, no era solo una ayuda económica.

En cuanto a los gastos de manutención, relató que la nena va a un colegio parroquial desde los tres años, por el cual paga 6000 pesos mensuales de cuota. También es socia del club ..., donde hace varias actividades. Tiene medicina prepaga ... desde que nació.

A preguntas de la defensa en cuanto al padecimiento psicológico que mencionó, la Sra. ... refirió que estuvo con tratamiento psiquiátrico en el 2006, que fue el año en que perdió a sus dos padres. Murieron los dos en un mismo año. En el 2007 lo conoció a ..., cuando estaba en pleno duelo. Además, también estaba atravesando una separación. Cuando se conocieron los dos se estaban separando. Agregó que ella vivía sola en su casa, tenía trabajo, tenía 33 años, si bien estaba cargando con dos duelos que no es poco, tenía toda la vida por delante.

También refirió que siente que la niña es hija suya y no de él, ya que si bien es hija biológica de ..., considera que padre es quien ama, alimenta, protege, llama. Que la palabra padre a él le queda grande. Nunca la fue a ver, y siempre supo donde vive, que jamás cambió el teléfono, y él nunca la llamó.

Se le exhibieron a la nombrada la partida de nacimiento de la niña, los recibos de los meses que ... efectuó aportes de dinero, las constancias aportadas por la nombrada a lo largo de la investigación relativas a los gastos que afronta en relación a su hija (facturas de servicios, comprobantes de pago de actividades de esparcimiento, constancias de pago del establecimiento educativo de la menor perteneciente al ámbito privado, etc.); Informe remitido por el Instituto ... suscripto por ...; Informe remitido por la obra social ... de fecha 19 de marzo de 2019; y el Informe remitido por la Asociación ... de fecha 20 de marzo de 2019 Luego declaró en el juicio la Sra. ..., quien refirió que vive en el mismo edificio que la denunciante, es la madrina de la niña T. G. Z. y la cuidó desde que nació, y hasta los 8 años de edad. Indicó que conoce al Sr. ..., quien dejó de vivir en ese lugar por el año 2011, y que creía que habían empezado la relación en el año 2007. También refirió que a los dos años de la nena el imputado no la volvió a ver. A preguntas de la Sra. Fiscal, dijo que de todo se ocupaba la Sra. ..., desde alimentarla y comprarle ropa, llevarla al colegio, contenerla, todo. Recordaba que ... era despachante de aduana, pero que nunca aportó dinero para la nena ni tampoco ayudaba en los cuidados. También indicó que la única ayuda con la que contaba ... era la del Sr. ..., que era el marido de la mamá, y que además la nombrada vendía "bijouterie" en la feria sábados y domingos. Por último, refirió que habían existido episodios de violencia verbal y física en la relación, cuando la denunciante estaba embarazada. La vio con moretones, escuchó gritos y discusiones.

También escuchamos en el debate al testigo ..., quien declaró que conocía a ... desde hacía muchísimos años, ya que es la hija de su esposa que falleció en el 2006. Dijo que a ... lo vio poco, ya que la nena era muy chiquita cuando lo dejó de ver, que creía que eso fue por el año 2009 o 2010. Refirió que a partir de que su esposa falleció, él empezó a cobrar la pensión, y entonces comenzó a ayudar económicamente a la Sra. ..., le daba una suma importante, aunque no le alcanzaba para todos los gastos. Dijo que él se sentía obligado, porque cobraba la pensión de la mamá, y a ella no le alcanzaba su sueldo, porque afrontaba sola todos los gastos, estaba en una situación muy complicada. Además refirió que él le insistió a ... en que mantuviera la obra social OSDE, que es cara, entonces la ayudaba. Recordó que ... era despachante de aduana, y que había bastante trabajo en ese rubro para esa época, por el año 2011.

Luego declaró ..., que trabaja en el Cuerpo de Investigaciones Judiciales (CIJ). Refirió que trabaja en la unidad especialista en investigación patrimonial de ese organismo, y que su tarea es realizar informes de la situación económica de determinadas personas, a pedido de las Fiscalías. Que en este caso, se analizó la información que surgía del Veraz, del registro de la propiedad inmueble y automotor, AFIP, NOSIS, entre otros. Se trata de una compilación de datos. Recordó que de NOSIS surgía que ... prestaba servicios de gestión aduanera, que figuraba inscripto en AFIP, en IVA, y en ganancias. Que no le figuraban deudas, y que tenía una tarjeta de crédito con un límite de compra de $140.000. El Banco Central (BCRA) informaba una deuda pero de situación regular. Agregó que el Registro de la propiedad automotor informaba que ... era titular de un automotor del año 2013. Por último, recordó que la Dirección Nacional de Migraciones informaba una salida a Uruguay. Se le exhibió el informe confeccionado oportunamente, sobre el cual declaró en esta audiencia.

Por su parte, la testigo ... quien también trabaja en el CIJ, refirió que su tarea en ese organismo es realizar medidas de investigación que les encargan las Fiscalías. En este caso, entrevistó a los testigos ..., ... y ... Uno es la pareja de la denunciante, otro el padrastro, y la señora es vecina y madrina de la niña. Todos ellos fueron coincidentes en cuanto dijeron que el papá de la

Thomson Reuters

nena no estaba presente en su vida, que los dos hombres incluso ni lo recordaban a ..., y la señora, indicó que no lo veía desde el 2011. A preguntas de la Defensa refirió que la entrevista se trata de preguntas muy sencillas. Se pregunta si conocen a la parte, si tienen trato o no, y agregó que el informe refleja la conversación que se tuvo. Se le exhibió el informe confeccionado oportunamente, sobre el cual declaró en esta audiencia.

Luego declaró la testigo ..., que trabaja en la Oficina de Asistencia a la Víctima y Testigos del MPF (OFAVyT), y fue quien entrevistó a la Sra. ... al momento que realizó la denuncia. Refirió que es psicóloga, y que su trabajo es intervenir en casos donde existen situaciones de violencia doméstica y de género, en los que se brinda asistencia y contención. Indicó que de la entrevista surgió la situación de incumplimiento por parte de ... con relación a la hija que tienen en común con la denunciante. La Sra. ... tuvo que hacerse cargo sola de la crianza de la niña, y fue el único sostén económico. Esa situación generó un deterioro tanto social como económico para la denunciante, quien en ese momento además había atravesado un problema de salud, pese a lo cual tuvo que seguir manteniendo su empleo, ya que era el único sostén, e incluso contaba con una escasa red de contención.

Refirió que se advirtió de la entrevista una situación de violencia económica. Sobre este punto la Sra. Fiscal le preguntó si el mero incumplimiento, según su criterio, convierte a esta clase de hechos en una situación de violencia económica o si se requiere algo más para que se defina esa situación violenta. La testigo respondió que se requiere algo más, como todas las consecuencias concretas que genera el incumplimiento. En este caso, la Sra. ... era la única persona a cargo de la niña, no sólo en lo económico sino además en todos los cuidados, no tenía contención, el padre se había desvinculado desde el año 2011, ella debía atravesar una compleja situación de salud, pasó por intervenciones quirúrgicas, debiendo sostener su trabajo para poder garantizar la subsistencia de su hija ya que no tenía otros recursos. Refirió que estaba en una situación de vulnerabilidad y además sosteniendo a la niña y también el hogar.

Relató que recordaba que la denunciante declaró haber sufrido violencia física durante el embarazo, pero que se focalizó más que nada en su necesidad de estar bien, al igual que su hija.

No hizo foco en esa situación. Agregó que la Sra. ... tuvo un discurso claro, que se mostró colaboradora, orientada, respondió todas las preguntas con un discurso ordenado. Que sí evidenció angustia a través del llanto por lo difícil que fue para ella encontrarse sola con su hija. Se le exhibió el informe confeccionado oportunamente, sobre el cual declaró en esta audiencia.

De los testimonios detallados, advierto un relato coincidente con la hipótesis acusatoria, y con la versión de los hechos brindada por la Sra. ... El Sr. ... refirió que le daba dinero a la denunciante, ya que estaba en una situación muy complicada, que el dinero no le alcanzaba. La Sra. ... declaró en el mismo sentido, dijo que si bien sabía que ... la ayudaba a ... económicamente, ella además de su trabajo como docente, trabajaba vendiendo bijouterie en la feria los sábados y domingos para poder sostenerse a sí misma, a la niña y al hogar. La Sra. ... refirió que tuvo que hacer un gran esfuerzo para poder sostener a su hija, con un sueldo de docente, y sin padres ni familia cercana que le pudiera brindar ayuda. Que tuvo que aceptar el aporte económico de ... porque de lo contrario no le alcanzaba, y en cuanto al cuidado de la niña mientras ella trabajaba, contó con la ayuda de la Sra. ..., que fue quien la cuidó desde que nació y hasta los ocho años de la niña. Tanto ... como ..., conocieron la situación no sólo por los dichos de la denunciante sino también por estar presentes en el día a día de la Sra. ... y de la niña. Además, sus declaraciones fueron coincidentes con el relato que brindaron a la Dra. ... del CIJ en la etapa de investigación.

Por su parte, la Lic. ..., que fue la profesional que tomó intervención al momento en que la Sra. ... realizó la denuncia, fue contundente en su relato. Habló de la angustia que advirtió en la denunciante al relatar los hechos, y refirió que se trata de un caso de violencia económica. Hizo referencia a que además habría existido violencia física y verbal, pero que la Sra. ... no profundizó en esa situación, sino que se enfocó en el incumplimiento de ... con relación a la niña. La testigo hizo hincapié en que estaban presentes en el caso indicadores de violencia económica, teniendo en cuenta que al momento en que ... se desentendió de sus obligaciones, la Sra. ... se encontraba atravesando problemas de salud, sin ningún tipo de red de contención, debiendo afrontar sola la crianza y sostén económico de su hija que era bebé, teniendo también que mantener su trabajo ya que era el único ingreso económico para hacer frente a sus gastos, los de la niña, y los de la vivienda. Refirió que todo ello puso a la Sra. ... en una situación de vulnerabilidad económica y social. Agregó que ello se dio como consecuencia de la violencia económica ejercida por el padre de la niña, quien se desvinculó totalmente de la vida de la niña.

En cuanto a la situación económica y patrimonial del imputado, la testigo ... explicó cómo confeccionó el informe, que fue exhibido en el debate, y del cual surgía que ... era titular de un automóvil modelo 2013, que tenía una tarjeta de crédito con un límite de con-

Thomson Reuters

sumo de $140.000, que se encontraba inscripto como prestador de servicios de gestión aduanera, e incluso se encontraba inscripto en el régimen de impuesto a las ganancias. Esta información resulta relevante, ya que acredita que el imputado tenía capacidad económica para hacer algún aporte económico, aunque fuera mínimo, a su hija.

Hasta aquí, además de los testigos cercanos a la Sra. ... (... y ...), contamos con el testimonio de una profesional especialista en la problemática de violencia que explicó por qué se da en este caso la modalidad de violencia económica, y escuchamos el testimonio de la Dra. ..., que explicó en qué consiste el informe económico y patrimonial efectuado sobre distintas bases de datos, y que en el caso se evidenció que durante el período de la imputación, el Sr. ... contaba con medios económicos. Sobre este punto, además de la información patrimonial que surge del informe confeccionado por la nombrada ..., no puedo dejar de mencionar, a modo de ejemplos, que el 18/05/2018 el nombrado adquirió un vehículo automotor modelo 2013, sobre el cual es el único titular, así como tampoco que evidentemente cuenta con medios económicos para costear un abogado particular para el ejercicio de su defensa.

En cuanto al contexto de violencia de género, en el que fue enmarcado el hecho, en su modalidad económica, considero fundamental lo explicado por la testigo quien declaró que advirtió indicadores de violencia económica en la Sra. ..., y un estado de vulnerabilidad como consecuencia de la conducta omisiva del Sr. ..., que agravó su estado de base, es decir, que se encontraba con una hija muy pequeña, que atravesaba problemas de salud y sin ninguna red de contención sobre la cual apoyarse, teniendo que hacer frente sola al cuidado y manutención de un hogar y de una niña, que tenía problemas económicos, que había atravesado la muerte de sus padres hacía pocos años, y que no tenía otros lazos de familia.

Entiendo que el cuadro probatorio es contundente. Tanto los testigos como la prueba documental sobre la cual declararon, coincide con la acusación efectuada por la representante del Ministerio Público Fiscal y la querella. Además, se suma que el hecho imputado fue reconocido en el juicio por el Sr. ..., quien se limitó a expresar que su hija había tenido cubiertas sus necesidades básicas ya que fueron brindadas por la Sra. ... y el Sr. ..., y que ni bien se formalizó judicialmente un reclamo en su contra, comenzó a cumplir.

Sin embargo, esa afirmación puede hacerla en la actualidad, ya que luego de los reclamos judiciales efectuados por la Sra. ..., pudo conocer que su hija estaba bien. Para ser más claro, se encuentra acreditado e incluso reconocido por ..., que desde el mes de julio del año 2011 y hasta que el nombrado tomó conocimiento de la existencia de esta causa penal, perdió todo tipo de contacto por propia voluntad con la niña, es decir, durante casi ocho años, ni siquiera supo si su hija estaba viva, tal como lo indicó la Sra. ... Durante ese tiempo ni siquiera llamó por teléfono para saber si su hija vivía, con lo cual no sólo se sustrajo de efectuar un mínimo aporte para cubrir los medios indispensables para la subsistencia de la niña, sino que tampoco supo si efectivamente dichos medios indispensables estaban siendo cubiertos.

El Defensor de ... se expidió en el mismo sentido que su asistido. Refirió que nos encontramos ante una obligación moral, pero no jurídica, del 2011 hasta la fecha. Que la Sra. ... pudo haber recurrido a una asistencia jurídica gratuita para hacer el reclamo formal por alimentos. Si no lo hizo desde el 2011 hasta el 2019, es porque tiene una situación económica mejor que ..., lo cual quedó claro a lo largo de la audiencia. Argumentó que ... tiene trabajo, tiene propiedades, tiene al Sr. ... que le colaboró siempre en todo sentido, que hizo que la niña pudiera subsistir sin la ayuda económica que le podría haber brindado ... Que por el contrario, su asistido no tiene propiedades y no tiene medios económicos.

Si bien me expediré en el siguiente punto sobre los requisitos típicos de la figura prevista en el art. 1 de la Ley 13.944, entiendo oportuno señalar que la hipótesis de la defensa parece sostener que si el/la progenitor/a que efectivamente se hace cargo del niño/a se encuentra en una mejor posición económica que el/la otro/a progenitor/a que no brinda ningún aporte económico, entonces estamos ante una inexistencia de delito.

Más allá de que no coincido con esa interpretación aun pensando en casos distintos al que nos ocupa, lo cierto es que en este caso concreto, quedó acreditado en el debate oral y público que la Sra. ... se vio obligada a realizar esfuerzos extras para poder sostenerse a sí misma, a su hija, y al hogar.

Como detallé anteriormente, tanto la denunciante, como la Sra. ... y el Sr. ..., fueron coincidentes en que la situación económica de ... era muy delicada, al punto que se vio obligada a recibir el dinero que le daba el Sr. ..., cuando no tenía ninguna obligación de hacerlo, así como también debió dejar a su hija al cuidado de una vecina, e incluso, se vio privada de disfrutar de sus días libres, ya que tal como lo expresó la Sra. ..., ... trabajaba en una feria los sábados y domingos vendiendo "bijouterie". También relató la Sra. ... que no pudo iniciar acciones legales por alimentos debido a que no tenía dinero para pagar un abogado, y como es propietaria, los organismos que brindan asistencia jurídica gratuita no le aceptaban el caso.

Thomson Reuters

Entiendo que no queda duda alguna que la libertad de decisión de la Sra. ... en cuanto a su propio plan de vida se vio afectada por la conducta de ..., al tener la nombrada que hacer frente sola a la responsabilidad de hacerse cargo de garantizar la subsistencia de su hija, que recae en ambos progenitores, y en consecuencia, se vio privada durante ocho años de planificar libremente su vida, ya que su capacidad económica se vio altamente restringida.

De la prueba valorada en este punto, me encuentro en condiciones de afirmar que el hecho imputado al Sr. ... efectivamente existió, y que tuvo lugar en las circunstancias de tiempo, modo y lugar alegadas por la Sra. Fiscal y por la querella.

Calificación legal:

La prueba enunciada previamente, valorada en su conjunto, teniendo fundamentalmente en cuenta la línea interpretativa que nos imponen los instrumentos internacionales, puntualmente la Convención de "Belém do Pará" y la Ley Nacional N° 26.485 de "Protección Integral de las Mujeres" a la que adhirió la Ciudad de Buenos Aires mediante la Ley N° 4203, en cuanto a la perspectiva de género con la cual se deben analizar los casos de violencia contra las mujeres, me llevan a tener por acreditado el contexto de violencia, en su modalidad de violencia económica, sobre el cual tuvo lugar el hecho de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar denunciado por la Sra. ..., y que fue materia de juicio, así como también, sobre la responsabilidad que le cabe al señor ..., a título de autor material.

Como ya adelanté en el punto anterior, la conducta de ... de sustraerse de prestar carencia de dichos medios con relación a la niña, sino que además, afectó directamente a la Sra. ..., ya que la puso en una clara situación de desventaja con relación a .... Por ello entiendo que al analizar el encuadre legal de la conducta imputada, debo necesariamente tener en cuenta las normas referidas de protección integral de las mujeres, además del tipo penal previsto en el art. 1 de la Ley 13.944.

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de "Belém do Pará") define en su art. 2 que "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer...". Asimismo, establece en el art. 5 que: "Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos..."

La Ley 26.485 a la que adhirió la Ciudad de Buenos Aires mediante la Ley N° 4203, establece en el primer párrafo del art. 4 la definición de violencia contra las mujeres, aludiendo a toda acción u omisión que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal.

El art. 5, inciso 4 de dicha ley, se describe a la violencia económica y patrimonial como "la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna..."

Conforme se analizó precedentemente, el comportamiento del acusado implicó violencia cuanto menos económica contra la señora ..., en tanto se tradujo en un efectivo daño económico, aunque también emocional sobre la nombrada, quien no sólo tuvo que cubrir con esfuerzos extras el no aporte de ..., sino que además, la privó como mujer autónoma de diseñar y decidir libremente su plan de vida sin las limitaciones económicas que tuvo que padecer durante ocho años al tener que garantizar ella sola la subsistencia de la hija que tienen en común, lo cual llevó a otras limitaciones, como el disfrute de sus días libres, a lo cual ... se vio impedida por verse obligada a tener un trabajo extra los fines de semana para poder cubrir las necesidades básicas de ella y de su hija.

En virtud de todo lo expuesto me encuentro en condiciones de afirmar que el hecho enunciado previamente tuvo lugar en un contexto de violencia de género, en su modalidad de violencia económica, y que encuadra típicamente en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, previsto por el art. 1° de la Ley 13.944, que en lo que aquí resulta de aplicación establece que "se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta a veinticinco mil pesos a los padres que, aún sin mediar sentencia civil, se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años (...)".

El tipo objetivo de la figura omisiva analizada requiere, en primer lugar, que el sujeto activo ostente

Thomson Reuters

la posición de garante requerida por la norma, esto es, que sea uno de los padres del niño/a, extremo que ha sido debidamente acreditado con la partida de nacimiento de la niña e incluso reconocido por el propio imputado.

Para ponerlo en un lenguaje que sea comprensible para cualquier persona que no conozca sobre las cuestiones técnicas, puedo decir resumidamente que los delitos de omisión de impropia son aquellos que tienen lugar cuando es incumplida una norma de mandato, es decir, una ley que manda a actuar de cierto modo, o bien, de un especial deber jurídico que se debe cumplir. Podríamos decir que la imputación en este tipo de delitos apunta a quien no hace lo que tiene el deber de hacer y produce un resultado que no debe producir. Esa obligación, puede surgir de la ley, de un contrato, o de otras situaciones que no voy a mencionar porque no tienen relación con el caso.

Entonces, el tipo penal en análisis es un tipo de omisión impropia, ya que sólo puede ser autor del delito alguno de los sujetos especiales que indica la ley. En nuestro caso, los progenitores de la niña. La situación generadora del deber de actuar, esto es, de prestar los medios indispensables para la subsistencia, se generó a partir del momento en el cual se produjo el hecho de la separación entre la señora ... y el señor .... Ello, teniendo en cuenta que éste último se retiró del hogar en el que convivían, quedando su ex pareja a cargo de su hija menor de edad en el domicilio de la calle ... de esta Ciudad. La separación tuvo lugar en el año 2010, y en los meses siguientes el imputado hizo aportes económicos para la manutención de la niña. Fue a partir del mes de julio del año 2011 que ... dejó de actuar conforme al deber que le es exigible, y mediante esa omisión, puso en peligro cierto la subsistencia de su hija, conducta que mantuvo de modo ininterrumpido, conforme se acreditó en el debate, hasta al menos el 12/04/2019.

La Sra. Fiscal decidió recortar el período de imputación, para no alterar la congruencia de la base fáctica, esto es, de la descripción de los hechos conforme le fueron comunicados al imputado. Para ser claro en este punto, cuando hablamos de congruencia, nos referimos a que se debe garantizar a la persona imputada, que conozca el hecho por el cual se lo acusa, ya que sólo de ese modo podrá defenderse. Si ese hecho es modificado, entonces se le debe volver a comunicar de modo entendible la nueva imputación.

Aclarado eso, en este caso la Sra. Fiscal mantuvo la imputación en los mismos términos, tanto en la audiencia de intimación del hecho, como en el requerimiento de juicio, y en la acusación del debate oral y público. Por eso no modificó la fecha indicada, es decir, el 12/04/2019, que fue cuando le comunicó la imputación a ... en audiencia, y le dio a conocer todas las pruebas que habían sido reunidas para sostener la acusación. Además, tal como lo indicó la Sra. Fiscal, teniendo en cuenta el largo período de imputación, no modifica sustancialmente extender el plazo hasta la fecha en que las partes arribaron al acuerdo en sede Civil, y que fue homologado por el titular del Juzgado Nacional en lo Civil N° 77, lo que ocurrió el 26/08/2019.

También está acreditado, por las razones de hecho valoradas anteriormente, que el señor ... se sustrajo de prestar los medios indispensables para la subsistencia de su hija menor de edad, sujeto pasivo de la figura penal analizada.

Si bien el tipo penal hace referencia a la "subsistencia" de los hijos menores, lo que difiere de la obligación civil de dar una prestación en concepto de alimentos que resulte adecuada a la situación económica de los progenitores, entiendo que efectivamente se acreditó en el caso que la conducta del imputado privó a la niña de los medios que la ley penal refiere, en tanto el señor ..., entre el mes de julio de 2011 y hasta al menos el día 12/04/2019 no realizó ningún aporte para reducir las necesidades indispensables para la subsistencia de su hija, ya que no sólo no aportó sumas de dinero, sino que tampoco realizó ningún otro tipo de aporte que pudiera igualmente significar un menor gasto sobre quien afrontaba el sostén integral de la niña.

Cabe mencionar que el elemento normativo del tipo objetivo examinado exige la cobertura de gastos por eventuales enfermedades, alimento, escolaridad, asistencia, habitación y vestuario básicos, siempre con el alcance previamente delimitado, que es más restringido que la del concepto de alimentos previsto por la ley civil.

Sobre esto último, teniendo en cuenta las alegaciones efectuadas por la Defensa en cuanto a la situación económica real de la señora ... y cuál habría sido el impacto que los aportes de su defendido habrían generado en la situación económica de su hija, más allá de remitirme a las consideraciones de hecho y de derecho desde una perspectiva de género efectuadas oportunamente, me atrevo a hacer mías algunas consideraciones que fueron expresadas en el viejo plenario "ALOISE", de la Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional, en cuanto a que "la expresión 'medios indispensables para la subsistencia' no ha sido empleada para significar que el sujeto pasivo debe encontrarse en un estado real de necesidad lindante con la indigencia absoluta, sino que el sujeto activo se sustrae de la obligación de presentar una asistencia que efectivamente es indispensable por carecer la víctima de recursos propios" (Cámara Crim. y Correccional,

Thomson Reuters

en pleno, 13/11/1962, voto del juez Cabral, citado por D'Alessio, Andrés José: "Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado", T. III, Buenos Aires, LA LEY, 2010, p. 149).

A ello se agrega que el señor ... tenía efectiva posibilidad de realización de la conducta debida, al menos en cuanto a efectuar algún aporte mínimo, extremo que no fue controvertido por la defensa, y que quedó probado conforme fue descripto precedentemente sobre la base de la prueba documental y testimonial producida en el juicio, que da cuenta de que tenía capacidad económica para realizar la conducta debida dentro del período de imputación, ya que contó con una actividad laboral que si bien habría ido disminuyendo con el paso de los años, le permitía hacer frente a su deber de aportar los medios indispensables para la subsistencia de su hija.

Es más, aún a lo largo de este 2019, período sobre el cual el imputado refirió que no percibió ningún ingreso, fue cuando comenzó a cumplir con su obligación, luego de que se impulsó la presente acción penal, y la acción civil que dio lugar a la fijación de una cuota alimentaria.

Dicho esto, debo señalar que en el caso sería sobreabundante el análisis de la discusión doctrinaria y jurisprudencial relativa a si la figura examinada es de peligro concreto o de peligro abstracto, ya que conforme se indicó en el punto precedente, la señora Fiscal logró acreditar que efectivamente la conducta omisiva de ... significó un daño concreto sobre la mujer en caso de la denunciante y una puesta en peligro real y efectiva de carencia de los medios indispensables para la subsistencia de la niña, derechos garantizados por la Convención de los Derechos del Niño, y por la Ley N° 26.061 de Protección Integral de Niñas Niños y Adolescentes y Ley 114) lo que habilita a descartar cualquier intento tendiente a controvertir la falta de lesividad de la conducta examinada.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, la figura en cuestión exige, en principio, dolo directo, es decir, que el autor haya obrado con conocimiento y voluntad de realizar la conducta. Esto también está acreditado en tanto la totalidad de la prueba producida en el juicio da cuenta de que el imputado conocía su carácter de progenitor de la niña, conocía que tenía el deber de aportar para su manutención —tanto es así que durante el primer tiempo posterior a la separación, ... sí realizaba aportes mínimos de dinero—, con lo cual tenía plena capacidad de representarse la conducta debida en tanto ya había dado cumplimiento a sus obligaciones alimentarias fuera del período de la imputación.

Es decir, cumplió con su deber desde que se retiró de la vivienda de la Sra. ..., en el año 2010, y hasta julio de 2011. A partir de esta última fecha mencionada, dejó voluntariamente de cumplir con su deber, por lo que considero que obró con el dolo directo requerido por la figura bajo examen.

Cabe destacar, finalmente, que no concurre en el caso ninguna causa de justificación ni de eximición de responsabilidad, ni tampoco fueron alegadas por la parte.

En virtud de todo lo expuesto el hecho objeto del proceso, que tuvo lugar en un contexto de violencia de género de tipo económica, y que encuadra típicamente en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, es atribuible al Sr. ..., quien debe responder a título de autor material.

Determinación de la pena:

En lo que respecta a la especie de pena a imponer, la Sra. Fiscal solicitó la aplicación de la pena de 8 meses de prisión en suspenso. La querella requirió que se impusiera la pena de 2 años de prisión de efectivo cumplimiento. Por su parte la Defensa pidió la absolución de su defendido.

Entiendo que lo más adecuado al caso es aplicar la pena de prisión de ejecución condicional. Por un lado, porque evita los efectos perjudiciales y estigmatizantes inherentes a la pena de encierro efectiva, que en el caso además de ser notoriamente desproporcionada, afectaría el principio de trascendencia mínima de la pena, ya que de ese modo ... no podría pagar la cuota alimentaria que actualmente está cumpliendo; y por otro lado, porque las reglas de conducta que se imponen por la modalidad condicional de la ejecución, resultan más idóneas a los fines preventivo especiales, y al interés superior del niño.

Dicho ello, corresponde determinar el monto de pena a imponer. La escala penal prevista para el delito por el cual ... ha sido considerado culpable, está establecida entre los seis (6) meses y dos (2) años de prisión (art. 1, Ley 13.944, CP).

Considero que el único sistema de partida en la tarea de individualización del monto de sanción constitucionalmente admisible, es aquél que parte del mínimo de la escala penal aplicable para el delito por el que se condena al acusado. En consecuencia, el mínimo de la escala penal resultaría aplicable en aquéllos casos en los cuales, exclusivamente, hubieren mediado circunstancias de atenuación, mientras que la concurrencia de circunstancias agravantes permitiría apartarse progresivamente del mínimo legal.

Thomson Reuters

Teniendo en cuenta estos lineamientos, entiendo que las circunstancias que permiten en el caso apartarse del mínimo previsto en la escala, son las que ya adelanté y que tiene que ver con el contexto de violencia de género en su modalidad económica, ya que tal encuadre impacta directamente en el plano de la culpabilidad del autor, y ello se traduce en un incremento del injusto y en un mayor grado de atribución de responsabilidad penal. Por tal motivo, es que esa situación la valoro como agravante para apartarme del mínimo previsto en la escala.

También tomo como agravantes la extensión del incumplimiento que se ha acreditado, que tuvo lugar por un período de casi ocho años; la corta edad de la niña; la situación de vulnerabilidad socioeconómica en la que se encontraba inmersa la Sra. ... durante todo el período del hecho imputado; los grandes esfuerzos que tuvo hacer la nombrada para paliar la ausencia de un mínimo aporte por parte de ...; y que como consecuencia del accionar del nombrado, puso a la denunciante en una situación de desventaja en cuanto fue el único sostén de la niña durante el largo período en que se extendió la conducta imputada.

En cuanto a las circunstancias atenuantes, tomo en consideración que el imputado carece de antecedentes penales; su actitud posterior al hecho, en cuanto comenzó a cumplir con la cuota alimentaria homologada ante el Juez Civil interviniente, y actualmente la está cumpliendo.

Por ello, entiendo que de la conjunta ponderación de las circunstancias del caso valoradas, me lleva a sostener que es una adecuada y justa atribución de responsabilidad penal para el delito en juzgamiento, imponer al nombrado la pena de ocho (8) meses de prisión, cuya modalidad de ejecución, como ya dije, se deja en suspenso.

En cuanto a las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado por la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, conforme lo establece el art. 27 bis Cód. Penal, entiendo razonable que se someta a fijar residencia y comunicar cualquier cambio a ese respecto; someterse al control del Patronato de Liberados de la CABA; Realizar el taller "Reflexiones de Niñez y Adolescencia" dictado por la Dirección General de Diversidad de la Subsecretaria de Derechos Humanos que dicta el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; y Dar estricto cumplimiento con el pago de la cuota alimentaria mensual acordada en sede Civil, homologada por el Juez del Juzgado Nacional en lo Civil N° 77 en el marco del Expte. ... ..., ... c. ..., ... s. Alimentos.

Con relación a lo solicitado por la Sra. Fiscal y por la querella en cuanto a que se comunique la sentencia al Registro de Deudores Alimentarios, entiendo que no corresponde ordenarla, ya que no se dan los supuestos previstos en el art. 2 de la Ley N° 269, pues el Sr.... se encuentra cumpliendo con el pago de la cuota alimentaria acordada y homologada en sede civil.

Tampoco hago lugar al pedido de la querella de actualizar en un 15% el monto de la cuota alimentaria homologada por el juez civil, ya que excede mi competencia sobre la materia en la que estoy facultado para decidir, y sobre la cual se encuentra interviniendo el titular del Juzgado Nacional en lo Civil N° 77.

Costas

El resultado alcanzado en este proceso, que concluyó con la condena del acusado en orden a los hechos previamente especificados, conlleva necesariamente la condena en costas, según lo establecen los arts. 248 inc. 8, 342 y 343 CPPCABA).

Regulación de honorarios

No regularé los honorarios profesionales del letrado patrocinante de la querella, Dr...., conforme lo solicitó en la audiencia de juicio, hasta que dé cumplimiento al art. 51 inc. d) de la ley nacional N° 23.187, y denuncie su inscripción en el régimen previsional, conforme lo previsto en el art. 2, inc. b, de la ley nacional 17.250.

Por todas las consideraciones de hecho y de derecho, resuelvo: 1) Condenar al señor ... titular del DNI N° ..., de nacionalidad argentino, de las demás condiciones personales obrantes en esta acta, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, previsto y reprimido por el artículo 1 de la Ley 13.944, CP, cometido en un contexto de violencia de género, a través de la modalidad de violencia económica, y en violación a los derechos garantizados en la Convención sobre los Derechos del Niño; al haberse sustraído de prestar los medios indispensables para la subsistencia de su hija ..., desde el mes de julio de 2011 y hasta al menos el 12 de abril de 2019. Se le impone la pena de ocho meses de prisión en suspenso, debiendo cumplir durante el plazo de dos (2) años, las siguientes reglas de conducta: a. Fijar residencia y comunicar cualquier cambio a ese respecto; b. Someterse al control del Patronato de Liberados de la CABA; c. Realizar el taller de "Reflexiones de Niñez y Adolescencia" dictado por la Dirección General de Diversidad de la Subsecretaria de Derechos Humanos; d. Dar estricto cumplimiento con el pago de la cuota alimentaria mensual acordada en sede Civil, homologada por el Juez del Juzgado Nacional en lo Civil N° 77 en el marco del Expte. ... ..., ... c. ..., ... s. Alimentos; y, con más las costas del proceso (arts. 5,

Thomson Reuters

26, 27 bis —incisos 1 y 2—, y anteúltimo párrafo, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 1 de la Ley 13.944, del CPN y arts. 1, 245, 246 y 248 CPPCABA; Leyes 26.485 y 4203, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Para" y la Convención sobre los Derechos del Niño); 2) No regular los honorarios profesionales del doctor ... ... CPCACF, hasta que dé cumplimiento con lo previsto en el art. 51 inc. d) de la ley nacional N° 23.187, y denuncien su inscripción en el régimen previsional, conforme lo previsto en el art. 2, inc. b, de la ley nacional 17.250. 3) Notifíquese al imputado y a su defensor en este acto y al señor Fiscal mediante cédula electrónica. 4) Insértese copia en el registro de sentencias, firme que se encuentre, dar intervención al Patronato de Liberados y cúmplase con correspondientes. — *Pablo C. Casas.*

RESTRICCIONES A LOS ADULTOS MAYORES

Emergencia sanitaria. Pandemia de COVID-19. Rechazo de la acción de hábeas corpus. No es asimilable la restricción legítima del aislamiento obligatorio a las previstas por la ley 23.098

1. — Las disposiciones adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires, en relación al aislamiento social preventivo y obligatorio, local no pueden ser equiparables a situaciones de detención o de privación de la libertad lo que implica la improcedencia de la acción de hábeas corpus.

2. — No se observa, en la resolución conjunta Res. Conjunta N° 16/MJGGC/20, que restringe la salida de los adultos mayores durante el aislamiento obligatorio en la Ciudad de Buenos Aires, la existencia de un acto u omisión de la autoridad pública que pueda ser incluido en alguno de los supuestos previstos en el art. 3 de la ley 23.098 y que implique la apertura de la acción de habeas corpus intentada.

3. — La Res. Conjunta 16/MJGGC/20 de la Ciudad de Buenos Aires, que restringe las salidas de adultos mayores a una previa autorización mientras dure el aislamiento obligatorio determinado, se engloba dentro de las facultades establecidas por el art. 10 del DNU 297/20 de Presidencia de la Nación y la Resolución 48/2020 del Ministerio del Interior de la Nación bajo las cuales se establecen las pautas generales básicas para la implementación del ASPO y las excepciones para la circulación. Estas decisiones se encuadran, a su vez, dentro de un contexto exógeno de mayor envergadura que no puedo perder de vista: la pandemia por COVID-19 decretada por la Organización Mundial de la Salud.

JPenal Contravencional y de Faltas Nro. 13, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 21/04/2020. - Asociación Civil XXX s/ Hábeas Corpus.

[Cita on line: AR/JUR/12780/2020]

1ª Instancia.- Buenos Aires, abril 21 de 2020.

I. Antecedentes del caso

Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud del habeas corpus colectivo y correctivo interpuesto por la Dra. ... como secretaria de la "Asociación Civil ..." en favor de las personas de setenta (70) o más años de edad con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, "CABA") por entender que la Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/20 dictada el 19 de abril de 2020 por el Jefe de Gabinete de Ministros y el Ministro de Salud de la CABA agrava de manera ilegítima la forma y condiciones del "aislamiento social, preventivo y obligatorio".

A su vez, la Dra. ... sostiene que las autoridades del Gobierno de la CABA carecen de facultades constitucionales para regular las condiciones establecidas en el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 de Presidencia de la Nación que estableció dicho aislamiento, social, preventivo y obligatorio (en adelante, "ASPO") en el marco de la pandemia del COVID-19.

En ese sentido, la abogada encuadra al remedio judicial en el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 23.098 —"Procedimiento de Habeas Corpus"— y solicita se declare la inconstitucionalidad de la Res. Conjunta N° 16/MJGGC/20, se ordene al Jefe de Gobierno de la CABA que se abstenga de "...continuar agravado las restricciones a la libertad ambulatoria de las personas de setenta (70) o más años que viven en la Ciudad de Buenos Aires" y que emita un comunicado urgente y público de difusión masiva donde se aclaren las restricciones a la circulación existentes.

En cuanto a los argumentos expuestos, la Dra. ... fundó su pretensión sobre dos ejes centrales: el ASPO y su impacto en la salud; y la ausencia de facultades del Gobierno CABA.

En cuanto al primero de los ejes, la abogada analiza el DNU N° 297/2020 dictado por el Presidente de la Nación el 19 de marzo de 2020 en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 99 incisos 1 y de la Constitución Nacional. Puntualmente, destaca la existencia de una restricción al derecho a la libertad

Thomson Reuters

ambulatoria de las personas debido a la pandemia por el virus COVID-19 declarada por la Organización Mundial de la Salud ("OMS") el 11 de marzo de 2020.

En ese sentido, la Dra. ... entiende que la Res. Conjunta N° 16/MJGGC/20, la cual fue dictada por el Jefe de Gabinete de Ministros y el Ministro de Salud del día 19 de abril del 2020 —publicada en el Boletín Oficial de la CABA un día después—, amplía restricciones a la libertad establecidas por el citado DNU en perjuicio de personas de setenta o más años agravando su situación particular. A los fines de justificar su postura, la nombrada cita una serie de artículos periodísticos publicados los días 16 y 17 de abril de 2020 en los cuales se aborda la cuestión de una posible y futura medida para personas mayores de setenta años que, según ella, habría generado confusión en el colectivo defendido.

Posteriormente, la abogada destaca que el artículo 10 del DNU N° 297/20 habilita a las distintas jurisdicciones a dictar medidas necesarias para implementar lo dispuesto en él. A su vez, resalta que el "Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia COVID-19" aprobado por Resolución N° 48/2020 del Ministerio del interior es el único instrumento válido para circular por quienes se encuentren exceptuados de conformidad con el artículo 6 del DNU N° 297/20, sus normas modificatorias y complementarias, así como por las decisiones administrativas correspondientes.

Asimismo, la Dra. ... cita la Res. Conjunta 13/MJGGC/20 por la cual se implementa en el ámbito local las formalidades y requisitos para circulación en el territorio de la CABA en igual sentido que el DNU N° 297/20 —ninguna de estas resoluciones ha sido puesta en crisis por la nombrada—. Luego, la letrada resalta que la fundamentación de la Resolución atacada se basa en cuestiones técnicas como el hecho de que "...la mortalidad por COVID19 se concentra en personas mayores, llegando en algunos países al 80%" y menciona las acciones positivas llevadas a cabo por el Gobierno CABA tales como el Programa de "Mayores Cuidados" o la coordinación con el Sindicato Único de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal (SUTERH).

En cuanto al impacto sobre la salud del supuesto agravamiento del ASPO, se adjunta al habeas corpus un informe elaborado por profesionales de la salud en donde se detallan las posibles consecuencias que podrían surgir de una privación de la libertad de adultos mayores de setenta años a los que se les restringe el derecho de decidir sobre sus actos, quienes serían colocados en un lugar de minusvalía "...en el mismo plano de los 'Menores e Incapaces'". Además, los médicos que suscriben, y que destacan que la mayor cantidad de víctimas se encuentra en el colectivo de adultos mayores, entienden que es una norma "irracional, innecesaria y discriminatoria" que no protege la salud de estas personas y establecen una serie de sugerencias para el poder ejecutivo local. Con el objetivo de fundar su pretensión, la Dra. ... cita notas periodísticas y de opinión de distintos diarios electrónicos que abordan casos análogos en otros Estados y pronunciamientos de intelectuales argentinos y argentinas.

Esta Resolución que, a criterio de la Dra. ..., agrava de manera inconstitucional e "inconvencional" (sic) el ASPO para las personas de setenta o más años que viven en la CABA también está fundada en la ausencia de facultades del Gobierno de la CABA. Sobre este segundo eje argumentativo, la letrada brinda dos fundamentaciones. Una relacionada con la supuesta imprecisión de la norma y otra relativa a las facultades propias del Gobierno de la CABA.

En relación con la primera de ellas, la abogada comienza su argumento citando una nota periodística al Dr. Eugenio Zaffaroni, de fecha anterior a la redacción y publicación de la Res. Conjunta, en la cual el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación asevera que la amenaza de crear contravenciones o delitos por parte de la administración en base a criterios etarios es ilícito, discriminatorio y paternalista.

En ese orden de ideas, la Dra. ... refiere que la Res. Conjunta 16/MJGGC/20 "...no despeja ninguna amenaza" y que "la necesidad" de llamar al 147 para dar un aviso de salida del domicilio con validez de 48 horas demuestra la arbitrariedad de la medida que no explicita los alcances de qué se debe entender por necesario, quien se encargará de controlar el aviso y su vigencia. Según la letrada, la medida fue comunicada como obligatoria lo que habría generado "gran confusión y temor en las personas de 70 o más años, muchas tienen el convencimiento de que existe obligación de solicitar permiso para poder circular y sanción en caso de incumplimiento."

En consecuencia, la abogada entiende que no hay norma expresa que permita saber cómo actuarán las fuerzas policiales en los procedimientos de identificación de personas, en este caso, mayores de setenta años. A su vez, resalta que el DNU N° 297/20 ha previsto graves restricciones a la libertad ambulatoria de todas las personas del país que no pueden ser agravadas por ninguna autoridad competente por debajo del Presidente.

En relación con la esencia de la cuestión, la Dra. ... resalta que el Jefe de Gobierno de la CABA no tiene potestad para dictar medidas de restricción a la circulación y a la libertad de las personas que se desprenda

Thomson Reuters

de la Constitución local. En miras a justificar su punto, destaca que ni siquiera en estado de sitio se alteran las competencias constitucionales y que, actualmente, se está ante una "desnaturalización de la República, la Democracia y el régimen federal de gobierno", para lo cual cita jurisprudencia de la Corte estadounidense y realiza una analogía sobre posibles medidas a adoptar basadas en criterios claramente discriminatorios.

Por esta fundamentación reseñada, la Dra. ... entiende que la acción interpuesta es procedente, solicita informes en los términos del artículo 11 de la Ley N° 23.098 y hace reserva del caso federal. Finalmente, peticiona que se tenga por presentado el habeas corpus colectivo y correctivo en favor de las personas de setenta o más años que habitan en la CABA, se requiera los informes solicitados, se cite a la audiencia prevista en el artículo 14 de la Ley 23.098, se ordene la abstención de actos que agraven la libertad ambulatoria, se declare la inconstitucionalidad de la Res. Conjunta N° 16/MJGGC/20 del 19 de abril de 2020 y se tenga presente la reserva formulada.

II. Fundamentos

II.a.- De la procedencia del Habeas Corpus

Llegado el momento de expedirme, adelanto que declararé improcedente la cuestión planteada dado que no se encuadra dentro de los supuestos previstos en el artículo 3 de la Ley 28.093, por los argumentos que expondré a continuación.

La acción de habeas corpus se encuentra prevista tanto en la Constitución Nacional como en la Local en los arts. 43 y 15, respectivamente, y puede ser ejercida cuando "el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, en cualquier situación y por cualquier motivo, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición de personas".

A la hora de analizar su procedencia se debe estar a lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 23.098 que establece en sus dos incisos los supuestos en los cuales se deberá hacer lugar al remedio judicial cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que impliquen: "1° Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente.; 2° Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere." En el presente caso se ataca una disposición de autoridad pública, tal como lo es la Res. Conjunta 16/MJGGC/20 del 19 de abril de 2020, por lo que se debe analizar si los alcances de tal disposición son posibles de encuadrar dentro de alguno de los supuestos citados.

En ese sentido, es oportuno destacar que el artículo en cuestión está previsto para situaciones de detención o privación de libertad legítimas o ilegítimas que adolezcan de algún vicio grave que ponga en riesgo la libertad personal del individuo. Es decir, esta norma busca la protección de ese derecho fundamental receptado en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de raigambre constitucional y orientados a amparar a la persona de cualquier injerencia arbitraria por parte de agentes estatales.

En la presente situación, previo cualquier análisis, es necesario recordar que la Res. Conjunta 16/MJGGC/20 se engloba dentro de las facultades establecidas por el artículo 10 del DNU N° 297/20 de Presidencia de la Nación y la Resolución N° 48/2020 del Ministerio del Interior de la Nación bajo las cuales se establecen las pautas generales básicas para la implementación del ASPO y las excepciones para la circulación. Estas decisiones se encuadran, a su vez, dentro de un contexto exógeno de mayor envergadura que no puedo perder de vista: la pandemia por COVID-19 decretada por la Organización Mundial de la Salud.

Ahora bien, considero que la Res. Conjunta 16/MJGGC/20 tuvo su génesis bajo fundamentos de solidaridad y cuidado a personas que se encuentran dentro de un colectivo en situación de vulnerabilidad en los términos de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de la cual el Estado argentino es parte. Esta resolución en sus artículos 2 y 3, establece la necesidad de las personas mayores de setenta años de comunicarse con el servicio de atención ciudadana al número 147 para dar un aviso que tendrá una vigencia de 48 horas.

Tal como surge de lo reseñado, no se establece pena o sanción alguna para el incumplimiento de este aviso, el cual tiene por objeto "garantizar el conocimiento de todas las alternativas puestas a disposición por parte de la Ciudad, para evitar que las personas de setenta (70) o más años salgan innecesariamente de su domicilio" o de donde se encuentren cumpliendo el ASPO dispuesto por la autoridad nacional.

Entonces, entiendo que el espíritu de lo legislado tiende a la protección de un colectivo específico buscando su concientización y otorgándole respuestas estatales a estos individuos en razón del elevado riesgo de contagio del COVID-19 para ese grupo etario. Tal como ha sido expuesto públicamente por funcionarios de gobierno —especialmente por Horacio Rodríguez Larreta—, esta medida tiene un fin meramente disuasorio que busca la concientización por sobre la punición y que, bajo ninguna circunstancia, puede

Thomson Reuters

considerarse que esté legislando delitos o contravenciones locales.

Esta resolución se enmarca en un contexto global de adopción de medidas de resguardo extras como la utilización de barbijos en la vía pública —que inició de forma local en distintos municipios y fue aprobada y apoyada por el gobierno nacional— o la cuarentena administrada que tienen por objetivo evitar la saturación del sistema de salud con el coste en vidas humanas que apareja. Esta serie de medidas, y gracias al compromiso social, han generado resultados que hasta ahora se perciben como alentadores frente a este nuevo fenómeno. Dentro de este contexto macro es que debo situar la resolución adoptada conjuntamente por Jefatura de Gabinete y el Ministerio de Salud de la CABA.

Por lo expuesto, entiendo que el DNU N° 297/20 establece una restricción legítima, razonable y proporcional de la libertad ambulatoria de acuerdo a los estándares internacionales en materia de protección de derechos humanos. En esto coincide conmigo la Dra. ... que no cuestiona de forma alguna la constitucionalidad de dicho decreto ni de ninguna otra normativa local por fuera de la resolución previamente mencionada; tampoco la Comisión Bicameral Permanente del Congreso Nacional ha cuestionado su validez, por lo que debe descartarse de plano que esta restricción de derechos sea asimilable a una privación de la libertad.

En relación con las medidas relativas al ASPO adoptadas en el marco de la pandemia del COVID-19, la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas se ha pronunciado en reiteradas oportunidades con motivo de posibles afectaciones a la libertad personal o a la autodeterminación de las personas por parte de las medidas adoptadas por la administración, tanto nacional como local. Entre los precedentes a destacar, en los cuales se ha confirmado el rechazo de habeas corpus, la Cámara de Apelaciones ha sostenido la razonabilidad de las medidas dictadas en el marco del DNU N° 297/2020 dado que "las severas medidas adoptadas pretenden reducir al máximo la circulación de personas, para protección propia y de terceros" (CAPCyF, Sentencia del 28 de marzo de 2020, Causa N° 8035/2020-0 Habeas Corpus).

En ese sentido, la Cámara aseveró en todos sus precedentes que "la única medida cuya eficacia ha quedado demostrada para reducir el impacto de la pandemia es el aislamiento preventivo, que en distintos países se ha implementado tardíamente con las consecuencias que se conocen" (CAPCyF, Sentencia del 22 de marzo de 2020, Causa N° 7991/2020-0, De Santo, Magdalena s/ Habeas Corpus).

A su vez, en ambos pronunciamientos citados, la Cámara receptó el hecho de que el ASPO no constituye técnicamente una privación de libertad sino una restricción a la libertad ambulatoria razonable y proporcional a los fines buscados por las medidas dispuestas (CAPCyF, Sentencia del 28 de marzo de 2020, Causa N° 8035/2020-0 Habeas Corpus; CAPCyF, Sentencia del 22 de marzo de 2020, Causa N° 7991/2020-0, De Santo, Magdalena s/ Habeas Corpus).

En igual dirección se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal al rechazar, en el marco de un expediente de habeas corpus, la inconstitucionalidad solicitada del DNU N° 297/2020 dado que las acciones gubernamentales adoptadas tienen por objetivo la "... preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública, no solo del afectado en forma directa —como podría serlo el accionante—, sino de los terceros con los que se tenga contacto en caso de ser afectado por el COVID-19" (CNACC, Sala de Habeas Corpus, SAIJ: FA20060000, Sentencia del 21 de marzo de 2020 Capital Federal, CABA. Magistrados Pociello, Argerich y Pinto.).

En consecuencia, las disposiciones adoptadas por el poder ejecutivo nacional y local no pueden ser equiparables a situaciones de detención o de privación de la libertad lo que implica la improcedencia de la acción de habeas corpus aquí intentada.

Por otra parte, la Dra. ... no funda cómo podría equipararse la restricción razonable de derechos en el marco del ASPO a una situación de detención impuesta por decisión administrativa, con el peligro que ello conllevaría para un Estado de Derecho. Tanto es así que, inclusive la letrada, manifiesta no atacar la constitucionalidad del DNU N° 297/20 ni las reglamentaciones locales establecidas por cada una de las jurisdicciones.

II.b.- Del planteo de inconstitucionalidad de la Res. 16/MJGGC/20

En lo relativo al pedido de inconstitucionalidad de la Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/20, es de público conocimiento **(1)**, que en el día de hoy el Juez Fastman a cargo del Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso

(1) Nota periodística publicada en el Diario La Nación online disponible en https://www.lanacion.com.ar/sociedad/coronavirus-se-declaro-inconstitucional-medida-restriccionadultos-nid2356351 En igual sentido, nota periodística publicada en el Diario Clarín online disponible en https://www.clarin.com/sociedad/piden-declare-incons-

Thomson Reuters

Administrativo y Tributario N° 14, resolvió hacer parcialmente lugar al amparo allí solicitado y declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Res. Conjunta N° 16/MJGGC/20 (Caso Lanzieri, Silvano c. GCBA s/ Amparo, Exp. N° 3045/2020-0, Sentencia del 20 de abril de 2020).

En el decisorio citado, el Magistrado analiza las denominadas clasificaciones o categorías "sospechosas" y concluye que los artículos puestos en crisis no superan el test de constitucionalidad dado que el criterio distintivo de la norma es el etario y que el órgano estatal no aportó razones válidas para justificar la distinción (Tribunal Superior de Justicia, "Urbano, Antonio c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. N° 4973/06, sentencia del 6 de noviembre de 2007).

Así, el Juez concluye —con citas a jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que la resolución es discriminatoria en razón de la edad lo que "...vulnera los derechos y las garantías del grupo etario al cual se encuentra destinada, al imponer una exigencia mayor y distintiva del resto de la población" (Caso Lanzieri, Silvano c. GCBA s/ Amparo, Exp. N° 3045/2020-0, Sentencia del 20 de abril de 2020, considerando XVIII). Es oportuno resaltar que, a lo largo de su análisis holístico de la situación del COVID-19 y de las garantías constitucionales en juego, el Magistrado no equipara la situación actual de confinamiento a la de una privación de la libertad.

Ahora bien, a los fines de evitar un planteo de excepción por litispendencia entiendo que no es atinado que me pronuncie sobre esta cuestión y me inhibiré de hacerlo. Ello, dado que en entre el presente pedido de inconstitucionalidad y el resuelto por el Magistrado citado media la triple identidad de sujetos, objeto y causa y existe la posibilidad de fallos contradictorios, ambos supuestos establecidos por el Máximo Tribunal en su jurisprudencia para la procedencia de esta excepción (doctrina de Fallos: 319:1397; CSJN, Mendoza, Provincia de c. CADIPSA SA y otro s/ ordinario. Sentencia de 31 de octubre de 2002).

En un contexto de pandemia que es de un elevado stress psíquico y emocional para el grueso de la sociedad, tal como figura del informe situacional suscripto por diferentes médicos y médicas adjunto por la letrada, entiendo que no resulta pertinente pronunciarme sobre este punto del planteo y poder generar situaciones de inseguridad jurídica y de falta de institucionalidad innecesarias.

Por ende, no me expediré acerca del planteo de inconstitucionalidad de la Res. Conjunta 16/MJGGC/20 en función de que se ha pronunciado un par mío sobre el punto y los alcances de la disposición adoptada.

En conclusión, en este escenario no se observa la existencia de un acto u omisión de la autoridad pública que pueda ser incluido en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3 de la Ley 23.098 y que implique la apertura de la acción intentada.

Entonces, y para dar acabado cumplimiento a la normativa específica que rige el procedimiento de habeas corpus —específicamente en su artículo 10—, habré de elevar en consulta y en forma inmediata la presente causa a la Cámara de Apelaciones del fuero, para que la misma dirima la cuestión suscitada.

Es por todo lo hasta aquí expuesto que, resuelvo: 1.- Declarar improcedente la acción de Habeas Corpus colectivo y correctivo interpuesta por la Dra. ... como secretaria de la "Asociación Civil ..." en favor de todas las personas de setenta o más años de edad (art. 10 de la Ley 23.098); 2.- No expedirme sobre el planteo de inconstitucionalidad de la Resolución Conjunta 16/MJGGC/20. 3.- Elevar en consulta las actuaciones a la Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas, para que dirima la cuestión suscitada, en los términos del artículo 10 de la Ley 23.098. Tómese conocimiento, regístrese, y remítase de forma electrónica. — *Lorena Tula del Moral.*

AUTORIZACIÓN DEL USO DE TELEFONÍA CELULAR A INTERNOS CARCELARIOS

Situación excepcional de aislamiento. Imposibilidad total de contacto con familiares. Trato cruel e inhumano inconstitucional.

1. — A efectos de evitar someter a las personas privadas de libertad en la Provincia de Buenos Aires a una situación de ostracismo que, en el marco de la actual pandemia, importa un sufrimiento incompatible con el trato humanitario reclamado por la normativa constitucional, resulta prudente autorizar el uso de telefonía celular a los fines del mantenimiento de los vínculos familiares de los internos, durante el período de vigencia de aislamiento social obligatorio decretado por el Gobierno Nacional (DNU 297/20, y sus prórrogas), autorización que deberá ser instrumentada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos

titucional-resolucion-mayores-70-anos-capitalfederal 0 zMHy 29cm.html.

Thomson Reuters

Aires mediante la creación de un Protocolo Normativo que asegure no sólo la operatividad de la autorización, sino también la imprescindible vigilancia a fin de que se asegure la comunicación de los internos con sus familiares y que dicha tecnología no se utilice con fines delictivos.

2. — La autorización cautelar del uso de telefonía celular en todas las unidades penitenciarias de la Provincia de Buenos Aires, durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretada por el Gobierno Nacional mediante el DNU 297/20 y sus prórrogas; es procedente, pues, si el derecho a la comunicación es una regla básica y su obstaculización o supresión afecta el proceso de resocialización y la salud psicofísica de las personas privadas de su libertad, forzoso es concluir que someterlas a una incomunicación absoluta resulta violatorio de los derechos consagrados en los artículos 5 de la CADH (que prohíbe el sometimiento a penas crueles, inhumanas o degradantes, y obliga a brindar un trato respetuoso de la dignidad humana) y 10 del PIDCyP.

3. — A la luz de la normativa constitucional, la prohibición de telefonía celular actualmente vigente significa, en el conetxto actual, que los internos se encuentran impedidos —en forma absoluta— de establecer contacto con sus familiares, lo que importa tanto como decir que se encuentran imposibilitados de saber lo más elemental, esto es, si sus familiares se encuentran resguardados y a salvo, enfermos, internados o incluso en fase crítica (situación que vale también respecto de los familiares, en cuanto a la situación médica de los detenidos), lo que en la actual contingencia de aislamiento obligatorio, suma un importantísimo grado de angustia a su situación, que torna cruel —por innecesaria y carente de sentido humanitario— a dicha prohibición.

TCasación Penal, Buenos Aires, 30/03/2020. - Detenidos alojados en la UP N° 9 de La Plata s/ hábeas corpus colectivo.

[Cita on line: AR/JUR/6270/2020]

Causa N° 100145

La Plata, marzo 30 de 2020.

Antecedentes:

1.- Que se presenta el Defensor de Casación, doctor Mario Coriolano, en el marco de la causa de la referencia, explicando que, dado que la petición que efectuara no llegó a resolverse en función de la cuarentena decretada mediante el DNU 297/20, solicita ahora se dicte medida cautelar a favor de todos los detenidos de la provincia de Buenos Aires, durante la vigencia de la situación de excepción provocada por la pandemia del virus COVID-19.

En apretada síntesis, en su escrito recuerda que en su anterior presentación cuestionó la prohibición de tenencia y uso de aparatos de telefonía celular por parte de los internos de las Unidades Penitenciarias (posesión que se considera falta grave), por los motivos allí expuestos y a los cuales se remite, agregando que la actual situación de aislamiento social, preventivo y obligatorio anula toda posibilidad de contacto de los internos con sus familiares, denunciando la ineficiencia de los pocos aparatos ubicados en algunos de los pabellones de las distintas Unidades Penitenciarias, situación que afecta especialmente a terceras personas, en particular, a los niños, niñas y adolescentes.

Aduna a lo dicho que la restricción impuesta afecta también otras áreas sensibles del proceso de resocialización, como la relativa a la educación, y obstaculiza el proceso de comunicación con los operadores de la Justicia.

En función de ello, solicita se haga lugar a la acción intentada, disponiéndose que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires (en la excepcionalidad y por el tiempo de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio) adopte las medidas que permitan el uso —razonable y sin consecuencias— de telefonía celular en ámbitos del Servicio Penitenciario Provincial por parte de las personas detenidas en la Provincia de Buenos Aires.

2.- Radicadas las actuaciones con noticia a las partes, y llevada a cabo la audiencia que prescribe el artículo 412 del Cód. Proc. Penal, con la presencia del suscripto, del señor Fiscal de Casación, doctor Carlos Arturo Altuve, el señor Defensor de Casación, doctor Mario Luis Coriolano, y de los señores Subsecretarios de Justicia y de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, doctores Inti Pérez Aznar y Lisandro Pellegrini, respectivamente, se plantea la siguiente cuestión:

¿Es procedente la acción intentada?

A la cuestión planteada el doctor *Violini* dijo:

I. Atento la actual situación de pandemia que rige a nivel mundial, deben tenerse presente las Resoluciones N° 13/20 y 386/20 de la Suprema Corte de Justicia, que autorizan, en las actuales circunstancias, a resolver las presentaciones de las partes, en la medida que

Thomson Reuters

resulten urgentes, a través de la Presidencia de este Tribunal, es decir, de modo unipersonal.

Por otro lado, en el marco excepcional de la pandemia decretada y de la cuarentena impuesta a partir del DNU 297/20, y dado que las actuaciones por idéntico pedido ya se encuentran radicadas ante la Sala II de este Tribunal, corresponde abocarse al análisis de la petición.

En último término, algunos de mis colegas de la provincia de Buenos Aires ya se han expedido sobre este punto, mediante razones que comparto plenamente, por lo que estimo oportuno unificar nuestros criterios.

II. Como bien recordó mi colega Juan Sebastián Galarreta, a cargo del Juzgado de Ejecución Penal N° 2 de Mar del Plata, en su pronunciamiento del pasado 27 de marzo del corriente, la cárcel no priva de otros derechos más que el de la libertad (CSJN, "Dessy, Gustavo G. s/ hábeas corpus", del 19 de octubre de 1995, D.346, XXIV).

El enunciado parece evidente, pero es necesario reiterarlo, porque la privación de libertad no implica —ni puede implicar— el cercenamiento de otros derechos básicos, como los relativos a la alimentación, salud, educación, asistencia y mantenimiento de los vínculos familiares, por citar sólo algunos, en miras a lograr una efectiva reinserción social.

Así lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya desde el año 1995, al resolver la causa D. 346. XXIV. "Dessy, Gustavo G. s/ hábeas corpus", del 19 de octubre de 1995, referida a la interferencia epistolar del interno, pero en la que sentó una importante doctrina respecto de la comunicación de las personas privadas de la libertad con el exterior, en el marco del proceso resocializador que debe informar a toda pena.

Puntualmente, dijo la Corte que: "El propósito de readapación social del penado, que debe estar en la base del tratamiento carcelario (...) se ve controvertido por disposiciones y actos de autoridad como los que han dado lugar a esta causa, ya que censurar y obstaculizar la comunicación del recluso con el exterior es un modo de distanciarlo del medio social al que deberá reintegrarse tras el cumplimiento de la pena" (causa citada, Considerando 10°).

Es por ello que diversas normas supranacionales receptan, entre los derechos humanos básicos, el relativo a la comunicación y al mantenimiento de los vínculos familiares. Puntualmente, la Regla 58 de las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Nelson Mandela)", consagra el derecho de los internos a "comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con sus familiares y amigos".

Luego,si el derecho a la comunicación es una regla básica (léase: "mínima") y su obstaculización o supresión afecta el proceso de resocialización y la salud psicofísica de las personas privadas de su libertad, forzoso es concluir que someter a dichas personas a una incomunicación absoluta resulta violatorio de los derechos consagrados en los artículos 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que prohíbe el sometimiento a penas crueles, inhumanas o degradantes, y obliga a brindar un trato respetuoso de la dignidad humana) y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en el mismo sentido).

Justamente por ello, y como lógica consecuencia de esas normas de carácter constitucional, como bien señala el Defensor de Casación, la ley de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires N° 12.256 consagra, entre los derechos de los internos, el relativo a la comunicación con el exterior, a través de "visitas de familiares y demás personas que establezca la reglamentación" y el de "Envío y recepción de correspondencia y comunicaciones telefónicas a su costa" (artículo 9 inciso 5°).

Por supuesto, esta normativa está vigente y fue pensada para un contexto de situación que no es el presente.

Más concretamente, la normativa citada se torna apremiante en la actual situación de pandemia y a partir de la sanción del DNU 297/20, que afecta particularmente a las personas privadas de su libertad.

En el caso puntual de la provincia de Buenos Aires, debe recordarse que un altísimo porcentaje de la población carcelaria ha renunciado voluntariamente —mientras dure la situación de pandemia— a recibir las visitas de sus familiares (que de todos modos tampoco podrían trasladarse hasta las Unidades) y a usufructuar las salidas de las que estuvieran gozando.

Y si bien la totalidad de la población del país se encuentra en idéntica situación en estos dos puntos, no sucede lo mismo con las comunicaciones vía telefónica, que en el caso de las Unidades Penitenciarias se han vuelto imposibles en virtud de la prohibición que pesa sobre la posesión de aparatos de telefonía celular, que se considera falta grave.

Es que la ubicación de un teléfono de línea en alguno de los pabellones de las distintas Unidades Penitenciarias, en el marco de la actual situación de pandemia, aparece como claramente insuficiente, por su escasez y el inadecuado sistema de funcionamiento.

Thomson Reuters

Idéntico razonamiento puede seguirse al considerar las recientes medidas implementadas por el Ejecutivo, tendientes a la comunicación mediante video conferencia.

Considerando esta situación, y a la luz de la normativa constitucional antes citada, lo que resulta en definitiva es que la prohibición actualmente vigente significa, en lo concreto, que los internos se encuentran impedidos —en forma absoluta— de establecer contacto con sus familiares, lo que importa tanto como decir que se encuentran imposibilitados de saber lo más elemental, esto es, si sus familiares se encuentran resguardados y a salvo, enfermos, internados o incluso en fase crítica (situación que vale también respecto de los familiares, en cuanto a la situación médica de los detenidos), lo que en la actual contingencia de aislamiento obligatorio, suma un importantísimo grado de angustia a su situación, que torna cruel —por innecesaria y carente de sentido humanitario— a dicha prohibición.

A lo ya expuesto se suma que ante la actual situación de aislamiento, la sanción en la posesión de teléfonos celulares también implicará un cercenamiento absoluto de la posibilidad de continuar los estudios que estén en curso mediante plataformas virtuales, en contravención con el fin resocializador de las penas, y la imposibilidad de acceso y contacto con los operadores judiciales, especialmente con los defensores, lo que podría llevar a una clara denegación de justicia, en contravención a lo normado por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la regla 61.3 de las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos (Reglas de Nelson Mandela)". No pierdo de vista que la autorización que pretendo conceder puede ser resistida en virtud de pretensas razones de seguridad, y por ello, vuelvo a recordar, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, que: "La seguridad de una prisión y la finalidad de impedir que desde su interior sean conducidas actividades delictivas o planes de fuga, configuran propósitos incuestionables del Estado. Pero esto no justifica la censura de la correspondencia de los internos, ya que éstos pueden mantener, mediante el régimen de visitas, conversaciones privadas (...) (Causa "Dessy" antes citada, Considerando 11°).

Más claro aún: "Si lo que en realidad se trata de evitar o dificultar es el contacto del interno con el mundo exterior para que no siga delinquiendo, habría que pensar en incomunicar a todas las personas privadas de la libertad ya que, ciertamente, pueden seguir en contacto con el exterior mediante la comunicación epistolar, sus visitas y, por qué no, su abogado. Los argumentos que rechazan el uso de teléfonos celulares por los internos chocan con una gran contradicción: que la mayoría de los pabellones del sistema penitenciario argentino cuentan con teléfonos fijos, que funcionan con monedas o tarjetas, o a cobro revertido, no pudiendo explicarse de modo satisfactorio la razón por la cual el riesgo se encuentra en la telefonía móvil, pero no en la fija" (Pereyra, Paulo: "Las voces acalladas: el uso de teléfonos celulares en la cárcel como realización del derecho fundamental a la comunicación", en "Nuevo Pensamiento Penal", www.pensamientopenal,com.ar doctrina 45214, p. 7).

En última instancia, y ante la gravedad de las circunstancias que nos toca vivir, debemos extremar nuestro sentido de humanidad para, al menos, intentar no ser parte de ese universo descripto por Albert Camus, según el cual, "Lo peor de la peste no es que mata a los cuerpos, sino que desnuda las almas, y ese espectáculo suele ser horroroso".

III. En consecuencia, por lo expresado en los puntos anteriores, a efectos de evitar someter a las personas privadas de libertad en la Provincia de Buenos Aires a una situación de ostracismo que en el marco de la actual pandemia importa un sufrimiento incompatible con el trato humanitario reclamado por la normativa constitucional a la que ya aludiera, es mi opinión que resulta prudente autorizar el uso de de telefonía celular a los fines del mantenimiento de los vínculos familiares de los internos, durante el período de vigencia de aislamiento social, preventivo y obligatorio decretada por el Gobierno Nacional mediante el DNU 297/20 (y sus prórrogas), autorización que deberá ser instrumentada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires mediante la creación del correspondiente Protocolo Normativo que asegure no sólo la operatividad de la autorización, sino también la imprescindible vigilancia a fin de que se asegure la comunicación de los internos con sus familiares y que dicha tecnología no se utilice con fines delictivos.

En función de lo que antecede, entonces, en definitiva resuelvo: I. Declarar procedente la acción intentada, sin costas. II. Autorizar el uso de telefonía celular en Todas las unidades penitenciarias de la Provincia de Buenos Aires, Durante el período que subsistan la situación de pandemia y la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretada por el Gobierno Nacional mediante el DNU 297/20 y sus prórrogas. III. Disponer que la creación del necesario Protocolo Normativo para la implementación de la actual autorización deberá ser concretada en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, de modo que asegure la efectiva comunicación de los internos con sus familiares y que no sea utilizada con fines ilícitos. Hasta tanto se concrete el dictado del Protocolo referido, se pondrá en cabeza de los respectivos Jefes de las Unidades Carcelarias, o en su defecto de quien dis-

Thomson Reuters

ponga el Señor Ministro, la determinación de pautas adecuadas y razonables de ingreso, uso, y conservación de los dispositivos telefónicos. IV. A los efectos de cumplimentar lo dispuesto en el punto anterior, Líbrese oficio al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, con copia de la presente, Debiéndose poner en conocimiento de esta Presidencia el protocolo elaborado y las medidas adoptadas. Rigen los artículos 18, 31 y 75 inciso 22° de la Constitución Nacional; 5 incisos 1° y 2°, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 58 y 61.3 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos (Reglas de Nelson Mandela); 405 segundo párrafo, 412, 415, 448, 450, 451, 454, 465, 530 y 531 del Cód. Proc. Penal). Regístrese, notifíquese y cúmplase. — *Víctor H. Violini.*

HÁBEAS CORPUS CORRECTIVO

Dependencias penitenciarias en la Provincia de Buenos Aires. Situación de emergencia sanitaria. Pandemia de COVID-19. Necesidad del dictado de reglas comunes de actuación para el territorio provincial. Internos incluidos en los grupos de riesgo de contagio. Imputados en orden a delitos leves o próximos a la posible libertad condicional. Arresto domiciliario. Evaluación de la gravedad del delito. Situación en comisarías. Pautas para las causas pendientes de resolución.

1. — Durante el período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo Nacional, debe concederse el arresto domiciliario a los internos que encuentran en situación de riesgo por edad o por patologías preexistentes, como así también a las mujeres embarazadas o madres alojadas con sus hijos en las Unidades Penitenciarias de la Provincia de Buenos Aires, y que se encuentran condenadas o imputadas en orden a delitos leves.

2. — Respecto de las personas que se encuentren en situación de riesgo, pero imputadas o condenadas por la comisión de delitos graves, cada situación debe ser analizada por parte del Juzgado o Tribunal que tiene a su cargo a cada prevenido, evaluando la necesidad u oportunidad de disponer una medida de arresto domiciliario (en cuyo caso, y cuando corresponda, deberá resguardarse la integridad psicofísica de la víctima), o bien, asegurando el aislamiento sanitario dentro de la Unidad Penitenciaria donde cada uno se encuentra alojado.

3. — Los Jueces de Garantías, Jueces Correccionales y Tribunales en lo Criminal la evaluación de oficio de las prisiones preventivas de los imputados a su disposición, considerando para tal cometido los intereses de las víctimas, particularmente en los procesos por delitos contra la vida, la libertad, la integridad sexual y aquellos cometidos en un contexto de violencia de género, en todos aquellos procesos donde se encuentren cumplidos los plazos previstos en el art. 141 del Código Procesal Penal.

4. — Los Jueces de Ejecución que tengan a disposición condenados sin sentencia firme, en los casos en que los procesados y condenados se encuentren en un plazo de seis meses anterior a alcanzar el extremo objetivo temporal previsto para obtener la libertad asistida o condicional, y que a su vez cumplan las demás exigencias impuestas, evalúen la necesidad de disponer, de manera extraordinaria y por única vez, la detención domiciliaria, hasta alcanzar el término para la obtención de mejores derechos.

5. — Durante el período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo Nacional, se dispone la prohibición de mantener alojadas en comisarías a las personas mayores de 65 años de edad.

6. — Son pautas razonables para evaluar la gravedad del delito no sólo la escala penal involucrada o la pena impuesta por sentencia condenatoria aunque no se encuentre firme, sino también parámetros como el bien jurídico tutelado —priorizando el relativo a la vida—, la modalidad de ejecución, los medios comisivos —especialmente si resultan altamente lesivos—, la situación o calidad de la víctima y la posibilidad de fijar domicilio en un lugar diferente al de residencia de ésta, o si ha mediado violencia de género.

7. — La situación de pandemia mundial existente a raíz del virus COVID-19, por un lado, y la necesidad de resguardar la vida de los internos y detenidos, pero también de garantizar la seguridad de la sociedad toda, por el otro, se erigen como factores excepcionales que habilitan el dictado de reglas comunes de actuación para el territorio provincial, lo que habilita la injerencia del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires de modo originario; ello, en el marco de la Recomendación efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en tanto urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad, por lo que no considerarla podría llevar a la ge-

Thomson Reuters

neración de responsabilidad internacional para el Estado Argentino.

8. — Las medidas que puedan estar implementándose en distintos países a raíz de la pandemia del virus COVID-19 no resultan vinculantes ni atendibles, atento su carácter extrajurídico y el hecho de que pueden responder a realidades diferentes a las del territorio provincial.

9. — Durante el período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo Nacional, a partir de esta sentencia y en lo sucesivo, todas las acciones de habeas corpus pendientes o a iniciarse deberán ser resueltas conforme los lineamientos sentados en la presente.

TCasación Penal, Buenos Aires, sala I, 08/04/2020. - Personas privadas de la libertad en el Servicio Penitenciario, Alcaidías y Comisarías de la Provincia de Buenos Aires s/ Habeas Corpus colectivo y correctivo.

[Cita on line: AR/JUR/9273/2020]

COSTAS

Sin costas.

La Plata, abril 8 de 2020.

Considerando:

1.- Que se presentan el señor Defensor General de La Plata, doctor Omar Ozafrain, junto con los defensores generales doctores/ as Cecilia Boeri, Gerardo Moreno, Karina Dib, Andrés Harfuch, Noemí Pérez, Mariano Bertelotti, Gustavo Linde, Daniel Arias Duval, Germán Bauche y Marcelo García, a fin de interponer el Habeas Corpus de la referencia, denunciando la ilegalidad e inconstitucionalidad de las condiciones en las que se cumplen los encierros, a título de prisión preventiva o de pena.

Puntualmente, denuncian las condiciones de hacinamiento e inhabilitabilidad de las dependencias penitenciarias y policiales, a lo que ahora se suma la situación de emergencia suscitada por la pandemia generada por el virus COVID 19, todo lo cual legitima la procedencia de la vía intentada, visto que se ha excepcionado la competencia meramente revisora de esta Sede.

En este aspecto, recuerdan que la situación ya fue puesta de manifiesto por este Tribunal de Casación en el Documento sobre las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires (RC 2301/18), en el que se formularon varias ideas para la reducción de la población carcelaria, por lo que al día de hoy, la emergencia agudiza esa cuestión, lo que obliga a judicializarla.

Aclaran que la presente acción se enmarca en la situación de pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, por lo que "si bien el contexto de hacinamiento coloca en riesgo a toda la población carcelaria, se han subrayado algunos supuestos de especial vulnerabilidad".

Es por ello que entienden que "es inadmisible que personas que integran los grupos de riesgo (...) se encuentren aún hoy privadas de su libertad en cualquier dependencia de distinta naturaleza de la Provincia de Buenos Aires", recordando el catálogo "elaborado por la Suprema Corte de Justicia y la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires", el que a su criterio debe tener "plena aplicación" en las decisiones judiciales y en particular, en el ámbito carcelario.

Recuerdan también que pese a dicho catálogo elaborado por el Poder Ejecutivo respecto de personas mayores de sesenta y cinco años, protocolizados, mujeres embarazadas o con hijos y menores, muchas de esas personas continúan alojadas en las dependencias y establecimientos provinciales, por lo que resulta necesaria la intervención de este Tribunal para tornar operativo su resguardo, a fin de interrumpir su permanencia en la situación de riesgo.

Subrayan que el Ministerio Público de la Defensa ha relevado a otras personas enfermas (que no se identifican), no incluidas en los listados, pero que deberían recibir el mismo tratamiento jurisdiccional.

Es por ello que también consideran que debe instarse al Poder Ejecutivo a un exhaustivo análisis y posterior clasificación de todas las personas alojadas con base en estos criterios, para su posterior derivación a los jueces naturales de cada causa, sin perjuicio de considerarse la baja de la edad de riesgo a los sesenta años, vistos los parámetros sanitarios que se aplican en el ámbito laboral.

Paralelamente, entienden que deberá disponerse la prohibición de nuevos ingresos al sistema de personas que estén comprendidas en las situaciones de riesgo detalladas.

Consideran que el dispuesto y prorrogado aislamiento social, preventivo y obligatorio no encuentra eco respecto de las cárceles, centros de recepción y comisarías, donde se genera un confinamiento intensivo en espacios insalubres.

Thomson Reuters

Por lo demás, aclaran que su pedido responde a la recomendación efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (publicada el 3 de abril del corriente), en cuanto reconoce la gravísima situación de las personas privadas de la libertad e insta a los Estados a reducir la superpoblación en los centros de detención, a los efectos de contener la pandemia, sea evaluando medidas alternativas o reexaminando las prisiones preventivas ya decretadas, dando prioridad a las personas en situación de riesgo (recomendación que fuera receptada por la Cámara Federal de Casación Penal que citan, pero sin identificación del expediente).

Abundan señalando que persiste la violación de los parámetros fijados en el precedente "Verbitsky", al que consideran no firme, manifestando que no desisten del petitorio aún pendiente de resolución ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En este punto, observan que el hacinamiento impide guardar las distancias mínimas interpersonales requeridas; que las condiciones físicas de los internos en general los colocan en situación de contagio; las deficiencias estructurales de los edificios, que esta Sede ordenara supervisar y mejorar, dificultan los esfuerzos por ponerlos en condiciones mínimas de habitabilidad e higiene; los planteles médicos en las dependencias policiales y del Servicio Penitenciario se encuentran "diezmados" y no es previsible que puedan mejorarse en esta emergencia, teniendo en cuenta la demanda de la población y las prioridad que necesariamente deberán otorgarse; por último, tampoco resultan ajenos a esta misma vulnerabilidad los agentes policiales y del Servicio Penitenciario.

Consideran que las medidas extremas que se vienen adoptando a nivel mundial deben implementarse también en el ámbito carcelario, a efectos de impedir picos de contagio abruptos e inmanejables, y como consecuencia de ello, la producción de muertes por enfermedad, motines, intentos de fuga u otras medidas de fuerza. Citan ejemplos de situaciones críticas y de las medidas que en consecuencia se adoptaron en diversos países.

Reiteran que este Tribunal debe decidir en forma originaria en cuestiones colectivas, dado que "No puede vislumbrarse en el corto plazo una solución al hacinamiento que llegue a tiempo para contrarrestar, o al menos poner en mejores condiciones los espacios de encierro y resguardar a los detenidos", y considerando que "la velocidad de la pandemia y la circulación del virus no se compadecen con los tiempos de algunas decisiones judiciales", por lo que son imprescindibles decisiones novedosas, pero sobre todo urgentísimas.

Recuerdan también que por la Resolución 158/2020, la Procuración General instruyó a los defensores para que evaluaran de forma inmediata la pertinencia del requerimiento de medidas alternativas respecto de las personas en situación de riesgo, al tiempo que instruyó a los fiscales para que analizaran prioritariamente dichos casos.

A este efecto, citan la resolución de la causa N° 102530 por parte de esta Presidencia, en la que se otorgó el arresto domiciliario, que había sido denegado por la Cámara de Bahía Blanca, a una persona mayor de 65 años, señalando la "inimaginable cantidad de situaciones que podrían producirse, pues si las negativas de los jueces se multiplican, los remedios recursivos pueden ser lamentablemente tardíos".

Por estas consideraciones, peticionan:

a.- Que los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires remitan a este Tribunal y a los jueces de instancia los listados actualizados de las personas procesadas y penadas que aún permanezcan en contextos de encierro y se encuentran en alguna de las situaciones de riesgo ya mencionadas, a fin de que se puede decidir a su respecto, listados que deberán actualizarse semanalmente.

b.- Que se ordene a los magistrados de la instancia informen a este Tribunal la nómina de casos en los que han decidido mantener el encierro, y los fundamentos de la decisión para que, en el marco del presente habeas corpus colectivo, esta Sede pueda revertir las decisiones arbitrarias o contrarias al trato humanitario y sanitario debido, entendiendo además que los jueces que no se hayan pronunciado deberán hacerlo aún de oficio.

c.- Que se inste a los jueces a racionalizar el uso de la prisión preventiva, con el objetivo ya expresado y se disponga que los jueces de instancia procedan a revisar las prisiones preventivas.

d.- Que se disponga que los Jueces de Ejecución resuelvan las libertades asistidas y condicionales cuando se cumpla el requisito temporal, aunque para esa fecha no cuenten con los informes carcelarios ni se encuentre operativo el Patronato de Liberados para controlar el cumplimiento de las condiciones impuestas, a efectos de que sean los jueces naturales quienes resuelvan, pero en el breve tiempo que fije este Tribunal.

En este punto, adunan que en el caso de personas no sometidas a una condición de riesgo, y conforme lo estableciera el Documento elaborado en esta Sede, se ponderen otras prioridades, como la levedad del

Thomson Reuters

delito cometido o cuando el encierro es equivalente a los dos tercios del mínimo de la pena imputada, o cuando las condenas firmes o no firmes impongan penas inferiores a los cinco años de prisión y se haya cumplido la mitad de la misma (conf. doctrina del fallo "Verbitsky").

e.- Que se exhorte al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo para que con la premura del caso, evalúen introducir modificaciones en la ley 12.256, a efectos de habilitar a los jueces para que en situaciones de pandemia como la presente, puedan conceder alternativas al encierro carcelario sin que concurran los requisitos temporales o conductuales exigidos por la ley (conf. doctrina del precedente "Verbitsky").

2.- En la acollarada N° 102558 se presenta el Defensor Oficial —doctor Germán Kiefl— a los efectos de interponer ante esta Sede acción de Habeas Corpus colectivo en favor de todas las personas privadas de la libertad en el Departamento Judicial de Bahía Blanca, visto que judicialmente se ha denegado la adopción de una serie de medidas que resultan esenciales para garantizar eficazmente la tutela de sus derechos a la vida y la integridad física, actualmente amenazados frente a la pandémica propagación del virus COVID-19 en nuestro país, y recordando el concepto de "garante" que pesa sobre el Estado respecto de las personas privadas de la libertad.

Alega que los remedios intentados individualmente se han revelado como inidóneos e ineficaces para proteger a la población carcelaria o detenida en comisarías, pues se observa una cantidad de pedidos en trámite, otros tantos rechazados, y los concedidos sin hacerse efectivos merced a la actividad impugnativa fiscal.

Desarrolla la situación de pandemia existente y los diversos documentos de organismo supranacionales y nacionales dictados a su respecto, que aúna a la inexistencia de vacuna y al estado de la población carcelaria.

Señala que el pasado 17 de marzo de 2020, a raíz del notable avance ya constatado a esa fecha de la pandemia que afecta a la población mundial COVID-19, esta Defensa interpuso acción de Habeas Corpus ante la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Bahía Blanca, solicitando una serie de medidas preventivas en favor de todas las personas alojadas en la unidades carcelarias y comisarías ubicadas en este Departamento Judicial, haciendo especial hincapié en la situación de aquellas comprendidas dentro de los llamados "grupos de riesgo", exponiendo las razones que había proporcionado y la documental que acompañara (informe pericial).

Recuerda que la Titular del Juzgado en lo Correccional N° 3 departamental acogió parcialmente el habeas corpus presentado, ordenando a la Dirección Provincial de Salud Penitenciaria dependiente del Ministerio de Salud Bonaerense que en el término de setenta y dos (72) horas se proveyeran a las Unidades Sanitarias correspondientes a la Unidad Penal N° 19 de Saavedra y a la Unidad Penal N° 4 de Bahía Blanca, los insumos y medicamentos necesarios para el cumplimento de lo dispuesto en la Resolución 173/2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, especialmente alcohol en gel, barbijos, y todos aquellos imprescindibles para la prevención del COVID 19 de acuerdo a los protocolos, como así también los medicamentos que se encontraban entonces pendientes de entrega.

Contra dicho pronunciamiento, el peticionante interpuso recurso de apelación (por los motivos que vuelve a exponer), por lo que la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental resolvió, desestimando el recurso y convalidando lo dispuesto en origen.

Explica entonces que entre los días 16 de marzo y 1° de abril de 2020, de un total de ciento dos (102) pedidos de morigeraciones a las medidas de encierro de personas privadas de libertad que reúnen algún criterio de riesgo conforme los parámetros establecidos al respecto por la OMS, en sólo siete (7) de ellos se ha podido arribar a una solución favorable a los intereses de los imputados involucrados mediante la concreción de las respectivas morigeraciones, máxime a poco que se considere que ante un eventual escenario de ingreso al Sistema Carcelario del virus COVID-19, se vería dificultada la posibilidad de asistencia, por lo que entiende debe recepcionarse la regla general que impide el tratamiento de Habeas Corpus originarios ante la instancia de Casación.

Postula entonces que:

a.- Se disponga con carácter cautelar la medida de encierro domiciliario en favor todas las personas privadas de libertad que queden comprendidas en los grupos de riesgo, incluidas en las nóminas ya provistas por los titulares de las comisarías y Unidades Carcelarias ubicadas en el Departamento Judicial de Bahía Blanca, en el marco de la acción de Hábeas Corpus colectivo de trámite ante el Juzgado en lo Correccional N° 3 Departamental, haciéndose efectivas las mismas por intermedio de los órganos jurisdiccionales a cuya disposición se encuentren, previa constatación del domicilio donde fijen su residencia y hasta tanto se prolongue la situación de pandemia mundial y nacionalmente declarada.

Thomson Reuters

b.- Se implemente el mecanismo de control que fuera oportunamente solicitado y conforme el cual, ante cualquier ingreso de una persona detenida a los establecimientos carcelarios o comisarías el Departamento Judicial de Bahía Blanca, sus titulares constaten si presenta algún factor de riesgo frente al contagio de COVID-19, y en caso afirmativo, lo comuniquen en forma inmediata al Juzgado o Tribunal a cuya disposición se encuentre la persona evaluada, para extensión y aplicación al caso de la medida cautelar de detención domiciliaria antes expuesta.

c.- Se libre oficio a los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, a fin de que tomen conocimiento de la presente acción, y del agravamiento de las condiciones de detención que por el presente se denuncia; y en función de ello se aboquen con urgencia al resguardo sanitario de la población carcelaria del Departamento Judicial de Bahía Blanca, proveyendo las medidas de asistencia médica, higiene, aislamiento y alimentación que resulten pertinentes, visto que pese a lo ordenado por el Juzgado Correccional N° 3, se siguen verificando faltantes.

d.- Atento a la necesidad de dar urgente solución a la revisión de la privación de libertad que padecen las personas incluidas en los denominados grupos de riesgo, se inste a los órganos jurisdiccionales a cuya disposición se encuentran las mismas para dar tratamiento con carácter de "urgente despacho" a las actuaciones de oficio o peticiones que a tenor de ello se formulen; de forma tal que el trámite de estas incidencias, mientras dure esta situación excepcional de urgencia, no quede sometida a los plazos previstos por la legislación de forma en cuanto a su tramitación para situaciones normales.

e.- De acuerdo al criterio sentado en lo dispuesto por la Resolución SDH 52/2020 de la Suprema Corte Provincial, y que se replica en la Resolución N° 158-2020 de la Procuración General local, se inste a los órganos jurisdiccionales a cuya disposición se encuentren las personas privadas de libertad que están incluidas dentro de los denominados "grupos de riesgo" frente al contagio de COVID-19, a que consideren esa circunstancia como "criterio suficiente" para disponer su arresto domiciliario como medida de morigeración o alternativa a la prisionización que sufren, sin perjuicio de la corroboración de la disponibilidad de residencia con la que cuenten para cumplir la misma.

f.- Por aplicación del principio de humanidad, y a la luz del riesgo concreto que implica para la vida y la integridad física del colectivo involucrado la demora en la adopción efectiva de toda morigeración que se resuelva a la prisión preventiva de los sujetos "procesados" que se ven incursos en alguno de los factores de riesgo frente al contagio de COVID 19; se declare la inconstitucionalidad de asignar efecto suspensivo al recurso fiscal para los casos en que tales morigeraciones sean concedidas en la instancia de grado.

En último término, acompaña prueba documental en formato digital, a saber: a.- informe médico realizado en fecha 16 de marzo de 2016 por la Perito Médica doctora Mariana Lauronce; b) nóminas de internos de la U.P. N° IV y U.P. N° XIX que presentan factores de riesgo; c) resolución del Juzgado en lo Correccional N° 3 Departamental; d) recurso de apelación interpuesto por la defensa; e) consulta en Portal MEV de la SCBA de la resolución dictada por la Sala II de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental; f) informes del Servicio Penitenciario bonaerense; y e) informe actuarial y relevamiento estadístico de datos elaborado por la Secretaría General de la Defensoría Departamental de Bahía Blanca de fecha 5 de abril de 2020

3.- Radicadas las actuaciones y notificadas las partes, se llevó a cabo la audiencia que prescribe el artículo 412 del Código Procesal Penal, con la presencia del suscripto, del señor Fiscal de Casación, doctor Carlos Arturo Altuve, el señor Defensor de Casación, doctor Mario Luis Coriolano y la Defensora Cecilia Boeri (ambos por videoconferencia), el señor Subsecretario de Política Criminal dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, doctor Lisandro Pellegrini, y el señor Subsecretario del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, doctor Darío Ruiz, en las que las partes expusieron sus razones y pedidos.

Luego, presenta escrito (electrónico) ante esta Sede, en carácter de "Amicus Curiae", el señor Roberto Cipriano García, con patrocinio letrado y en su rol de Secretario de la Comisión Provincial por la Memoria —a la que cabe tener por parte en las presentes actuaciones—, con la finalidad de someter a consideración de este Tribunal "elementos de relevancia".

En apretada síntesis, reiteran que la población penitenciaria es especialmente vulnerable frente a una enfermedad altamente contagiosa como el COVID-19 dado el hacinamiento y los problemas para acceder una rápida atención médica en el encierro, máxime considerando la sobrepoblación existente tanto en Unidades Penitenciarias como en comisarías; subrayan la falta de un acceso adecuado a la salud y las condiciones deplorables de un hábitat que atentan contra ello, como también la habitual escasez de comida y elementos de limpieza, y afirman que todo ello propicia focos de infección.

Entienden, entonces, que si el virus ingresa en el ámbito carcelario o de las comisarías en las actuales

Thomson Reuters

condiciones, se producirá una catástrofe humanitaria de enormes dimensiones, y adhieren a las consideraciones expuestas en las acciones directas intentadas, reiterando el petitorio traído en el escrito de inicio de la causa N° 102555.

En último término, presenta escrito el doctor Coriolano, solicitando se declaren admisibles las acciones interpuestas, se acumulen los presentes trámites con la causa N° 100983, en razón de una mejor administración de justicia, repasando jurisprudencia nacional e internacional respecto de las poblaciones de riesgo, para derivar de ello la conexidad que pretende; reitera el pedido de soluciones urgentes, y se reserva el derecho de peticionar, sosteniendo los pedidos ya efectuados.

4.- Atento la actual situación de pandemia que rige a nivel mundial, deben tenerse presente las Resoluciones N° 13/2020 y 386/2020 de la Suprema Corte de Justicia, que autorizan, en las actuales circunstancias, a resolver dichas presentaciones a través de la Presidencia de este Tribunal, es decir, de modo unipersonal.

Asimismo, atento la identidad de los planteos efectuados, de las personas involucradas en la resolución y sobre todo, de la simultaneidad de las presentaciones, corresponde resolverlas de modo conjunto.

Por el contrario, no observo la necesidad de acumular las presentes con la causa N° 100983, que ingresó a este Tribunal con anterioridad a la entrada en vigencia del DNU 297/20 (por lo que en rigor, escapa a la competencia extraordinaria fijada por las resoluciones de la Suprema Corte para resolver de modo extraordinario de forma unipersonal), a lo que agrego que la extensión que tienen las presentes acciones torna superflua la acumulación pretendida, por lo que —además— a efectos de no demorar más la resolución, a lo peticionado, no ha lugar.

5.- Así las cosas, debe recordarse ante todo que es doctrina de este Tribunal que la interposición de un Habeas Corpus no autoriza —en principio— a sustituir a los jueces naturales de la causa para venir originariamente ante este Tribunal de Casación, que posee funciones revisoras, situación que no ha sido alterada por la pandemia ni por las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia, que en virtud de la suspensión de plazos y las medidas de aislamiento decretadas, ha autorizado la resolución de los trámites urgentes y habilitado a que, en los casos de tribunales colegiados, la decisión se tome de modo unipersonal.

Luego, y como regla, la acción intentada resultaría inadmisible, a menos que, como se viene diciendo desde siempre, se verifiquen situaciones excepcionales que ameriten la injerencia de esta Sede de modo originario, tal como se expresó en el Habeas Corpus 102528 que se cita, y que no está de más recordar, dado que el doctor Ozafrain y los defensores que lo acompañan omiten toda señalación al respecto, que el Punto I del resolutorio denegó el pedido de concesión de las medidas morigeradoras en forma directa por parte de esta Presidencia, haciendo lugar a la acción sólo a los efectos de oficiar a los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y al de Seguridad a fin de resguardar la situación sanitaria de los internos.

Más aún: en dicho expediente, el requerimiento de información de las personas en situación de riesgo se realizó al solo efecto de poder constatar la situación de cada interno en cada acción de habeas corpus individual; ello, con el objetivo de acelerar la decisión y poder determinar, precisamente, si la situación debía canalizarse a través de la instancia o subsistían situaciones de excepción que ameritaran la injerencia directa de esta Sede.

Del mismo modo, el doctor Ozafrain y los defensores que lo acompañan soslayan que en la causa N° 100145 (que también citan en apoyo de su pretensión), la decisión se adoptó teniendo en consideración que lo peticionado ya se encontraba tramitando en el expediente de mención en la Sala II de este Tribunal, decisión que había quedado paralizada ante el decreto de aislamiento social, preventivo y obligatorio, por lo que en rigor, no suponía un supuesto de excepción a la competencia revisora de este Tribunal de Casación.

Vale la aclaración, puesto que es sabido que los pronunciamientos judiciales deben interpretarse en forma integral, por lo que llama poderosamente la atención a este Magistrado que el doctor Ozafrain y los colegas que lo acompañan, de vasta trayectoria y experiencia, soslayen esta regla básica y apoyen su pretensión en una clara parcialización de la letra y e l sentido global de los precedentes a los que acuden.

En lo que atañe al catálogo elaborado por la Procuración General y otros organismos, receptado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, sólo debo decir que si se efectúa un repaso de todas las decisiones jurisdiccionales adoptadas en el ámbito de esta Presidencia, se verá que como regla se recurre a dicho catálogo (que comprende a las personas mayores de sesenta y cinco años, con enfermedades de base, protocolizados, mujeres embarazadas y madres con niños) a efectos de conceder, derivar o denegar los habeas corpus radicados ante esta Sede, por lo que el pedido de “plena aplicación” que requiere el doctor Ozafrain y los defensores resulta abstracto.

Thomson Reuters

Más allá de lo expuesto, y como una mera apreciación de carácter personal, me veo obligado a observar que el señor Procurador General de la Provincia de Buenos Aires, doctor Julio Marcelo Conte Grand, que ahora parece erigirse como una suerte de héroe o líder mediático en medio de la pandemia decretada, ha sido, en los cuatro años pasados, el artífice de instrucciones (nunca resistidas por parte de algunos defensores que ahora recurren) que provocaron la proliferación de pedidos de prisión preventiva (mantenidos mediante recursos) y colaboraron de modo sustancial con la superpoblación carcelaria y la situación de hacinamiento imperante, que recién ahora, en la crítica circunstancia de la pandemia mundial decretada, parece revertir a través de la Resolución N° 158/2020, oscilando entre Torquemada y Mandela.

Luego, en función de lo dicho, corresponde analizar si median supuestos excepcionales o de gravedad institucional que habiliten la toma de una o más decisiones (conforme los varios pedidos efectuados) en forma originaria por parte de esta Presidencia.

6.- Así las cosas, debo subrayar en primer lugar que las medidas que puedan estar implementándose en distintos países no resultan vinculantes ni atendibles, atento su carácter extrajurídico y el hecho de que pueden responder a realidades diferentes a las del territorio provincial (a título de ejemplo, valga recordar que las características de la cuarentena, en cuanto al aislamiento social, no tienen el mismo efecto vinculante ni la misma extensión en todos los países que se mencionan en el escrito).

Por otro lado, respecto del pedido efectuado por la Defensa sobre el final de la audiencia, relativo a la declaración de inconstitucionalidad de las apelaciones realizadas por los fiscales durante esta emergencia, considero que no resulta posible, atento a que las facultades así concedidas por ley no pueden considerarse derogadas o suspendidas, ni es posible declarar una inconstitucionalidad en general, sin perjuicio de lo que se pida y corresponda decidir en cada causa en particular, vista la Resolución N° 158/2020 de la Procuración y al hecho de que, en función de lo normado por el artículo 431, interpretado en conjunción con el artículo 3, ambos del Cód. Proc. Penal, las libertades concedidas quedan exceptuadas de la regla que impone el efecto suspensivo de los recursos, por lo que en consecuencia, deben ser efectivizadas de forma inmediata, situación que debe entenderse compatible con el otorgamiento de medidas morigeradoras.

Sin perjuicio de lo dicho, y visto el reclamo de resolución "urgentísima" y las competencias que son propias de este Tribunal, entiendo que las peticiones progresan parcialmente.

Antes de continuar, debo aclarar que he mantenido comunicaciones previas con todos mis colegas del Tribunal de Casación Penal, por lo que, aunque la firma del presente será sólo la del suscripto, la decisión que aquí corresponde plasmar de aquí en adelante se ha adoptado por mayoría de opiniones.

En primer lugar, en lo que atañe a los puntos b, d y e del petitorio de la causa N° 102555 y "b" del escrito presentado en la causa N° 102258, no corresponde a esta Sede suplantar a los jueces naturales de la causa, ni reiterar instrucciones sobre el uso de la prisión preventiva que ya han sido vertidas por la Procuración General de esta provincia en la Resolución 158/2020 y contempladas por la Suprema Corte de Justicia en distintas Resoluciones que se encuentran vigentes; por último, tampoco es posible exhortar —en una suerte de mandato— a otro poder del Estado, pues ello implicaría invadir las competencias que corresponden al Poder Legislativo, en función del principio constitucional de división de Poderes.

Por el contrario, progresa lo solicitado en los puntos "a" y "c" del escrito traído en la causa N° 102255 y los puntos "a" y "e" del escrito de inicio de la causa 102558, con la aclaración que las demás peticiones efectuadas en esta última causa quedarán superadas por la decisión que corresponde adoptar, básicamente, en función de los listados actualizados aportados por los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad, ambos de la Provincia de Buenos Aires.

Es que la situación de pandemia mundial existente, por un lado, y la necesidad de resguardar la vida de los internos y detenidos, pero también de garantizar la seguridad de la sociedad toda, por el otro, se erigen como factores excepcionales que habilitan el dictado de reglas comunes de actuación para el territorio provincial, lo que habilita la injerencia de esta Sede de modo originario.

Ello, en el marco de la Recomendación efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (N° 066/20), en tanto urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad, por lo que no considerarla podría llevar a la generación de responsabilidad internacional para el Estado Argentino.

La conjunción de los tres aspectos antes mencionados (la pandemia decretada y la necesidad de resguardar los bienes jurídicos vida y seguridad), aunado al hecho de que el público y notorio hacinamiento existente en las Unidades Penitenciarias y Comisarías de la Provincia (lo que impide que las personas alojadas mantengan entre sí las distancias aconsejadas para evitar el contagio), me llevan a considerar prudente hacer uso de los distintos listados aportados

Thomson Reuters

por los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad, ambos de la Provincia de Buenos Aires, a los efectos de acatar las Recomendaciones de los Organismos Internacionales, y con el objetivo de descongestionar los centros de detención.

6.a.- Con esta premisa de base, considero en primer lugar a las personas que, conforme dichos listados o y las actualizaciones que se vayan agregando, se encuentran en situación de riesgo por edad o por patologías preexistentes, como así también a las mujeres embarazadas o madres alojadas con sus hijos en las Unidades Penitenciarias, y que se encuentran condenadas o imputadas en orden a delitos leves.

En este caso, entiendo que la solución más equitativa consiste en la concesión del arresto domiciliario a las personas contenidas en dichos listados o respecto de las que se verifiquen las situaciones apuntadas, arresto que deberá aplicarse e implementarse desde los Juzgados y Tribunales que tienen a su cargo a los prevenidos.

6.b.- Por otro lado, respecto de las personas que se encuentren en situación de riesgo, pero imputadas o condenadas por la comisión de delitos graves, siempre conforme los listados aportados y las actualizaciones que vayan proporcionándose, entiendo que corresponde disponer que cada situación sea analizada por parte del Juzgado o Tribunal que tiene a su cargo a cada prevenido, evaluando la necesidad u oportunidad de disponer una medida de arresto domiciliario (en cuyo caso, y cuando corresponda, deberá resguardarse la integridad psicofísica de la víctima), o bien, asegurando el aislamiento sanitario dentro de la Unidad Penitenciaria donde cada uno se encuentra alojado.

A este fin, considero pautas razonables para evaluar la gravedad del delito no sólo la escala penal involucrada o la pena impuesta por sentencia condenatoria aunque no se encuentre firme, sino también parámetros como el bien jurídico tutelado (priorizando el relativo a la vida), la modalidad de ejecución, los medios comisivos (especialmente si resultan altamente lesivos), la situación o calidad de la víctima y la posibilidad de fijar domicilio en un lugar diferente al de residencia de ésta, o si ha mediado violencia de género.

6.c.- En los supuestos de los puntos anteriores (6.a y 6.b.), y sin perjuicio de lo dispuesto, considero oportuno encomendar a los Jueces de Garantías, Jueces Correccionales y Tribunales en lo Criminal la evaluación de oficio de las prisiones preventivas de los imputados a su disposición, considerando para tal cometido los intereses de las víctimas, particularmente en los procesos por delitos contra la vida, la libertad, la integridad sexual y aquellos cometidos en un contexto de violencia de género, en todos aquellos procesos donde se encuentren cumplidos los plazos previstos en el artículo 141 del Cód. Proc. Penal, y disponer que los Jueces de Ejecución que tengan a disposición condenados sin sentencia firme, en los casos en que los procesados y condenados se encuentren en un plazo de seis meses anterior a alcanzar el extremo objetivo temporal previsto para obtener la libertad asistida o condicional, y que a su vez cumplan las demás exigencias impuestas, evalúen la necesidad de disponer, de manera extraordinaria y por única vez, la detención domiciliaria, hasta alcanzar el término para la obtención de mejores derechos.

6.d.- Corresponde asimismo reiterar y disponer la prohibición de mantener alojadas en comisarías a las personas mayores de sesenta y cinco años de edad.

Por último, considero oportuno disponer que a partir de esta resolución y en lo sucesivo, todas las acciones de habeas corpus pendientes o a iniciarse deberán ser resueltas conforme los lineamientos sentados en la presente.

En consecuencia, resuelvo:

I. Tener por parte legitimada en estas actuaciones a la Comisión Provincial por la Memoria, en carácter de "Amicus Curiae".

II. No hacer lugar al pedido de acumulación de las presentes con la causa 100983.

III. Declarar parcialmente procedentes las acciones de habeas corpus intentadas, sin costas.

IV. Hacer lugar, durante el período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo Nacional, al Arresto domiciliario de las personas detenidas por la comisión de delitos Leves y que se encuentren en situación de riesgo por edad o por patologías preexistentes, sean mujeres embarazadas o madres con hijos menores alojados en las Unidades Penitenciarias, identificadas en los listados aportados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Seguridad, ambos de la Provincia de Buenos Aires que se acompañan, y las actualizaciones que se vayan agregando, arrestos que deberán implementarse desde el Juzgado o Tribunal que tiene a su cargo a cada prevenido.

V. Disponer que respecto de las personas que se encuentren en situación de riesgo, pero imputadas o condenadas por la comisión de delitos graves, siempre conforme los listados aportados y las actualizaciones que vayan proporcionándose y que se acompañan cada situación sea analizada por parte

Thomson Reuters

del Juzgado o Tribunal que tiene a su cargo a cada prevenido, evaluando la necesidad u oportunidad de disponer una medida de arresto domiciliario (en cuyo caso, y cuando corresponda, deberá resguardarse la integridad psicofísica de la víctima), o bien, asegurando el aislamiento sanitario dentro de la Unidad Penitenciaria donde cada uno se encuentra alojado.

VI. Encomendar a los Jueces de Garantías, Jueces Correccionales y Tribunales en lo Criminal la evaluación de oficio de las prisiones preventivas de los imputados a su disposición, considerando para tal cometido los intereses de las víctimas, particularmente en los procesos por delitos contra la vida, la libertad, la integridad sexual y aquellos cometidos en un contexto de violencia de género, en todos aquellos procesos donde se encuentren cumplidos los plazos previstos en el artículo 141 del Cód. Proc. Penal.

VII. Disponer que los Jueces de Ejecución que tengan a disposición condenados sin sentencia firme, en los casos en que los procesados y condenados se encuentren en un plazo de seis meses anterior a alcanzar el extremo objetivo temporal previsto para obtener la libertad asistida o condicional, y que a su vez cumplan las demás exigencias impuestas, evalúen la necesidad de disponer, de manera extraordinaria y por única vez, la detención domiciliaria, hasta alcanzar el término para la obtención de mejores derechos.

VIII. Reiterar y disponer la prohibición de mantener alojadas en comisarías a las personas mayores de sesenta y cinco años de edad. IX. Disponer que a partir de esta resolución y en lo sucesivo, todas las acciones de habeas corpus pendientes o a iniciarse deberán ser resueltas conforme los lineamientos sentados en la presente.

X. Notificar la presente resolución, con copia de lo aquí resuelto y de los listados aportados —a efectos de su cumplimiento— a todos los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires, la que deberá efectuarse desde la Presidencia de las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal de cada Departamento Judicial. XI. Notificar a esta Presidencia del Tribunal de Casación las resoluciones adoptadas a consecuencia del dictado de la presente. Rigen los artículos 18 de la Constitución Nacional; 405, 448, 450, 451, 454, 465, 530 y 531 del Cód. Proc. Penal; Resoluciones N° 13/2020 y 386/2020 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Regístrese, notifíquese y cúmplase. — *Víctor H. Violini.*

RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

Acuerdo abreviado. Responsabilidad penal. Homologación. Tratamiento de rehabilitación respecto de la adicción del menor a las drogas. Control.

1. — Corresponde, en el marco de un juicio abreviado, declarar la responsabilidad penal del joven por los delitos de hurto calificado por escalamiento en grado de tentativa, robo doblemente calificado por el resultado de lesión y robo en calidad de autor, luego de haberle explicado detalladamente los alcances y consecuencias del mismo y de haberlo escuchado detenidamente en la audiencia de juicio.

2. — Al ser la declaración de responsabilidad penal en el juzgamiento de las personas menores de edad una posibilidad prevista en la ley —y hasta tanto se cuente con el resto de los recaudos legales para la evaluación en su momento de imposición de una posible o no sanción penal— al estar regulada la actuación del juez de ejecución penal juvenil en la ley 5.544 de Catamarca recién a partir de la sanción impuesta y no desde la declaración de responsabilidad penal atribuida en la etapa de juicio de cesura, estimo que debe ser éste tribunal quien lleve adelante el control de todo el tránsito del joven para tratar sus adicciones y luego en el caso de existir una sanción, una vez impuesta la misma y su modalidad de cumplimiento, deberá ser el juez especializado ajeno a la causa quien controle su ejecución.

Juzg. Resp. Pen. Juv. Catamarca Nro 1, 04/03/2020. - B., V. J. A., s/ p.s.a. robo en calidad de autor.

[Cita on line: AR/JUR/467/2020]

Expte. N° 002/2020

San Fernando del Valle de Catamarca, marzo 4 de 2020.

Resulta:

I. Condiciones personales de los imputados: I.a.- B., V. J. A., hoy de 17 años de edad, DNI N° ..., de estado civil soltero, de nacionalidad argentina, con instrucción, nacido el día 26 de febrero del año 1996, en Catamarca, domiciliado en ..., de esta ciudad capital, actualmente alojado en el Centro Juvenil Santa Rosa (CEJUSAR), que es hijo de M. A., R. (v) y de J. A., B. (v), de condiciones de vida pasadas regulares y las presentes también lo son, que no padece enfermedad alguna (salvo su Grave adicción a las drogas) y que no fue condenado con anterioridad. Seguidamente, se le

Thomson Reuters

hace saber al adolescente imputado los alcances del acuerdo presentado por su Defensor y acordado con el Sr. Fiscal y cuyo contenido se encuentra agregado a (fs. 01/01 vta.) y que en términos generales se deja constancia que en atención al estado de las presentes actuaciones y de conformidad a las prescripciones previstas en el art. 56 incs. 2 y 3 de la ley5544 y art. 409 bis del CPP (Juicio Abreviado Inicial), solicitaron se fije audiencia a esos efectos. Que el acuerdo presentado reúne las condiciones legales de procedencia del instituto del Juicio Abreviado Inicial, en atención a la presencia de la flagrancia y sobre la base de la confesión y aceptación de culpabilidad del imputado en los hechos delictivos acaecidos.

II. Que al joven mencionado precedentemente se les atribuyen los siguientes Hechos delictivos a saber:

Hecho nominado primero: "Que el día veintisiete (27) de enero del año dos mil diecinueve, a hs. 01:00 aproximadamente, en circunstancias en que X. S. M., circulaba como acompañante, en una moto, únicos datos, al mando de C. J. R., por avenida Latzina intersección con calle Marcos Figueroa de esta Ciudad Capital, fueron interceptados por una moto tamaño grande, color negra, tipo CG Titán, sin patente, conducida por un masculino no identificado hasta el momento por la instrucción, acompañado por B., V. J. A., quién previo ejercer violencia sobre la persona de M. X. S., logró que el rodado en que la misma se conducía derrapara sobre el asfalto para luego apoderarse ilegítimamente de un bolso color naranja, marca Tooper, que contenía la suma de Tres Mil Pesos ($3000) tarjetas varias y documentación propiedad de M. X. S., y darse a la fuga con los mismos, en dirección hacia el Este".

Hecho nominado segundo: "Que el día 15 de mayo del año dos mil diecinueve, a hs. 03:30 aproximadamente, B., V. J. A. con evidentes fines furtivos, sin ejercer fuerza en las cosas ni violencia física en las personas previo saltar una tapia de tres metros de altura aproximadamente, ingresó al domicilio sito en el ..., de esta Ciudad Capital, propiedad de C. del V. T. y se apoderó ilegítimamente de un televisor marca Ken Brown, de color negro, modelo ..., Serie N° ... (únicos datos), para luego darse a la fuga del lugar con el objeto del ilícito en su poder, sin lograr su cometido tras ser sorprendido por personal policial, a horas 04:05 aproximadamente del mismo día, por los techos en inmediaciones del domicilio del ..., de esta Ciudad Capital, lugar dónde abandonó el televisor y se dio a la fuga.".

Hecho nominado tercero: "Que con fecha 09/09/2019 a las 23:50 horas aproximadamente, en circunstancias en que S. V. R. circulaba por el lado norte de la guardería del Barrio Libertador II de esta Ciudad Capital, más precisamente por la ..., fue interceptada por B., V. J. A., quién ejerciendo violencia en la persona de R. y munido de un pico de botella cortado agredió a R., provocando con dicha arma varios cortes a la altura del rostro y en su parte izquierda del cuello, produciendo con dicho accionar lesiones que según examen del facultativo médico datan de deformación permanente del rostro requiriendo 30 días de curación por 20 de incapacidad, intentando apoderarse ilegítimamente de una mochila que R. llevaba en su espalda resistiéndose la víctima e interviniendo un vecino que eventualmente pasaba por el lugar".

Considerando:

I. Que una vez desarrollada la respectiva audiencia de debate de juicio abreviado inicial en la sede de este Juzgado de Control de Garantías Constitucionales, habiendo recibido previamente el acuerdo respectivo que se encuentra agregado a fs. 01/04, las partes desarrollaron sus respectivas argumentaciones del siguiente modo: 1. El joven B., V. J. A., dijo que: "Yo fui, estaba muy drogado, estoy conforme con el acuerdo, sí yo he sido, estaba muy drogado, en los tres estaba muy drogado y empastillado, sí reconozco haber sido yo en los tres hechos que me leyó. Estoy arrepentido, sí me pongo a pensar en todo lo que he hecho, me duele. Que me fui del Santa Rosa porque tenía ganas de consumir por eso me fui, pero no tuve tiempo porque ahí nomás me pillo la cana. Yo ando con muchas ganas de consumir, sí me quiero escapar, quiero ver al doctor. Que hace mucho, como un mes que no consumo, por ahí venía consumiendo. Los changos me llevaban, uno que me iba a ver, que estuvo ahí también, se llama Á. M., me llevaba faso y pastillas. Que nadie de las autoridades del Centro Juvenil sabía de esto. Que consumía cuando todos se dormían, fumaba en el fondo, en un baño". Luego, a su debido momento, el Sr. Fiscal Penal Juvenil expresó: "Señor Juez, habiéndose introducido a la causa la totalidad de las probanzas ofrecidas y en la oportunidad prevista en el art. 409 bis del CPP y Art. 56° inc. 2° del Régimen Procesal Penal Juvenil, Ley 5544, esta Fiscalía viene a formular formal acusación por los hechos descriptos precedentemente y la calificación legal establecida para cada uno de ellos que se le hizo saber al joven B., y estando acreditada la participación punible del imputado, solicito a su Señoría que se homologue el acuerdo presentado oportunamente el cual ratifico en todos sus términos, ya que el instituto de juicio abreviado dada su naturaleza jurídica, de simplicidad y celeridad genera beneficios para el joven imputado, demostrando su arrepentimiento en esta Sala de audiencia, y reconociendo ser el autor y responsable de los hechos, debiendo supeditarse la aplicación o no de pena, y en su caso la especie y monto de la misma al cumplimiento de los requisitos previstos en el Art. 4° del Régimen Penal de la Minoridad Ley 22.278.

Thomson Reuters

Asimismo, voy a solicitar el intenso tratamiento sobre las adicciones que presenta el mismo que sea trasladado a la Provincia de Córdoba más precisamente a la Localidad de Río IV, donde existen centros especializados en el tema de consumo de estupefacientes, a su vez, voy a solicitar hasta que se sustancie el traslado del mismo un tratamiento psicológico intenso y la contención familiar hacia el mismo permitiéndose la concurrencia de la madre de su abuela y de algún familiar que le brinde afecto y contención, por último, voy a solicitarle también al Señor Juez tome las medidas necesarias y urgentes para un efectivo control de las visitas en el Centro Juvenil Santa Rosa a los fines de evitar el consumo de estupefacientes de internos alojados en el mismo, es todo". Seguidamente, el Sr. Defensor del joven manifestó: "Atento a lo manifestado por el Sr. Fiscal y en cumplimiento de las normativas previstas en los art. 409 bis. y 288 del CPP y Art. 56 inc. 2° del Régimen Procesal Juvenil, vengo a ratificar la presentación del acuerdo de Juicio Abreviado inicial y solicitar se homologue el mismo en todos sus términos, asimismo solicito que J. sea sometido a un tratamiento de rehabilitación serio, en un centro especializado, en la provincia no contamos con un centro con internación, alguien se tiene que hacer responsable y se tiene que hacer cargo que el chico se rehabilite por la adicción a las drogas, porque él está enfermo y es necesario curarlo y como Estado no hacemos nada para que el chico se cure, es muy fácil directamente señalarlo, siempre va a seguir con problemas si continua con el consumo de drogas, o sea nosotros lo que estamos tratando es de buscarle una oportunidad para que el chico salga, en esto lo debe acompañar el Estado, pido un informe psicosocial del entorno, de su familia, porque tiene que volver a vivir a su entorno, trabajando a través de los organismos del Estado, hacerle un plan de vida, rehabilitarlo de las drogas, también la escolarización es un derecho constitucional, necesita aprender un oficio, es todo Señor Juez". A su turno, la Sra. Asesora de Menores dijo: "Estoy de acuerdo con lo manifestado por el Ministerio Público Fiscal y la Defensa del Joven B., V. J. A., ratificando en todos sus términos el acuerdo de juicio abreviado inicial, solicito se tomen medidas socio educativas, que haga actividades y cursos de capacitación, que se atienda su situación de salud, respecto a su tratamiento por consumo de sustancias sugiero se lo envíe a un centro de rehabilitación más cercano para que pueda ir su familia, asimismo solicito se tomen urgentes medidas respecto a lo manifestado por el joven en cuanto al consumo de estupefacientes en el centro juvenil, se haga conocer dicha situación al Director del mismo, debiéndose ordenar un sumario interno en el instituto, es todo". Finalmente, la Sra. Directora del Niño en Conflicto con la Ley Penal expresó: "Son falencias de instituto lo admito quizás hay cuestiones de control que exceden y bueno... yo estoy a cargo del Santa Rosa y anoche hablando con el chico me anoticio del consumo, lo que no comparto es un tratamiento fuera de la provincia porque ya hubo una internación en Santa Fe y dio buenos resultados pero no se pudo sostener por el desarraigo del adolescente en este caso, el necesita mucho de su familia, que en este tiempo se reforzó lo de su familia que es lo que lo sostiene y llevarlo a otra provincia sería más difícil que asista la familia, es una realidad que nos ha pasado, es mi opinión".

Luego de los fundamentos brindados por las partes en la respectiva audiencia, me encuentro en condiciones de resolver, una vez más, la situación procesal de este jovencito ahora ya como punible, esto es, con la capacidad requerida por la ley para determinar su responsabilidad penal, no sin antes expresarme al respecto sobre cuestiones que no deseo ni quiero pasar por alto.

En primer lugar, debe recordarse que el joven se encuentra imputado por tres delitos diferentes, siendo el último de ellos especialmente violento en razón a las lesiones provocadas a la víctima —la Sra. R.— al punto tal que podría haber sido mucho peor de lo que finalmente fue.

En efecto, los delitos atribuidos a V. J. A., son los siguientes: Hecho Nominado Primero: "Robo en calidad de autor", previsto y penado por el Art. 164° y 45° del CP, Hecho Nominado Segundo: "Hurto calificado por escalamiento en grado de tentativa en calidad de autor", previsto y penado por el Art. 163 inc. 4 en función del 42° y 45° del CP y para el Hecho Nominado Tercero: "Robo doblemente calificado por el resultado de la lesión y por haber sido cometido con arma en calidad de autor", previsto y penado por el Art. 164° en función del 166° inc. 1 y 2 y Art. 45° del CP.

II. La historia de vida de V. J. A., B.

En segundo lugar, no desconozco la historia de vida de este jovencito. Y digo que no la desconozco porque me tocó intervenir en reiteradas oportunidades en las que transgredió la ley penal, sumado ello, a que tengo la firme creencia que quienes trabajamos de jueces del Estado no podemos desconocer al momento del juzgamiento de las personas el camino por el que llegó a encontrarse ante una situación tan desesperante, estresante y violenta como lo es un proceso penal.

V. J. A., tiene hoy la edad de 17 años y es un chico punible para el sistema penal juvenil, sin embargo, su paso por la justicia penal no es reciente ¡claro que sí!, ya este tribunal —con la diferencia actual de que en aquel entonces era no punible— tuvo la oportunidad de emitir dos sentencias (S. N° 125/14 y S. N° 142/17) en las que plasmó en forma clara la situación preocupante por la que atravesaba este joven.

Thomson Reuters

En este sentido, y para no ir más allá de lo que en aquellas oportunidades específicamente se dijo en cuanto a la cuestión de vulnerabilidad del joven de autos; en la sentencia N° 125 (01/09/2014), de modo textual se expuso: "Que hoy, desde esta justicia penal juvenil, me toca intervenir y decidir en la vida de B., V. J. A. quien desde muy temprana edad se ha convertido en un cliente ideal del sistema punitivo estatal, pues lleva la etiqueta, es decir, reúne todo los estereotipos necesarios para abastecer el selectivo régimen penal.

A pesar de su corta edad (11 años), ya ha sido denunciado y detenido en reiteradas oportunidades por la policía y trasladado a comisarías e instituciones estatales para "resguardar" a niños y niñas bajo el eufemismo de una supuesta niñez en riesgo.

Por supuesto que V. J. A. se encuentra en riesgo, pero ese peligro es el que corren a diario los niños, niñas y adolescentes que en el mundo entero deambulan por las calles de ciudades sin contención de ninguna índole, pues no la reciben de su hogar y, mucho menos aún —cuando esa especial situación de vulnerabilidad ha sido detectada— del Estado.

A esto deben sumársele múltiples factores que llevan a que esa niñez —reitero, ya de por sí vulnerable— se torne para algunos y para esa misma infancia, una pesadilla sin horizontes prometedores, mucho más endeble aún de lo que ya es.

La falta de contención, amor, extrema pobreza, marginalidad, ausencia de escolarización, el consumo excesivo de psicofármacos y pegamentos, padre privado de libertad, madre como único sostén económico de varios hermanos, el reclutamiento por parte de algunos adultos para la comisión de delitos, etc., son algunos de los factores que al presente padece y afectan al niño V. J. A., quien viene aportando al sistema penal desde muy niño, ergo de no intervenir a tiempo, protegiendo sus derechos y garantizándolos en forma efectiva, este niño será uno más (como tantos en la Argentina) que termine a su edad punible en un instituto para adolescentes infractores y, posteriormente, quizás como adulto, en un establecimiento carcelario, no obstante el sistema penal (altamente selectivo y clasista) ya nos tiene acostumbrado a la construcción y captación como "delincuentes" de niños, niñas y adolescentes de los sectores más vulnerables, con ellos alimenta sus fauces de dolor, estigmatización y castigo desmedido, atrayendo a esos párvulos hacia un círculo vicioso difícil de abandonar, algo similar a la historia del rey Midas quien todo lo que tocaba lo convertía en oro, pero la fábula nos dice que murió pobre; en forma análoga funciona el sistema penal, muchas veces, convierte en "delito a lo que no lo es y en delincuentes" a quienes no lo son.

Ahora bien, para dar una cabal muestra de lo que vengo afirmando y así arribar a una decisión que tienda a resguardar y garantizar los derechos de V. J. A., habré de exponer a continuación las distintas constancias existentes en la causa y que abordan nada más y nada menos la historia de vida del niño referenciado.

A fs. 01 de autos, el señor L., M. F., personal responsable a cargo del Centro de Admisión y Derivación de niños, niñas y adolescentes (CAD), remite al tribunal, el informe elaborado por el equipo interdisciplinario del mencionado centro.

Del respectivo informe se extrae lo siguiente: "Apellido y Nombre: B., V. J. A. Edad: 11 años. Adultos o encargados: Su madre; R., M. A. Fecha de Ingreso: reingresa al CAD el día 9 de junio por supuesto caso de hurto. Escolaridad: al momento de su detención, se encontraba cursando el 6to. Grado en la escuela del ... (con periodo reducido). Consumo de sustancias tóxicas: desde los 9 años aproximadamente; psicofármacos, marihuana y, sobre todo, pegamento. Sin tratamiento en un centro específico. Grupo familiar conviviente: R., M. A.: madre, 40 años, empleada doméstica, beneficiaria de "vales pro-familia y asignación familiar por hijo"; sin cobertura social; estudios secundarios incompletos, separada en dos oportunidades, actualmente en pareja con el señor B., J.; R. L., hermana, 20 años, estudia y trabaja. B. M., hermana, 8 años, estudia (3° grado). B. S., hermano, 1 años y 4 meses. B., J. A., padre, 33 años, changarín, (detenido en la comisaría ... desde la semana pasada). Hurto. Aspecto habitacional: vivienda propia, adjudicada por el IPV; la misma consta de un dormitorio, cocina, comedor y baño, los servicios básicos de agua, luz y gas envasado. Sin cierre perimetral, lo que constituye un riesgo, una falta de seguridad para los moradores de la vivienda. Se advierte la existencia de hacinamiento y promiscuidad (el número de dormitorios y de camas es insuficiente para el número de personas que habita en la casa) solo cuentan con una cama y una cucheta. Aspecto Económico Laboral: La familia cuenta con una economía de subsistencia, con ingresos inestables e insuficientes, determinados por lo que percibe la señora A., como empleada doméstica por hora, a lo que se suman los aportes mínimos del Sr. J., quien realiza changas como albañil; con lo cual cubren parcialmente las necesidades básicas del grupo familiar descripto, numeroso por un lado y por el otro conformado por niños y adolescentes. Además, el grupo familiar percibe el beneficio de "vales por-familia" y "salario universal". Aspecto Sanitario: El adolescente, V., J. de 11 años presenta problemas de adicción a las sustancias psicoactivas, desde los 9 años de edad, realizó tratamiento en "Humaraya", hasta diciembre de 2013, actualmente sin tratamiento. Sin cobertura social. Aspecto socioeducativo: al momento de su detención el adolescente, se encon-

Thomson Reuters

traba asistiendo a la escuela del barrio los Ceibos, cursando el 6to grado con buen rendimiento académico. Situación familiar: se escucha un relato que se manifiesta a través de sentimientos de mucha angustia y desaliento, "plantea su problema" "emite pérdidas de ayuda" para sacar a su hijo de las calles y de la droga. Evidentemente el grupo familiar descripto, presenta graves dificultades en sus vínculos primarios, en donde no hay un referente adulto significativo "una madre abandónica" y "un padre ausente". Por otro lado la ausencia del padre, es otro factor que afecta mucho la vida de este niño, quien evidencia una estructura de personalidad emocionalmente inestable, J. necesita normas claras y una vida ordenada para desenvolverse con normalidad; esta situación condiciona la vida familiar creando un ambiente estresante debido entre otras cosas, a la situación del jefe del hogar quien no ejerce el rol paterno a causa de su situación legal. Se advierte que esta situación disfuncional ha desencadenado en este niño un autoestima bajo, inicio temprano en el consumo de sustancias psicoactivas, sentimientos de mucha angustia y ansiedad. La reclusión en una institución, repercute negativamente en el estado anímico de este niño que de alguna manera vivencia esta internación, como otra forma de abandono, conflicto que se ve expresado mediante la tristeza y el llanto. Entiendo que el problema de fondo y probablemente más urgente de este niño pasa por el hecho de no tener espacio, ni físico, ni afectivo en el que pueda continuar un desarrollo normal, no sabe cuál es su lugar, si con su madre, hermanos o con sus abuelos, siente que quiere estar con los abuelos, carga con un resentimiento contra su madre que lleva a confundirse emocionalmente y le produce mucho dolor. Un centro para jóvenes en conflicto con la ley penal, no es el lugar más adecuado para que este niño pueda crecer, la función que desde el equipo técnico del Centro de Admisión y Derivación que nos compete, entre otras cosas, está orientada a la revinculación y fortalecimiento familiar, es por ello que, se debe trabajar en la recuperación y restauración de los vínculos primarios dañados y así motivar su deseo de seguir adelante promoviendo y potenciando habilidades sociales loables. Para llevar adelante lo expuesto, se sugiere salvo mejor criterio, propiciar ayuda profesional a este niño en riesgo. Brindar contención profesional a la madre, para que pueda ayudar a su hijo impartiendo rutinas y una dinámica familiar armónica que le paute un orden, una cotidianeidad, ya que la ausencia de normas y límites es una de las principales causas de comportamientos antisociales en todo niño y/o adolescente. Diagnóstico presuntivo: conforme al estudio realizado, el grupo familiar de mención, presenta los siguientes problemas: bajo nivel socioeconómico y cultural; vivienda deficitaria con existencia de hacinamiento y promiscuidad; ausencia de imagen y rol paterno; mínima contención materna; falta de principios éticos y morales; evidente necesidad de contención afectiva; fuerte conflictiva familiar, especialmente con su madre; entorno socio ambiental desfavorable; urgente necesidad de atención a la problemática de las adicciones del adolescente; atención psicológica al grupo familiar, especialmente a J. y a su madre" (fs. 02/04).

A fs. 05/05 vta., se incorpora el informe socio ambiental practicado en el hogar de los abuelos de V. J. A.; lugar donde el niño también se aloja en algunas oportunidades. Del informe precitado surge lo siguiente: "... Apellido y Nombre: B., V. J. A. Edad: 11 años. Adultos o encargados: Su madre: R., M. A. Fecha de Ingreso: reingresa al CAD el día 9 de junio por supuesto caso de hurto. Escolaridad: al momento de su detención, se encontraba cursando el 6° Grado en la escuela del ... (con periodo reducido). Consumo de sustancias tóxicas: desde los 9 años aproximadamente; psicofármacos, marihuana y, sobre todo, pegamento. Sin tratamiento en un centro específico. Grupo familiar: R., R.; 67 años, abuelo materno, empleado en una panadería. G., S.; 61 años, abuela materna, percibe una pensión no contributiva por discapacidad. R., R.; 26 años, hermana, empleada. R., A.; 9 años, hermana, estudiante. R., R.; 20 años, tío. Aspecto habitacional: vivienda de propiedad del señor R., R.; (abuelo); construida de material cocido, adjudicada por el instituto provincial de la vivienda; la misma consta de 3 habitaciones, cocina, comedor y baño, con servicios básicos de agua, luz, televisión por cable. Aspecto económico-laboral: ingresos económicos estables e insuficientes para solventar las necesidades básicas del grupo familiar descripto, determinado por lo que percibe el Sr. R., R. como empleado de una panadería, a la que se suman los aportes de la señora G., S. como beneficiaria de una pensión mínima, no contributiva, con la cual cubre paralelamente las necesidades básicas de la familia; por su parte, R. (hermana) y R. (tío), realizan aportes a la economía familiar destinados a gastos de servicios y de índole netamente personal (vestimenta, alimentación) entre otros. Aspecto Sanitario: según datos vertidos por la entrevistada, los abuelos presentan problemas de salud que requieren de control y tratamiento médico constante: La Sra. S., padece problemas de artrosis, diabetes e hipertensión, mientras que el Sr. R., R. sufre problemas cardiacos. En este sentido, A., manifiesta que no están en condiciones de hacerse cargo del niño, más aun teniendo en cuenta la conducta del adolescente, la cual se ve agravada debido al grado de consumo de sustancias tóxicas que registra, como así también la influencia desfavorable del entorno socio ambiental, en el cual la droga circula sin ningún obstáculo, encontrándose a la mano de cualquier persona que la requiera...." (S. N° 125/14).

Sin embargo, esto no termina aquí. Más adelante, la sentencia —basada en informes de los especialis-

Thomson Reuters

tas y teniendo muy en cuenta la situación de riesgo en la que se encontraba V. J. A., a muy temprana edad (recordemos, 11 años) no solo para terceras personas, sino que también para él mismo (debido a las amenazas de muerte recibidas por su madre en relación al niño por parte de vecinos del barrio)—, expuso: "A fs. 06/06 vta., luce agregada constancia de Secretaría del tribunal de la cual se extrae que "... se hacen presente ante el Juzgado de Menores, la Directora de Infancia y Adolescencia, Dra. Clara Dabhar, la Lic. Sunny Molina; quienes acompañan a la ciudadana R., M. A., su hijo B., V. J. A. y en presencia de la Asesora de Menores e Incapaces, Dra. Carolina Acuña Barrionuevo. La Dra. Dabhar expone la situación del niño B., como así también de los riesgos en los que el niño se encuentra a raíz de su problema de adicción a sustancias tóxicas y/o drogas, la falta de contención de su madre y de los conflictos que su hijo tiene con la ley penal. La Lic. Molina manifiesta que los recursos con los que se cuentan para el alojamiento del niño son escasos. Que por su corta edad o por su problema de adicción, el tiempo de alojamiento no puede ser muy prolongado, debiendo contar dichos centros con un equipo técnico multidisciplinario que trate su problema de adicción. Que su madre no le da la contención necesaria y no se cuenta con referentes familiares. Que la progenitora del niño B., J. manifiesta que efectivamente su hijo se le fue de las manos y no puede contenerlo, no solo por su problema de conducta sino por su problema de adicción que agrava la situación del conflicto que tiene con la ley. Que cuando su hijo está bajo los efectos de sustancias tóxicas, no se controla y comete todo tipo de delitos contra la propiedad. No hace mucho un vecino que fue víctima de un hecho cometido por mi hijo, se apersonó en mi casa para que le entregue unos elementos que mi hijo le había sacado y luego me dijo muy ofuscado "La próxima vez a tu hijo te lo entrego en un cajón". El Sr. Juez le manifiesta a los comparecientes, que la situación expuesta es de su conocimiento atento a que el niño registra varias causas en este Juzgado y en varias oportunidades dialogó con la progenitora del niño y que se compromete a colaboración para dar solución a la situación planteada, siempre desde el plano legal, lo que implica pensar al delito también desde la perspectiva social...."

Ante esta situación, el tribunal adoptó en forma textual la siguiente medida: "... Atento al contenido de los informes mencionados, la situación expuesta por la Dirección de Infancia y Adolescencia conforme constancia de Secretaría, al cúmulo de causas registradas y al número de sentencias emanadas de este Tribunal respecto de la situación penal del niño B., V. J. A.; este Juzgado en un profundo esfuerzo por encontrar formas alternativas a la internación del niño, por considerar que el encierro como única instancia segrega desde temprana edad a seres humanos con pocas perspectivas de cumplir alguna otra función que les permita encontrar vías armónicas de convivencia social, como así también, se encuentra perfectamente demostrado que el niño B., posee un entorno familiar absolutamente desfavorable y perjudicial (madre abandónica, padre ausente, inicio temprano en el consumo de sustancias tóxicas y/o drogas), que han incidido sin lugar a dudas en el grave comportamiento que observa el mismo (emocionalmente inestable, baja autoestima) y el riesgo permanente de su integridad física (conforme lo manifestado por su progenitora) razones que ameritan que el mismo deba ser considerado un Niño en situación de riesgo. Asimismo, al día de la fecha, V., cuenta con solo once (11) años de edad, sumado a ello sus condiciones personales, familiares y sociales, o por la naturaleza de los delitos cometidos, puede y debe permanecer en comunidad, acompañado, auxiliado u orientado por una persona capaz de entenderlo y asistirlo. Que resulta imperante una urgente toma de decisión en la que ineludiblemente se priorice el interés superior del niño (art. 3 ap. 1 de la CDN y art. 3 de la ley 26.061), pues es evidente que las medidas oportunamente aplicadas (situaciones de encierro C. I. S. y privación de la libertad en C. A. D.) no han surtido ningún efecto, por ello este Juzgado sugiere: I) Incluir al niño B., V. J. A. en un intenso programa de Tratamiento asistencial que le permita permanecer en su núcleo de origen, posibilitando mediante la Amplia tarea de un Operador social, analizar la fuente conflictiva familiar, especialmente con su madre y el entorno socioambiental; revisar sus condiciones de inserción en el medio comunitario, infundiendo valores éticos y morales que lo fortalezcan con el objeto de disuadirlo de la comisión de conductas sancionadas y/o delictivas que pudieran poner en riesgo su integridad física y psíquica del niño; todo a través de los mecanismos necesarios para garantizar sus derechos conforme el art. 75 inc. 22 de la CN; 3.1 y concordantes de la CDN; ley 26.061 y art. 4 de la ley 5292; medidas de protección de derechos que tienen como finalidad la preservación o restitución a los niños, niñas y adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Esta intervención, deberá ser sostenida en el tiempo que dicho organismo, estime pertinente y que permita superar la situación actual del niño; II) Notifíquese del presente decreto al Sr. Ministro de Desarrollo Social a sus efectos, Ofíciese..." (fs. 07/07 vta.).

Posteriormente (fs. 10/12), luce agregado Informe de intervención remitido por la Dirección de Infancia y Adolescencia por medio del cual se comunica en forma cronológica lo siguiente: "... 1) Desde esta Dirección se toma conocimiento en la problemática del niño V. J. A., B. (11 años), a través de oficio de la Fiscalía de Instrucción donde se solicita efectuar tratamiento asistencial en el niño. 2) Se realiza visita en

Thomson Reuters

el domicilio de sus abuelos maternos (...). En la misma, la Sra. G., S. (60 años), abuela materna, se muestra preocupada por el accionar de su nieto, se va con amistades mayores de edad, no tiene control sobre él. 3) Se cita a la progenitora Sra. M. A., R. a entrevista, expone que el niño consume estupefacientes, tiene actitud de rebeldía y es muy agresivo. Que estuvo internado en varias oportunidades en el Hospital de Niños por abuso de sustancias pero siempre se escapó de ese nosocomio. No encuentra apoyo en su familia ni en el Estado, expresa. 4) Se entrevista a su tío, Sr. A., R., manifiesta preocupación por su sobrino, que le gustaría ayudarlo, pero no cuenta con tiempo suficiente para ello por razones de trabajo. 5) Reunión con personal de Centro Integral de Salud a fin de conocer los diferentes tratamientos que se realizan en dicha institución. 6) Citación a la progenitora y su tío a fin de acordar estrategias para el inicio del tratamiento en el C.I.S., y trabajar la importancia del acompañamiento de la familia en este proceso, acuerdan hacerse cargo de acompañarlo y responsabilizarse del tratamiento. 7) El niño fue internado en el C.I.S., luego de haber apedreado móviles policiales y robar en un supermercado. Es derivado al Hospital de Niños, con entrevista en esta institución por profesional de la Dirección con su madre. Se fuga del hospital, se asesora a la madre para que realice la denuncia ante la Unidad Judicial correspondiente. 8) Reunión con el equipo del C.I.S., donde proponen trabajar con la madre el tema de los límites, expresan que no hay criterios para internarlo. Se ha planificado desde el equipo del Centro Integral de Salud, un tratamiento de manera individual, se lo estaba medicando para que disminuya su ansiedad. 9) Se establece Medida de Protección, donde se responsabiliza a la progenitora y su tío del cumplimiento del tratamiento del niño en el C.I.S.; desde esta dirección se realizará monitoreo y acompañamiento permanente. 10) Se presenta la Sra. R. a fin de informar que el niño está asistiendo al C.I.S., en la modalidad ambulatoria. Solicita ayuda económica para el traslado del niño. Se realizan gestiones en la Legislatura Provincial. 11) Reunión con el equipo técnico del C.I.S., exponen cambiar la estrategia de intervención, ya que el niño no ha logrado trabajar en ese lugar y se han planteado dificultades en el traslado. Se trabajará en el domicilio del niño tres veces a la semana. 12) Se coordina con Desarrollo Humano a fin de solicitar la inclusión del grupo familiar al Programa Familias que incluyen. Se envía nota e informe. 13) Reunión en Cámara de Diputados, por solicitud de estos, a fin de informar sobre las acciones de los equipos del Ministerio de Salud y Ministerio de Desarrollo Social en relación al caso. 14) Visita en el domicilio a fin de dialogar con el niño e indagar qué actividades son de interés para coordinar con organismos del barrio e incorporarlo. 15) Intervención por guardia a partir de un llamado del comando donde se solicita la presencia de la Dirección, ya que el niño fue demorado por sustraer mercadería de un supermercado. Se aloja al niño en el complejo ... 16) Se realiza sondeo en el Barrio ... para tener conocimiento de las actividades recreativas que se brindan en cercanías al domicilio del niño. 17) Se informa a la progenitora las actividades, el lugar y horarios donde podría asistir el niño con su acompañamiento. 18) Se eleva nota e informe social a la dirección de Acción social Directa solicitando asistencia material para el grupo familiar. 19) Se recepciona informe del equipo del C.I.S. donde se comunica el abordaje interdisciplinario donde se pautaron estrategias para fortalecer factores protectores apuntando a fortalecer los vínculos de sostén y contención que ayuden al niño a canalizar sus reacciones impulsivas. 20) Intervención en guardia por sustraer elementos de un supermercado céntrico, derivándolo al complejo ... 21) Se plantea desde esta Dirección el ingreso al Programa Monitoreo y Supervisión de Jóvenes en el Ámbito Socio comunitario de manera excepcional, ya que por edad no podría ser incluido en el Programa pero por presentar problemas de conducta y haber cometido hechos delictivos es que se solicita la inclusión a fin de realizar un acompañamiento en terreno. 22) En el mes de enero del corriente año, el equipo del C.I.S. decide dar al niño el alta por abandono del tratamiento. 23) Se recepciona actuaciones de Comisaría Seccional 1ª, sobre robo en supermercado efectuado por el niño. 24) Reunión entre los equipos del área de psicología del Hospital de Niños, Dirección de Infancia y Adolescencia y equipo terapéutico tratante del C.I.S. 25) Intervención en guardia en el mes de febrero por robos efectuados por el niño. 26) Se trabaja con el progenitor y se decide dejar al niño al resguardo del mismo, monitoreando esa situación. 27) Desde el C.I.S., informan que se coordinó con posta de ..., para que el niño inicie tratamiento psicológico en el lugar. 28) Se coordina con escuela ... a fin de lograr una reinserción progresiva del niño al sistema educativo. 29) se elabora Medida de Protección en la cual se responsabiliza al progenitor J. A. B., de la integridad física, psíquica y moral del niño, se lo designa como responsable del tratamiento llevado adelante por el C.I.S. Cabe aclarar que el progenitor no logró el cumplimiento de tal medida por haber cometido un hecho delictivo y ser reingresado al Servicio Penitenciario. 30) El niño tuvo ingresos al C.A.D. en el mes de febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de manera consecutiva por ilícitos cometidos por él. 31) Reunión con equipo técnico del C.I.S., psicóloga de la ..., Lic. Jésica Corredera y equipo de la Escuela ... para acordar acciones. Se establece que el niño comenzará tratamiento psicológico en la Posta y el equipo del C.I.S. retomará el tratamiento; desde esta Dirección se gestionará reunión con directivos del Hospital de Niños. 32) Luego de permanecer en el complejo ... se da el egreso quedando al resguardo de su progenitora, haciéndola responsable del tratamiento psicológico y por adicción del niño, se le in-

Thomson Reuters

dica la obligatoriedad de asegurar la escolarización del niño, y el monitoreo se realizará desde esta Dirección. 33) A posteriori, la D.I y A. realizó dos intervenciones en guardia por haber sido aprehendido V. J. A., B. en oportunidad de cometer ilícitos y terminar golpeado por los adultos con los cuales se emparenta. Conclusión: Luego de las acciones y coordinación realizadas desde los diferentes organismos que tenemos conocimiento del caso, se puede concluir que: A) El niño no ha logrado adhesión al tratamiento iniciado por profesionales del Centro Integral de Salud. B) No cuenta con referentes familiares fuertes y contenedores en el seno de su familia. C) No pudo concretar con los estudios médicos solicitados por el equipo del C.I.S. por no encontrarse ya el niño en ningún momento del día lúcido, ha aumentado el nivel de consumo, su madre manifiesta que ha llegado a consumir de todo, se fuga permanentemente del hogar cometiendo actos delictivos y ha llegado en los últimos días a no alimentarse, solo regresa al domicilio a buscar algo para poder vender. D) Aduce la progenitora estar devastada por la problemática del niño, ocasionándole conflictos en el seno de la familia de la progenitora, con vecinos, etc. E) Solicita ayuda de manera urgente por no poder con la situación, acepta no poder contenerlo y reconoce que "no sabe qué hacer", "ni a donde recurrir", porque el niño aumentó notablemente el consumo de estupefacientes en los últimos días y ella teme por la vida de su hijo ya que fue agredido físicamente y amenazado por terceros...".

Seguidamente, se encuentra incorporado al legajo en exégesis, un extenso informe remitido por el equipo médico interviniente que luego de informar detalladamente sobre las estrategias de abordaje utilizadas expone la siguiente conclusión: "... Habiendo realizado numerosas reuniones interministeriales, abordajes tanto en instituciones como en domicilios, teniendo en cuenta la atención individual como familiar se pone en conocimiento la desidia del grupo familiar en adherir y sostener tratamiento psicológico, como así también, la no conciencia de enfermedad de los progenitores como del niño y no adherencia al tratamiento del mismo. Los factores de riesgo físico, como psicológico y social, el diagnóstico del niño de trastorno disocial de la personalidad con abuso de sustancias inhalantes como marihuana y cocaína y a exposición a personas adultas que frecuentan el ámbito delictivo, ubican al niño en Situaciones de alto riesgo para sí y para terceros corriendo riesgo de vida actualmente. Se solicita tenga a bien proporcionar los medios para su Urgente curso y por medio de usted arbitrar nuevas estrategias de intervención..." (fs. 13/16).

A fs. 17/19, el Hospital Interzonal de Niños, con fecha 19/08/2014 remite a este tribunal el siguiente informe: "... Paciente de 11 años de edad con antecedentes de drogadicción internado en esta institución en múltiples oportunidades, el cual requiere de tratamiento por sus adicciones en una institución adecuada para tal fin ya que no se cuenta en la provincia. Paciente que a horas 13.30 no se encuentra en sala de internación; paciente fugado..." (S. N° 125/14).

Finalmente, siempre en la mencionada sentencia, el tribunal luego de efectuar las valoraciones necesarias a través de los derechos humanos fundamentales que le correspondían por ese entonces a VJA., resolvió: "I) Solicitar a la Subsecretaría de Salud Mental y Adicciones dependiente del Ministerio de Salud de la provincia, que en el plazo de cinco (5) días contados a partir de la debida notificación de este resolutivo, evalúe, elabore y ponga Inmediatamente en marcha, un plan estratégico que sostenido en el tiempo esté orientado a la asistencia integral, rehabilitación e integración del niño B., V. J. A., observando las disposiciones prescriptas en la Ley Nacional de Salud Mental 26.657, la Convención de los derechos del Niño y la Ley provincial 5357 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. A tal fin, una vez vencido el plazo referenciado, comuníquese al Tribunal el plan elaborado, todo ello bajo apercibimiento de ley. II) Hacer saber al Ministerio de Salud de la provincia, que, en virtud de nuestra realidad actual, resulta fundamental contar en nuestro territorio provincial con un centro de rehabilitación para personas con problemas de adicción que deseen voluntariamente internarse para su recuperación o, en todos aquellos casos en los que sea excepcionalmente necesario proceder de conformidad al art. 20 y subsiguientes de la ley 26.657. III) Sugerir a la Autoridad Administrativa a cargo del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes; que respecto del niño B., V. J. A. proceda de manera Urgente a la evaluación y aplicación de las Medidas de protección integral de derechos establecidas en los arts. 37 y 38 de la Ley 5357, debiendo observase y garantizarse plenamente las pautas allí establecidas a través de un seguimiento exhaustivo y permanente que incluya no solo la asistencia del niño, sino también, la de su grupo familiar (arts. 4 inc. "a" y 5 ap. 5 inc. "c" de la Ley 5357). IV) Sugerir a la Autoridad Administrativa a cargo del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes que, si una vez cumplido con lo establecido en el apartado precedente los factores de vulnerabilidad que afectan al niño B., V. J. A., aún persisten, se proceda a la aplicabilidad de las Medidas excepcionales prescriptas en los arts. 39, 40 y 41 de la Ley 5357". (S. N° 125/14).

Ahora bien, más allá de la decisión adoptada debido a la desesperante situación del jovencito no punible en aquel entonces, con fecha 01/12/2017, el tribunal, nuevamente tomó intervención a través de la sentencia N° 142/17.

Thomson Reuters

Por entonces, el tribunal (luego de efectuar un nuevo análisis sobre la crítica situación social, familiar y de salud del joven) insistió en que debía darse una intervención exhaustiva para la recuperación del joven que por ese entonces (en realidad siempre fue así) ostentaba un grave estado de vulnerabilidad, reitero, social, familiar y de salud (ver S. N° 147/17).

Luego de ello, ya con una edad de 17 años, el jovencito en igual situación a la descripta anteriormente, volvió a delinquir, actuando en uno de los delitos por los que hoy fue responsabilizado, con bastante violencia sobre la víctima.

III. Explicaciones necesarias

A esta altura de mi experiencia por la justicia penal, no tengo dudas que en un proceso sea por el delito que sea (con mayor razón si el imputado y responsabilizado es un menor de edad) tanto víctimas como victimarios siempre tienen algo para perder y que han perdido, nada vuelve a ser igual después del delito y del juicio por ese delito.

Muchas veces (en realidad siempre o casi siempre), las víctimas no tienen la mínima oportunidad de conocer (tampoco tienen la obligación de hacerlo) al menos la historia de vida de esos jóvenes que han atentado contra su integridad física o su propiedad y, deseo expresar que debe quedar muy en claro que no necesariamente ese conocimiento (aun cuando mínimamente pudiera darse) debe ser para Perdonar; pues Perdonar es un acto muy personal que requiere de mucha capacidad de empatía y humanidad y ello luego de un delito es muy difícil que ocurra aunque no imposible. Sin embargo, muchas veces Perdonar nos permitirá seguir adelante y no quedarnos estancados en el Dolor y el Resentimiento, nos permitirá obtener Paz y lidiar con el Dolor y una vez más deseo dejar también muy en claro, que Perdonar no significa para nada Olvidar, después de un delito nadie olvida y si decide Perdonar (que no necesariamente debe serlo en forma expresa y frente a frente a su agresor) es para seguir con lo que queda de vida y en parte comprender el porqué de haber padecido y vivido esa traumática experiencia.

Sin dudas, el gran inconveniente que tienen las víctimas hoy en día en los procesos penales es la falta de conocimiento de esas historias de vida de sus agresores en el delito por el que lamentablemente pasaron y, por supuesto, ello es una falencia del Estado (la justicia) que expropia ese conflicto en miras de un objetivo (su castigo) sin detenerse por un instante para consultarles si desean algo más que solo la sanción y la cárcel para esos jóvenes agresores; quizás las respuestas nos sorprendan o quizás no; no podríamos saberlo pero al menos debemos intentarlo.

Esto que hoy expreso en parte ha ocurrido también en este proceso, sin embargo, creo que debo dirigirme a las víctimas de los delitos que el joven ha asumido haber cometido para contarles en palabras muy sencillas que fue lo que pasó con quien fuera su victimario en común; el joven V. J. A.

Las víctimas en esta causa son X. S., C. del V. y S. V. a las que no solo les explicaré personalmente lo ocurrido en este proceso con el jovencito V. J. A. invitándolas a visitar éste tribunal, sino también por escrito en esta sentencia en el caso que no deseen concurrir (estando en todo su derecho a no hacerlo) entregándoles o haciéndoles llegar una copia de la misma.

"Estimadas X. S., C. del V. y S. V.; mi nombre es Rodrigo Morabito y trabajo de Juez de Responsabilidad Penal Juvenil en nuestra provincia, también soy quien intervino en sus respectivas denuncias juzgando a V. J. A., B., el joven que cometió los delitos en su contra y que aquí lo pongo con iniciales explicándoles que lo hago porque la ley me lo exige pero cuya identidad ustedes muy bien conocen. Imagino por el difícil momento que debieron pasar cuando en tu caso X. S. y S. V. fueron atacadas directamente por V. J. A. y, muy especialmente vos S. V., en razón de las lesiones que recibiste ante el intento de robo y por las que fuiste hospitalizada, sin dudas fue lamentable. También siento mucho C. del V. la angustia por la que seguramente pasaste al no encontrar el televisor de tu propiedad que tanto sacrificio te debe haber costado adquirir y que había sido sustraído también por V. J. A. Quiero que sepan que entiendo su bronca, enojo e impotencia, pero también quiero contarles que el joven que las atacó fue detenido y se encuentra detenido en un instituto para personas menores de edad desde hace un tiempo y que acaba de ser responsabilizado por los delitos que cometió y que asumió personalmente. También les cuento que últimamente fue internado debido al grave cuadro de afección a su salud mental debido al abusivo consumo de drogas que padece. Por otra parte, les cuento que en el juicio V. J. A. dijo que no se acordaba de nada porque estaba muy drogado y que estaba arrepentido y que le dolía lo que había hecho. Por supuesto que esto no quita para nada lo ocurrido y claro que entiendo muy bien si continúan enojadas y desean continuar así por el resto de su vida, pues solo ustedes sabe por el pánico y trauma que se pasa en esos momentos. Pero tampoco sería justo (al menos así lo entiendo) si no les hiciera saber la historia de vida de V. J. A. a quien ustedes quizás repudien con razón, no lo sé, pero es lo que pasa con la mayoría de las víctimas de delitos y no es para menos. Quiero pedirles (si así lo desean y pueden), se tomen un tiempo para leer este conjunto de papeles que se llama sentencia y que quienes trabajamos de jueces penales, en la mayoría de los casos elaboramos para plasmar la sanción que les corresponde a las per-

Thomson Reuters

sonas que lastiman a otras o se apropian de lo que no es suyo. Les aclaro que no hay ninguna intención en todo esto de comprensión o perdón de su parte hacia V. J. A. por lo que les hizo, sino tan solo hacerles conocer que el consumo de drogas, la falta de límites, de amor y contención en una familia puede llevar a los más jóvenes a cometer delitos y equivocarse en la vida y con ello lastimar a personas como ustedes y que sin dudas merecen un castigo, pero también, una oportunidad de arrepentirse y volver a comenzar de nuevo luego de cumplir con ese castigo que se les impuso como en este caso. Les quiero informar que V. J. A. fue responsabilizado por los delitos que cometió y que será trasladado a otra provincia para realizar un tratamiento, reitero, por la grave adicción a las drogas que hoy tiene. Por otra parte, igualmente les cuento que esto no termina aquí, sino que a fin de año, V. J. A. (cuando cumpla su mayoría de edad) vendrá nuevamente al tribunal para enfrentarse a una posible pena definitiva en virtud que la ley así lo impone en personas menores de edad, estando todo este tiempo hasta que ello ocurra y como antes les conté en una institución para rehabilitación de adicción a las drogas. Por último, quiero transmitirles que cuando llegue el momento de discutir una vez más la situación de V. J. A. en éste tribunal a mi cargo, se los haré saber por ser su derecho y por ser nuestra obligación como funcionarios públicos, como así también, cualquier otra duda que consideren que debemos aclararles, pues son parte fundamental en este proceso. No sé si esto les traerá más calma o si consideren que se hizo justicia, pero sí espero que puedan llegar a comprender a partir de su lamentable experiencia que detrás de cada delito hay una traumática experiencia o historia de vida de quien lo comete".

Habiéndoles explicado a quienes fueron las víctimas de V. J. A. en las causas que me toca hoy juzgar, considero también darle una explicación al joven responsabilizado de la situación por la que deberá atravesar de aquí en adelante.

"V. J. A., nos conocemos desde hace mucho tiempo, eso ya lo sabés porque nos vimos en reiteradas oportunidades desde que tenías 11 años, con la diferencia que en aquel entonces y hasta que cumpliste los 16 años en diciembre del año pasado, la misma ley penal no permitía que fueras responsabilizado pero luego de esa edad quiero contarte que sí podés serlo y lamento mucho que así haya sido. Pero también deseo que sepas que cuando alguien se equivoca en la vida hay que asumir las consecuencias de esos errores y en tu caso fueron muchos y en estos últimos delitos que cometiste una persona salió seriamente lastimada. Sé muy bien de tu problema de adicción grave a las drogas y que estuviste en reiteradas ocasiones internado en el hospital por lo que tomaste, como también que en una ocasión te prendiste fuego y terminaste lastimado debido a estar drogándote, además conozco muy bien a tu familia y por todo lo que pasaste y pasás con ella, tus enojos, tu rebeldía, tus tristezas, tus miedos y tus necesidades. Sé que te drogabas para soñar con los juguetes que no podías tener. Lo sé muy bien porque intervine en esos delitos en los que robabas cosas del supermercado o los peluches en la terminal de ómnibus. Recuerdo del niño que fue a visitarte al hospital y que quería donarte sus juguetes. Es muy difícil para nosotros desde el juzgado no conmoverse con tu historia de vida, como la de muchos otros chicos igual que vos. Pero también es nuestra obligación darle una respuesta a las personas a quienes lastimaste porque terminaron muy asustadas y lastimadas. Por supuesto que ahora es otra etapa en la que tendremos que ser más estrictos contigo, pues a pesar de ello, aun creemos que no está todo perdido, que el Estado puede ayudarte a salir de esta difícil y triste situación por la que pasás desde hace muchos años, pero debés comprometerte vos mismo y dejarte ayudar. Vos ya sabés cuál es tu situación actual porque te lo expliqué en la audiencia de juicio abreviado en el que asumiste tu responsabilidad y arrepentimiento por lo que hiciste y eso fue muy valiente de tu parte y valorable para todos quienes intervenimos en este proceso. Tendré nuevamente en cuenta tu petición de recuperarte de tu adicción a las drogas y te enviaré a un lugar a donde se ocuparán de vos y de tu salud y también haré que el Estado se ocupe de ayudar económicamente a tu familia para que pueda visitarte bastante seguido y no te sientas solo, porque también es tu derecho. Durante todo este tiempo estaré pendiente de lo que pase y seguiré tu tratamiento informándome del mismo y también escucharé tus inquietudes y necesidades y se las contaré a quienes corresponda para que asuman sus responsabilidades, porque ese también es tu derecho. Pero también quiero que sepas que vas a tener obligaciones y que la principal obligación será asumir la responsabilidad que aquí te voy a declarar y sus consecuencias. Te cuento que a fin de año deberemos vernos nuevamente para resolver definitivamente tu situación ante la ley y depende mucho de vos y tu comportamiento hasta ese entonces para que las consecuencias de tus errores repercutan en mayor o menor medida en esa situación. V. J. A., quiero que sepas que no hemos perdido las esperanzas en vos y tampoco queremos que las pierdas vos mismo, porque hay una vida más allá del delito, las drogas y el encierro que puede cambiar para bien en tu caso una vez que cumplas con tus errores y decidas dejarte ayudar con tu adicción a las drogas".

IV. Que luego de ocuparme de darle una explicación tanto de las víctimas como a su victimario V. J. A., B., debo expresar que al joven se le puso previamente en conocimiento toda la prueba que existe en su contra por los delitos cometidos en flagrancia y cuasi flagrancia.

Thomson Reuters

Que el acuerdo presentado oportunamente y que luego fue ratificado y discutido en audiencia oral reúne las condiciones exigidas legalmente (arts. 56 incs. 2 y 3 ley 5544 y 409 bis del CPP) por lo que habré de hacer lugar al mismo declarando en esta etapa procesal la responsabilidad penal del joven V. J. A., B., luego de haberle explicado detalladamente los alcances y consecuencias del mismo y de haberlo escuchado detenidamente en la audiencia de juicio, teniendo muy en cuenta a partir de la aceptación de los hechos delictivos aquí juzgados, sus peticiones al respecto.

Por otra parte, debo aclarar que al ser la declaración de responsabilidad penal en el juzgamiento de las personas menores de edad una posibilidad prevista en la ley —y hasta tanto se cuente con el resto de los recaudos legales para la evaluación en su momento de imposición de una posible o no sanción penal (en este caso en particular, mayoría de edad y 1 año de medidas tutelares, art. 4 del decreto ley 22.278)— al estar regulada la actuación del juez de ejecución penal juvenil en la ley 5544 recién a partir de la sanción impuesta y no desde la declaración de responsabilidad penal atribuida en la etapa de juicio de cesura, estimo que debe ser éste tribunal quien lleve adelante el control de todo el tránsito del joven a partir de este momento y hasta que se cumpla con el resto de los presupuestos legales antes mencionados (art. 4 decreto ley 22.278) y luego en el caso de existir una sanción, una vez impuesta la misma y su modalidad de cumplimiento, deberá ser el juez especializado ajeno a la causa quien controle su ejecución.

A esta altura de mis años en la justicia, ya no tengo ninguna duda que los jóvenes que hoy ingresan al sistema penal juvenil se encuentran en situaciones desesperantes, con serios problemas de salud debido al consumo desmedido de sustancias estupefacientes, carentes de afecto y contención, violentados por un sistema que los discrimina e excluye a diario y naturalizados en la peor de todas las violencias existentes: La pobreza.

Es mi deber expresar que las personas jóvenes pobres que, insisto, además ingresan al sistema penal, no son "delincuentes pobres" porque quieren, sino por un Estado que los excluye y que no reparte oportunidades equitativamente.

Tales jóvenes en situación de pobreza necesitan de un Estado presente que les acerque educación, salud y, quizás, un trabajo digno que les permita superarse y no solo sobrevivir día a día en las calles hasta que las circunstancias de la vida los lleve a equivocarse a través del delito, pues la cárcel para esos jóvenes pobres con todas las necesidades antes expuestas y que, a su vez, cometen transgresiones a la ley penal lastimando a otros ciudadanos, no puede ser la única opción por parte de un Estado si lo que realmente quiere es disminuir el delito.

En definitiva y con motivo de lo que señalo, se hacen eco en mi persona (ahora más que nunca) las palabras de Frederick Douglass quien expresaba lo siguiente: "En una nación diversa como la nuestra, formada por casi todas las variedades de la familia humana, no deberían existir ante la ley ricos ni pobres, altos ni bajos, negros ni blancos, sino una sola patria, una sola ciudadanía, derechos iguales e igualdad de destino para todos. Un gobierno que no quiera o no pueda proteger al más humilde de sus ciudadanos y amparar su derecho a la vida, a la libertad y al logro de la felicidad, debería avergonzarse". Washington, 20 de octubre de 1883. Extracto del libro "El hombre".

Por todo lo antes expuesto, el Tribunal resuelve: I. Declarar penalmente responsable al joven B., V. J. A., de condiciones personales relacionadas en la causa, por los delitos de robo en calidad de autor previsto y penado por el Art. 164° y 45° del CP, (1° Hecho), hurto calificado por escalamiento en grado de tentativa en calidad de autor, previsto y penado por el Art. 163 inc. 4 en función del 42° y 45° del CP (2° Hecho) y, robo doblemente calificado por el resultado de la lesión y por haber sido cometido con arma en calidad de autor, previsto y penado por el Art. 164° en función del 166° inc. 1 y 2 y Art. 45° del CP, (3° Hecho) quedando supeditada la posible aplicación de pena al cumplimiento de los incs. 2 y 3 del art. 4 del decreto ley 22.278. II. Hasta el cumplimiento de los requisitos previstos en el apartado precedente y a los fines de continuar con el tratamiento socio educativo, el mismo continuará en situación de privación de libertad bajo la protección integral de la Dirección del Niño en conflicto con la Ley Penal, dependiente de la Secretaria de Familia de la Provincia, debiendo arbitrar los medios necesarios a efectos de que practique de forma urgente un tratamiento terapéutico por consumo problemático de sustancias psicoactivas en el marco de la Ley Nacional N° 26.657. Líbrese oficio. III. Atento a lo solicitado por las partes en la audiencia de debate de juicio abreviado inicial llevada a cabo oportunamente, Ordénase el traslado del Joven B., V. J. A., a una institución fuera de la provincia a los fines de llevar adelante un tratamiento especializado de rehabilitación respecto de su adicción a las drogas, debiendo la Secretaria de Familia (autoridad máxima del Sistema de Protección Integral de la Provincia) materializar el traslado y la institución asignada en forma urgente y comunicar al Tribunal una vez efectuado en un plazo no mayor a 15 (quince) días desde su debida notificación. Ofíciese. IV. Por Secretaria extraer copia Certificada del Acta de Debate de Juicio Abreviado Inicial a fin de remitirlas a la Fiscalía Federal de la Provincia, ante la posible comisión de delitos previstos en la Ley 23.737 de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes. Ofíciese. V. De forma. — *Rodrigo Morabito.*

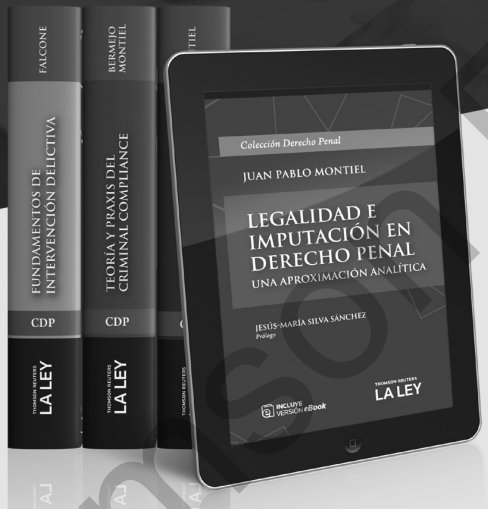
Thomson Reuters

THOMSON REUTERS
LA LEY

LANZAMIENTO

COLECCIÓN DERECHO PENAL

Director: **Juan Pablo Montiel**



Juan Pablo Montiel • Mateo Bermejo • Andrés Falcone

3 Tomos + *eBook*

La colección que todo penalista debe tener en su biblioteca.

Ofrece una panorámica actual de los temas que se están discutiendo hoy: Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, el Criminal Compliance, análisis económico de la política criminal, etc. Se plantean problemáticas clásicas desde un enfoque renovado, ofreciendo herramientas para que el profesional pueda resolver problemas prácticos.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra nueva página de **Linkedin** con **contenido específico** para contadores.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam

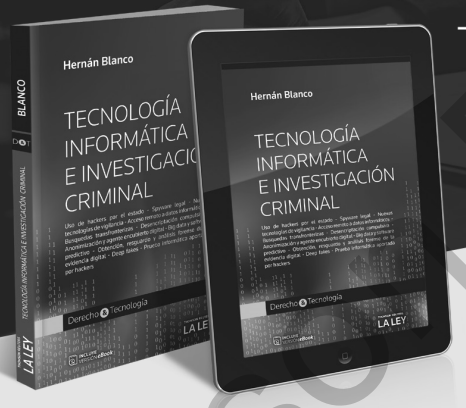
Thomson Reuters

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala tus argumentos.

LANZAMIENTO

TECNOLOGÍA INFORMÁTICA E INVESTIGACIÓN CRIMINAL



Hernán Blanco

1 tomo + eBook

La aplicación de la tecnología en la investigación criminal contribuye a una averiguación de los delitos más rápida, eficaz y segura.

Esta obra describe en detalle el modo en que inciden sobre la labor estatal de investigación criminal una serie de desarrollos tecnológicos, como el surgimiento de nuevas formas de comunicación mediante Internet, la encriptación, la esteganografía, las herramientas para procurar el anonimato en la red, las criptomonedas, la "Internet de las cosas", el "Big data", la inteligencia artificial, los algoritmos predictivos, los "programas espías" ("spyware") y otras novedosas herramientas de vigilancia digital.

Analiza el estudio de controversias de orden legal y constitucional cuya importancia ya ha empezado a ponerse de manifiesto, y que están llamadas a ocupar un lugar central en la discusión jurídica durante la próxima década.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra nueva página de **Linkedin** con **contenido específico** para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam

Thomson Reuters

Nota editorial: El presente PDF es parte de los servicios de Thomson Reuters y reemplazará la versión impresa en los plazos dispuestos para el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020.

Thomson Reuters

www.thomsonreuters.com.ar

En todo momento y lugar

Thomsonreuterslaley

TRLaLey

linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/

thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO

Thomson Reuters

CORREO ARGENTINO
CENTRAL B
CUENTA Nº 10269F1
FRANQUEO A PAGAR

the answer company™
THOMSON REUTERS®

CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
0810-266-4444