



**ACUERDO N° 2/20.** En la ciudad de Neuquén, a los ocho días del mes de mayo de 2020, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por la **Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI** y el **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, con la intervención del titular de la Secretaría Penal, Dr. Andrés C. Triemstra, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**V. W. O. A. S/ ABUSO SEXUAL**" (Legajo MPFNQ 52131/2015).

**ANTECEDENTES:**

I.- Por sentencia dictada en fecha 18 de octubre de 2016 (emitida los Dres. Martín Marcovesky, Alejandro Cabral y Dra. Florencia Martini) se declaró la responsabilidad penal de W. O. V. por el delito de Abuso Sexual gravemente ultrajante, agravado a su vez por la utilización de arma de fuego.

Ello así, al darse por acreditada su autoría y responsabilidad en el siguiente hecho:

*"...el día 7 de diciembre de 2014, siendo las 08.00 hs. estimativamente, V. ingresó a la vivienda de [...] (hija de su ex pareja), sita en [...] contra la voluntad de ésta, apuntándola con un arma de fuego en la cabeza, una vez adentro guardó el arma en su cintura, desenvainó un cuchillo y comenzó a golpear a la nombrada y al hijo de ella [...] de 5 años de edad), al tiempo que los amenazó diciéndoles que iba a prender fuego todo. Posteriormente ató a "F.V." y a su hijo, le colocó un trapo en la boca al niño y lo arrojó por la ventana. Tiró a "F.V." en la cama, cortó las sábanas y mientras sostenía el cuchillo en el cuello a la víctima la obligó a quitarse la ropa, le tocó la vagina y le dijo que se diera vuelta que la 'iba a romper toda'. Ella le dijo que estaba embarazada, entonces la obligó a arrodillarse y a practicarle sexo oral eyaculando en su boca. Acto seguido y siempre empuñando el*

*cuchillo, metió a la joven en la ducha, la hizo lavarse los dientes, metió al niño nuevamente a la casa y mientras los amenazaba con matarlos, se llevó las prendas de vestir (en las que había caído semen), el celular y dinero de [F.V.]..."* (textual de la sentencia de responsabilidad, fs. 13).

En fecha 2 de diciembre de 2016 ese mismo tribunal le impuso la pena de ocho años de prisión de efectivo cumplimiento (cfr. fs. 16/19 vta.).

Luego de la actividad recursiva de la Defensa Pública (ejercitada ante el Tribunal de Impugnación y ante esta Sala Penal), dicha sentencia condenatoria quedó firme y en condiciones de ser ejecutada.

Debe aclararse que la pretensión de hacer efectiva la sentencia resultó fracasada, en un primer momento, a causa de la rebeldía en que incurrió el imputado, la cual fue dictada sin objeciones de su defensa (cfr. acta de fs. 20).

Tras lograrse su privación de libertad y el comienzo de ejecutoriedad de la condena, en fecha 20 de marzo del corriente el señor Juez Gustavo Ravizzoli denegó un pedido de detención domiciliaria requerido por dicha Defensa Pública, amparado en la consabida emergencia sanitaria a causa del COVID 19 y su presunta situación de riesgo a causa de una enfermedad preexistente (con referencia al padecimiento de una enfermedad pulmonar obstructiva crónica -EPOC- por tabaquismo crónico).

Para resolver de ese modo, dicho magistrado explicó en lo sustancial que *"...desde la Dirección de Unidades de Detención y desde el Ejecutivo Provincial se tomaron los recaudos necesarios para garantizar el derecho a la salud, aún en contexto de encierro y con dicha declaración de pandemia. En efecto, los requeridos, han dado cuenta, en argumentos coincidentes con la Fiscalía, que en los establecimientos penitenciarios se encuentra garantizada la salud de las*

*personas privadas de libertad, habiéndose adoptado acciones concretas de prevención...” (cfr. fs. 21).*

Contra dicha decisión la Defensa peticionó revisión y el tribunal integrado al efecto (con las Dras. Carina B. Álvarez, Ana del Valle Malvido y Estefanía Sauli) revocó esa decisión por prematura, dejando en cabeza de la señora Jueza de Ejecución una evaluación integral de las actuaciones para el otorgamiento o para el rechazo de la prisión domiciliaria pretendida (cfr. fs. 22/ 24).

Celebrada la audiencia ante la señora Jueza de Ejecución, en cumplimiento de aquella manda, por resolución proclamada en audiencia oral de fecha 13/04/2020, la Dra. Raquel Gass denegó el pedido de prisión domiciliaria formulado a favor del condenado V.. En sus fundamentos, ponderó esencialmente lo que sigue:

*“...Teniendo en cuenta los informes médicos del 13 de marzo y 5 de abril [...] anticipo que no voy a hacer lugar a la prisión domiciliaria de su asistido y paso a fundar mi decisión: la defensa alude a que V. se encuentra en un grupo de riesgo, que padece EPOC. En esto, no hay duda. No está en discusión. Eso tampoco ha sido controvertido por el señor Fiscal. Lo que sí está controvertido son algunas cuestiones que señala la Defensa para solicitar una modalidad de ejecución, que tal como lo señaló el Fiscal -y en esto coincido-, es una modalidad excepcional. Hay algunas consideraciones [de la Defensa] que ha efectuado, que sinceramente no comparto: cuando hace referencia a la población de riesgo cita -por ejemplo- el decreto del Tribunal Superior de Justicia que exceptúa de realizar tareas al lugar de trabajo de personas que se encuentran dentro de este grupo de riesgo. Bueno, evidentemente, no es lo mismo; porque en este caso el Tribunal Superior de Justicia lo que tiene en cuenta es que el que integra el grupo de riesgo debería dejar*

el domicilio para trasladarse a una oficina, interactuar con otra gente, y de esa manera dejaría de estar en aislamiento obligatorio. Entonces, evidentemente, no es lo que se le está pidiendo al tribunal respecto de V.. Es al revés [...] Por otro lado, que es una pandemia [...] No hay duda de esto, sí es una pandemia. Y una situación absolutamente excepcional [...] Ninguna persona, y me animo a decir en la mayoría de los países [...] ha seguido con sus actividades como las venía realizando. Eso está claro. El tema de las visitas: de recibir visitas, tampoco se puede en el domicilio. Está prohibido recibir una visita en el domicilio. El riesgo "0", evidentemente no lo tiene ninguna persona, pero entiendo sí que se está cumpliendo con el aislamiento social obligatorio; que es lo que se dispuso y que es la única medida de prevención. Respecto a la especialidad -o no- de la Dra. Fariña, coincido en esto también con el Dr. Breide: fue una testigo citada por la Defensa. Desconozco específicamente para qué, porque los dos informes, el del 13 de marzo y el del 5 de abril -que yo los leí previo a la audiencia- son autosuficientes. Es decir, que no había cuestiones para aclarar de esos dos informes. Ahora si se le pregunta de cuestiones generales, epidemiológicas, entiendo que no es especialista, tal como ella lo señaló, pero también entiendo que está mucho más calificada que cualquiera de nosotros tres, por ejemplo -que ni siquiera somos médicos-. Entonces, dio una respuesta que desde su expertise médica, era la que entiende que corresponde para esta situación [...] El Dr. Lagarraga asegura además que es función del Juez asegurar el aislamiento: no doctor, no hay forma en este momento de que el Juez garantice un aislamiento en el domicilio. O sea: no hay dispositivo electrónico disponible en este momento y tampoco es posible imponer una consigna policial o rondines [...] Respecto a todas las recomendaciones que señala [...] con la

*cuestión del ingreso de alimentos a la Unidad [...] nadie está exento, aun cumpliendo aislamiento en el domicilio, de tener un mínimo de contacto con una persona del exterior que le trae comida [...] No se evidencia en este caso ninguna afectación concreta a la integridad física de V. en este momento; no hay ningún contagiado y ningún caso sospechoso, ni en la Unidad 11, ni en la Unidad 12, ni en la Unidad 16; se están tomando todas las medidas de prevención y, evidentemente han sido adecuadas al día de la fecha. Vuelvo a decir, no ha habido casos ni siquiera sospechosos. Todos nosotros tenemos los derechos restringidos y por eso no se genera un agravamiento en el lugar de detención porque no se pueden recibir visitas, o porque no se usufructúen salidas transitorias o salidas laborales. Es la misma situación que está llevando adelante el resto de las personas. Por todo ello es que yo no encuentro ningún elemento para entender que el señor V. se encuentra en los supuestos del artículo 10 del Código Penal o del artículo 32 de la Ley 24.660..." (textual de la audiencia correspondiente al acta de fs. 25, minutos 00:55:38/ 01:04:38).*

Disconforme, la Defensa requirió la pertinente revisión de esa decisión en aras a asegurar el derecho de su defendido al "doble conforme" (art. 8.2.h. de la C.A.D.H.), plasmado en el orden local en el artículo 266 del C.P.P.N.. Se constituyó a tales fines el tribunal del Colegio de Jueces compuesto por los Dres. Cristian Amadeo Piana, Diego Piedrabuena y Lucas Yancarelli.

Dicho Tribunal revisor, por unanimidad, homologó la decisión de la Dra. Gass. En los fundamentos dados se expresó, en lo sustancial, que los precedentes del Tribunal de Impugnación evocados por la Defensa Pública en abono de su petición no son vinculantes y que, como bien reconoce la defensora, no reflejan el parecer de todos sus miembros, pues hay algunos jueces que todavía no se expidieron en este

tópico. Pero aun así, lo cierto es que los magistrados de instancia mantienen su independencia, sin perjuicio de lo que pueda suceder en la actividad impugnativa ulterior.

Explicó además que, frente a la ausencia de medidas que impliquen la anulación de modo absoluto de cualquier posibilidad de contagio -tanto en el mundo libre, como dentro de la Unidad- corresponde hacer el cotejo que la jueza de grado realizó en relación a la situación específica del interno V.. Esto es, si se está con mayores resguardos dentro de la Unidad (o no). Y en este sentido, compartió su aseveración de que conforme a las referencias médicas y protocolos establecidos, estaría más protegido dentro de la Unidad de Detención. Asimismo, evaluó -en coincidencia con lo señalado por la magistrada de grado- que no existe un riesgo elevado, potencial y real que justifique dicha prisión domiciliaria.

Ese tribunal revisor descartó también una aducida arbitrariedad de la Defensa por un supuesto trato desigual respecto de otros internos que sí se vieron beneficiados con dicha morigeración.

En palabras del magistrado ponente al rechazar dichos agravios: *"(...) La defensa habla de que podría haber arbitrariedad en el sentido de darle a algunos, o quitarle a algunos lo que a otros les da o le niega en situaciones similares. Y nombra un caso [...] que fue operado quirúrgicamente; estamos hablando de una situación diferente a la del condenado en este caso. No es lo mismo tener EPOC [...] a una situación de diabetes que implicó una intervención médica. Esa decisión [...] no sería equiparable a ésta..."*.

Finalmente, evaluando lo declarado en la audiencia anterior por la médica Forense y homologando las conclusiones de la Jueza de Ejecución, estimó que las medidas adoptadas

eran suficientes para su resguardo y que no se estaba afectando el derecho a la salud del interno.

Contra este último fallo la Defensa acudió al Tribunal de Impugnación mediante el recurso de estilo, el cual fue sustanciado en la audiencia oral de fecha 27 de abril del año 2020.

El mismo fue resuelto por los Dres. Richard Trinchero, Andrés Repetto y la Dra. Liliana Deiub e implicó la revocación de lo decidido en las instancias anteriores (cfr. acta de fs. 27). Concretamente, dicho Tribunal resolvió:

*"1.- Declarar formalmente admisible la impugnación interpuesta por la defensa, por la Dra. Petraglia, en representación del interno W. V.. 2.- Revocar la resolución dictada por el Tribunal de Revisión [...] y en consecuencia disponer la prisión domiciliaria del interno W. V. mientras dure el aislamiento social obligatorio dispuesto por la Presidencia de la Nación y el Gobierno de la provincia, bajo el cumplimiento de las condiciones estrictas que se expresaron en los fundamentos..."* (cfr. fs. 27).

Contra este último fallo, el señor Fiscal General, Dr. José Gerez y el señor Fiscal Jefe, Dr. Maximiliano Breide Obeid interpusieron la Impugnación Extraordinaria glosada a fs. 28/50 que motiva el presente Acuerdo.

Tal presentación discurre por el segundo carril del artículo 248 del C.P.P.N., al aducir que se verifica un supuesto de intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al amparo de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias y también por gravedad institucional.

Se expresó -en el tópico de la legitimación- que para que proceda el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, uno de los presupuestos es que se impugne una sentencia definitiva o decisión equiparable

a tal, que la Corte ha ido elaborando a partir de la interpretación del art. 14 de la Ley 48.

De tales premisas se desprende que si se invoca un agravio que configura cuestión federal contra una sentencia del Tribunal de Impugnación, entonces aunque no estuviera expresamente mencionado este tipo de decisiones en el art. 233 del C.P.P.N., igual cabría considerarlo un auto procesal importante si se trata de una sentencia equiparable a definitiva según la doctrina de la CSJN.

Citan las RI n° 75/15, RI n° 93/15 y RI n° 130/15, de este Tribunal Superior de Justicia donde se ha sostenido que el concepto de auto procesal importante es análogo al de sentencia equiparable a definitiva elaborado por la CSJN, por causar un gravamen de imposible, dificultosa o tardía reparación posterior.

Que la Corte ha hecho lugar a recursos extraordinarios del Ministerio Fiscal en temas de detenciones domiciliarias (evocando el precedente de Fallos 342:1057 y los autos O. 296, XLVIII, "Olivera Róvere, Jorge Carlos s/ recurso de casación" del 27/87/2013). Y que si bien aquéllos eran supuestos fácticos diferentes al que aquí se decide, las aristas centrales de esa doctrina permiten inferir la progresión de recursos extraordinarios del Ministerio Fiscal en casos de morigeraciones de encierro cuando media arbitrariedad.

Si bien los precedentes reseñados tratan delitos de lesa humanidad, no conmueve la aplicación a este caso su doctrina, en tanto con respecto al abuso sexual contra la mujer, nuestro país tiene comprometidas obligaciones internacionales de investigar y sancionar, mediante procesos judiciales efectivos esa clase de delitos, que afectan derechos humanos de las mujeres y conforme con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), a fin de cumplir con las

obligaciones asumidas por el Estado Argentino (artículos 31 y 75 inc. 22 CN).

Los hechos investigados, se calificaron como abuso sexual gravemente ultrajante en perjuicio de [F.V.] por el cual se encuentra cumpliendo condena V.; son actos de violencia sexual contra la mujer, ya que encajan en la definición del art. 2.b de la Convención de Belem do Pará y el art. 4 de dicha Convención, que enuncia la garantía de los derechos humanos de toda mujer y, entre otros enumera "el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

Citan el caso "González y otras 'Campo Algodonero' vs. México", del 16/11/2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se resaltó que debe evitarse la impunidad de los delitos de violencia contra las mujeres, que en este caso existe serio riesgo de provocarse si se cumple la decisión recurrida, dado que ella permitiría que el condenado se sustraiga del cumplimiento de la pena, atento la total falta de medidas de seguridad.

Agregan que, en el contexto actual de la pandemia de COVID-19 organismos internacionales y regionales de derechos humanos, aún preocupados por el hacinamiento de algunas cárceles (que no es el caso de V. en el Pabellón 9 de la Unidad N° 11), han destacado que no se debe provocar la impunidad de las violaciones a los derechos humanos en general.

En resumen, sostiene que la decisión atacada es equiparable a sentencia definitiva, porque no existe una instancia ni momento procesal posterior en el cual se pueda revisar la concesión de la prisión domiciliaria, que pone en riesgo el cumplimiento de la condena, y la responsabilidad del Estado por la impunidad de una grave violación a los derechos humanos de [F.V.].

Citan los fallos "Strada" y "Di Mascio" de la C.S.J.N., que le dan legitimación subjetiva al Ministerio Público Fiscal y agregan que puede sostenerse que cuando se invoca un caso de arbitrariedad de sentencia, se configura una cuestión federal susceptible de habilitar el recurso extraordinario federal, y no es oponible ninguna limitación del derecho procesal local.

Sobre el punto y en subsidio, expresan que si este Tribunal considera que las disposiciones del Código Procesal Penal, en particular el art. 227, no puede interpretarse de conformidad con el artículo 31 de la C.N., dejan planteada su inconstitucionalidad. Ello por cuanto dichas disposiciones resultan inconstitucionales por limitar y omitir reconocer la facultad del Ministerio Público Fiscal de acceder a las vías recursivas locales para el tratamiento de cuestiones federales contra pronunciamientos asimilables a sentencia definitiva.

Por otra parte, sostienen que de no considerar sentencia equiparable a definitiva al decisorio que se recurre, se configura un caso de gravedad institucional, conforme el precedente "Bramajo" (Fallos: 319:1840) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Consideran que conceder a un condenado, la prisión domiciliaria fuera de los presupuestos legales y contraviniendo las recomendaciones de la médica forense, compromete seriamente el cumplimiento de una pena de prisión de 8 años. Que el caso excede el interés de las partes, porque la integración del Tribunal de Impugnación que decidió este caso, comparte con el resto de los Jueces de esa instancia un criterio común con respecto a este tipo de planteos. Así lo sostuvo el Dr. Trincheri, al mencionar en su voto que ese criterio es: "para nosotros, para todos los Jueces de Impugnación".

La CSJN considera que se configura un caso de gravedad institucional cuando la notoriedad y difusión de un asunto ha

conmovido a la opinión pública, llegando a poner en duda ante los ojos de la sociedad la eficacia de la administración de justicia (Fallos 314:916); y que es de público y notorio el estrépito social que la situación de concesión de prisiones domiciliarias de condenados por delitos sexuales ha generado en el país y en particular en nuestra provincia.

Enumeran los antecedentes del caso, destacando los fundamentos que expusieron Jueces y Tribunales que intervinieron, y señalan concretamente lo sucedido en la audiencia de impugnación de fecha 27 del corriente mes y año (fs. 35vta./42) y detallan los fundamentos del fallo que cuestiona (fs. 42/43vta.).

Al exponer los agravios, sostienen que el Tribunal de Impugnación fundamentó la revocación de la decisión del Tribunal de Revisión del Colegio de Jueces, sobre la base de una falacia refutada concretamente por el testimonio experto de la Dra. Haydee Fariña dado en audiencia y luego de estudiar la situación puntual de V.. Contra la recomendación médica, el Tribunal de Impugnación sostuvo sin dar razones, que es más seguro para la salud del preso que cumpla la condena en el domicilio de su hermana, a que lo haga en una institución de control máximo como es la Unidad de Detención n° 11, donde se verifica una vigilancia constante, se toman todas las precauciones sanitarias, donde no hay hacinamiento y donde además, tiene la atención médica disponible para su enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC) sin tener que concurrir a un hospital.

Consideran que la fundamentación expuesta, demuestra la flagrante arbitrariedad del fallo, deja bajo el control de su hermana al condenado "dentro de sus posibilidades obviamente" y de rondines periódicos de personal policial, "que por supuesto sabemos que están sujetos a la disponibilidad de agentes", la ejecución de una pena grave por un delito

violento, abuso sexual gravemente ultrajante y agravado por el uso de armas, para lo cual todavía faltaba, más de un año y medio para que se pudieran evaluar las salidas transitorias.

El primer agravio es la arbitrariedad normativa porque la decisión recurrida carece de cualquier apoyo en alguna norma legal, pues en ningún momento se invoca el art. 10 del Código Penal ni el art. 32 de la Ley 24660.

Que en nuestro ordenamiento legal, la modalidad domiciliaria de cumplimiento de pena de prisión solamente procede ante la comprobación de los extremos previstos en los arts. 10 del C.P y arts. 32 y 33 de la Ley 24660, fundada en informes médico, psicológico y social.

En el caso, la defensa había solicitado ese beneficio, invocando la causal prevista en el inc. a del art. 10 del Código Penal. Dicha decisión queda a criterio del juez competente y se debe acreditar que la privación de la libertad le impide al interno enfermo recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia. Pero los Jueces de Impugnación no se ocuparon de tener por acreditados esos extremos y prácticamente no fue litigado ese aspecto, porque el informe de la Dra. Fariña no deja lugar a dudas acerca de que el tratamiento brindado es el adecuado; en su declaración respondió afirmativamente cuando se le consultó si el hecho que haya enfermero permanente con turnos, médicos durante al menos cuatro días de la semana y con guardias pasivas solamente para esa Unidad garantizaba el servicio de salud.

Que la Fiscalía destacó, fundado en las respuestas de la Dra. Fariña, que la situación de emergencia del sistema de salud hace que actualmente la atención en centros médicos extramuros esté reducida a casos urgentes, por lo cual se han restringido en gran medida los controles periódicos de pacientes crónicos y la concurrencia en general de enfermos a los hospitales. Esa situación contrasta con la de los internos

de la Unidad n° 11, que cuentan con el permanente servicio de enfermería y la visita médica de al menos 4 días a la semana; además de tener asegurada la medicación y vacunación.

Que la única afirmación que podría relacionarse con los presupuestos legales para conceder la prisión domiciliaria, ha ido en sentido contrario, cuando el Dr. Trincheri, sostuvo que no hay superpoblación en el lugar de alojamiento del condenado. Citan jurisprudencia en apoyo de su postura.

En segundo término, alegan arbitrariedad fáctica en la valoración de la prueba pericial médica, realizada por la Dra. Haydee Fariña, que declaró como testigo -a propuesta de la defensa- en la audiencia celebrada ante la Jueza de Ejecución Penal.

La Dra. Fariña fue categórica en afirmar que estando en la Unidad se minimiza el riesgo de contagio de COVID-19, porque en cualquier Unidad de Detención por sus características, se comporta como un lugar de aislamiento social, toda vez que los internos no tienen contacto con individuos del exterior, están aislados. Todas las Unidades de Detención restringieron el ingreso de personas desde el exterior, lo cual aseguraría la disminución del riesgo de contacto con personas y, por ende, del contacto con personas asintomáticas. Estando ahí dentro se sabe que la persona no ha viajado al exterior, que no tiene sintomatología externa (en referencia al COVID-19). También informó que hasta el día anterior a la audiencia no se había registrado ningún caso sospechoso ni confirmado en la Unidad 11. Agregó que extramuros no hay manera de controlar el contacto con las personas.

Expresó que estando en una Unidad de Detención la persona está en aislamiento social, porque no tiene contacto con personas sobre las que se desconoce el dato epidemiológico, mientras que en el domicilio, el aislamiento depende de la propia persona. Estar en la Unidad de Detención no agrega un

riesgo mayor a la enfermedad de V. (EPOC), si se cumplen con todas las pautas de higiene, como lavado de manos, mantener distancia con las personas. Si a eso se le agrega la medicación que está recibiendo el interno, para su patología de base, no existiría mayor riesgo de contagio porque no tendría el nexo para contraer la enfermedad.

Tan contundente fue el testimonio de la Dra. Fariña, que al alegar sobre el mismo, la propia defensa que lo había ofrecido trató de desacreditarla cuestionando su especialidad en la materia.

Pero los Jueces del Tribunal de Impugnación, se apartaron de ese dictamen médico, sin dar razones y apelaron a su "sentido común".

En el fallo cuestionado se afirma que no hay superpoblación donde estaba alojado V., y la preocupación manifestada de que comparte el baño y cocina con otros tres detenidos, es infundada, ya que desde el 19 de marzo esos internos están sin visitas ni salidas. Llevan más de dos períodos completos de 14 días de aislamiento preventivo, que es el tiempo recomendado por los especialistas para poder verificar que no se haya incubado el COVID-19. No ocurre lo mismo con la hermana del condenado que si bien se exige que sea la única que tome contacto con él, ella a su vez puede y debe tomar contacto con un número indeterminado de personas para proveerle los alimentos y demás enseres a V. y no se ha instrumentado ningún medio para controlar que dentro de esa vivienda se cumpla con su aislamiento.

En apoyo de su postura citan Fallos 310:1697, 321:2118 y 248:487 y sus citas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En tercer lugar, consideran que el fallo del Tribunal de Impugnación es arbitrario por falta de fundamentación en la decisión de cambiar la prisión en establecimiento carcelario

por prisión domiciliaria, se apartan arbitrariamente de la opinión médica y no encuadran el caso dentro de los extremos legales para la concesión de la prisión domiciliaria.

Afirman que es falaz la alusión a los riesgos de contagio y el peligro para la salud, cuando en esa ponderación de bienes jurídicos comprometidos no toma en cuenta las razones que confluyen a rechazar la concesión del beneficio.

Expresan que, en todo caso planteado, se deben acreditar las circunstancias particulares en que se asiente la petición, mediante informes y/o testimonios de especialistas acreditados, que demuestren en forma concreta la existencia de un estado de necesidad justificante basado en la vulneración de normas que garantizan el derecho a la salud de los reclusos (art. 143 y sgtes. de la Ley 24660, Reglas de Mandela y otras).

Llegado el caso que se demuestre un peligro inminente, actual y no conjetural para la salud por probable contagio de COVID- 19, -lo que no se constata en autos, donde el dictamen médico fue categórico en sentido contrario-, se debería probar en concreto, que la sustitución del alojamiento en una Unidad de Detención por la prisión domiciliaria es adecuada, necesaria y proporcional para reducir sustancialmente ese riesgo; y ese extremo también fue refutado por la Dra. Fariña.

Pero el Tribunal de Impugnación -dicen- prescindió arbitrariamente de la determinante prueba pericial ofrecida por la misma defensa. Y contrario a lo que indica la prudencia y la función judicial, la decisión cuestionada intentó ampararse en un criterio abstracto general formulado desde la judicatura, en una clara extralimitación de sus poderes.

Precisan que en la Unidad de Detención se toman todas las precauciones y existe atención médica y de salud, mientras que del domicilio de la hermana del condenado no se tiene un informe socioambiental actualizado a las circunstancias

sobrevinientes de la pandemia de COVID-19 y las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio. Como responsable de la salud del condenado, el Estado no puede garantizar el mismo control ni los mismos cuidados que adentro de una Unidad carcelaria y ello fue reconocido en el fallo impugnado al disponer como única medida de vigilancia los rondines periódicos y sujetos a la disponibilidad de personal que tenga la Policía.

En concreto, estiman que la decisión se apartó sin motivo de la pericia médica, y en abstracto también resulta arbitrario afirmar que en la Unidad de Detención existe más riesgo de contagio que extramuros. No ha podido acreditarse que exista un peligro real y concreto de que el interno V. dentro de la Unidad de Detención pudiera llegar a contagiarse el COVID-19, sino que solamente se repite que integra el grupo de riesgo; tampoco ha quedado acreditado que hayan aumentado las probabilidades de mortalidad por encontrarse encarcelado, ni que haya posibilidad en la Unidad de que no se pueda prevenir el contagio, cuando se encuentran como el resto de la población y al mismo tiempo, en aislamiento y sin ingreso de visitas.

Por último, plantea arbitrariedad por exceso en la competencia apelada, pues el fallo del Tribunal de Impugnación no cumple con su competencia revisora, sino que aborda el tratamiento de la cuestión como si fuera una primera instancia. Hace un análisis *ex novo* de la cuestión y revocan las decisiones de la Jueza de Ejecución Penal y del Tribunal de Revisión sin señalar ningún error en sus fundamentos.

Citan jurisprudencia en apoyo de su postura y hacen reserva del caso federal. Solicitan que se declare admisible el recurso y se nulifique el fallo del Tribunal de Impugnación, confirmando el mantenimiento del cumplimiento de

la pena en establecimiento carcelario, o en su defecto, se reenvíe para el dictado de un nuevo fallo.

En fecha 6 de mayo del corriente año se llevó a cabo la audiencia para la ampliación y refutación de argumentos.

A la misma asistieron de manera presencial el señor Fiscal Jefe, Dr. Maximiliano Breide Obeid y la víctima de autos, Sra. "F.A.V.". Asimismo, de manera virtual refutó el recurso el señor Defensor General, Dr. Ricardo H. Cancela, acompañado (también de modo telemático) por la señora Defensora de Ejecución, Dra. Luciana Petraglia y la Dra. María Luisa Andrada.

En tal ocasión, el Dr. Breide Obeid desarrolló sus agravios de modo plenamente acorde al escrito de formalización.

A su turno, se le concedió la palabra a la Sra. "F.A.V." en los términos que exige el artículo 11 de la Ley 24.660, en función del artículo 5°, inc. "k" de la Ley 27.372.

En dicha oportunidad, explicó la situación de intranquilidad personal y familiar generada a partir de la decisión apelada, a la vez que indicó que recibieron -ella y su madre- amenazas del imputado y de su hermana, en oportunidades anteriores a la presente morigeración, situación que generó un absoluto aislamiento de su progenitora, a quien le realiza periódicamente las compras de alimentos.

Finalmente, hizo uso de la palabra el Dr. Ricardo H. Cancela y expresó que, a su modo de ver, el Ministerio Público Fiscal carece de capacidad recursiva por falta de agravio actual y por no verificarse las situaciones de arbitrariedad y gravedad institucional aducidas.

En pos de sostener tal aserto, indicó que la medida adoptada por el Tribunal de Impugnación se dictó en base a recomendaciones internacionales (esencialmente de organismos

internacionales de Derechos Humanos y de directivas emanadas de la Organización Mundial de la Salud).

Afirmó también que no puede aferrarse la Fiscalía al concepto del "auto procesal importante" para superar el valladar de la admisibilidad formal, en tanto esa previsión ampara al imputado y no al Estado.

Aduce que no son aplicables los fallos de la Corte que trajo en su auxilio el Ministerio Público Fiscal, ya que se tratan de precedentes vinculados con delitos de Lesa Humanidad, a la vez que resultan anteriores a la situación de pandemia que, a esa época, era imprevisible.

Recalca en este punto que la prisión domiciliaria adoptada aquí, a diferencia de los casos de cita, es meramente temporal y de corto alcance, ya que se prevé hasta la culminación de la emergencia sanitaria; lo que refuerza, a su modo de ver, la ausencia de un agravio plausible para el Ministerio Público Fiscal.

Siempre en este tópico, explica que si el motivo de la Fiscalía pretende concentrarse en un hipotético peligro de fuga, este tipo de censura, por ser meramente conjetural, anula toda posibilidad de acudimiento a la Corte por no verificarse un agravio concreto y actual. Por ende, se descarta la hipótesis del carril por el que transita su recurso.

No comparte el planteo de inconstitucionalidad del artículo 227 del C.P.P.N. (que fija las condiciones generales de admisión de los recursos), en tanto ni siquiera fue invocada por el presentante alguna garantía constitucional que pudiere verse afectada en el marco de la referida morigeración de encierro.

Tampoco acompaña la pretensión de su contraparte en cuanto a la necesidad de dictar una decisión que fije una línea para los Tribunales inferiores, ya que no resulta la vía que debió

emplear el apelante y tampoco existiría la hipótesis procesal para uniformar jurisprudencia (artículo 248 inc. 3° del C.P.P.N.).

En cuanto al fondo del recurso, expresa -con cita de precedentes de esta Sala- que la arbitrariedad no sólo debe ser alegada sino también probada por el recurrente; lo que no sucedió en este caso particular.

Afirmó, que es claro que las Unidades de Detención no están preparadas para una situación de pandemia y que decisiones análogas a la presente han sido dictadas por muchos países europeos y americanos, además de múltiples pronunciamientos en este país, como forma de evitar o mitigar la propalación del virus COVID 19 y el inescindible colapso sanitario.

Sostuvo, que si bien la Fiscalía expresó que el padecimiento de V. "no es nada más que EPOC", esa minimización es incompatible con el cuadro de salud verificado, ya que se trata de una dolencia de tipo severa y está fundada en múltiples certificados médicos que no pueden desconocerse.

Dijo, por último, que tampoco se verifica una arbitrariedad normativa, a la vez que su contraparte tampoco refirió qué norma sustantiva resultó inobservada por los magistrados que dictaron la resolución apelada.

En virtud de ello, postuló que se declare inadmisibile el recurso y, subsidiariamente, se lo rechace por las razones de fondo aducidas.

Culminada la audiencia, la Sala pasó a deliberar en sesión secreta con la presencia del señor Secretario, quedando así el legajo en condiciones de ser resuelto.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por sus integrantes el orden siguiente: Dr. Alfredo Elosú Larumbe y la Dra. María Soledad Gennari.

Cumplido el proceso previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

**CUESTIONES:** 1º) ¿Es formalmente procedente la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2) ¿Es admisible la misma?; 3º) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4º) Costas.

**VOTACIÓN:** A la primera cuestión, el **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, dijo: el escrito mediante el cual se presentó el Control Extraordinario agregado a fs. 28/50 debe estimarse presentado en término.

Esto lo afirmo, no sólo porque su recepción se produjo dentro del quinto día calendario posterior a la notificación del pronunciamiento cuestionado (art. 242 del C.P.P.N.), sino también por la consabida suspensión de los plazos procesales expuesta por Acuerdos Extraordinarios n° 5925, 5926 y 5927, y los decretos de Presidencia correspondientes, que impiden un confornte temporal en este aspecto.

Sobre ello no hubo contrapunto de las partes.

En cuanto a los motivos de impugnación, el Ministerio Fiscal encauzó su recurso por el artículo 248 inciso 2 del CPPN, bajo una pretendida arbitrariedad de sentencia.

Conforme a ello, si bien las cuestiones de hecho y prueba o de derecho común son ajenas a la vía extraordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (y por consiguiente no cuadran, por regla, en la norma local referida en el párrafo anterior), no es menos exacto que el reclamo del apelante se sustenta en supuestos de arbitrariedad fáctica y normativa que llevaría -siempre desde su punto de mira- a descalificar el fallo como acto jurisdiccional válido; aserto que fue acompañado del correspondiente desarrollo argumental y que no puede ser descartado *a priori* en esta fase inicial del análisis.

En cuanto a la aducida imposibilidad de asimilar lo resuelto a una sentencia definitiva (argumento del Dr. Cancela

en la audiencia oral), entiendo que el Ministerio Público Fiscal ha sorteado este ápice formal al indicar que la decisión -por su índole y proyección- puede generar perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior por cuanto implicaría relevar *de facto* el cumplimiento de la pena por una gravísima ofensa penal sin base legal que lo justifique; hallándose comprometida la obligación estatal de actuar con la debida diligencia para sancionar la violencia contra la mujer mediante procesos judiciales justos y efectivos (conf. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia Contra la Mujer, incorporada a nuestro derecho interno conf. art. 75 inc. 22 de la C.N.). Este aspecto tampoco se puede descartar *prima facie* en atención a los concretos argumentos de que se nutre el recurso.

Consecuentemente, sin que resulte necesario explayarme sobre otros ápices que complementan dicha presentación, teniendo presente que el juicio sobre la impugnabilidad objetiva del recurso de impugnación extraordinario provincial se apoya "*exclusivamente*" en la normativa contenida en el artículo 248 del Código Procesal Penal de Neuquén -y no en el artículo 233 del mismo plexo legal- (sobre el cual se litigó innecesariamente en audiencia), considero que el recurso impetrado ha sorteado con éxito el presente examen formal. Así voto.

La **Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI**, dijo: Adhiero a los fundamentos y conclusión del voto que abre este acuerdo. Mi voto.

A la segunda cuestión, el **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, dijo: para un completo tratamiento de las cuestiones que son traídas a conocimiento de esta Sala, corresponde por razones metodológicas exponer los fundamentos de la decisión atacada, expuestos en forma oral por el Dr. Richard Trinchero en los términos siguientes:

"...la resolución es unánime [...] por la gravedad que tiene la pandemia y que afecta a ciento diez países o más. Hay [riesgo cierto] comprobado, en este caso, debido al EPOC -que no es discutido tampoco por la fiscalía-, que padece V. [...] que está dentro del grupo de personas en riesgo [...]. El resultado posteriormente puede ser letal, es decir hay un peligro de muerte; entonces, como V., todas las personas deben ser cuidadas en el sentido de que se debe disminuir el riesgo de ese posible contagio. En cuanto a lo que nos dicen las partes, acá tiene razón el Dr. Breide, en el sentido de que nuestra situación afortunadamente no es igual que en la provincia de Buenos Aires o en otros lugares, donde hay superpoblación. No hay superpoblación -y tiene razón- [...] Pero las chances de contagio [son muchas]..."

Dicho magistrado hizo así especial hincapié en el alto nivel de circulación del virus y destacó que frente a ello no era necesario verificarse por sí sola una situación de alto nivel poblacional carcelario. En tal sentido, lo ejemplificó del siguiente modo:

"...si V. está con cuatro internos, y esos cuatro internos van al mismo baño; si comparten la cocina [...] hay un riesgo de contagio. Por eso es que, en general, la gente tiene que permanecer en las casas, en sus lugares, en sus viviendas [...] Entonces por más que se tomen todas las precauciones, es claro que va a estar más seguro en su casa [...].

Tomando en consideración la pertinencia de la propuesta de la Defensa, indicó que V. "...estaría en la parte de atrás de la vivienda de su hermana y su hermana sería la única persona que trataría con él y le llevaría los víveres [...]. En refuerzo de su postura y atendiendo a la aducida adopción de protocolos de higiene y seguridad dentro de la Unidad carcelaria, indicó como insuficientes "...que el personal de la Unidad de Detención 11 [...] tome la precaución de los

*barbijos, y se laven con alcohol en gel [...] [porque] sabemos - y esto también lo dijo la defensora- acá puede haber personas asintomáticas. [...] Entonces, el riesgo, dentro de todo lo aleatorio que es [se encuentra presente] en la Unidad de Detención. [...] Por eso nosotros creemos que la prisión domiciliaria es lo más recomendable, en este momento, para resguardar la salud del señor V. mientras dure este aislamiento social obligatorio ..."* (audiencia de fecha 27/4/2020, minutos 00:56:14/ 01:00:37).

Sentados así los fundamentos de la decisión cuestionada, corresponde analizar las censuras formuladas.

En uno de los tópicos del documento recursivo, se afligen los Fiscales de que el Tribunal de Impugnación obvió por completo los fundamentos producidos en las instancias anteriores, como si fuera una primera instancia, bajo un análisis nuevo y original de la cuestión litigiosa (cfr. fs. 49 y ss.).

El repaso de los argumentos que ya se transliteraron, aún en detrimento de la brevedad, permite advertir ese vicio de fundamentación, toda vez que en ninguna de sus partes se expidió en torno a las razones proporcionadas por la decisión anterior que estaba bajo su control.

Ha dicho reiteradamente esta Sala Penal que es un deber sustancial del Tribunal de Impugnación verificar que el fallo recurrido ante esa Alzada haya cumplido con el deber de motivación, es decir, *"...que se haya concretado de manera real el fundamento de la convicción del juzgador y que este convencimiento se base en parámetros lógicos y razonables (juicio sobre la motivación y su razonabilidad) [...] De esta forma, el tribunal revisor, en cuanto controla la motivación fáctica y jurídica de la sentencia actúa verdaderamente como tribunal de legitimación de la decisión adoptada por el a-quo, en cuanto verifica la solidez y razonabilidad de las*

*conclusiones alcanzadas por el juzgador, confirmándolas o rechazándolas (cfr. R.I. n° 117 "H., A.R. s/ Lesiones agravadas..." y Acuerdo n° 29/2014, "L., C.A. y M. D.E. s/ Abuso de autoridad...", entre otros).*

Nada de ello fue realizado por los Dres. Trincheri, Repetto y Deiub, a la vez que en su propio sendero argumentativo prescindieron de ciertos elementos sustanciales que sí estaban presentes en las resoluciones previas, las cuales tenían especial anclaje en los imprescindibles informes médicos forenses que desaconsejaban la prisión domiciliaria del condenado V. (art. 33, a contrario sensu, de la ley 24.660). Esta circunstancia lleva derechamente a tener por configurado el déficit de motivación aducido.

Sin dejar de destacar las grandes diferencias cualitativas entre las prisiones domiciliarias que pudieren otorgarse en delitos de Lesa Humanidad (evocados en el recurso a fs. 30 vta. y ss) y el acontecido en este legajo particular (cuyas circunstancias, de todas formas, no minimizo), la doctrina dimanante de uno de esos fallos recalcó dos aspectos fundamentales. Por un lado, *"...la importancia de que los magistrados, en forma previa a disponerlo, atiendan al estándar de especial prudencia y cuidado [...] en aras a prevenir todo riesgo de sustracción al proceso o a la ejecución de la pena..."*. Y, por el otro, *"...la importancia de que la concesión del arresto domiciliario sea precedida [...] del derecho a controlar las conclusiones de los informes del Cuerpo Médico Forense cuya realización es ineludible..."* (cfr. CFP 14216/2003/T01 "Alespeiti, Felipe J. s/ inc., sentencia 18/04/2017).

Asimismo, en lo que se refiere a la evaluación del peligro de fuga, cabe destacar que el imputado V. fue declarado rebelde en este legajo en fecha relativamente reciente cuando se pretendió hacer efectiva la pena carcelaria, a la vez que

la propia Jueza de Ejecución hizo saber (en el marco de los fundamentos que fueron omitidos de plano en la sentencia bajo recurso), que no había forma de que un Juez de Ejecución pudiera garantizar el aislamiento de V. en el domicilio, destacando también que no existen de momento dispositivos electrónicos ni era posible imponer una consigna policial o rondines.

Este extremo, real y concreto, que pone en evidencia la imposibilidad de asegurar eficazmente una medida excepcional de esta envergadura fue igualmente obviado por el Tribunal de Impugnación, quien al clarificar los alcances de su parte dispositiva, manifestó de manera textual lo que sigue:

*"...la autoridad que se encarga de controlar la ejecución de la pena en Neuquén, obviamente, estoy hablando de la Jueza de Ejecución, ella va a verificar que la hermana -en este caso la hermana Sra. Z. V.- mantiene su decisión, en algún caso, de hacerse cargo, emocional y económicamente de su hermano, y también de controlar, dentro de sus posibilidades obviamente, que el Sr. V. no tenga contacto con nadie que viva con ella, ni con sus vecinos, ni con nadie..."*.

Resulta difícil de imaginar (y los magistrados tampoco lo explicitan) de qué manera un magistrado puede controlar a distancia las interacciones que vayan surgiendo entre el condenado, su hermana y el grupo familiar de esta última. Extremo que, bajo los términos literales en que fue pronunciada esa manda, se exhibe como el dictado de una orden irrazonable y de cumplimiento imposible.

En los hechos, tal imposición a la Dra. Gass queda traducida a una exhortación indirecta dirigida hacia el imputado para que se comporte y se auto determine dentro de dicho domicilio, lo que a la luz de las condiciones personales que registra, la rebeldía declarada oportunamente y el escaso

tratamiento penitenciario recibido a la fecha no atiende a cánones de razonabilidad validables en esta instancia.

Si dichos magistrados pretendían, además, dentro de ese marco dispositivo, una confirmación fehaciente por parte de la Jueza de Ejecución para acreditar que V. sería efectivamente acogido en el domicilio de su hermana y el real compromiso de aquélla para darle contención emocional y económica, va de suyo que tampoco contaban a ese momento con un informe socio ambiental mínimamente acreditado, susceptible de dar algún mínimo andamiaje a esa morigeración.

Menos aún, tenían aseguradas o verificadas las condiciones higiénicas y sanitarias más básicas, concordantes al supuesto riesgo que aducían mitigar (cfr. art. 33, L. 24.660).

En lo que respecta a la importancia de los informes médicos -ápice no menor para la Corte Suprema en los fallos de cita- vale señalar que el Tribunal de Impugnación ha errado nuevamente al apartarse sin justificativo de las conclusiones médicas forenses. En este caso, la Dra. Haydee Fariña señaló que dentro de la Unidad carcelaria están garantizadas las medidas de aislamiento básicas para atemperar el contagio por Covid 2019.

En este aspecto medular también hizo foco la Fiscalía (cfr. fs. 45/6).

Efectivamente: como aspecto que no ha sido rebatido por la contraparte y conforme a lo que se asienta en el recurso puesto a nuestra decisión, la Dra. Fariña expuso que por sus características la Unidad carcelaria se comporta como un lugar de aislamiento social, toda vez que los internos no tienen contacto con individuos del mundo exterior, o sea, están aislados. Agregó también que todas las unidades de detención instrumentaron la restricción del ingreso de personas desde el exterior, lo cual aseguraría la disminución del riesgo de contacto con personas y por ende, del contacto con personas

asintomáticas. También agregó que hasta el día anterior de su declaración en sede judicial no se había registrado ningún caso sospechoso ni confirmado en la Unidad de Detención 11 (a lo que se suma idéntica situación en las restantes unidades y comisarías de toda la Provincia). Complementó dicho aserto indicando que el estar dentro de la Unidad carcelaria no aporta un riesgo mayor a la enfermedad de V. mientras mantenga todas las pautas de higiene y que, como el interno viene recibiendo la medicación para que no se descompense su patología de base, no existiría mayor riesgo de contagio, porque no tendría el nexo para contraer la enfermedad (cfr. fs. 45 y ss).

El Tribunal de Impugnación nada dijo en este ítem y sólo señaló -como factor de contagio eventual- que debía compartir el baño y la cocina otros tres internos de celda.

Llegado a este punto, bueno es recordar que "(...) el juicio del perito no vincula al juez, el cual, así como es libre para valorar las otras pruebas adquiridas, puede no aceptar el juicio del perito; se dice comúnmente, para expresar esta libertad de juicio, que el juez es *peritus peritorum...*". Sin embargo, también se ha indicado que esta libertad de decisión, que es la característica más destacada de la función del juez, "(...) no debe extralimitarse hasta convertirse en arbitrariedad: en efecto, el juez está obligado a motivar las razones por las cuales no ha considerado oportuno aceptar el juicio del perito, con la consiguiente posibilidad de censura en sede de impugnación; la máxima, pues, del *peritus peritorum* no puede expresar la presuntuosa capacidad de omnisciencia por parte del juez, sino el poder, y el correspondiente deber, del juez de someter a juicio las conclusiones del perito..." (R.I. n°. 69/04).

Dicho de otro modo: el magistrado puede, en virtud del principio de la libre convicción, desatender el juicio

pericial, pero tiene, sin embargo, la obligación de motivar adecuadamente y hacer, por tanto, evidente lo erróneo de aquel juicio bajo el aspecto científico o lógico, o bajo el uno y el otro aspecto a la vez.

En palabras de Franco Cordero, nada hay que objetarle [a la expresión de que el juez es peritus peritorum], con tal de que sea suficientemente ecléctico para motivarla" (cfr. "Procedimiento Penal", Ed. Temis, Colombia, 2000, t. II, pág. 122, concepto a su vez transcrito en el Acuerdo n° 12/02 "Cortés...").

En el mismo sentido se ha expedido nuestro Címero Tribunal Nacional -al hacer suyo el dictamen del Procurador General- en cuanto a que, si bien el consejo experto no es vinculante, no parece coherente con la naturaleza del discurso judicial apartarse de él sin motivo, pues *"...si el perito es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que aquél haya llegado, en tanto no adolezcan de errores manifiestos, o no resulten contrariados por otra probanza de igual o parejo tenor..."*. (C.S.J.N., Fallos 331:941 y 2109)

Esta aclaración tiene su razón de ser, pues es evidente que un repaso de los fundamentos permite apreciar una total omisión de aquellas conclusiones forenses.

La referida circunstancia de que V. tuviere que compartir la celda con otros tres internos y el uso del baño común no lo coloca por sí en una situación de riesgo de contagio. Ello, si se parte de que sus otros compañeros del pabellón se encuentran en las mismas condiciones de aislamiento, muchísimo más rigurosa que en el medio libre y extendida en el tiempo por prácticamente 30 días ininterrumpidos, lo que prácticamente desautoriza aquella elucubración respecto a un posible cuadro asintomático de los internos que lo rodean.

No se comparten, además, las apreciaciones del Dr. Cancela cuando afirma una supuesta sinrazón de que se sostenga -desde un plano profesional o forense- que V. estaría mejor en la cárcel que en su propia casa.

En efecto: los fundamentos dados por la Fiscalía en este punto -en conjunción con las apreciaciones de la Dra. Fariña- se alejan de ese simplismo argumentativo de la defensa pues partieron de considerar que la patología de base de V. (EPOC severo) podía ser supervisada y tratada por el servicio médico existente dentro de la Unidad; en contraposición a que, en el medio libre, por ser los hospitales y clínicas vectores habituales de contagio y estar avocados de modo exclusivo y preventivo a la atención de personas con COVID 19, cualquier contingencia que pudiese sufrir el condenado dentro de esa vivienda particular no podría ser tratada del modo en que permanentemente se supervisa dentro de la Unidad 11 y lo sometería a un riesgo sustancialmente mayor de contagio nosocomial.

En otro orden de críticas, el Fiscal denunció la ausencia de toda referencia a normas de tipo sustantivo en las que el Tribunal de Impugnación fundó su decisión. Y en ello también doy razón al planteo, pues basta repasar una vez más el contenido del voto ponente del Dr. Trincheri -sin adición de argumentos por parte de sus colegas de Sala- para advertir que ese sostén legal se encuentra absolutamente ausente.

Ningún análisis se efectuó en esta materia, siendo un aspecto no menor en este tipo de decisiones, pues concita una medida extraordinaria regida por causales taxativas que necesariamente deben acreditarse en el caso concreto (art. 33, L. 24.660 [en función del art. 32 inc. a y 10 del C.P.]) ya que su objeto es menguar la intensidad del encierro por razones de salud y humanitarias.

Veamos: Tal como enseña la más prestigiosa doctrina en este punto, "...es necesario que distingamos, claramente, entre la situación original de la ley 24.660 y la actual redacción de la ley 26.472. En efecto, resultaba evidente que el art. 33 de la Ley 24.660 adolecía de una mezquindad extrema [...] Así, Zaffaroni, Slokar y Alagia, refiriéndose a lo inadecuado que era limitar la procedencia del instituto sólo a las situaciones de enfermedad terminal [...] como parecía surgir del decr. regl. 18/97), expresaban la conveniencia de ampliar las hipótesis abarcadas por el beneficio para aquellas situaciones en que 'se pruebe que el encierro en un establecimiento sea susceptible de empeorar un delicado estado de salud' [...] Esta situación, sin embargo, no es la misma. Aquellas hipótesis de empeoramiento de un estado deficitario hoy se encuentran perfectamente amparadas por el inc. a) del actual art. 32 de la Ley 24.660. Y la nueva regulación del instituto ha ido mucho más allá de aquella crítica, extendiendo la alternativa a casos que, por entonces, la doctrina no se había planteado. Por eso, hoy creemos que **la enumeración es taxativa...**" (cfr. Gustavo Arocena - José D. Cesano "La Prisión Domiciliaria", Hammurabi, 2015, págs. 54 y ss [el destacado es propio]).

Si bien a primera vista se puede sostener que esta postura desconoce la aplicación analógica *in bonam partem*, no se comparte dicha crítica pues "...el recurso a la analogía debe ser moderado, dado que un ejercicio abusivo por parte de los jueces y un reconocimiento desmedido de la jurisprudencia como fuente del derecho penal, puede degenerar en graves consecuencias..." (op. cit., págs. 55 y 56, con cita de Montiel Fernández, Fundamentos y límites de la analogía *in bonam partem* en el derecho penal).

Al ser ello de este modo, el Tribunal de Impugnación debió efectuar un mínimo fundamento en este tópico, ya que toda

sentencia judicial debe invocar el derecho que rige el caso (C.S.J.N., Fallos 259:57).

Si bien es cierto que muchas veces puede resultar relevada esa carga si el decisorio se aferra a normas que resultan de tal obviedad que no requieren de declaración expresa, o si el derecho aplicable no resulta dudoso (C.S.J.N., Fallos 244:162; 268:281; 306:1073), dicha situación es contraria a los precedentes antedichos, desde que existe un apartamiento de las exigencias que establece la Ley de Ejecución Penal para la dación de la prisión domiciliaria, sin que se hayan antepuesto y mencionado, de manera explícita o implícita, otras normas capaces de relajar tales recaudos.

Todas estas razones justifican, desde ya, la revocación de lo decidido.

Solo para culminar, aún de estar a determinadas recomendaciones de organismos de Derechos Humanos y de la Organización Mundial de la Salud, por la que insta a prestar mayor atención a los recursos de medidas no privativas de la libertad, bien aclaran los Fiscales promotores del recurso (en aspecto que tampoco fue debidamente refutado por la Defensa), que la Resolución n° 1/2020 sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, en sus artículos 45 y 48 se ocupa de la situación de las personas privadas de la libertad, y que en el artículo 46 destaca que la evaluación o reevaluación de cada caso en particular "requieren de un análisis y requisitos más exigentes, con apego al principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables" cuando se trate de "personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, atendiendo al bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos y la obligación de los Estados de sancionar a los responsables de tales violaciones" (cfr. fs. 48).

La gravedad del delito por el que viene condenado V., cuyas circunstancias de comisión se describieron con detalle al comienzo, excluye un perfil de bajo riesgo. Máxime cuando además de la violencia desmesurada implícita en dicho evento, intentó eludir la acción de la justicia persistió tal como lo demuestra la rebeldía oportunamente decretada.

Bajo todas estas valoraciones, la decisión apelada carece de los recaudos de fundamentación y razonabilidad más básicos, y por lo tanto debe ser anulada. Así voto.

La **Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI**, dijo: Adhiero plenamente a los fundamentos expuestos precedentemente. De forma complementaria, me permito agregar lo siguiente.

En el caso, no podemos dejar de advertir que se encuentran dialécticamente y en tensión, derechos de los cuales son titulares dos personas enmarcadas en el concepto de sujeto en especial condición de vulnerabilidad, una por estar privada de la libertad y padecer una afección a la salud y la otra por su género femenino y por ser víctima de un delito contra la integridad sexual. (Cfr. Art. 2, 100 Reglas de Brasilia para Acceso a la Justicia a Personas en especial condición de vulnerabilidad), señalando que este Tribunal Superior, adhirió a dichas Reglas, siendo destinatarios para su aplicación los operadores del sistema quienes deben ajustar su accionar al cumplimiento efectivo de aquellas.

Sin embargo, se advierte a lo largo de las actuaciones, que en el caso -si bien se encuentra involucrada una mujer víctima de un delito sexual- no se ha aplicado la perspectiva de género al momento de resolver o juzgar. Dicha perspectiva es un proceso que se erige como una metodología de apoyo que auxilia a los/las juzgadores/as en la tarea de impartir justicia, para adecuar su actuar a los estándares internacionales, ofreciendo una ruta jurídica sistematizada para el análisis del caso, sin que ello coarte la autonomía y

la independencia judicial, no es ni una ideología, ni una opción, es una forma de ver la realidad.

Así se ha dicho que, "Juzgar con perspectiva de género debe ser aplicado en la sentencia aún cuando las partes involucradas en el caso no la hayan contemplado en sus alegaciones, y también debe guiar el ejercicio argumentativo de quienes imparten justicia para que puedan materializar los tratados internacionales en realidades jurídicas y generar respuestas de derecho a nivel nacional". (Cuaderno de Buenas Prácticas para Incorporar la perspectiva de género en las sentencias, Poder Judicial de Chile, Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema. Autoras: Lucia Arbeláez de Tobón y Esmeralda Ruíz González, Pág. 89).

Este proceso implica que en el análisis y desarrollo del caso se debe actuar con la observancia de la debida diligencia para garantizar el acceso a la justicia, tal estándar rige en todo el proceso incluida la etapa de ejecución de la pena, es para el Estado "el deber de actuar para prevenir, investigar y sancionar de manera efectiva y adecuada a los responsables de los actos de violencia y/o de los hechos puestos en consideración de la justicia. En este sentido implica el deber de eliminar los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales y usar todos los medios disponibles para hacer que todos los procesos judiciales e investigaciones sean expeditos. La debida diligencia conlleva asegurar que en el proceso jurisdiccional primen: La oficiosidad, la oportunidad, la competencia, la exhaustividad, la participación de las víctimas y la independencia e imparcialidad del juez.". (Cuaderno de Buenas Prácticas citado, Pág. 92 y 93). Ello se desprende de múltiples decisiones de los órganos judiciales de los Sistemas Universal

y Regional de DDHH, como en la sentencia de "Campo Algodonero" de la Corte IDH.

Ello nos interpela entonces, a aplicar dicho estándar en todas las fases del proceso judicial incluida la sanción, resaltando además que la consideración y participación de la víctima debe ser una premisa fundamental al momento de poder resolver casos como el que nos ocupa, bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional del Estado Argentino.

En el caso, por tratarse de una mujer víctima de violencia sexual, rige la debida diligencia como estándar e incluso de forma reforzada, ya que "en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará.". CorteIDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C-205, párrafos 258 y 285.

En concreto el deber de debida diligencia "reforzada" implica -dicho de una forma simple- que el beneficio de la prisión domiciliaria, en un caso de violencia sexual contra la mujer, deba ser interpretado -para su otorgamiento- como ya se dijo con criterio "restrictivo" y en base al precedente citado podemos sumar a tal restrictividad la calidad de reforzada.

El objetivo de este doble estándar es reducir en los delitos de género la impunidad, pues en la dinámica de este tipo de hechos, la misma se erige como un factor vehiculizante de la repetición y agravamiento del fenómeno de la violencia contra la mujer. En el precedente señalado en el párrafo 400 se destaca que: "la impunidad de los delitos cometidos envía un mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el

sistema de justicia". (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México, Pág. 138, [www.equidad.scjn.gob.mx](http://www.equidad.scjn.gob.mx)).

Expresado de un modo más sencillo, si al caso se hubiera aplicado el método de la perspectiva de género, se identificaría la necesidad de aplicar un estándar como el de la debida diligencia reforzada que conllevaba necesariamente a verificar si procedía el beneficio con un criterio de restrictividad reforzada, muy por el contrario se otorgó el beneficio de forma amplia, genérica y en base a un daño en abstracto, extremo que no se condice con los estándares internacionales más arriba indicados, ni con la especificidad del delito analizado. Digo ello por cuanto pese a la existencia de un informe que acreditaba que no existían mayores riesgos ante la permanencia del condenado en un establecimiento carcelario, el Tribunal de Impugnación, dispuso la concesión del beneficio, lo cual a las claras resulta claramente contradictorio con lo arriba indicado.

Por otro lado, el Estado en todos sus niveles de gobierno, debe ponderar la violencia contra la mujer como parte de la emergencia sanitaria, de lo contrario lo que se pretende evitar por un lado -riesgo o daño a la salud- se genera por otro, pues es sabido que quienes primero ven cercenados sus derechos son las personas en especial condición de vulnerabilidad.

Entre las causas de dicha vulnerabilidad las Reglas enuncian, el género y la victimización, las cuales adquieren especial relevancia. La defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad requiere de un sistema de justicia que garantice el tratamiento y las acciones adecuadas para mitigar los impactos negativos directos del injusto jurídico, en el caso, la comisión de un delito contra la integridad sexual. Pero además, los operadores del sistema deben abstenerse de crear nuevos

perjuicios a la víctima del delito, a fin de evitar que el daño ya sufrido se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (Reglas, párrafo 12). La re victimización o victimización secundaria, se torna más preocupante cuando atañe a sectores discriminados como las mujeres, niñas y adolescentes, máxime cuando han sido víctimas de una grave violación a los derechos humanos como es la violencia sexual. Esta victimización tiene lugar con posterioridad al hecho ilícito y paradójicamente puede ser generada por las instituciones que tienen como función la administración de justicia si su accionar no tiene en cuenta los derechos de la víctima. Digo todo ello porque en el caso, no se han ponderado los estándares internacionales -como ser la debida diligencia reforzada de los estados- en el otorgamiento del beneficio de la prisión domiciliaria, por las razones que expuse más arriba en relación al criterio de restrictividad-reforzada.

Finalmente cabe agregar que en un contexto como el que nos ocupa, "Las resoluciones y sentencias con perspectiva de género forman parte de una estrategia que combate la impunidad, la discriminación y la desigualdad, y envían un mensaje de que las violaciones de derechos humanos se previenen, reconocen y reparan. De esta manera el quehacer jurisdiccional asume un papel activo en las transformaciones necesarias para la consecución de una sociedad en donde todas las personas estén en condiciones de diseñar y ejecutar un proyecto de vida digna" (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México, Pág. 137)

A la tercera cuestión, el **DR. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, dijo: frente al evidente apartamiento de la ley sustantiva y la ausencia de fundamentos que lo justifiquen, corresponde que este Tribunal -en virtud de la competencia positiva que le cabe por imperio del artículo 246 del C.P.P.N.- anule la

decisión y reponga la norma inobservada, en tanto la prisión domiciliaria fue dictada al margen de los informes médicos que la podrían autorizar, lo que no tiene ajuste al artículo 33 de la Ley de Ejecución Penal, sin que se adviertan razones que justifiquen su inaplicación.

Asimismo, conforme a las consideraciones previas, corresponde revocar de manera inmediata la morigeración de encierro dictada por el Tribunal de Impugnación y mantener el cumplimiento de la pena bajo las condiciones de seguridad e higiene en el sitio de detención que corresponda.

La **Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI**, dijo: Adscribo plenamente a la solución propuesta por el Señor Vocal preopinante. Mi Voto.

A la cuarta y última cuestión, el **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, dijo: atento al resultado obtenido y la temática inherente al planteo efectuado, **SIN COSTAS** en la instancia (art. 270, 1° párrafo, in fine, del C.P.P.N.)

La **Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI**, dijo: Concuerdo con el voto precedente. Mi Voto.

De todo lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE:**  
**I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal** la Impugnación Extraordinaria deducida por el señor Fiscal General, Dr. José Geréz, de manera conjunta con el Señor Fiscal Jefe, Dr. Maximiliano Breide Obeid, concretada a fs. 28/ 50 de los presentes autos, en contra de la decisión dada en audiencia oral de fecha 27 de abril del corriente año.

**II.- HACER LUGAR al recurso antes mencionado** y por las consideraciones expuestas **ANULAR dicho pronunciamiento apelado por falta de fundamentación** (art. 227, 248 inc. 2° párrafo y 246 del C.P.P.N.).

**III.- Dejar sin efecto la morigeración de las condiciones de detención establecidas por el Tribunal anterior respecto de W. O. A. V.,** quien deberá reintegrarse en forma inmediata al medio carcelario, bajo las condiciones de higiene

y seguridad que las autoridades penitenciarias establezcan en resguardo de su salud y de los demás internos (art. 246, 3° párrafo, in fine, del C.P.P.N., art. 32 inc. "a" 10 inc. "a", a contrario del C.P., art. 32, inc. "a" de la Ley 24.660, en función del art. 33 inc. 1° de esta última norma).

**IV.- SIN COSTAS en la instancia** (art. 270, 1° párrafo, última parte, del C.P.P.N.).

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación del Actuario que certifica.

Dr. Alfredo Elosú Larumbe - Dra. Ma. Soledad Gennari  
Dr. Andres C. Triemstra - Secretario