



**ACUERDO Nro. 3 /2020**: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los quince (15) días del mes de mayo del año dos mil veinte, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por la doctora **MARÍA SOLEDAD GENNARI** y el doctor **ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. **ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados "L. R. E. S/ ABUSO SEXUAL" (LEGAJO MPFJU 15157/2015).

**ANTECEDENTES**: I.- El señor Juez de Ejecución actuante por subrogación legal, Dr. Mariano Etcheto, denegó la prisión domiciliaria solicitada por la Defensa Pública a favor del condenado R. E. L..

Vale señalar que la misma había sido requerida con invocación del artículo 32 inc. "a" de la Ley 24.660, con base en el aducido peligro de contagio por Coronavirus COVIT-19, pues por su edad -69 años- estaría dentro del rango etario que se considera "de riesgo" (agravado a su vez por un problema físico de tiroides) y porque el aislamiento social requerido en el marco de la emergencia sanitaria declarada resultaría de imposible cumplimiento dentro de su lugar de detención por razones de superpoblación carcelaria.

Para resolver de manera contraria a tal solicitud, el magistrado interviniente destacó que no se aportaron informes mínimos que acrediten ciertos extremos. Particularmente, señaló que no existe un informe del Gabinete Médico Forense que concluya sobre la pertinencia de la prisión domiciliaria y recalcó que la Defensa no produjo prueba sobre este punto crucial. En realce de lo anterior, argumentó que si

bien en este marco de emergencia es difícil concretar un informe criminológico, no pasa lo mismo con un dictamen médico, que tal vez le hubiera dado algún tipo de sostén a esa pretensión (cfr. audiencia de fecha 20/03/2020, hora 01:05:20 y ss).

Disconforme, la Defensa Pública dedujo recurso de revisión ante el Colegio de Jueces para garantizar el derecho al "doble conforme" en materia de ejecución penal (art. 8.2h. CADH, 75 inc. 22 C.N. y art. 266 C.P.P.N.), el cual se sustanció y se resolvió en la audiencia de fecha 27/03/2020.

Dicho cuerpo colegiado, por mayoría de votos, (conformados por los Dres. Nazareno Eulogio y Diego Chavarría Ruiz) homologó en todos sus términos la decisión del Juez de grado.

Para así decidir, estimó que existen dos falencias en torno a la pretensión de la Defensa. La primera, es que tal como lo sugiere, su pedido tuvo base en el inciso "a" del artículo 32 de la Ley 24.660 pero más allá de esa invocación normativa no acreditó que su dolencia de tiroides no pueda ser tratada dentro de la unidad carcelaria (que es justamente lo que requiere esa previsión legal). De hecho, se aclaró que tal problema de tiroides está siendo supervisado y controlado dentro de su lugar de detención. La segunda razón es que, más allá de la edad (factor que la Defensa igualmente destacó en ambas instancias) ello no es por sí solo un elemento que permita un cambio en la modalidad de la pena, pues lo que dijo el Dr. Etcheto -en opinión compartida por dicha posición mayoritaria- es que no se produjo prueba médica que les haga ver que esa afección de base o el dato objetivo de su edad le genere mayores riesgos dentro de la unidad penitenciaria que los que tendría hallándose dentro de su domicilio.

El Dr. Juan Pablo Balderrama, en su disidencia, estimó que la edad ya era un factor de riesgo que propendía a la solicitud de la Defensa, más allá de que el caso no encuadrara en el inciso "a" de la Ley 24.660 ni hubiere una situación de hacinamiento dentro de la unidad.

En contra de este fallo dado por mayoría, esa misma Defensa recurrió ante el Tribunal de Impugnación, quien por unanimidad resolvió *"...Hacer lugar parcialmente al recurso del MPD, revocando la decisión del Dr. Mariano Etcheto [...] y del Tribunal Revisor [...] disponiendo que debe concederse la prisión domiciliaria establecida en los artículos 32 inc. "a" y ["d"] de la Ley 24.660, previo cumplimiento del informe socio-ambiental que acredite las condiciones de la vivienda que se propone para el cumplimiento del aislamiento obligatorio. Y en segundo lugar, el cumplimiento del dispositivo electrónico previsto por el artículo 32 in fine de la misma ley"* (cfr. fs. 53 vta.).

Para resolver de esa forma, tales magistrados estimaron que en el contexto de emergencia sanitaria no era posible la elaboración del informe médico pertinente (que se estimó como valladar en las instancias anteriores), por lo que necesariamente debía flexibilizarse dicho requisito. Sí, en cambio, estimaron que el informe socio-ambiental era un recaudo insustituible que bien podía llevar a cabo la propia Defensa Pública a través de su equipo interdisciplinario.

De ese modo, dejaron supeditada esa factibilidad a un informe socio-ambiental positivo y a la colocación de un dispositivo de geolocalización sobre el condenado.

Sin que se registre actividad impugnativa del Ministerio Fiscal en contra de dicha resolución, la Defensa Pública realizó en los días subsiguientes las medidas de prueba que ese fallo exigía y rindió oralmente esa prueba en

la audiencia de fecha 22/04/2020 ante la señora Jueza de Ejecución interviniente por subrogación legal, Dra. Leticia Lorenzo. Ello, claro está, en aras a concretizarse la prisión domiciliaria.

La magistrada de grado, tras escuchar a la licenciada Patricia Sides y los pertinentes alegatos de las partes, resolvió otorgar la prisión domiciliaria del condenado L. a partir de esa misma fecha, teniendo por cumplidas las exigencias asentadas en la decisión del Tribunal de Impugnación.

Cabe señalar que, si bien la Jueza reconoció la imposibilidad de colocar el dispositivo electrónico que prevé el artículo 33 in fine de la ley 24.660, concluyó en su pronunciamiento que no podía frustrarse el derecho del recluso por razones no imputables a él.

Ahora bien: en contra del pronunciamiento del Tribunal de Impugnación se registran ante esta Sala dos recursos de control extraordinario, que se detallan a continuación.

1.- El primero de ellos, es presentado en fecha 6 de mayo del corriente año, por el Sr. Fiscal General, Dr. José Ignacio Gerez conjuntamente con el Sr. Fiscal Jefe, Dr. Fernando Rubio, quienes dedujeron impugnación extraordinaria, a tenor de lo normado por el artículo 248 inciso 2 del CPPN (fs. 57/ 78).

Afirman que la decisión cuestionada les provoca un gravamen concreto, actual y vinculado con el interés público que representa el Ministerio Público Fiscal, pues se trata de una resolución que carece de fundamentación suficiente, es arbitraria y violenta el derecho al debido proceso (art. 18 C.N.).

Estiman que el agravio invocado, configura una cuestión federal y por ende cabría considerar al pronunciamiento impugnado como un auto procesal importante en los términos del artículo 233 del Rito, pues lo decidido puede equipararse a una sentencia definitiva según la doctrina de la CSJN. Citan jurisprudencia en apoyo de su postura.

Destacan, que los hechos investigados en este legajo constituyeron actos de violencia contra una mujer niña (dos condiciones de vulnerabilidad especialmente reconocidas y protegidas convencionalmente), que encuadran en la definición dada por los artículos 2.b y 4 de la Convención de Belem do Pará. La víctima (por entonces niña) sufrió un hecho de violencia sexual, y el Estado asumió el compromiso internacional de sancionar esa violencia, con procedimientos eficaces, a través de las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos humanos de esta mujer niña.

Concluyen que la decisión apelada debe ser equiparada a definitiva, en los términos de la doctrina de la CSJN, dado que está en juego la responsabilidad internacional del Estado en sancionar violaciones a los derechos humanos, en especial -como en el sub lite- cuando se concedió una prisión domiciliaria que incrementa el riesgo de fuga e impunidad.

Respecto del actual contexto de pandemia mundial, causada por el coronavirus COVID-19, refieren que los organismos internacionales y regionales de derechos humanos, aunque preocupados por el hacinamiento en algunas cárceles - que no se trata del caso del condenado L.-, han destacado que no se debe provocar la impunidad de las violaciones a los derechos humanos en general. Citan normativa internacional aplicable.

En base a tales postulados, la decisión impugnada resultaría equiparable a definitiva, al no existir una

instancia ni momento posterior en el cual se pueda revisar la concesión de la prisión domiciliaria acordada en el caso antes de que se cumpla íntegramente esa medida, a la vez que se encuentra en serio riesgo el cumplimiento de la condena, y, eventualmente, la responsabilidad del Estado por la impunidad de una grave violación a los derechos de la víctima.

Subsidiariamente, dejan planteada la inconstitucionalidad del artículo 227 del C.P.P.N.

Agregan, que el caso configura una situación de gravedad institucional, que les abriría la vía federal a la que alude el artículo 248 inciso 2 del C.P.P.N., citando en apoyo de su postura, el precedente "Bramajo" de la C.S.J.N., en el que se admitió un recurso del Ministerio Público Fiscal contra la concesión de una excarcelación.

Que en el caso, dicha gravedad estaría dada por la sustitución de la pena de prisión efectiva en un establecimiento carcelario por un arresto domiciliario, fuera de los supuestos previstos en el artículo 10 del Código Penal, para una persona condenada por sentencia firme.

Por otro lado, sostienen que el caso excede el interés de las partes, y la C.S.J.N. ha soslayado el requisito de sentencia definitiva, al considerar que se configura un caso de gravedad institucional cuando la notoriedad y difusión del asunto ha conmovido a la opinión pública (cfr. Fallos 314:916). Dicha doctrina resulta aplicable en el *sub lite* en atención al estrépito social -que es de público y notorio- que provocó la concesión de prisiones domiciliarias a condenados por delitos sexuales en el país, y en particular en nuestra provincia.

A continuación, aluden a los antecedentes del caso, refiriéndose puntualmente a los motivos que llevaron tanto al

Dr. Etcheto, como a los magistrados que integraron la mayoría del Tribunal de revisión a descartar la procedencia de la prisión domiciliaria, y también expusieron las razones por las cuales el Tribunal de Impugnación revocó esa decisión.

En el punto V de su escrito, sostienen que el *a quo* fundó su postura sobre la base de la falacia de que el interno se encontraba incluido dentro de la llamada "población de riesgo" por su edad, y que por tal razón, era procedente el beneficio. Sin dar razones lógicas y mediante argumentos arbitrarios, el Tribunal de Impugnación sostuvo que era más seguro para su salud que continuara cumpliendo la condena en el domicilio de su pareja, y no en la Unidad de Detención nro. 41, dejando de lado que en dicho establecimiento carcelario se han tomado todas las precauciones sanitarias del caso, no existe hacinamiento y se cuenta con atención médica disponible sin necesidad de concurrir a un hospital.

En el primer agravio, plantean la nulidad del pronunciamiento por falta de notificación previa a la víctima. Explican que, para la sustanciación de este tipo de cuestiones, se debe tener especial observancia de la tutela judicial efectiva de la víctima (arts. 8.1 y 25 CADH, 14.1 PIDCP, 18 CN y 58 Constitución Provincial), dándosele la debida participación previo a tomar cualquier decisión, de acuerdo también con las exigencias de la ley 27.372 (Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos), la ley 24.660 y nuestro Código Procesal Penal.

Que las notificaciones cursadas por la Oficina Judicial fueron dirigidas siempre a la madre de la víctima, sin satisfacerse los requisitos legales, constitucionales y convencionales, en razón de que la mujer abusada actualmente alcanzó la mayoría de edad y está en plena capacidad para ejercer personalmente sus derechos.

Por ello -dicen- corresponde declarar la nulidad de la decisión, pues la víctima no fue notificada fehacientemente previo a la audiencia, vedándosele, de ese modo, el ejercicio del derecho que le asiste conforme el artículo 11 bis de la ley 24.660, de "...ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a (...) d) prisión domiciliaria...", y lo que dispone, en el mismo sentido, el artículo 12 de la ley 27.372, que es de orden público (art. 1 Ley 27372). Todo, conforme art. 95 del C.P.P.N. y art. 1 Ley 2893. Citan jurisprudencia en apoyo de su postura.

Subsidiariamente, para el caso que no se admita formalmente el control extraordinario articulado, solicitan se tenga por denunciada la irregularidad en la notificación aludida, y este Tribunal Superior de Justicia -como lo ha hecho el caso "SOÑE"- declare de oficio la nulidad.

En el siguiente punto, plantean la arbitrariedad normativa en torno a la interpretación que le dio el Tribunal de Impugnación al inciso a) del artículo 32 de la Ley 24.660.

Al respecto, sostienen que la modalidad domiciliaria de cumplimiento de la pena de prisión sólo procede ante la comprobación de los extremos previstos en los artículos 10 del Código Penal y 32 y 33 de la ley 24.660, los que deben estar fundados en informes médicos, psicológicos y sociales.

Que en el *sub-lite*, la Defensa había pedido el beneficio, en base a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 32 antes mencionado, pero en ningún momento el voto ponente del Tribunal de Impugnación, se ocupó de constatar la existencia de los extremos allí dispuestos, ni encuadró el

caso en las normas que regulan la concesión de la prisión domiciliaria. Tampoco realizó una ponderación del riesgo real a la salud del interno, como causa justificante de la medida adoptada.

Afirman que esa medida excepcional, solo podía concederse después de corroborar que no se podía garantizar la atención médica necesaria en el sistema penitenciario. Cita precedentes de la CSJN que se nulificaron, por arbitrarias, resoluciones que no demostraron estos extremos (cfr. Fallos: 342:1057; A.57, XLIX, "ARAUJO", sentencia del 05/08/2014 y "OLIVERA ROVERE", O. 296. L. XLVIII, dictamen del 28/02/2013).

En el siguiente agravio, la Fiscalía plantea otra arbitrariedad normativa, porque considera que el Tribunal de Impugnación realizó afirmaciones dogmáticas en torno a la imposibilidad de materializarse, en este contexto de pandemia, una pericia médica, indicando que no hacía falta revisar al interno y alcanzaba con tomar vista de su historia clínica. Pero la historia clínica no fue introducida como prueba, ni el Tribunal de Impugnación se basó en ninguna constancia de ese documento.

Luego señalan que la defensa no invocó ninguna patología preexistente para fundar su petición; genéricamente recurrió a la declaración de pandemia por coronavirus COVID-19; incluso el propio interno manifestó que su pedido no tenía que ver con su problema de tiroides, sino sencillamente con su edad, a lo que la defensa asintió.

Afirman que no se probó ningún riesgo para la salud, concreto ni inminente, que exceda el que corre cualquier persona de 69 años de edad, que reside en una localidad como Junín de los Andes, con baja densidad poblacional y sin casos confirmados de COVID-19 ni a la fecha, ni al momento de la concesión del beneficio. Cita el

Comunicado elaborado por el Comité de Emergencia Provincial, de fecha 04/05/2020. Y agregan que en la Unidad de Detención donde estaba alojado L., todos los internos están aislados desde hace un mes y medio, con restricción total de visitas, habiéndose adoptado todas las medidas de bioseguridad correspondientes. Entonces -dicen-, la situación del interno de ningún modo podía encuadrarse como un "caso sospechoso", y la posibilidad de contagio con algún portador del virus era remota, porque, Junín de los Andes se encontraba libre de circulación local de COVID-19.

Refieren que se soslayó que la vivienda donde cumple la detención domiciliaria el condenado, está habitada por tres familias, con al menos cinco menores de edad y tres adultos, y en el mismo terreno existen otros cuatro departamentos de alquiler, sin conocerse la cantidad de habitantes que los componen. Con lo cual, tampoco se determinó si efectivamente la cantidad de personas en ese lugar era mayor o menor a la existente en el pabellón donde estaba alojado L.. En ese contexto, el Tribunal de Impugnación omitió valorar si existía o no, un incremento del riesgo para la salud del interno por permanecer en la unidad carcelaria o en la vivienda donde está cumpliendo la prisión domiciliaria.

Consideran que el *a quo* partió de tres premisas para revocar las anteriores decisiones: 1) que era imposible hacer una prueba médica *in situ*; 2) que no hacía falta una revisión médica, porque surgían los datos de la historia clínica -que no se incorporó ni fue examinada por los jueces; y 3) que el condenado se encuentra en un grupo de riesgo por su edad. De esas premisas derivaron que estaba en juego su derecho a la salud, a lo que sumaron la inexistencia de un informe socio-ambiental actual ni fiable sobre las condiciones del domicilio en el que se solicitaba cumplir el beneficio, lo

que los llevó a concluir, sin más, que correspondía su otorgamiento.

En el siguiente embate, exponen la existencia de un caso de arbitrariedad por falta de fundamentación en la decisión de mutar la detención carcelaria por prisión domiciliaria. Al respecto, refieren que el condenado no tiene 70 años, y que por lo tanto, no cumple ni el requisito del inciso d) del artículo 10 del Código Penal, ni el del 33 de la ley 24.660 que exige, además, que "...la decisión deberá fundarse en el informe médico...". Por ello consideran que la resolución careció de apoyo en Derecho, ante la ausencia del presupuesto legal se invocó el argumento del riesgo para la salud del recluso, sin que el condenado tenga una patología de base que lo sitúe entre los grupos de riesgo en caso de contagiarse coronavirus COVID-19.

Estiman que cuando un condenado peticiona un beneficio como el que se concedió, se deben demostrar los requisitos legales para acceder al mismo, máxime cuando la pandemia no está prevista legalmente. El Tribunal de Impugnación, en el caso, se limitó a sostener que estábamos en presencia de una situación excepcional, que requería una "solución excepcional", lo que -en visión de los apelantes- no es correcto, ya que el Poder Legislativo no ha declarado el estado de excepción en cuanto a la vigencia del Código Penal y sus leyes complementarias (como lo es la ley 24.660), y la emergencia sanitaria decretada no autoriza a prescindir del Derecho Penal y a recurrir a decisiones voluntaristas de los jueces, pretendiendo sustituir a los representantes del pueblo, al entrometerse en la actividad legislativa mediante la creación de reglas "excepcionales" y sin fundamento científico alguno.

En el último agravio, cuestionan al Tribunal de Impugnación por arbitrariedad al excederse en su competencia apelada, ya que la defensa enmarcó su petición en el artículo 32 inciso a) de la ley 24.660, agregando en esa instancia que el marco era el resguardo del derecho a la salud del condenado, según el artículo 143 y ccdtes. del mismo cuerpo legal, y las Reglas de Mandela.

Que el a quo, al resolver, hizo mención al inciso d) del artículo 32 de la ley antes mencionada, por lo que se excede en su jurisdicción, al extralimitar los términos en que se había llevado el litigio hasta esa audiencia, en violación al principio de congruencia con el consiguiente menoscabo al derecho de defensa en juicio.

Finalmente, solicitan que la víctima sea notificada de la fecha y hora de realización de la audiencia correspondiente, a fin de que pueda ser informada y expresar su opinión en todo cuanto estime conveniente, conforme lo dispone el artículo 11 bis de la ley 24.660. Formulan reserva del caso federal.

2.- El segundo recurso lo presenta quien ejerce la representación legal de la Sra. L. A. L., Dr. Marcelo Eduardo Hertzriken Velasco (cfr. fs. 81/ 5).

En punto a la fundamentación de su presentación (Acápites II), denuncia el dictado de una sentencia arbitraria por parte del Tribunal de Impugnación, en tanto la misma ha tenido apartamiento de la letra de la ley y está sostenida en la sola voluntad de los jueces.

Afirma que esa parte tiene legitimación subjetiva en tanto se trata de la persona directamente ofendida por el delito conforme a las remisiones de los artículos 240 y 249

del C.P.P.N., como así en lo normado en el artículo 12 in fine de la Ley 27.372 (Ley Nacional de Víctimas).

Describió los antecedentes del hecho y tras ello remarcó que existe una vulneración a la tutela judicial de la víctima. Ello así, en base a la inexistencia de fundamentos en el fallo apelado, a la vez que carece de ajuste a las previsiones legales.

Agrega a ello que existiría un déficit inherente al trámite impreso por no haberse convocado ni escuchado a la víctima. Y ello, a su modo de ver, contrastaría con decisiones de esta Sala Penal que vienen reconociendo y exigiendo tal recaudo de ley (citando, en abono de su aserto el precedente que estimó pertinente al caso).

**II.-** Por aplicación de lo dispuesto en los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral en donde las partes produjeron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. acta de audiencia de fs. 89/ 93).

En primer término hizo uso de la palabra el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Fernando Rubio, quien tras remitirse al escrito de formalización desarrolló los fundamentos que entendió más gravitantes, de forma concorde a dicho documento recursivo.

Luego lo hizo el Dr. Hertzriken Velasco, quien reafirmó las vías recursivas previstas en el art. 248 inc. 2° y 3° y amplió las cuestiones atinentes a la legitimación (indicando que fue tenido como querellante por la Fiscalía en la presente etapa de ejecución, a la vez que dicho decisorio fue ratificado por el Juez de Ejecución subrogante).

Suscribió en lo pertinente las debilidades argumentales del fallo apelado y desarrolló los motivos por los cuales, desde su perspectiva, no hay una actividad

judicial válida previa a esa audiencia, en términos consecuentes con su escrito de formalización.

Tras ello, se expidió la víctima de autos, Sra. [L.A.L.], quien ratificó la circunstancia apuntada por su letrado al indicar que "...a mí nunca se me notificó sobre la prisión domiciliaria que se le dio a este hombre" (audiencia, hora 01:13:20 y ss), expresó sentirse intranquila con la morigeración dictada y que es su pretensión que su abusador efectúe el cumplimiento de la pena en la unidad carcelaria desde donde fue externado.

A su turno, el Sr. Defensor General, Dr. Ricardo Cancela, expresó que no están dadas las condiciones para que ambos recursos superen el valladar de la admisión formal, en tanto no se verifican las condiciones de legitimación y de gravamen capaces de darles andamio.

Invirtiendo el orden de refutación, expresó que el recurso de la querrela carece de toda legitimación para prosperar desde dicho plano. En tal sentido, indicó que si bien la víctima tiene plenos derechos y facultades dentro del proceso penal, no ocurre lo mismo en el tópico de la ejecución de la pena.

No hay -dice- disposición procesal en nuestro Código que autorice a la víctima a participar de la ejecución de la pena. De hecho, ninguna de las normas que cita el recurso tienen una previsión legal semejante: ni el artículo 240 (que refiere, en abstracto, al derecho de la querrela a apelar), ni el artículo 249 (que remite al trámite del Control Extraordinario), ni el artículo 12 de la Ley de la Víctima incorporan la figura de la querrela durante la ejecutoriedad del fallo. Tampoco lo hace la Ley de Ejecución Penal 24.660.

De allí, concluye, su apelación carece del recaudo de legitimación por no ser parte habilitada, situación que lo exime de expedirse sobre su contenido y pretensión.

En cuanto al recurso interpuesto por la Fiscalía, (bajo su propia visión de los hechos más salientes del caso) expresó que el Dr. Etcheto, al rechazar en primera instancia el planteo de prisión domiciliaria, tuvo en cuenta que el padecimiento del condenado estaba documentado en su historia clínica, pero que de todas formas necesitaba de un informe médico para fundar una decisión como la pretendida. El Tribunal de Impugnación, al estimar que ello concitaba una situación de difícil o de imposible cumplimiento en el contexto de pandemia, dio por cumplido dicho ítem conforme a la historia clínica que constaba en la Unidad, pero dejó supeditada esa decisión favorable a la existencia de un informe ambiental positivo. Así entonces, la cuestión de la enfermedad de L. no estuvo controvertida.

En base a ello, el Tribunal de Impugnación concedió el pedido con sujeción a dos condiciones (el citado informe positivo y la colocación de una tobillera electrónica).

Sobre ello, la Fiscalía no se afligió y fue a litigar ante la Jueza de Ejecución subrogante tales condiciones suspensivas.

Frente a esta circunstancia y el excesivo tiempo que transcurrió desde que el Tribunal de Impugnación dictó su fallo, y la audiencia posterior que cumplimentó y concretó la prisión domiciliaria de L. (también sin oposición Fiscal), no sólo marcaría la extemporaneidad del recurso por el cómputo mismo de los días que se sucedieron sin la consabida articulación de la apelación extraordinaria local, sino también por la preclusión procesal.

En lo que hace a la actividad en la instancia de grado a través de la Dra. Leticia Lorenzo, destacó que el informe socio ambiental fue confeccionado por personal de la Dirección de Población Judicializada, no había peligro alguno, el condenado está calificado con conducta y concepto ejemplar, ya tuvo una salida a ese domicilio, que se cumplió con total normalidad y dicha medida es meramente temporal (en principio, hasta el día 25 del corriente mes y año). Desde este plano, se pregunta el señor Defensor cuál es el gravamen de imposible reparación ulterior y la gravedad institucional que impera en dicha decisión.

No puede dejar de destacarse, dice, otro de los aspectos declarados por el Jefe de la Unidad 41 de Junín de los Andes (Crio. Furlón), respecto a que en esa Unidad conviven 33 internos en un sitio para 12, lo que marca a las claras la imposibilidad de contener una epidemia.

Razona, con vinculación a este punto, que de actuarse ante un incipiente foco dentro de la Unidad, ya sería tarde por la propia velocidad y dinámica de contagio del coronavirus. De allí que lo resuelto por el Tribunal de Impugnación hace a una razonable preservación de la salud del interno.

En torno a la supuesta nulidad que invoca el Ministerio Fiscal, tampoco se encuentra producida conforme a las circunstancias que expuso una funcionaria de la Oficina Judicial (que daba cuenta del cursado de la convocatoria a la audiencia). A la vez que resulta llamativo el planteo nulificante, toda vez que frente a la ausencia de la víctima el Dr. Sommer le preguntó al Dr. Rubio si aún con esa constancia pretendía plantear algún tipo de nulidad, expidiéndose en forma negativa y que era un comentario de su parte y nada más. Sin embargo, ese "comentario y nada más" se

transformó en un planteo de nulidad absoluta que él mismo consintió. Extremo, que no sólo quita entidad al agravio sino que también pone en evidencia una mala fe procesal.

Cita la Ley de Ministerio Público Fiscal (L. 2893) y enumera una a una las obligaciones que le cabe a dicho Funcionario con relación a la víctima, particularmente, resguardar sus intereses, defender sus derechos e informarla de las distintas posibilidades de actuación según la instancia en que se encuentra (conf. art. 29). De allí que no puede sugerir una nulidad en perjuicio del condenado, basada en su propio incumplimiento funcional.

Estima, a modo de síntesis, que el querellante carece de recurso y la actividad impugnativa del fiscal es extemporánea, a la vez que entiende inconveniente traer a colación la descripción de los hechos que ya merecieron condena, en tanto la adopción de decisiones judiciales centradas en ese plano implicaría la vuelta a un derecho penal de autor.

Dicha alegación mereció una réplica del letrado que asiste a la querellante, en cuanto remarcó que al no refutar su recurso dicho Defensor General le estaba dando razón, insistiendo el Dr. Cancela en que no iba a rebatir un recurso carente de legitimación procesal.

En este contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: el señor vocal Dr. Alfredo Elosú Larumbe y la señora Vocal Dra. María Soledad Gennari.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

**CUESTIONES:** 1°) ¿Son formalmente admisibles las impugnaciones extraordinarias interpuestas?; 2°) ¿En su caso, son procedentes las mismas?; 3°) ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

**VOTACIÓN:** A la **primera cuestión** el **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, dijo: Los documentos aportados por el Ministerio Público Fiscal que consta agregado a fs. 57/ 78 y por la Querrela obrante a fs. 81/4, se encuentran presentados en término. Esto lo afirmo 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.

No desconozco que el señor Defensor General ha señalado que tales Acuerdos del Tribunal Superior tienen la salvedad de que dicha suspensión de términos lo es "*sin perjuicio de la validez de los actos que se realicen y sus titulares autoricen en dicho período*". Sin embargo, esa aclaración tiene única relación con ese acto en particular y no trasciende a la actividad recursiva que eventualmente merecerían.

El mejor ejemplo que patentiza esta tesitura es que esta Sala Penal, aún en el contexto de emergencia, mantiene un ritmo constante de emisión de fallos y al momento de notificar sus decisiones por Secretaría aclara -para alejar malos entendidos o desalentar interpretaciones como la propuesta por el señor Defensor General- que dicha notificación "*...no importa habilitación de plazos procesales, los cuales se encuentran suspendidos hasta disposición en contrario por el Tribunal Superior de Justicia*" (vgr. notificaciones cursadas en Leg. 26034; Leg. 108370, Leg. 107553; Leg. 24255, entre muchos otros).

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

Tal como se indicó en el Acuerdo n° 02/20, en un recurso de sustancial analogía al presente: *"...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..."*.

Por otra parte, el presente caso concita aristas de gravedad institucional, aunque no por la notoriedad y difusión del caso que sugirió el Fiscal a fs. 64. El notorio interés institucional se verifica, a mi modo de ver, porque la resolución recurrida coloca a un condenado por gravísimas ofensas sexuales direccionadas hacia una persona menor de edad, a continuar su pena de encierro en el mismo ámbito donde concretó tales abusos. Ello a su vez, podría generar perjuicios irreparables para la recta administración de justicia y para los derechos de la víctima, a la vez que dicha decisión, en los términos en que fue dada, podría acarrear también responsabilidad estatal por incumplimiento de obligaciones internacionales.

Ello es razón suficiente para la configuración de esta construcción pretoriana de nuestra Corte que muchas veces, como aquí se sugiere con suficiente soporte argumental,

se manifiesta de manera concurrente con la arbitrariedad (C.S.J.N., Fallos 253:406 y 264.144, entre otros).

En este particular contexto, es que analizo además los recaudos formales más básicos que vienen dados por la restante impugnación de fs. 81/4 (con referencia al recurso de la parte querellante).

El único valladar que propuso el señor Defensor General en este plano es el tema de la legitimación procesal, pues a su modo de ver no puede guardar dicha personería en el tramo de la ejecución penal. Sin embargo, va de suyo que esa cualidad de parte viene dada en este legajo por decisión fiscal de fecha 05/5/2020, ratificada por decisión judicial de fecha 12/05/2020, la cual, aunque viene siendo objetada por la Defensa Pública por recursos ordinarios ajenos a este ámbito jurisdiccional, no empaña el título y la participación que ya tiene asignada en estos autos.

En lo demás, el recurso está dotado de suficiente autonomía para comprender el tipo de decisión que se apela, los cauces procedimentales abarcados y el desarrollo de los motivos que inspiran su pretensión, al amparo de lo cual se colocaría al decisorio impugnado dentro de los estándares de la arbitrariedad. Aserto, este último que, en igual situación que el anterior, no puede descartarse en esta etapa de análisis.

Consecuentemente, estimo que dichos recursos han superado los requisitos de forma, situación que alienta al análisis sustancial de sus respectivas críticas, en cuanto fuere pertinente. Así lo dejo propuesto al Acuerdo. Mi voto.

La **Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI**, dijo: adhiero a los fundamentos y solución desarrollados por el señor Vocal que abre este Acuerdo. Mi voto.

A la segunda cuestión, el **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, dijo: el Tribunal de Impugnación tuvo por obviado el recaudo del informe médico que exige el artículo 33 de la Ley 24.660 y, de manera concurrente, situó al imputado en la hipótesis del artículo 32 inc. "d" de la norma antedicha. Fue de ese modo que dispuso la prisión domiciliaria de R. E. L. bajo las condiciones suspensivas señaladas al comienzo.

Dicho fallo, claro está, fue objetado por el Fiscal y la Querrela bajo los términos ya expuestos, al amparo de un supuesto de arbitrariedad fáctico y normativo que habilitaría la intervención del Máximo Tribunal Nacional (conf. art. 248 inc. 2° C.P.P.N.).

Comparto, desde ya, la censura propuesta. Veamos.

Respecto a la materia sustancial de este agravio, reconozco que nuestro Címero Tribunal Nacional especifica que las sentencias de los jueces, relativas a la aplicación de normas de derecho común y procesal, y la apreciación que efectúan de las cuestiones de hecho y prueba son ajenas, por principio, al recurso extraordinario (indirectamente referenciado en nuestra norma local como factor habilitante de este recurso [art. 248 inc. 2°]).

Sin embargo, no es menos cierto que ha admitido su procedencia en aquellos casos donde el acto jurisdiccional carece de los requisitos mínimos que lo sustenten válidamente como tal, en razón de la arbitrariedad manifiesta derivada del apartamiento de las constancias comprobadas de la causa, por la omisión de tratamiento de cuestiones sustanciales y de normativa conducente para la solución del litigio y cuando media una fundamentación aparente, sostenida en la mera voluntad de los jueces.

Estimo que aquí se da la situación descripta precedentemente. Ya en oportunidad de dictar el Acuerdo n°

2/2020, esta Sala Penal puso especial realce en que la prueba médica se erige como un factor gravitante para el caso que se quiera otorgar la prisión domiciliaria en los términos del artículo 32 inc. "a". Ello es así, conforme lo establece el propio texto legal (Artículo 33 [L. 24660]: *"En los supuestos a), b) y c), la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social..."*).

Tal imperativo viene acompañado, a su vez, de precedentes dimanantes de nuestra Corte (citados por el Ministerio Fiscal a fs. 60) en los que se reputó arbitraria la decisión que soslaya que el beneficiario *"...presenta patologías que pueden ser tratadas debidamente en la prisión donde estaba alojado, y que no existía ninguna constancia de que su estado de salud hubiera empeorado a raíz de esa detención, por lo que no había fundamento suficiente para concederle la medida cuestionada"* (C.S.J.N., Fallos 342:1057, del dictamen del Procurador al que adhirió el voto mayoritario de la Corte).

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]).

El magistrado ponente afirma que el informe médico resulta un recaudo de procedencia excesivo en razón de que "estamos en una situación excepcional, el planteo es excepcional y la decisión tiene algunas aristas de excepcionalidad también" (audiencia, hora 01:00:50 y ss). Sin embargo ello no faculta a obviar el mandato normativo, 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).

No desconozco que el Dr. Sommer, al proclamar los fundamentos del Tribunal en el marco de la audiencia oral, justificó tal laxitud probatoria en virtud de que el informe médico era de imposible o de dificultosa elaboración por el obligatorio resguardo sanitario; lo cual podía ser suplido -en su concepto- por el repaso de su historia clínica.

Sin embargo, dicho argumento soslaya el hecho de que en esta Provincia se vienen haciendo informes médicos de ese tenor a causa de peticiones de internos, con base en la consabida pandemia de COVID 19. Por esa razón tal aserto no resulta validable.

A modo de ejemplo, en el citado caso "Villarruel" se censuró la decisión de aquel órgano de Alzada por apartarse

-sin fundamento razonado- de los informes médicos realizados por la médica forense que desaconsejaban el otorgamiento de la prisión domiciliaria. De allí que nada impedía, para este caso, acudir a la opinión médica que necesariamente requiere un pronunciamiento de esta naturaleza.

Aun cuando afirma ese Tribunal que basta (para suplir tal requisito) remitirse a su ficha médica, es notorio que ese Tribunal no la tuvo a la vista al momento de resolver, por lo que, con mayor razón, cobraba relevancia lo expuesto por el condenado ante esos mismos jueces, cuando manifestó: "*...la tiroides yo la trato hace cinco años, no tengo ningún problema con la tiroides. Aparte, por lo que yo escuché, no es el centro la tiroides, es la edad*" (textual, hora 00:57:55 y ss).

En otro orden de ideas, cabe notar que la parte dispositiva de dicha resolución coloca a L. igualmente en la causal del artículo 32 "d", de la Ley 24.660 (en referencia al "interno mayor de setenta años").

Ese aspecto también es censurable desde que el precitado no cuenta aún con dicha edad y así fue informado en la audiencia. Y si bien en una parte de los fundamentos el magistrado indicó que después se iba a ponderar si la hipótesis de procedencia era el apartado "a" o "d" de la norma (conf. audiencia hora 01:05:25 y ss), en tramos posteriores tal análisis quedó ausente.

Así las cosas tal categorización sólo ha sido posible mediante una aplicación indebida de la ley, a la vez que se alejó de los términos en que se planteó la *litis*.

Por lo demás, resulta contradictorio que el propio Tribunal de Impugnación reconozca que la Defensa no aportó ninguno de los informes exigidos en el artículo 33 de la Ley

24.660 (como recaudo infranqueable de procedencia para la prisión domiciliaria), y que al mismo tiempo conceda la morigeración pretendida sujeta a un resultado positivo de pruebas que nunca podrían tener ante sí (en referencia al informe socio-ambiental y criminológico).

La amplia latitud con que puede evaluarse un informe social y el modo en que ordenaron su evaluación por el inferior (bajo una especie de competencia semi positiva o "mixta"), implicó en los hechos la delegación de valoraciones que le eran propias a ese Tribunal en la jueza de ejecución, lo cual tampoco se compadece con el fiel ajuste al sistema de impugnaciones.

Las valoraciones efectuadas colocan al decisorio dentro de los estándares de arbitrariedad en tanto omite aplicar, el marco legal pertinente por motivos que, o bien se justifican de manera aparente o simplemente no se explicitan adecuadamente.

Consecuentemente, corresponde hacer lugar a lo pretendido, anulando sin más el decisorio del Tribunal de Impugnación, cuyos efectos invalidantes se extienden a la decisión de la magistrada de grado que materializó ese fallo (art. 98 del C.P.P.N.).

En otro orden de ideas, si bien no es necesario que me expida sobre la resolución dictada el 22 de abril del corriente, la gravedad institucional que señalé al comienzo me lleva a formular algunas valoraciones sobre lo actuado.

La Dra. Lorenzo adujo que partía de lo ordenado por el Tribunal de Impugnación. Esto es que la prisión domiciliaria haya sido otorgada condicionada a la verificación de un informe socio ambiental suficiente y la imposición de un dispositivo electrónico.

Sin embargo, entiendo que las condiciones exigidas no fueron cumplidas acabadamente por la jueza de grado. Veamos.

Vale partir del dato objetivo -como ya se dijo en el ítem de admisión formal- que la pretendida prisión domiciliaria del condenado L., lo era a cumplirse dentro del mismo domicilio en que desarrolló las reiteradas conductas ilícitas por las que purga condena (extremo advertido por el Fiscal a la Dra. Lorenzo [fs. 55 vta.]).

Si bien la Jueza no tenía -en principio- facultades para mutar el lugar físico donde se pretendía la medida en cuestión, pues se hallaba compelida por la propia manda del Tribunal de Impugnación, es evidente que el informe social, a la luz de tales circunstancias, tenía que ser pasado por un finísimo tamiz.

A este respecto, se destaca del acta de audiencia de fs. 54/ 56 que la Licenciada Sides no estuvo en dicho inmueble y que sólo hizo una constatación externa de la dirección. Por lo demás, efectuó un contacto telefónico con la pareja de L., siendo esta última la principal fuente de información que tuvo en cuenta para su apreciación profesional.

En esta dirección, entiendo que se debió ponderar que, más allá de la opinión la Licenciada Sides (en cuanto concluyó sobre la factibilidad de que L. habite por un tiempo determinado dicho inmueble), también se habían indicado otros datos objetivos muy importantes que la jueza no podía pasar por alto: a) "...[\"L\"] tiene 40 años, vive con su hijo de 11 años de edad, [\"T.]; b) \"La situación es compleja en tanto que \"L.\" vive en una casa que se subdivide [...]; c) \"Toda la familia vive ahí...\"; d) hay una situación de peligro implícito al sugerir que el condenado \",...bajo ninguna circunstancia se

quede sin presencia de otro adulto con algún menor”, “...Recomiendo que no se quede a cuidado de niños por las características del hecho. Siempre hay un riesgo, aunque cuando uno hace un informe contextualiza...” (cfr. acta de audiencia citada).

A todo ello se suma que por imposibilidad material no se logró obtener el dispositivo de geolocalización, aspecto que, sumado a las deficiencias y factores de riesgo que emanaban del informe socio ambiental, aconsejaban la denegatoria del pedido o, en su caso, la remisión del legajo al Tribunal de Impugnación para que sea el mismo órgano que había otorgado el beneficio, quien proceda a una nueva evaluación del caso teniendo a la vista el resultado de las medidas que había ordenado como condición previa para su otorgamiento.

Creo así haber dado las razones por las cuales son procedentes en lo sustancial las pretensiones de los acusadores. Tal es mi voto.

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

Tal como sostuve en el Acuerdo 2/2020 de esta Sala, recientemente dictado, en este caso también nos encontramos frente a dos personas conceptualizadas dentro del alcance de sujetos en especial condición de vulnerabilidad, una de ellas por estar privada de la libertad 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).

Analizadas las actuaciones que nos ocupa, también debo advertir que no se ha aplicado la perspectiva de género al momento de resolver o juzgar, pues tal como manifesté en el

fallo señalado: "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.”. Corte IDH, 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)).

Entiendo que tal método de juzgamiento no fue utilizado en las presentes actuaciones, pues de haberlo hecho, se advertiría la necesidad de aplicar el estándar de la debida diligencia reforzada lo cual como ya sostuviera en el Acuerdo citado, conllevaba necesariamente verificar si procedía el beneficio con un criterio de *restrictividad reforzada*, extremo que no se evidencia en el fallo del Tribunal de Impugnación por cuanto el beneficio es otorgado sin un informe médico que lo sustente, sin trasparentar "razonadamente" los motivos que habilitarían a otorgar una morigeración en las condiciones de detención, a la altura de la restrictividad-reforzada más arriba señalada.

Asimismo, abonando ello, se advierte que la única parte del proceso que es considerada en el fallo de referencia es el condenado, no solo en el caso notamos la ausencia de la perspectiva de género, sino que la víctima no recibe la debida atención en el tratamiento jurídico, ni es ponderada acorde a las exigencias convencionales -debida diligencia reforzada- en el marco de la ejecución de la pena. Por decirlo de una forma más sencilla, materialmente está ausente en el proceso de valoración judicial, pese a ser al igual que el condenado, un sujeto en especial condición de vulnerabilidad.

Esto nos lleva a sostener que existe un trato desigual entre las partes, esta desigualdad en el trato procesal considero que es de una especial gravedad, pues la violencia contra la mujer es una forma de *discriminación*, producto de un proceso histórico, lo cual nos permite hablar de "desigualdad estructural", ergo una asimetría de origen y muy potente, que el estado está llamado a revertir con estrategias profundas, positivas y específicas.

Entonces, si los agentes del Estado llamados a equilibrar estas asimetrías, son facilitadores de esta desigualdad estructural -ya sea por acción u omisión- que deriva en una nueva *discriminación*, no puedo menos que llamar la atención en este punto, por su gravedad y posible repetición. Dicho de modo simple, las decisiones jurisdiccionales deben combatir la discriminación contra la mujer, no profundizarla.

Así se ha dicho que: "La CIDH valoró fundamentalmente, en el caso "María Da Penha", la existencia de un patrón o "pauta sistemática" en la respuesta estatal, que expresa a su juicio una suerte de tolerancia pública con la situación de violencia denunciada, no sólo en perjuicio de la víctima, sino con relación a otros casos idénticos o con características comunes. Es más, para la CIDH, **la inefectividad judicial discriminatoria crea un ambiente que favorece la violencia doméstica que sufren las mujeres.**" (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31644.pdf> Pág. 8). Si bien en el caso, se trata de un delito sexual, entiendo que el criterio resaltado es plenamente aplicable a actuaciones como las que nos ocupan, en tanto la función judicial debe conspirar contra tal ambiente favorable.

Tal como sostuve en "Villarruel", "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- 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)".*

Por último, siempre en el marco del deber de diligencia de los Estados, no puedo dejar de referirme a la cuestión vinculada al potencial riesgo que se reconoce expresamente en las actuaciones, en relación a la situación de cumplimiento del beneficio, esto es los resultados del informe socioambiental, en el cual se señala el seguro contacto del Sr. L., con al menos un niño menor de edad.

Pues en el fallo de la jueza de ejecución subrogante sostiene en este punto "no dejar al menor de edad, en soledad con el señor L.", ergo el Estado -por medio de esta agente estatal- reconoce concretamente que aquí opera un "riesgo previsible" y "evitable". En tal sentido se ha señalado que: "La doctrina del riesgo requiere, en consecuencia, al menos la presencia de cuatro elementos en un caso: i) Que exista una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares, esto es, se requiere que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y, además, que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse en lo inmediato. ii) Que la situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado, esto es, que exista un riesgo particularizado. Lo anterior supone un requisito más estricto que la sola existencia de un riesgo general o una situación extendida de inseguridad que afecta el conjunto de la comunidad. iii) Que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo. (...) iv) Finalmente, que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo." (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31644.pdf> Pág. 9 y 10)

Repasemos entonces, en el caso se deja especial constancia en un informe sobre la situación de riesgo que representa la presencia del Sr. L. en el domicilio por la permanencia allí de al menos un niño, tal es así que dicha amenaza intenta ser sopesada con la previsión de que jamás estos deben estar a solas con el condenado, por ende el riesgo no solo es conocido por el Estado, sino que sus posibles consecuencias se intentan neutralizar con una previsión un tanto imposible.

Obsérvese que aún bajo esos recaudos, es claro que dicha supervisión -llevada a cabo por quien tiene un vínculo sentimental con el condenado- puede entendiblemente relajar mecanismos de vigilancia. Máxime cuando en ese mismo espacio físico (planta baja) ella es la única persona adulta, lo que llevaría -en aras a minimizar todo riesgo- a una vigilancia permanente de su parte; supervisión que considero de imposible cumplimiento. Pues una vigilancia permanente implica renunciar a hábitos tales como sueño, higiene, etc., quedando en los hechos en una simple exhortación hacia el imputado para que evite estar a solas con su actual pareja (lo que así hizo la magistrada [cfr. audiencia de fecha 22/04/2020]). Imposición que, frente al escaso tratamiento penitenciario, el tipo de hechos por los que se lo condenó, su gravedad y reiteración resulta de manifiesta inconveniencia.

Todo ello no hace más que abonar la improcedencia en el otorgamiento de este beneficio, pues las condiciones de su cumplimiento también hacen a la viabilidad de su ejecución, proceso todo impregnado de inconsistencias y violaciones a los deberes esenciales del Estado.

Volviendo al hecho que origina estas actuaciones cual es una situación de "riesgo sanitario", ello me lleva a sostener que no puede este prevalecer para habilitar otros

riesgos como el que indicáramos más arriba, en conclusión, ninguna emergencia puede conllevar, justificar y deteriorar el sistema de protección de derechos humanos de forma integral, pues el derecho del Sr. L. a obtener un beneficio, debe ser conjugado de forma sistémica, tal como venimos sosteniendo, y no puede otorgarse sin ponderar todo el ordenamiento jurídico donde el aspecto sanitario es un elemento de análisis, mas no un dogma que se invoca sin miramiento ni justificación.

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 lo normado en el 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 oportunamente ordenada y mantener el cumplimiento de la pena bajo las condiciones de seguridad e higiene en el sitio de detención que corresponda.

Los términos de la presente torna insustancial el planteo de nulidad de la audiencia llevada a cabo el día 7 de abril pasado ante el Tribunal de Impugnación.

No obstante, en virtud de lo expresado por la víctima en video-audiencia ante el suscripto y el agravio condensado en este punto por el letrado que la representa (que tuvo a su vez su responde por parte del Defensor General), habré de efectuar una reflexión adicional.

La Sra. [L.A.L.] fue contundente en afirmar que no fue notificada de la audiencia ante aquella Alzada, a la vez que el informe brindado por la Oficina Judicial, leído en alta voz a pedido del Dr. Sommer, concluyó que la citación se cursó al teléfono de su madre.

Tales datos, por sí, no resultan contrapuestos, en tanto -por la razón que fuere- esa información pudo no fluyó correctamente desde la madre a su hija.

Lo llamativo es que el Sr. Fiscal, Dr. Fernando Rubio, haya ido a la audiencia donde se iba a discutir la prisión domiciliaria del condenado ignorando los pormenores sobre estos aspectos y sin haber tenido ningún tipo de contacto -personal o telefónico- con la víctima.

Cabe señalar, que el hecho de que la tarea administrativa de notificar esté en cabeza del personal de la Oficina Judicial -que dicho sea de paso, cumple esa labor en base a los datos que le proporciona la fiscalía- no implica que el titular de la acción pública pueda ir a una audiencia de estas características sin haber dialogado o intentado dialogar previamente con la víctima.

Ello es así, máxime, si se tiene presente que en base a lo normado por el artículo 69 del Código Procesal Penal de Neuquén, el Fiscal tiene el deber de *"proteger a las víctimas de los delitos y de **favorecer su intervención en el procedimiento** y evitar o disminuir cualquier perjuicio que pudiera derivar de su intervención"*. Además, conforme a lo normado en el artículo 12 de la ley 2893, el Fiscal Jefe debe *"atender a la víctima"*.

Además, por imperio del artículo 29 de la misma manda legal, el Ministerio Público Fiscal *"**brinda asesoramiento e información a la víctima**, resguarda sus intereses y vela por la defensa de sus derechos en el proceso. Le hace saber el*

*resultado de las distintas etapas procesales, **informándola de las distintas posibilidades de actuación según la instancia en que se encuentre.** La información debe ser ofrecida en un lenguaje llano y comprensible, tanto **personalmente** como por los **medios técnicos disponibles**".*

No se comprende entonces cómo el Fiscal interviniente puede cumplir con semejantes obligaciones sin tener contacto con la víctima previo a la audiencia, sin conocer qué es lo que la víctima efectivamente desea y cuáles son sus intereses. Nótese que el Fiscal ni siquiera estaba al tanto de que la víctima era mayor de edad, lo que a la luz de su propio desconocimiento, lo coloca en una posición incómoda al momento de proponer, como agravio independiente, un planteo de nulidad basado en su propio incumplimiento funcional (cfr. fs. 70 vta. y ss.).

Asimismo, no puedo dejar de mencionar otras circunstancias que, desde la óptica de este observador, evidencian un accionar procesal deficiente y tardío por parte del Dr. Fernando Rubio, Fiscal Jefe de IV Circunscripción Judicial.

El Ministerio Público Fiscal viene litigando respecto del pedido de prisión domiciliaria del condenado desde el 20 de marzo de 2020.

Tuvo éxito en primera y segunda instancia. En tercera instancia, en cambio, las pretensiones del Acusador Público fueron rechazadas cuando el Tribunal de Impugnación hizo lugar a la prisión domiciliaria de R. E. L. sujeto a que se cumplan dos condiciones.

Como todos sabemos, la constitución de L. en prisión domiciliaria no fue inmediata. Tuvieron que pasar 16 días hasta que, el 22 de abril, la Jueza de Ejecución la hiciera efectiva.

El Ministerio Público Fiscal de Neuquén nada hizo durante esos 16 días. Concretamente, lo que destaco es que estando en "manifiesto desacuerdo con lo resuelto", no articuló ningún tipo de recurso para evitar que el encausado acceda a la prisión domiciliaria.

Pero ello no quedó ahí. El Ministerio Público Fiscal de la Provincia del Neuquén tampoco presentó ningún recurso desde el 22 de abril -fecha en la que se hizo efectivo el cuestionado beneficio- hasta el 6 de mayo cuando, finalmente, interpuso el recurso extraordinario que hoy le da la razón a sus pretensiones.

Cabe destacar asimismo, que esta omisión recursiva se acentúa si se tienen presentes dos aspectos.

El primero, que el Dr. Rubio estuvo en condiciones de recurrir *durante todo este tiempo* debido a la suspensión de plazos procesales que rige en el Poder Judicial de la Provincia como consecuencia de la emergencia sanitaria que estamos atravesando.

Y, el segundo, que llamativamente la actividad recursiva que permitió la intervención de este Tribunal se activó luego de la enorme repercusión mediática que generó el caso, y con posterioridad a que el Fiscal General dictara, el 2 de mayo del corriente, la Instrucción General N° 17 por la cual ordena a sus fiscales impugnar las resoluciones judiciales que concedan excarcelaciones o prisiones domiciliarias motivadas en la pandemia de Covid-19.

En definitiva, lo que señalo con énfasis es que si -tal como lo planteó en la impugnación extraordinaria- para el Ministerio Público Fiscal este caso revestía "*gravedad institucional*", no se comprende por qué tardó 30 días para presentar el recurso correspondiente.

Hasta aquí la respuesta a la tercer cuestión planteada y las reflexiones adicionales que me permití efectuar. Tal es mi voto.

La señora Vocal, **Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI**, dijo: adscribo plenamente a la solución propuesta por el señor Vocal preopinante. Mi voto.

A la **cuarta 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: Concuero 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. Fernando Rubio, concretada a fs. 57/ 78 de los presentes autos, en contra de la decisión dada por el Tribunal de Impugnación en la audiencia oral de fecha 07 de abril del corriente año.

**II.- DECLARAR ADMISIBLE, también desde el plano formal,** la Impugnación Extraordinaria deducida a fs. 81/ 4 por la parte querellante, representada por el Dr. Marcelo Eduardo Hertzriken Velasco y dirigida contra idéntico pronunciamiento.

**III.- HACER LUGAR a los recursos antes mencionados y por las consideraciones expuestas ANULAR el pronunciamiento indicado en el punto I del presente por falta de fundamentación** (art. 227, 248 inc. 2° párrafo y 246 del C.P.P.N.), **nulidad que se extiende a la resolución de la Dra. Leticia Lorenzo**, dada en audiencia oral de fecha 22 de abril pasado (art. 98, in fine, del C.P.P.N.).

**IV.- Dejar sin efecto la morigeración de las condiciones de detención establecidas respecto de R. E. L.,**

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. 10, inc. "a" del C.P. y 32 inc. "a" de la Ley 24.660, ambos a contrario sensu, en función del art. 33 inc. 1° de esta última norma).

**V.- 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