

INC-29246-2, caratulada "L. F. D. S/SALIDAS TRANSITORIAS", a los fines de notificarle la resolución recaída, cuya transcripción reza:

"Mar del Plata, 13 de mayo de 2020.

AUTOS Y VISTOS:

Los del presente legajo nro. 29.246-2 de trámite por ante esta Sala 1 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Dptal., integrada por sus jueces naturales en términos del art. 440 del rito, de cuyas constancias;

RESULTA:

I. Contra la resolución dictada por el Sr. Juez de Ejecución Penal, Dr. Juan Sebastián Galarreta, a fs. 33/7, por la que incorporó a F. D. L. al régimen de prisión domiciliaria, interpuso recurso de apelación a fs. 39 el Sr. Agente Fiscal Dr. Guillermo Nicora, recurso mantenido en esta instancia por el Sr. Fiscal General Adjunto Dr. Marcos R. Pagella a fs. 43/5.

En sus agravios el Sr. Fiscal de grado consideró que L. estaba cumpliendo una pena única de dieciseis años y seis meses de prisión que vencerá el día 12 de diciembre de 2023. Sostuvo que esta pena comprende un hecho de homicidio y otro de robo con arma aparente, dos delitos graves que han involucrado violencia personal y que en un caso costó la vida de una persona.

Agregó que, al ser declarado reincidente no podría recibir libertad condicional y la libertad asistida recién le correspondería dentro de tres años y tres meses. Además, sostuvo que mientras cumplía su primera condena, aprovechó una salida transitoria para cometer el segundo delito.

Estimó que ninguno de estos cuatro argumentos fueron mencionados en la resolución apelada pese a ser expresados en la vista previa evacuada por la que se opuso a la detención domiciliaria, añadiendo que configuraban pautas razonables bajo las cuales el Sr. Juez a quo estaba obligado a evaluar en torno a la gravedad del delito, según lo resuelto por el TCP en el marco del HC 102.555.

Sostuvo finalmente que ni la vigencia de los parámetros que surgen de lo resuelto por el TCP, ni los argumentos invocados por la Fiscalía fueron desvirtuados por las genéricas afirmaciones extensamente desarrolladas para dar aparente fundamentación a una resolución del todo arbitraria.

II. A su turno el Sr. Fiscal General Adjunto Dr. Pagella mantuvo el mencionado recurso compartiendo los argumentos del Dr. Nicora por constituir una crítica concreta y razonada de la decisión en crisis, estimando que abastecía los recaudos del art. 442 del CPP y que se ocasionaba un gravamen irreparable teniendo legitimación el MPF en defensa de los intereses de la sociedad.

Sin perjuicio de ello, realizó algunas consideraciones propias:

a. Que L. no se encuentra dentro de las previsiones para acceder al régimen de prisión domiciliaria (CP 10).

b. Que ni siquiera en la situación extraordinaria en la que nos encontramos podría interpretarse que el interno está abarcado por alguna de las circunstancias enumeradas en el DNU 297/20, en las Res. SCBA 48/20, 51/20, 52/20, ni en los lineamientos de las resoluciones de presidencia del TCP 102555 (Sala I) y 102558 (Sala II), para acceder al régimen concedido en origen.

Puntualizó que no existe constancia que permita suponer que L. tenga algún riesgo aumentado de

comorbilidad de contraer Covid-19, por lo que la decisión no se corresponde con las condiciones fijadas por la autoridad sanitaria, haciéndose una interpretación extensiva e inadecuada de las resoluciones de la SCBA.

c. Que la Res. 52/20 SCBA solo requirió a los magistrados evalúen la suspensión de las salidas transitorias durante el período de cuarentena, sin otras consecuencias. La Res. 52/20 citada por el propio magistrado, si bien reconoce la problemática, los faculta a la adopción de medidas alternativas respecto de las personas que se encuentren abarcadas dentro del grupo de mayor riesgo sanitario.

d. Que el magistrado no evaluó la situación personal de L. para razonar de la manera establecida en las resoluciones citadas, limitándose a mencionar las directrices del SPB, las recomendaciones generales de la OMS y la resolución de la Jefatura de Gabinete provincial, sin correlacionarlas con las circunstancias particulares del caso.

e. Que el correcto cumplimiento de las salidas transitorias no alcanza para la conversión a un régimen de prisión domiciliaria.

f. Que no encuadra en los criterios señalados por esta Sala en el caso "Heredia", para el que transcribió fundamentos.

g. Que no existió agravamiento ilegítimo en las condiciones de detención, debido al protocolo de contingencias del SPB, reglamentado para afrontar la pandemia, siendo que el propio Juez ha reconocido el esfuerzo realizado por dicho organismo.

Por ello solicitó se revoque el decisorio que incluyó a F. D. L. en el régimen de prisión domiciliaria.

#### Y CONSIDERANDO:

Analizados los agravios del MPF y confrontados con los fundamentos de la sentencia y las constancias del legajo, entendemos que el decisorio impugnado deberá ser revocado, en base a los siguientes fundamentos:

1. Aún, bajo la idea respetable de remediar la situación que atraviesa el sistema carcelario bonaerense, no vemos adecuado -sino se reúnen los recaudos exigidos por los arts. 159, 163 del CPP y/o 10 del C.P.- proceder a la conversión del régimen de salidas transitorias suspendido en contexto de pandemia, cuando el interno - en este caso, F. D. L. - lo vino cumpliendo regularmente. Ello, menos aún frente a lo recientemente resuelto por la Suprema Corte de Justicia Provincial "in re" P.133682-Q, sin realizar una re-evaluación de sus condiciones personales, de la verificación de concurrencia de factores de riesgo por edad y/o patologías preexistentes, del análisis de otros aspectos de su vida institucional, de la gravedad del delito o las características de los hechos por los que fue condenado, ni de cualquier otra circunstancia o parámetro concreto distinto al que justificó la concesión y el mantenimiento de sus salidas.

Ahora bien, es posible que, la conversión de los casos de salidas transitorias en prisión domiciliaria constituya un medio más para mitigar el hacinamiento o la sobre-población carcelaria, ayudando - junto con la evaluación de los grupos de riesgo, y de internos en semidetención, semilibertad o en condiciones de obtener la libertad condicional y libertad asistida-, con la gestión del riesgo de contagio de la pandemia por Covid-19 en ámbito de encierro. Ello, al margen de que, es también un mecanismo que restablece, al propio tiempo, el contacto del interno con sus vínculos familiares cercanos y convivientes en su domicilio.

Pero, la cuestionada, se trata de una resolución más propia de procesos de habeas corpus colectivo sobre la base de criterios de oportunidad y conveniencia, que de solución del caso puntual -tópico también marcado por la Corte Bonaerense-, lo que, en nuestra opinión, excede el margen acotado de una decisión jurisdiccional concreta, aún en términos de control particular sobre la política penitenciaria, que podría, por sus consecuencias, terminar debilitando, por exceso, la autoridad y la función judicial para el examen difuso de la legitimidad de las condiciones de detención en cada caso.

En efecto, consideramos que este tipo de respuesta trae un costo que no deben asumir con exclusividad los magistrados de ejecución penal, sin la asistencia de normas legales claras que se dicten en la emergencia, ni el compromiso efectivo del resto de las autoridades administrativas y operadores que demuestren congruencia con los objetivos que persiguen. La razón es simple: la atribución de convertir los supuestos de salidas transitorias en alternativas de prisión domiciliaria no está establecida en ninguna disposición legal de alcance general, ni de acuerdo gubernamental en esta situación particular de emergencia, así como tampoco constituye una recomendación o propuesta de la SCBA enunciada como guía o directriz orientadora para el tratamiento de las actuaciones, en contexto de revisión de decisiones del TCP recaídas en procesos de habeas corpus colectivos (C.P133.682-Q, Res.11/6/20).

Por lo tanto, desde una primera mirada, cualquiera fuera el criterio de preferencia que se vuelque sobre la alternativa concedida, lo concreto es que sería una opción extra-legal, de lege ferenda, una opinión sobre la conveniencia sanitaria y político criminal de llevar adelante una solución a esta problemática que carece de respaldo normativo, en el ámbito de actuación cuyo equilibrio se exige a todos los poderes del Estado.

Podría considerarse que si existe una omisión legislativa y una actuación deficiente y estructural de la administración para solucionar la problemática, ello no impediría fallar en base a un criterio de justicia y de tutela a un fin humanitario trascendental como es la salud de los internos que conviven en el penal, acorde a la operatividad de los principios constitucionales que configuran el sentido común del derecho penal y proyectan criterios de validez de actuación de los poderes del Estado. Pero se trata de la interpretación de normas de superior jerarquía que son útiles para controlar la redacción de las leyes y la actividad penitenciaria, no para sustituir la inactividad legislativa y/o suplantar la prestación deficiente de la administración penitenciaria, mediante la redacción en formato de resolución judicial, de un supuesto nuevo de prisión domiciliaria.

Es evidente que, como ocurre en todos los casos de control difuso, la delicada misión que se encomienda al poder judicial de resguardo de la supremacía constitucional, se enfrenta a menudo con la dificultad de no interferir en el despliegue de la función de los otros poderes, particularmente, por medio del análisis delicado que separa la coherencia y legitimidad de la conveniencia y razonabilidad de decisiones u omisiones legislativas u actos de la administración que orientan la actividad que desarrollan y las políticas penitenciarias en contexto de respeto a los derechos humanos.

Es por ello que la Corte Federal ha reiterado en numerosas ocasiones que "la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes" (La Ley, 1986-E,151). La jurisdicción no pierde independencia cuando apunta que es al legislador y el ejecutivo a los que les corresponde la iniciativa política para la implementación y adecuación de las normas reglamentarias de la ejecución penal, en esta situación simultánea de pandemia y sobre-población carcelaria, sin perjuicio que, operada la misma, mantiene la jurisdicción la potestad para remediar abusos y mantenerlas dentro de los baremos que marcan las previsiones constitucionales.

Es sabido que el ejercicio desmedido de la función de control difuso, como cualquier exceso, no sólo enfrenta de manera inapropiada y hasta hostil a los poderes políticos, sino que se torna

contraproducente para la funcionalidad del sistema.

En la emergencia superpoblacional de los penales boanerenses, agravada ahora por la Pandemia COVID 19, la solución pretendida en el interlocutorio apelado, que se proyecta sin dificultad sobre una generalidad de internos que han superado la mitad de la condena, han contado con acompañamiento y contención familiar y apego a las condiciones impuestas en régimen de salidas transitorias, podría ser buscada por la autoridad administrativa, aunque debemos exhortar, en todo caso, una adecuación previa de la legislación vigente que contemple la sustitución de la salida transitoria por prisión domiciliaria.

Ello, sumado a la doctrina de la interpretación previsoras que aconseja "considerar las consecuencias" o "verificar los resultados" de la aplicación extensiva de una norma (Fallos:303:917, 302:1209, 303:248) nos impide considerar correcta la decisión del Juez "a quo", sobre todo, que ha tomado la iniciativa, incorporando al régimen de prisión domiciliaria una situación no prevista legalmente, cuyo alcance, incluso, está siendo debatido en diferentes ámbitos e instancias.

2. En concordancia con lo expuesto, el agraviado sostuvo que la resolución apelada ni siquiera se ajustó a los lineamientos de las resoluciones de la SCBA 48/20, 51/20, 52/20, de la presidencia del TCP 102555 (Sala I) y 102558 (Sala II), y los criterios señalados por esta Sala en el caso "Heredia" (c.33160-1, Res.22/4/20), decisorios que generaron una suerte de doble filtro de análisis sobre el esquema tradicional de verificación de condiciones de cumplimiento de penas privativas de libertad de libertad.

Ahora bien, es cierto que, el Sr. Juez "a quo" no evaluó la situación personal de L. para considerar si se encontraba abarcado dentro de los grupo de mayor riesgo sanitario, situación que, cabe señalar, se excluye del contenido del legajo, para una persona de 33 años con estado general bueno, sin enfermedades preexistentes según el informe del área médica del SPB -fs.24vta.-.

En segundo lugar, el MPF consideró que L. está cumpliendo una pena única de dieciseis años y seis meses de prisión que vencerá el día 12 de diciembre de 2023, que comprende un hecho de homicidio y otro de robo con arma aparente, dos delitos graves que han involucrado violencia personal y que, en el primer caso, costó la vida de una persona y en el segundo, el aprovechamiento de una salida transitoria mientras cumplía la primera condena. Por último, agregó que al ser declarado reincidente no podría acceder al régimen de libertad condicional y la libertad asistida recién le correspondería dentro de tres años y tres meses.

A esto cabe agregar, a modo de actualización de criterios, que la SCBA ha dictado una sentencia reciente, el pasado lunes 11/6/20 en causa P133.682, reconduciendo los citados habeas corpus colectivos del TCP (n°102555 y 102558) a los jueces competentes y enunciando una serie de guías o directrices orientadoras para el tratamiento de las actuaciones promovidas en favor de las personas pertenecientes al universo de mayor riesgo sanitario dentro la población del SPB.

En este sentido estableció que, aún en los casos leves, no debía dispensarse la valoración de la situación concreta de cada interno para el dictado de una sentencia fundada con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa.

Asimismo, indicó que la pena importaba sólo un parámetro objetivo para apreciar la gravedad del hecho que no debía erigirse como el único a emplear como regla omnicompreensiva, estimando relevantes entre otros factores: los bienes jurídicos afectados, las condiciones personales del condenado, las modalidades de la comisión del delito (v.gr. los medios empleados); la situación de la víctima al momento de la decisión, su relación con el domicilio del condenado reclamante, la existencia de lugares especialmente destinados por el sistema carcelario para alojar personas en riesgo

sanitario, y todo otro a sopesar prudencialmente por el órgano judicial competente.

Ahora bien, examinando la aplicación de esos parámetros al caso, nada de ello fue considerado en el fallo impugnado, que sólo evaluó de modo particular el correcto cumplimiento de las salidas transitorias por parte de L. para la conversión a un régimen de prisión domiciliaria.

Ni siquiera notificó a la víctima, M. R. A. como criterio ya establecido en el trámite de este Incidente en particular - fs.68 - derivado de su derecho a ser informado y a expresar su opinión en todo cuanto estime conveniente respecto al planteo de conversión de salidas transitorias en prisión domiciliaria (Ley 24.660, 11bis).

3. Por último, siendo que ese cumplimiento es insuficiente para disponer la alternativa de prisión al ámbito de SPB fuera de la evaluación de la situación personal del interno y de la gravedad del delito conforme a la guía orientadora de la SCBA, como referente para predicar la afectación al caso del área protegida por el principio de humanidad, tampoco podemos considerar que la desestimación de ella importe un agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención en perjuicio de los detenidos, dado que, la interrupción de los vínculos familiares guarda correspondencia con la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio, decretado por el PEN durante el período de vigencia extendido hasta el 24 de mayo próximo, cuya observancia, descontando los casos de necesidad o justificación objetiva bajo estrictas normas y protocolos de seguridad sanitaria, nos involucra a todos.

Por ello, el Tribunal resuelve: revocar la resolución dictada por el Sr. Juez de Ejecución Penal, Dr. Juan Sebastián Galarreta, a fs. 75/9, por la que incorporó a F. D. L. al régimen de prisión domiciliaria. Ello en cuanto fuera materia de apelación a fs.81 por el Sr. Agente Fiscal Dr. Guillermo Nicora, recurso mantenido en esta instancia por el Sr. Fiscal General Adjunto Dr. Marcos R. Pagella a fs. 85/7.(CN, 18, CProv.11, 30, 36, y 57, CP, 10, Ley 24.660, 11bis., Ley 12.256, 4, 8, 9, 10, 19 y cctes., CPP, 209/10, 434, 439, 440, 498).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase

FDO: ESTEBAN I. VIÑAS. MARCELO A. RIQUERT. ANTE MÍ: NATALIA LUJÁN TADDEO - AUXILIAR LETRADA".

Sin otro particular, saludo a V.S. con distinguida consideración.