

TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN

En la ciudad de Viedma, capital de la provincia de Río Negro, a los 09 días del mes de junio del año 2020, el Tribunal de Impugnación Provincial conformado por los Jueces Adrián

Fernando Zimmermann, Miguel Ángel Cardella y María Rita Custet Llambí, habiendo presidido la audiencia el primero de los nombrados, dicta resolución en el caso “F.

J. E. Y OTROS S/ ASOCIACIÓN ILÍCITA” legajo MPF-CI-00433-2017.

En función de lo dispuesto por el artículo 239 del CPP, como consecuencia de la impugnación ordinaria interpuesta in pauperis por el imputado M. y readecuada por su Defensor, se convocó a las partes a audiencia oral que se desarrolló mediante la plataforma

virtual zoom, en la que se escucharon los argumentos a favor y en contra de los agravios sostenidos contra el pronunciamiento jurisdiccional. Intervinieron, por la Acusación los representantes del Ministerio Público Fiscal, Dres. Santiago Gabriel Márquez Gauna, Gustavo Fabián Herrera y Guillermo Daniel Merlo; por la querrela el Dr. Iván Martín Chelia

y por la Defensa el Dr. Federico Batagelj en representación de A.O. M.

-también presente en la audiencia de forma remota-.

Antecedentes.

Mediante resolución de fecha 28 de abril de 2020, los Jueces de Juicio -que dictaron la sentencia de condena- Alejandra Berenguer, Marcelo Alcides Gómez y Laura Inés Gonzáles

Vitale, del Foro de Jueces de la Cuarta Circunscripción Judicial de la provincia, resolvieron

por unanimidad no hacer lugar a la petición de morigeración de la prisión preventiva en la

modalidad de prisión domiciliaria en beneficio de A. M.

Contra esta última, el imputado dedujo impugnación in pauperis que fue readecuada por su Defensor.

Habiendo sido escuchadas todas las partes, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar resolución (artículo 240 del CPP).

Luego de nuestra deliberación sobre la temática del fallo, se transcriben nuestros votos en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes

CUESTIONES A RESOLVER: Primera: ¿Es admisible la impugnación interpuesta?,

Segunda:

¿Qué solución corresponde adoptar?, Tercera: ¿A quién corresponde la imposición de las costas?

VOTACIÓN

A la primera cuestión el Juez Adrián Fernando Zimmermann, dijo:

Atento a lo resuelto en STJRNS2 A.I. 101/19 "F." Ley 5020, de fecha 23/12/2019, la competencia funcional del Tribunal de Impugnación comprende la revisión de la sentencia,

la resolución equiparable a sentencia definitiva y la resolución que requiera doble conforme.

Entre estas últimas (arts. 25.1, 228 y 236 del Código Procesal Penal), y por ser el Tribunal de Impugnación el órgano superior (conforme fallo citado), están las resoluciones

de: el juez de revisión (art. 27, CP); el juez del control de acusación; el tribunal de juicio (v.gr.: sobre toda variación del estado de privación cautelar de la libertad); el tribunal de revisión del art. 264 del CPP.

Siguiendo esta línea de ideas, advierto que el recurso es formalmente admisible pues fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello, se cuestiona una decisión que requiere el doble conforme y fue dictada por el Tribunal de Juicio. VOTO POR

LA AFIRMATIVA.

A la misma cuestión los jueces Miguel Ángel Cardella y María Rita Custet

Llambí, dijeron:

El recurso presentado es admisible en lo formal por cuanto la Defensa plantea la revisión del rechazo al pedido de la morigeración de la prisión preventiva, cuya competencia

se desprende del sistema recursivo de nuestra Código Procesal Penal en sus artículos 112,

113, 222 y concordantes (este Tribunal en "M., P. caso F. del 27.5.2020). ASÍ

VOTAMOS.

A la segunda cuestión el Juez Adrián Fernando Zimmermann, dijo:

Presentación de los agravios y respuestas.

Agravios de la Defensa:

Iniciada la audiencia, en primer lugar se le concede la palabra a la Defensa a fines de que exponga los motivos de agravio contra el decisorio en crisis.

El Dr. Batagelj hace una breve reseña de los antecedentes que dieron lugar a la presente impugnación y refiere que mediante el decisorio del 28 de abril el Tribunal de Juicio rechazó

el pedido de morigeración de la prisión preventiva a través del arresto domiciliario en favor de su defendido M.

Explica que oportunamente basó el pedido en las previsiones del inciso f) del artículo 10 del Código Penal pues su defendido tiene dos hijos: A. e I. M. de dos y doce años respectivamente a quienes tiene la necesidad de cuidar dado la situación de pandemia; la

necesidad de su madre de trabajar y la imposibilidad de que los mismos sean cuidados por personas responsables cuando su madre se ausenta.

Aduce que el citado inciso no resulta taxativo por cuanto solo refiere el cuidado de los hijos a cargo de la madre, sin tener en consideración la perspectiva de género adoptada por el

código civil y comercial y la convención de los derechos del niño que estipulan la responsabilidad

parental compartida y la igualdad de funciones atendiendo al principio de no discriminación e igualdad.

Entiende que corresponde que se haga lugar al pedido que efectúa pues el artículo 11 de la Ley 24.660 prevé los derechos que asisten a las personas condenadas que entiende también

le corresponden a las procesadas como es el caso de su defendido, además de tenerse en consideración las prescripciones de los artículos 9, 99 y 100 del CPP que establecen la libertad

como regla durante el proceso.

Refiere que esa parte solicitó que se contemple la situación pandémica, por tratarse de una cuestión propia de salud pública y la necesidad de reducir la población carcelaria en dicho

contexto, además de resolverse teniendo en consideración el interés superior del niño. Menciona recomendaciones de organismos internacionales de Derechos Humanos y de salud a lo que el Tribunal le manifiesta que se tendrán por conocidas y reproducidas todas las

cuestiones generales sobre el COVID y presentes las instrucciones generales del procurador;

como así también las sentencias del Superior Tribunal en relación a los amparos colectivos

que resultan doctrina legal para todos los tribunales de la provincia.

Primer agravio: Plantea insuficiente la actuación de la comisión que evalúa la situación carcelaria ante el COVID-19, pues las cárceles siguen superpobladas y respecto de la celda

en que reside su defendido no salió ninguna persona por lo que la referida situación continúa.

Segundo agravio: aduce que esa parte nunca planteó al arresto domiciliario como carta de inmunidad, sino que al entenderlo así el Tribunal, se abandonaron los principios previstos

por el art. 9 del CPP, como así también los principios generales de la prisión preventiva, enfantizando que su defendido no es una persona condenada.

Aduce respecto al bloque cinco de la audiencia, que en ningún momento surge que hubo peligro de fuga por parte de su defendido sino el incumplimiento de pautas procesales

por lo que concluye improcedente la prisión preventiva en un ámbito como la cárcel.

Por otro

lado refiere que al no existir peligro de fuga ni entorpecimiento del proceso, se morigere la

medida.

Explica que el agravio central resulta en que la Jueza tampoco se expidió sobre los derechos

de los niños y a la posibilidad de que ellos cuenten con el afianzamiento del grupo familiar

y el resguardo de su padre, sobre todo cuando sus hijos no pueden asistir ni al colegio ni a jardines maternos al estar cerrados por cuestiones de público conocimiento.

Tercer agravio: Radica sobre el domicilio de cumplimiento de la prisión domiciliaria

y que se dijo que no alcanzaría los catorce días de aislamiento preventivo. Refiere que fue corroborado

en los estudios socio-ambientales que se trata de dos domicilios separados entre los cuales su defendido puede cumplir los catorce días de aislamiento preventivo antes de entrar

en contacto con sus hijos.

Cuarto agravio: Menciona la violación del principio de igualdad pues a su consorte de causa, P. M. al día siguiente se le otorgó el arresto domiciliario en base al inexistente riesgo de fuga y a la innecesariedad de mantener una prisión preventiva. Explica que el

agravio radica en que se mantiene a su defendido en una situación gravosa dentro de la cárcel

por lo que peticona, se revoque la decisión tomada por el Tribunal de Juicio y se otorgue a su

defendido el arresto domiciliario en el domicilio denunciado.

Responde del Ministerio Público Fiscal.

El Dr. Marques Gauna pregunta a la defensa si puede aportar el establecimiento y sector de alojamiento de su pupilo, a lo que responde el Dr. Batagelj que se encuentra alojado en

la celda uno del pabellón cuatro.

Seguidamente el Dr. Marques Gauna refiere que junto al Dr. Herrera forman parte de la comisión que se dispuso a fines de estudiar la posibilidad de externar personas de la cárcel

para hacer espacio y que de la evaluación que se llevó a cabo de la situación carcelaria, se llegó a la conclusión de que no resulta necesario externar a nadie mas del sistema

penitenciario provincial.

Continúa y aduce que como M. incumplió pautas de conductas impuestas por el Tribunal, se le revocó la libertad provisional y que esa decisión se encuentra firme y lo único

que permitiría revisarla sería el acontecimiento de un hecho nuevo, como ser el COVID-19

pero señala que al iniciarse el reclamo era un hecho atendible, pero que al 12 de mayo

del corriente,

dicha situación no es tal.

Enfatiza que el Comité concluyó en lo particular, que el establecimiento de ejecución penal Nro. 2 tiene una situación mejor que el resto de los establecimientos.

Seguidamente el Dr. Merlo informa haberse comunicado con el Juez de Ejecución, Dr. Juan Pablo Chirinos al respecto, quien explicó que desde que se inició esta situación extraordinaria

fueron liberadas personas que estaban en esas condiciones y que a la fecha no hay problemas

de superpoblación en el penal Nro. 2 y en lo que respecta al pabellón 4 refirió que no hay problema de cupo.

Refiere que las prisiones domiciliarias se otorgaron siguiendo las instrucciones de la orden general aludida, descartando arbitrariedad en procedimiento y agrega que M. no se encuentra dentro del grupo de personas de riesgo.

Continúa con el responde el Dr. Márquez Gauna y refiere que la Defensa hace un collage

de leyes, eludiendo la única referencia normativa más específica al caso, concretamente el artículo 110 inciso 4 del CPP y que tanto el Superior Tribunal de Justicia como el Tribunal

de Impugnación tienen dicho que no se puede tomar un instituto de una ley y otro de otra y armar

una nueva ley.

Aduce que M. se encuentra en prisión preventiva; que el artículo 110 inciso 4 del CPP refiere los motivos por los cuales una persona que cumple prisión preventiva puede recibir

una de tipo domiciliaria y que el problema de la Defensa radica en que la norma no contempla

la situación de su Defendido y por ello evita su mención.

Asimismo expresa que la referida resulta la norma específica para aplicar a la situación y que la forma en que se cumplen las detenciones en las provincias resultan una facultad no

delegada a la Nación.

Aduce que la defensa efectúa una interpretación del inciso f) del artículo 10 del Código Penal asentada solo en sus dichos, sin citar jurisprudencia ni doctrina que lo avale.

Seguidamente

se refiere a doctrina de los autores “Grissetti” y “Romero Villanueva” respecto a la facultad de los Jueces de otorgar una prisión domiciliaria e interpreta que el espíritu de este

inciso es que aquéllas madres que durante el embarazo cumplen una domiciliaria, luego cuando

tienen a su hijo puedan tener al niño en una primera etapa fuera de la institución para así después este pueda continuar su vida fuera de la misma.

Afirma que la norma está dirigida a proteger al niño de ser encarcelado y no al padre que se encuentra preso y pueda salir a cuidar a sus hijos.

Aduce que la Defensa refirió que no había riesgo de fuga, pero lo cierto es que hubo un incumplimiento de pautas que llevó a M. al encarcelamiento y que respecto al planteo

de igualdad respecto a M., ese decisorio no se encuentra firme y se encuentra recurrido.

Enfatiza que no se pueden valorar de la misma manera por cuanto la transgresión que hicieron respecto de las pautas de conducta, no fueron de la misma intensidad y esa es la lógica

utilizada por el Tribunal por lo que por lo expuesto, refiere, no asiste razón a la Defensa y

solicitan se rechace la impugnación.

Responde del Querellante.

Su representante legal aduce que adhiere a los dichos del Ministerio Público Fiscal.

Preguntado por la Sra. Juez Custet Llambí respecto de cuál es la opinión de las víctimas sobre lo tratado, responde el letrado que las víctimas son coincidentes en su preocupación

por esta situación y que cuando sucedió lo de M. le pidieron que solicitara al Tribunal medidas de protección que éste no les concedió. Refieren no estar de acuerdo con lo resuelto

por el Tribunal en este punto.

El Juez Cardella solicita a la Defensa precisiones sobre cuántos hijos tiene su defendido, sus edades y sobre su situación actual de resguardo, el Defensor contestó que ambos niños

conviven con su madre y su pareja actual. Seguidamente el Magistrado pregunta sobre si esas

son todas las circunstancias, acota el letrado que la necesidad de trabajar de la madre y de que

los menores estén a cargo de una persona.

A preguntas del Sr. Juez Zimmermann aduce que la petición de su defendido se sustenta en la necesidad de ayuda al cuidado familiar, dado que las personas que colaboraban con

ello son pacientes oncológicos y se encuentran dentro del grupo de personas de riesgo por lo

que ya no pueden hacerlo.

Finalmente concedida la última palabra a la Defensa, refiere el Dr. Batagelj en respuesta a lo dicho por la Fiscalía sobre la situación del Penal Nro. 2 que el Dr. Chirinos se encuentra

de licencia hace más de diez días por lo que mal puede tener conocimiento sobre la situación

actual del penal y puntualiza que el día previo a la audiencia origen de la presente se sumaron por traslado dos personas en carácter de prisión preventiva, provenientes de la ciudad

de Villa Regina.

En segundo término y sobre la mención de la Fiscalía respecto a que únicamente un hecho nuevo puede dar lugar a la morigeración del encierro, entiende que no es como lo plantea

ese Ministerio Público pues desde el primer momento esa Defensa planteó que el motivo

del pedido era la “necesidad de salir a cuidar a los hijos”. Ese es el hecho nuevo que debe

analizarse y no la situación de pandemia. Debe tenerse en cuenta, pero no es lo principal.

En tercer lugar, respecto a la mención hecha en relación al artículo 110 del CPP, refiere que allí se establece la improcedencia de la prisión preventiva y en determinados casos que

resulta completamente improcedente la posibilidad de arresto domiciliario.

Respecto al inciso f) del artículo 10 del Código Penal dice que en su momento en la audiencia citó jurisprudencia y menciona la relacionada a la excarcelación del ex vicepresidente

Boudou; “Martínez Escobar sobre recurso de casación” de octubre de 2012 entre otras. Entiende que eso está asumido por casi todos los tribunales del país.

Solución del caso.

1) La Defensa sostiene que solicitó la morigeración de la prisión preventiva de M. con base en el art. 10 inc. f) del Código Penal, dado que a raíz de la pandemia la situación familiar de su defendido empeoró y una vez flexibilizadas las medidas de aislamiento, su pareja, E. Y., debía volver a trabajar sin tener nadie que pudiera colaborar con el cuidado de su hijo A. M. y su hija I. N. M., de 2 y 12 años respectivamente, ya que la hermana de su defendido y la madre de la señora Y., G.N. O., quienes la ayudaban en el cuidado de los menores, son pacientes oncológicas y se encuentran comprometidas de salud, en tanto se encuentran comprendidas en el grupo de riesgo del COVID-19.

Aduce que la enumeración que realiza el art.10 del Código Penal no es taxativa y que por mas que su inc. f) solo contempla la posibilidad del arresto domiciliario para la madre que tenga a un menor de 5 años a su cargo, debe adoptarse una visión respetuosa de los principios de igualdad, no discriminación y pro homine.

Agregó que acorde al artículo 11 de la ley 24.660 todo derecho que corresponde a los condenados, con mas sentido se hacen extensivos a los procesados.

Señaló que conforme a los principios enunciados en los arts. 9, 99 y 100 del CPP y dado el control social que hay en este momento en todo el país por parte de la Policía, principalmente, y la inviabilidad de cualquier fuga, ya que se encuentran cerradas las fronteras y completamente supervisadas las rutas, no existe la absoluta necesidad de mantener la prisión preventiva en un establecimiento cerrado que se estima necesaria para mantener la medida cautelar dispuesta.

Mencionó que los diferentes organismos de Derechos Humanos se expresaron en razón de la pandemia y su seria preocupación por la situación en las cárceles a raíz de ella y solicitó que se tenga en cuenta para la resolución. También refirió la Instrucción

General N°

1/2020 del Procurador General.

2) El a quo fundamentó: (i) en primer lugar dijo que la prisión preventiva de M. no se trató de un peligro de fuga sino por incumplimiento de las pautas de conducta que en aquel momento se le impusieron puesto que una vez dictada la sentencia con una pena severa permaneció en libertad pero a pesar de ello y con la imposición de pautas de conducta bajo aperebimiento de que su incumplimiento acarrearía la detención se detectó a través del monitoreo que ha violado las pautas y esta resolución quedó firme; independientemente que luego se ha pedido una morigeración que desconoce el estado en el cual se encuentra porque ahora estamos ante una situación distinta; (ii) en cuanto a la pretendida aplicación del art. 10 inc. f) del CP en razón de que tiene hijos menores de edad y más allá de la cuestión de género sostiene que esa situación no le da una carta de inmunidad a M. para obtener la prisión domiciliaria; (iii) considera que M. no está entre las personas en grupo de riesgo que es lo que habilitaría una consideración distinta en el análisis de la pretensión; (iv) respecto de la Instrucción General n°1/2020 del Procurador General afirma que la selección de casos en definitiva son resueltas por los jueces; (v) finalmente sostuvo que la petición de prisión domiciliaria como morigeración de la detención en base a la pandemia COVID-19 carece de encuadramiento.

3) El primer agravio de la Defensa alude a la gravedad de la pandemia y situaciones que se viven por la misma, con mayor razón en los establecimientos de detención, más allá de que M. no esté en un grupo de riesgo.

Al respecto, me permito citar las conclusiones -para evitar extensiones innecesarias del Dictamen N° 50/2020 del señor Procurador General, al que se remitió el STJRNS4 Se.

29/20, entre otras:

“[...] expuesto surge de manera palmaria que las medidas adoptadas por el Ministerio Público y la Magistratura, ya están trayendo como consecuencia -y seguirán trayendo en lo

sucesivo- de manera responsable, la inmediata atención de las situaciones puntuales que re-

quieren la adopción medidas excepcionales de morigeración de la detención o alternativas

de cumplimiento de pena en personas privadas de libertad frente al actual contexto de emergencia

sanitaria desencadenado por la pandemia declarada en relación al COVID-19, esto

en el marco del Punto N° 5 de acta de fecha 8 de abril del año 2020 elaborada y suscripta

por los miembros del Comité Especial creado por decreto N° 317.

Puede observarse con claridad, que el accionar del Comité Especial y como consecuencia

el accionar del Ministerio Público y los Magistrados/as involucrados, está orientado

a dar solución al requerimiento del Servicio Penitenciario (Punto 5 del acta de fecha

8/4/2020) en la mejor manera de atención de la contingencia creada por la pandemia COVID

19 y la situación extraordinaria que ella acarrea.

De tal modo, resulta evidente que la pretensión de los accionantes se encuentra conveniente

atendida por las medidas responsables, armónicas y con sentido social adoptadas

por todos los organismos que la Sra. Gobernadora creyó conveniente involucrar en la emergencia

sanitaria, todo lo cual viene a demostrar [...] que el planteo incoado [...] deviene inoficioso.

[...]”.

Lo expuesto denota que ante las especiales circunstancias por la pandemia se adoptaron

medidas concretas por parte de los poderes del Estado para el adecuado resguardo de uno

de los sectores más vulnerables, sobre quienes, además, existe un deber de garantía, que exige

-en estas especiales circunstancias- un abordaje humanitario.

De allí que si bien la situación pandémica del coronavirus (COVID-19) tiene la potencialidad

de afectar a las personas que se encuentran privadas de su libertad, las previsiones de prevención han sido asumidas y se están cumpliendo por parte del Estado provincial (so riesgo

de exigírsele su cumplimiento en tiempo y forma), motivo por el cual carece de andamio

el argumento en abstracto de la Defensa de que M. estaría en alguna situación de riesgo diferente al de la sociedad en general.

En este sentido, en el acta de fecha 6 de mayo del año 2020 del “Comité Especial de Abordaje del COVID-19 en Contextos de Encierro” (decreto N° 317) se dejó constancia de

que:

“El Ministerio de Seguridad y Justicia y el Servicio Penitenciario Provincial, ponen en conocimiento del Comité el reporte actualizado en relación al COVID, dejando constancia

que a la fecha, la población penitenciaria no presenta ni ha presentado ningún caso sospechoso. Asimismo, en relación a los agentes penitenciarios, la totalidad de los casos confirmados en su oportunidad, fueron abordados de manera efectiva y eficiente y a la fecha

no se encuentra personal penitenciario afectado por COVID. Consultado el Servicio Penitenciario, respecto al cumplimiento de los protocolos sanitarios, el Sr. Director General,

manifiesta a este Comité, que actualmente están cumpliendo acabadamente con todos los

protocolos vigentes, como así también se están respetando todas las pautas de distanciamientos y cuidados impartidos por la autoridad sanitaria.”.

4) Se agravia por el rechazo de la solicitud de prisión domiciliaria porque el a quo dijo que no había peligro de fuga y sólo afirmó incumplimiento de pautas de conducta para revocar la libertad ambulatoria. De allí entiende que no hay peligro de fuga y en consecuencia

aquella situación (revocación por incumplimiento de pautas) no es óbice para conceder la

morigeración de la cautelar.

El MPF respondió que M. se encuentra privado de libertad exclusivamente por sus inconductas. Agrega que está firme esa resolución y por lo tanto no se puede volver a

discutir el motivo por el cual está preso M.; nada dijo Defensa sobre que vaya a cambiar la forma de actuar de M., y en base a eso nada asegura que vaya a cumplir las pautas de conducta para una prisión domiciliaria. El análisis en su conjunto de lo ocurrido en la realidad

vale decir las inconductas sumado a que no encuadra en el art. 110 inc. 4 del CPP, por lo que

concluye que se oponen al beneficio solicitado. Refiere el MPF que el hecho nuevo a los fines

de revisar esa resolución firme es la pandemia, y que al momento de iniciarse el reclamo era

un hecho atendible por cuanto había una necesidad de revisar todas las situaciones que están

en la cárcel, pero al momento de la audiencia ante este Cuerpo esa necesidad ya no es tal

conforme lo resolvió el Comité del decreto N° 317.

Reseñados así los argumentos de la petición y responde de la fiscalía y en similar sentido la querrela, el a quo consideró y decidió que la ausencia de peligro de fuga no fue

planteado de forma autónoma a los fines de la prisión domiciliaria sino como coadyuvante del

argumento principal: necesidad de cuidar a sus hijos/pandemia.

Ante este Tribunal la Defensa afirmó que el hecho nuevo planteado es la necesidad de cuidar a los hijos y que la situación de pandemia la refirió en el contexto pero no como sustento principal.

En definitiva, advierto que no está controvertido que M. está actualmente detenido por incumplimiento de pautas de conducta. Asimismo, que la Defensa sólo argumentó ausencia de peligro de fuga con sustento en que existe un fuerte control policial en

la circulación de las personas por la situación de pandemia.

En otras palabras, la Defensa alude a la inviabilidad de la posibilidad de fuga en base a

la imposibilidad de circulación sin autorización establecida por Decretos del Poder Ejecutivo

Nacional y del Poder Ejecutivo Provincial y los controles que las fuerzas del orden realizan en

la vía pública, rutas y fronteras.

Evidente es que esa inviabilidad se sustenta en que M. cumpliría la normativa vigente referida al COVID-19 y lo que eventualmente dispusiera el tribunal.

Pero justamente, la posibilidad de fuga está referida a la posible intención del imputado de sustraerse de un determinado lugar por incumplimiento de directivas legales,

para cuyo fin se analiza la posible intención del imputado de evadir la acción de la justicia

(peligro de fuga) conforme a una serie de elementos indiciarios, entre los que se cuentan la

sentencia condenatoria no firme (implica un indicio de peligro procesal concreto de magnitud

y entidad suficiente para habilitar una inferencia respecto de la necesidad de disponer un encarcelamiento preventivo), que fue confirmada por este Tribunal de Impugnación y, además, se denegó el recurso extraordinario local.

Existe una amenaza de pena que excede el límite para su cumplimiento condicional siendo el quantum de la sanción en concreto (dieciocho años de prisión) lo que refuerza el

interés que se pretende asegurar a través de la presencia de M., es decir, el efectivo cumplimiento de tal pena. La restricción cautelar de la libertad en autos es acorde con el principio de proporcionalidad, en virtud de la modalidad de la pena seleccionada, que no

podrá ser dejada en suspenso, a la vez que también obedece a la exigencia de la necesidad, por

resultar absolutamente indispensable para lograr tal cumplimiento efectivo y no existir una

medida cautelar menos gravosa que cuente con la misma idoneidad, todo ello en función de

las particulares condiciones ventiladas.

En tal orden de ideas, entre los indicios que coadyuvan a inferir que podría ocultarse,

salir del país o, en definitiva sustraerse al cumplimiento de la sentencia, se valora - aplicable al sublite- “acreditadas las circunstancias de que el imputado tiene medios y movilidad para la fuga sobre la base del nivel de organización, los contactos y la disposición de recursos con los que contaba la banda investigada [...] también se estableció la necesidad de valorar la gravedad de los hechos concretos de proceso, la naturaleza del delito reprochado, el grado de presunción de culpabilidad del imputado y la peligrosidad evidenciada en su accionar -entre otros indicios-, con lo cual los agravios sobre tales extremos también deben rechazarse. [...] De tal forma, las situaciones mencionadas por la defensa (que el imputado tiene domicilio fijo y estable y es padre de dos hijos menores) son absolutamente insuficientes para controvertir el plexo indiciario utilizado para confirmar el auto de prisión preventiva” (STJRNS2 Se. 269/16).

Teniendo en consideración lo expuesto, si bien el impugnante destaca el comportamiento acorde a derecho que viene teniendo su defendido en el lugar de detención, surge como decisivo para fortalecer la existencia del riesgo procesal la circunstancia del avance que ha tenido el proceso respecto del imputado. En efecto, el resultado condenatorio, sumado fundamentalmente a la imposición de una pena privativa de libertad de dieciocho años, hace que se diluyan las expectativas que M. pudo haber tenido de ser absuelto o de recibir eventualmente una pena de ejecución condicional. Ese dato, que la Defensa no menciona ni rebate debe ser ponderado con otros cuyo conjunto demuestra que la decisión de mantener la medida cautelar restrictiva de la libertad ambulatoria de M. se encuentra adecuadamente fundada en los arts. 99 y siguientes del CPP, con sustento tanto en las

circunstancias particulares del caso como en la normativa legal, constitucional y convencional

y la doctrina legal aplicable.

5) En cuanto a la pretendida aplicación del art. 10 inc. f) del CP en razón de que tiene dos hijos menores de edad, uno menor de cinco años, y más allá de la cuestión de género, es

una situación mencionada por la defensa absolutamente insuficiente para controvertir el plexo

indiciario que sustenta la prisión preventiva (STJRNS2 Se. 269/16).

Lo primero que cabe señalar es que no se acreditó que el menor se encuentre a exclusivo cuidado y asistencia indispensable del padre, tampoco eso afirma la defensa técnica,

sino que la responsabilidad parental sería ejercida por ambos progenitores. Por otro lado, la

Defensa afirma que en lo que hace al cuidado personal del menor es atendido esencialmente

por su madre (pareja de M.). También se considera que M. no es el único sostén de familia por cuanto el impugnante dijo que su pareja (madre de los niños) tiene trabajo e

ingresos. Así, en el caso, se acredita que el niño menor de cinco años tiene a su madre y que la

figura familiar de apego no es su padre -M.-, con lo cual se descarta que el encierro provoque un perjuicio al menor que eventualmente podría habilitar -más allá de la estricta

letra de la ley- el análisis de la prisión domiciliaria para el padre “de un niño menor de cinco

años”, supuesto no contemplado en las modificaciones de la Ley 26472 (ver “La prisión domiciliaria...”, por Sebastián A. Soruco, pub. en pensamientopenal.com.ar).

“En esta línea de pensamiento, considero de aplicación al caso la doctrina legal que surge de la Sentencia 190/09 STJRNSP, reiterada en la Sentencia 3/13, de la cual tomo, por

ser pertinentes, los siguientes conceptos:

En lo que interesa, la modificación introducida por la Ley 26472 al art. 32 de la Ley 24660 (‘El juez de ejecución o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la

pena

impuesta en detención domiciliaria... f) [a] la madre de un niño menor de cinco (5) años o de

una persona con discapacidad, a su cargo') tiene por finalidad evitar o restringir la institucionalización de los menores, y se trata de un beneficio facultativo -no automático para

el juzgador, respecto de lo cual lo relevante es que la decisión resguarde el mejor interés del niño.

En tal contexto, cabe tener en cuenta que los intereses del niño pueden no coincidir con los de la madre -o el padre, en el caso de entender que el supuesto legal se extiende a él-,

en cuyo marco resulta prioritario su resguardo y la preservación ante nuevas situaciones traumáticas, y la normativa convencional admite la ruptura del vínculo filial con motivo de

encierro, en razón de lo cual debe procurarse el mantenimiento de las relaciones personales

y el contacto directo con el menor.

El art. 10 del Código Penal, según modificación de la Ley 26472, en lo pertinente reza: '... podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en

detención domiciliaria: a)... ; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo'.

Respecto de dicha normativa, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (B.D.G.P, 04/07/11, publicado en LLC 2011 -agosto-, 756, Cita online:

AR/JUR/33286/2011) dijo: 'Como se ha sostenido reiteradamente la prisión domiciliaria no

constituye un cese de la pena impuesta ni su suspensión, sino como claramente surge de su

nombre y de su ubicación en la legislación, se trata de una alternativa para situaciones especiales en las que los muros de la cárcel son sustituidos por un encierro en el domicilio

fijado bajo el cuidado de otra persona o institución. Resulta en definitiva una atenuada modalidad de ejecución del encierro que implica la pena privativa de libertad (de la Rúa,

Jorge, Código Penal Argentino, Parte General, Depalma, Bs.As., 2º ed. p. 143; T.S.J., Sala

Penal, 'Pompas', S. n° 126, 22/6/2000; 'Docampo Sariego', S. n° 17, 02/04/2003).

'El instituto es uno de los que recepta el principio de trato humanitario en la ejecución de la pena que tiene en el ámbito de la República expresa consagración normativa

(C.N., art. 75 inc. 22; D.A.D.H., XXV; C.A.D.H. -Pacto de San José de Costa Rica-, art. 5, 2;

P.I.D.C.P., art. 10; Conv. contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes -A.G., ONU, 10/12/84, Considerandos). La atenuación de los efectos del encierro ha sido fruto de un anhelo que viene modernamente desde la Declaración Universal

de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; las Reglas Mínimas para el Tratamiento

de Sentenciados (Ginebra, 1955) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(Asamblea General ONU, 19 de diciembre de 1966, aprobada por la Rep. Argentina por ley

23.313), principios que fueron plasmados ya en el decreto 412/58 ratificado por la ley 14.467, actualmente contenido expresamente y profundizado por la ley 24.660 en consonancia con otros documentos internacionales como las Reglas Mínimas de las Naciones

Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, Dic. De 1990).

'Conforme se sostuviera en el precedente 'Salguero' (TSJ, Sala Penal, s. n° 344, 22/12/2009), en el marco de las evidentes razones humanitarias que guían el instituto de la

prisión domiciliaria, se inscribe la ley 26.472 modificatoria de los arts. 32 y 33 de la ley 24.660, mediante la cual se ampliaron las hipótesis de concesión de prisión domiciliaria, incluyendo a 'la madre de un niño menor de cinco años' (art. 32, f).

'La reforma legislativa tuvo como criterio rector la finalidad de asegurar el interés superior del niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 1 y 3 de la Ley

26.061), esto es, la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales del niño, entre los

cuales cabe mencionar el de preservar a su '... familia como medio natural para el crecimiento y bienestar...' (Cfr. Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos del Niño), destacando lo esencial que resulta para el desarrollo de los niños el contacto con su madre en los primeros años de vida y los perjuicios que sobre ellos produce la separación a tan corta edad; la ausencia de una figura adulta que cumpla las funciones de cuidado y crianza cuando sus madres cumplen encarcelamiento, así como los daños que se derivan de la permanencia de los niños con sus madres, dentro de los ámbitos carcelarios; por ello se manifestaron en el sentido de que la prisión domiciliaria garantiza tanto el cumplimiento de la pena como el interés superior del niño preservando el contacto madre e hijo. 'Como se sostuviera en el precedente ya citado, el interés superior del niño no se equipara, necesariamente, con convivencia materno-filial (TSJ de Córdoba, Sala Penal 'Peralta', S. n° 25, 06/03/2008), ya que la misma Convención (art. 9. inc.1°) contempla la posibilidad de que los niños sean separados de sus padres cuando la cohabitación con ellos resulte contraria a aquél interés. 'Por ello es que la prisión domiciliaria de las madres con hijos menores de cinco años no es 'automática', conforme surge del tenor literal de la regla, de sus antecedentes parlamentarios y de la comparación sistemática (vgr. CP, 10), pues requiere de una ponderación razonada del Juez de Ejecución que deberá considerar 'la existencia de un vínculo real y efectivo entre la madre y el niño, que éste haya estado y vaya a estar a su cargo y cuidado, como así también que la permanencia de aquél con su madre no represente un riesgo o peligro para él', como asimismo 'deberá considerar la conflictiva delictual y la conducta (como el concepto) observado durante el encierro en tanto proporcionan indicadores positivos o negativos en orden a si la interna respetará los límites propios de la

prisión domiciliaria' ” (STJRNS2 Se. 23/14 “Incidente...”).

En punto a la doctrina legal y a la jurisprudencia reseñadas, advierto que la finalidad de la norma se encuentra resguardada en autos según lo sostenido por la Defensa en el sentido

de que el menor de edad no se encuentra a exclusivo cuidado y asistencia indispensable del

padre, el cuidado personal es atendido esencialmente por su madre y los ingresos del grupo

familiar no dependen exclusivamente de M.

En consecuencia, la decisión del Tribunal sobre la cuestión se ajusta a derecho y no desconoce el plexo normativo en cuanto a los fines tuitivos en orden al interés superior del

niño.

6) El Defensor señala que la decisión del a quo afecta el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional dado que al día siguiente de la audiencia

en la cual se denegó a su asistido la morigeración de la cautelar, el mismo tribunal decidió

conceder la morigeración del encierro a P.M., respecto de quien su defendido tiene idéntica situación procesal. Ambos gozaron de libertad durante el proceso, fueron apresados

el mismo día por incumplimiento de las pautas de conducta y llevan, hasta el día de la fecha,

el mismo tiempo detenidos.

El agravio fue respondido por el MPF diciendo dos cosas, la primera es que esa decisión no está firme pues la recurrieron ante este Cuerpo (al día de la fecha revocada); y la

segunda es que no se puede valorar de la misma manera las iguales peticiones de M. y M. porque no fueron de la misma intensidad la transgresión que tuvieron a las pautas de conducta que les impuso oportunamente el Tribunal, y esa es la lógica que siguió el a quo

para a uno concederle la prisión domiciliaria y al otro no.

Establecida así la controversia, el impugnante omitió controvertir de forma concreta el fundamento del a quo por lo que no demostró arbitrariedad, absurdidad ni ilogicidad en

la valoración de los hechos ponderados para arribar a la decisión, lo que determina la ineficacia del agravio.

7) Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar la impugnación deducida por la Defensa. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión los jueces Miguel Ángel Cardella y María Rita Custet Lambí, dijeron:

Realizada la deliberación, coincidimos en el rechazo del recurso de revisión, pero lo hacemos con otros fundamentos que pasamos a desarrollar.

Damos por reproducidos el marco del planteo en sus antecedentes y desarrollo de la audiencia, como se expresa en el voto anterior.

Volvemos a recordar que, la parte que presenta el recurso debe presentar una teoría, de la cual surja y acredite el agravio que le causa la decisión jurisdiccional tomada, es decir explicar el yerro y su consecuente perjuicio contra el cual pretende su revocación.

Debemos tener presente que el señor A. O. M. se encuentra en prisión preventiva por haber sido encontrado responsable de delitos de asociación ilícita, robo agravado por el resultado lesivo, en poblado y en banda, con efracción y con armas cuya aptitud para el disparo no ha podido comprobarse, y tiene una sanción penal fijada en 19 (diecinueve) años de prisión. Esa sentencia se encuentra confirmada por este Tribunal y su

impugnación extraordinaria fue rechazada y con el avance del proceso requiere y así se observa como un indicador objetivo del incremento del riesgo de fuga.

La decisión del Tribunal de juicio, es concreta y los agravios expresados por el defensor son dogmáticos, esto es, no demuestran la afectación que sustenta por lo tanto se

transforma en un mero desacuerdo con el rechazo de la solicitud de una prisión preventiva domiciliaria.

La defensa no demuestra los agravios que expreso en nuestra audiencia, la sola circunstancia de la existencia de un contexto como es la pandemia mundial no alcanza con su

sola existencia para obtener la prisión preventiva domiciliaria, más aún cuando M. transcurriendo en libertad el proceso violo la pautas establecidas y se ordenó su

detención.

Tampoco, acredita que el otorgamiento de la morigeración mientras dure el periodo de aislamiento (ASPO Decreto PEN 297/2020 y sus modificatorias e idéntica normativa provincial), sea imprescindible su asistencia personal en la atención de sus hijos y pretendiendo fundamentar en el argumento de una cuestión con perspectiva género. La petición no acredita que M. esté incluido entre las personas que forman un grupo de riesgo establecido en la legislación y recomendaciones locales e internacionales y frente al

decisorio que la “petición de prisión domiciliaria como morigeración de la detención en base

a la pandemia COVID-19 carece de encuadramiento”, la defensa no puedo articular ningún

argumento que pudiera determinar como una arbitrariedad esa decisión de los jueces del Tribunal de juicio.

Sobre este particular, en este mismo caso (“F.”), pero sobre la petición de otro sentenciado, P. M., este Tribunal con fecha 27 de mayo revocó la morigeración otorgada de la prisión preventiva domiciliaria. De esta circunstancia tenemos que, no existe

la violación al principio de igualdad sostenido por la defensa y la otra –reiteramos-- la Defensa de A.M. no acredita ninguna situación fáctica que sustente su pedido, en relación a la pandemia generada por el covid19 y tampoco demuestra la imprescindible y

necesaria asistencia personal en auxilio de su familia sobre el cuidado de sus hijos.

Los jueces resolvemos planteos fundados en hecho acreditados sobre evidencias que puedan ser controvertidas entre las partes. Esa situación ocurrió al momento del pedido de la

morigeración. En este momento procesal la argumentación se centra en el análisis de lo decidido. Señalar el perjuicio, daño, arbitrariedad o error y su existencia, está en cabeza de

quien peticona la revisión, al no estar ello demostrado su posición pasa a ser una mera discordancia sobre la resolución denegatoria de la prisión preventiva domiciliaria.

Este punto fue desarrollado recientemente, por este Tribunal en “S.”, cuando se dijo que la función del defensor es presentar la arbitrariedad de la decisión tomada y sobre la pandemia que “Es evidente que esta última recomendación citada por la defensa no

modifica

la ley, sino que en un adecuado diseño de política interinstitucional recomienda criterios comunes para la interpretación de la ley de ejecución penal, con especial atención a la necesidad de contar con espacios necesarios para disminuir el riesgo de contagio y resguardar

la salud de la población carcelaria y la comunidad en general” (1.6.2020).

En suma, no encontramos arbitraria la resolución que se impugna en tanto ha ponderado ambos extremos según la información traída a discusión y en el contexto actual y

por ende la resolución debe ser confirmada.

En consecuencia, al no estar acreditados los agravios expresados por la defensa, cuando tuvo respuesta del Tribunal de juicio sobre los mismos, su pedido de revisión es solo

su desacuerdo personal, corresponde el rechazo del recurso. ASI VOTAMOS.

A la tercera cuestión el Sr. Juez Adrián Zimmermann, dijo:

Que en razón de lo resuelto en la precedente cuestión las costas se imponen a A.

O. M. por ser la parte vencida (art. 266, CPP), regulando los honorarios de los doctores Iván Martín Chelia y Federico Batagelj en el 25% de la suma que se les fije por sus

actuaciones en la instancia de origen (art. 15 L.A.), en razón de la extensión de sus labores, la

complejidad del caso, el resultado obtenido, las etapas consumadas y las restantes pautas de la

ley de aranceles vigentes. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión los Juez Miguel Ángel Cardella y María Rita Custet Llambí, dijeron:

Adherimos al voto del Juez Zimmermann. ASÍ VOTAMOS.

Por ello,

EL TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO

RESUELVE:

Primero: Declarar admisible desde el plano estrictamente formal la impugnación deducida por

la defensa de A.O. M.

Segundo: Rechazar el recurso de impugnación presentado por la defensa de A. O.

M., imponiéndole las costas (artículo 266 del CPP).

Tercero: Imponer las costas a A. O. M. por ser la parte vencida (art. 266, CPP), regulando los honorarios de los doctores Iván Martín Chelia y Federico Batagelj en el 25% de

la suma que se les fije por sus actuaciones en la instancia de origen (art. 15 L.A.).

Cuarto: Registrar y notificar.

Firmado por los jueces, Dres. Adrián Fernando Zimmermann, Miguel Ángel Cardella y María Rita Custet Llambí.

Protocolo N° 62.