



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

REGISTRO N° 1336/16

//la ciudad de Buenos Aires, a los 20 días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani como Presidente y los doctores Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky, asistidos por la Prosecretaria de Cámara actuante, doctora Jesica Yael Sircovich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 213/229 vta., en la presente causa FMP 53030615/2004/114/97/CFC71, del registro de esta Sala, caratulada: "**C L O s/recurso de casación**"; de la que **RESULTA:**

I. La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, con fecha 1 de junio de 2016, resolvió revocar el pronunciamiento que concedió el arresto domiciliario a (cfr. fs. 185/192).

II. Contra dicho pronunciamiento, interpuso recurso de casación la Defensa Pública Oficial asistiendo al señor (cfr. fs. 213/229 vta.), el que fue concedido por el *a quo* a fs. 239/vta.

III. El recurrente invocó en su presentación recursiva los dos supuestos previstos en el art. 456 del C.P.P.N.

En primer lugar, la defensa sostuvo que la sentencia impugnada resulta arbitraria por falta de fundamentación, ya que el tribunal *a quo* no valoró correctamente la prueba reunida en el incidente.

En segundo lugar entendió que el tribunal de la instancia anterior efectuó un erróneo encuadre del caso en el marco normativo, en tanto que "*si la norma no aclara que se deben dar los dos supuestos a la vez, deberá ser suficiente la presencia de uno sólo de ellos para que sea procedente la prisión domiciliaria*" (cfr. fs. 219).

Por otro lado, indicó que en el tiempo que su defendido estuvo sujeto al beneficio del arresto domiciliario no incumplió ninguna de las condiciones de dicho instituto.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

En cuanto a la edad de su defendido, el recurrente enfatizó que tiene 77 años de edad, requisito que según el inc. "d" del art. 32 de ley 26.660 -texto según ley 26.472- habilita a conceder el arresto domiciliario.

Respecto del estado de salud de [redacted], el recurrente alegó que no se valoraron correctamente los informes médicos en relación a las afecciones del encausado, específicamente las patologías de la vista, las patologías cardíacas y las neumonológicas.

Citó jurisprudencia en su apoyo.

Asimismo, ofreció prueba respecto del estado de salud de su defendido.

Finalmente el impugnante solicitó que se revoque la resolución puesta en crisis y que se mantenga la morigeración de la prisión preventiva del señor [redacted].

Hizo reserva del caso federal.

IV. Que a fs. 273 se dejó debida constancia de haberse cumplido con las previsiones del art. 465 bis del C.P.P.N. en función de los arts. 454 y 455 *ibídem*; oportunidad en la que la Defensa presentó breves notas (fs. 264/272 vta.), quedando, en consecuencia, las actuaciones en condiciones de ser resueltas.

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos.

El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo:

I. Que, previo a ingresar al examen de los agravios traídos a estudio por el impugnante, cabe recordar que el artículo 10 del C.P. -según ley 26.472 (B.O.: 20/01/2009)- y el art. 32 de la ley 24.660 establecen, en su parte relevante, que podrán a criterio de juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria "a) *El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de 70 años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.

De esta manera, se desprende que las causales de concesión del arresto domiciliario no operan en forma automática, sino que dependen del análisis que haga el juez respecto de su procedencia en el caso concreto. Ello, desde que los artículos citados establecen que el juez de ejecución o juez competente “podrá” disponer el cumplimiento de la pena en detención domiciliaria en los supuestos previstos en los distintos incisos.

En este sentido, habida cuenta que la concesión del arresto domiciliario no opera en forma automática, sino que requiere de una decisión debidamente fundada por parte del juez respecto de su procedencia, deviene necesario un análisis de las particulares circunstancias del caso a estudio.

II. En primer lugar, corresponde señalar que con fecha 5 de agosto de 2015 el Juzgado Federal N° 1 decidió mantener el beneficio de la prisión domiciliaria respecto de .

Para así resolver, el juez de grado consideró que “no es solo la edad el indicativo que lleva al suscripto a tomar la decisión en la presente; la presunción de vulnerabilidad que a la cuestión etaria le da a la ley, es reafirmada en en este caso, por la prevención que los profesionales del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación realizaron respecto de las patologías crónicas que sufre el imputado; sin perder de vista que aquellas se encuentran controladas; en su actual situación de arresto





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

domiciliario" (cfr. fs. 98/100).

A su turno el Fiscal, doctor Santiago Eyherabide apeló dicha decisión, expresando que la resolución deviene arbitraria en tanto *"no se observa un mínimo de análisis de los riesgos procesales existentes"* (cfr. fs. 102/103 vta.).

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, revocó la decisión del juez de grado que concedió el arresto domiciliario a .

Para ello, el tribunal de la instancia anterior valoró que *"el arresto domiciliario del imputado podría poner en riesgo la integridad de testigos y víctimas de los hechos objeto del juicio, así como también favorecería la posibilidad a que eluda u obstaculice el accionar de la justicia, habida cuenta de su experticia, los medios y las relaciones de las que podría valerse dentro de las estructuras de las que formó parte, habiéndose desempeñado como oficial principal a cargo de la Delegación DIPBA de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. Riesgo que se ve fortalecido por la pena en expectativa, la que sería de suma gravedad, en virtud de los hechos que conforman la plataforma fáctica objeto de imputación"* (cfr. fs. 189 vta.).

Además, el a quo evaluó el estado de salud de entendiendo que *"el informe de fs. 155/160 efectuado por peritos del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien da cuenta de antecedentes de problemas de salud del encausado, de ninguna manera hacen referencia a la extrema gravedad que exige la normativa para autorizar el arresto domiciliario de un encausado"* (informe de fecha 8/04/16, cfr. fs. 185/192).

En dicho sentido, cabe recordar que el informe del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 1º de abril de 2016, concluyó que *"el paciente presenta al momento del examen (...):*

- 1) AMAUROSIS EN OJO DERECHO.
- 2) CATARATA NUCLEAR EN AMBOS OJOS





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

- 3) *Importante disminución de la agudeza visual del ojo izquierdo: 3/10 con corrección óptica.*
- 4) *Densa sínquisis centellanre o scintillato albescens en el humor vítreo de ambos ojos.*
- 5) *Alteraciones en el campo visual del ojo izquierdo.*
- 6) *Al no instilar colirio midrático por presentar cámaras anteriores estrechas en la periferia, no se pudo evaluar la retina por la alteración de los medios (...).*
- 7) *Exhibe certificados médicos con diagnósticos de 'trombosis de la arteria central de la retina' y/o 'neuritis óptica isquémica' en ojo derecho.*

En función de estas patologías se recomienda que el paciente sea evaluado, desde la perspectiva asistencial y en el menor plazos de tiempo posible..." (cfr. fs. 164/166).

Ahora bien, es ineludible en la teoría de los recursos el principio que ordena que sean resueltos de conformidad con las circunstancias existentes al momento de su tratamiento, aunque sean ulteriores a su interposición (Fallos 285:353; 310:819; 315:584, entre muchos otros).

Sentado ello, en la oportunidad prevista en el art. 465 bis, en función de los arts. 454 y 455, del C.P.P.N., la defensa de _____ acompañó copia del certificado de discapacidad del nombrado e informe médico de la Unidad N° 31 del Servicio Penitenciario Federal.

El diagnóstico de certificado de discapacidad indica "ceguera de un ojo, visión subnormal del otro" (cfr. fs. 261).

Por otro lado, el informe médico mencionado concluyó que en razón de las afecciones de _____ la "Unidad no se encuentra apta para alojar pacientes con discapacidad visual grave" (cfr. fs. 262/263).

En consecuencia, en atención a las circunstancias extraordinarias que se registran actualmente en el legajo, el recurso de la defensa tendrá





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

acogida favorable.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, revocar la resolución impugnada y estar a lo dispuesto por el juez de grado en su resolución de fecha 5 de agosto de 2015, sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.)

El Señor juez Juan Carlos Gemignani dijo:

I. En cuanto al análisis de admisibilidad formal del recurso interpuesto, cabe señalar que habiendo el Estado argentino asumido una responsabilidad de índole internacional, al integrar a su ordenamiento interno a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (OEA, AG/RES. 2875, del 15/06/15), los sentenciantes se encuentran obligados a una revisión de los parámetros legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales sobre la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal.

Es por ello que, en razón de lo expuesto, entiendo que la sentencia en crisis resulta impugnabile en esta instancia a la luz de lo previsto por el art. 457 del C.P.P.N., asimismo, los planteos esgrimidos resultan encuadrables dentro de los motivos previstos por el art. 456 del código de rito, y se han cumplido los recaudos formales de temporaneidad y de auto fundamentación exigidos en virtud del art. 463 del mismo digesto normativo.

II. Sentado ello, adelanto que habré de acompañar la solución propuesta por el colega que me precede en el orden de votación, por las razones que expondré a continuación.

En primer lugar, corresponde recordar que el Código Procesal Penal de la Nación, al tratar la prisión preventiva, previó expresamente en el art. 314 que el juez puede ordenar, en determinados casos, la prisión domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

Teniendo en cuenta que el código de rito fue sancionado con anterioridad a la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley nro. 24.660), la remisión que efectuaba dicho artículo del ordenamiento procesal era exclusivamente a los supuestos previstos en el artículo 10 del Código Penal, a saber: 1) que el delito fuera cometido por mujer honesta o 2) que se trate de una persona mayor de setenta años o valetudinaria, siempre que la prisión no excediese de seis meses.

Con la sanción de la ley 24.660 (B.O. 16/07/1996), cuyo artículo 229 señala que es complementaria de nuestro digesto sustantivo, se produjo la ampliación de los supuestos en los que el juez de la causa puede decidir que la medida cautelar privativa de la libertad se cumpla en el domicilio, agregándose el supuesto de una persona que padezca una enfermedad incurable y se encuentre en su período terminal, siempre que medie pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado.

Esta exégesis ha sido confirmada con la reforma legislativa que introdujo la ley 26.472 (B.O. 20/1/2009) a los artículos 32 y 33 de la norma supra mencionada y 10 del Código Penal pues, lejos de restringir los supuestos preexistentes de procedencia del beneficio en cuestión, los mantuvo y agregó nuevos: 1) el interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; 2) mujer embarazada; o 3) madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

Por último, una diferencia sustancial que marca el nuevo texto normativo y, a la vez, sirve para zanjar la tradicional disputa interpretativa acerca del carácter automático o discrecional de aplicación de dicho instituto procesal, radica en que la ley le exige al juez competente que previo a expedirse acerca de la viabilidad del mismo -conforme a los primeros tres supuestos





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

contemplados-, debe contar con informes médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique.

III. Fijado el marco normativo de la cuestión traída a estudio de esta alzada, habré de asentar mi criterio respecto de que la decisión de otorgar el beneficio del arresto domiciliario no es una obligación imperativa y automática dispuesta por la ley, sino que se trata de una facultad discrecional exclusivamente delegada por el legislador al juez, quien debe evaluar si resulta razonable, oportuno y conveniente, en razón de las pautas proporcionadas por la norma, conceder, o no, tal beneficio.

Tal conclusión deriva no sólo de un convencimiento personal sino, principalmente, de la letra y el espíritu de la ley a partir de la existencia del operador deóntico "podrá", utilizado por los artículos 10 del Código Penal y 32 de la ley 24.660 (modificado por ley 26.472), y guarda coherencia con la conocida pauta de interpretación según la cual la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (fallos: 304:1820; 314:18499), a la que no debe darse un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (fallos: 313:1149; 327:769).

En tal sentido, es posible sostener que la sola circunstancia de que un detenido alegue encontrarse en algunas de las causales previstas en la norma, no habilita *per se* la procedencia automática del arresto domiciliario.

De allí que el juez, aún frente al cumplimiento de algunos de los requisitos previstos en los artículos 10 del Código Penal y 32 de la ley 24.660, tiene la facultad de rechazar la concesión del beneficio, en la medida en que fundamente tal rechazo en razonables motivos justificantes. En otras palabras, el sólo hecho de que cumpla con algunos de los supuestos establecidos en los artículos previamente mencionados no implica que su encierro preventivo deba ser morigerado





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

automáticamente. Pues, una vez constatado que se ha alcanzado el extremo legal previsto, deben corroborarse los recaudos formales que deben acompañar la solicitud oportunamente impetrada por la parte, amén de tener en cuenta la doctrina fijada por nuestro Máximo Tribunal, concerniente al especial deber de cuidado confiado a los magistrados de la Nación, de garantizar el correcto desarrollo de los procesos y, una vez concluidos, garantizar el real cumplimiento de la pena impuesta a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos.

Ahora bien, en el caso bajo estudio, para revocar el arresto domiciliario oportunamente concedido al encartado, los magistrados de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, por unanimidad, consideraron que *“si bien el imputado supera la franja etaria propuesta por la Ley 24.660 (cfr. Texto según ley 26.472 art. 1 inc d), no se colige de las probanzas adunadas en autos la comprobación fáctica de afecciones que tornen inviable su encierro cautelar [...] puesto que del análisis integral efectuado no se vislumbran elementos que denoten que un posible encierro intramuros torne su estado actual de salud en inhumano o degrandante.*

Por otra parte, debe destacarse que en base a lo informado por el S.P.F. existen establecimiento carcelarios que pueden alojar al encausado, respetando aquellas situaciones que se presentan como cardinales para avalar que su detención respetara los estándares humanitarios que deben reinar en toda restricción cautelar ordenada”.

Y que “el arresto domiciliario del imputado podría poner en riesgo la integridad de testigos y víctimas de los hechos objeto del juicio, así como también favorecería la posibilidad a que eluda u obstaculice el accionar de la justicia, habida cuenta su experticia, los medios y las relaciones de las que podría valerse dentro de las estructuras de las que formó parte,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

entiendo, no ha sido evaluada con la seriedad que se merece por parte de los magistrados de la instancia anterior.

Por otra parte, es de destacar que la Alcaide Gabriela Potap, Jefe de la División de Asistencia Médica del Servicio Penitenciario Federal, si bien informó que el imputado podría ser alojado en el Anexo Residencial para Adultos Mayores (U 31), no garantizó que no existan probables interurrencias, complicaciones e incluso descompensaciones, en tanto se trata de un paciente geronte (77 años) y sus patologías pueden sufrir reagudizaciones, dado el carácter crónico y etiológicamente multifactorial de las mismas (cfr. fs. 175).

Finalmente, respecto de la enunciación genérica que los magistrados han efectuado de ciertos elementos que podrían, a su entender, configurar indicadores de riesgos procesales, invocando, principalmente, *"el umbral ascendiente que pudiera conservar el epígrafiado sobre las estructuras de poder de las que formó parte"* (cfr. fs. 189), no puede pasar desapercibido que el imputado lleva más de dos años gozando de la detención cautelar domiciliaria, sin que surja de la causa incumplimiento alguno de la misma, no vislumbrándose, en consecuencia, razón plausible que permita convalidar la determinación adoptada por el *a quo*.

Así las cosas, cabe recordar que la presente causa se encuentra sin procesamiento firme, por lo tanto, cobra vital valor la presunción de inocencia de la que goza todo imputado, lo cual exige, a los efectos de determinar la procedencia del instituto bajo estudio, de un análisis racional de las constancias obrantes en autos y de los derechos y garantías en juego, es decir que, para imponer tal medida coercitiva grave deben manifestarse razones fundadas acerca de la necesidad de tal decisión y la ausencia de riesgos para la salud del imputado, atendiendo no sólo a la normativa nacional





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

sino, además, a los estándares y obligaciones internacionalmente sumidos acerca de la vejez.

Pues, si bien es cierto que, en causas como la que nos ocupa, no puede perderse de vista la gravedad del contexto y de los hechos que caracterizaron el funcionamiento de la maquinaria estatal de represión y aniquilamiento de los elementos subversivos durante el último golpe institucional en nuestro país, y el imperativo internacional consistente en que sus responsables sean juzgados y sancionados, lo cierto es que ello no puede jamás conllevar la supresión de los derechos y garantías que le asisten a todo imputado o una interpretación diferente y más perjudicial a los intereses del encausado a la legalmente establecida. De lo contrario, se incurriría en una fragante violación a los principios constitucionales de legalidad formal, máxima taxatividad interpretativa, *in dubio pro reo*, *pro homine*, entre muchos otros.

Ante este cuadro de situación, cabe tener presente que los principios rectores del Estado de Derecho y del Derecho Penal Liberal requieren que toda medida coercitiva, en especial la que conlleva la restricción de la libertad ambulatoria, más aún si se impone contra una persona mayor de 70 años e, incluso, aquélla que impida la concesión de su versión morigerada -arresto domiciliario-, debe encontrar sustento legal pero, además, debe apoyarse en pruebas claras y contestes, y en concretas circunstancias personales del imputado acerca del riesgo procesal cierto que implicaría mantenerle el beneficio del que viene gozando, y ello, precisamente, es lo que no logró superar la decisión puesta en crisis.

1En otras palabras, entiendo que los fundamentos otorgados por el *a quo* resultan arbitrarios y deficientes, basados en apreciaciones dogmáticas abstractas, carentes de un análisis exhaustivo de los requisitos establecidos por la normativa aplicable al





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

instituto procesal bajo examen, y de las particulares circunstancias que rodean al presente caso.

IV. Finalmente, quiero dejar asentado mi criterio respecto de que aquella obligación internacionalmente asumida por el Estado argentino, concerniente en la investigación y sanción de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad durante la última dictadura cívico-militar, debe conjugarse con el resto de los derechos que se encuentran en juego en situaciones como la que nos ocupa, tales como la presunción de inocencia, el derecho que le asiste a todo imputado de transitar el proceso seguido en su contra en libertad -salvo que se presenten las específicas y legas restricciones dispuestas al respecto-, y los especiales derechos humanos reconocidos internacionalmente a las personas mayores de edad.

En efecto, no puede soslayarse que el Estado argentino también se comprometió ante la comunidad internacional a *“adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas [...] que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor [...] garantizar que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que sea privada de su libertad en razón de un proceso tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención [...] promover medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos [...] fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz...”* (cfr., principalmente, arts. 4, 5, 10, 13, 31 y 32 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

Derechos Humanos de las Personas Mayores, OEA, AG/RES. 2875, del 15/06/15).

En este entendimiento, desecho enfáticamente todo intento de cumplir con los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado nacional, en lo que a este tipo de investigaciones concierne, por cualquier manera que no sea la que respete las formas sustanciales del proceso penal, pues aquel objetivo jurisdiccional no puede alcanzarse a costa de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio, menos aún, pasándose por alto los principios emergentes de la forma republicana de gobierno, del orden constitucional y de un Estado de Derecho.

Por último, cabe tener presente que, recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos caratulados "Lombardo, Juan José s/privación ilegal de la libertad agravada art. 142 inc. 5", causa nro. CJS 1053/2014/CS1, rta. el 28/06/16, declaró inadmisibile el recurso extraordinario federal presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal, contra el rechazo, decidido por mayoría por esta Sala IV, del recurso de casación interpuesto por el titular de la vindicta pública tendiente a conseguir la revocatoria del arresto domiciliario del que venía gozando el encartado. Ello, trajo aparejada la firmeza del temperamento adoptado por este tribunal y, en consecuencia, la morigeración de la medida coercitiva por la cual se lo favoreció al condenado.

Al respecto, entiendo que nuestro Máximo Tribunal ha fijado una postura clara sobre el instituto en cuestión en causas como la de autos, sin dejar de atender a la obligación internacionalmente asumida por el Estado argentino respecto de la investigación y sanción de los responsables por delitos de lesa humanidad, pero en franca observancia de los principios y derechos emergentes del Derecho Penal liberal y del Estado de derecho.

En consecuencia, concluyo que la Cámara Federal





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

de Apelaciones de Mar del Plata prescindió de un análisis completo y circunstanciado de todo el plexo normativo en juego y de las concretas circunstancias personales de lo cual evidencia que, para alcanzar la decisión aquí cuestionada, los magistrados se basaron en consideraciones abstractas, discrecionales y notoriamente arbitrarias, lo que priva al fallo de su necesario sostén legal y lo descalifica como acto jurisdiccional válido (arts. 123 y 404, inc. 2º, C.P.P.N.).

V. En mérito a todo lo aquí desarrollado, y tal como lo adelantara al comienzo de esta presentación, habré de adherir a la solución propiciada por el colega que lidera el presente cuerdo.

Así voto.

El señor juez **Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Que en primer término corresponde expedirme acerca de la admisibilidad formal del recurso de casación interpuesto a fs. 213/229vta. contra la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata que revocó la decisión del magistrado de primera instancia que mantuvo la prisión domiciliaria oportunamente dispuesta en relación con (cfr. fs. 185/192vta.).

A esta Cámara Federal de Casación Penal compete la intervención en cuestiones como la aquí planteada, en la que la resolución recurrida resulta susceptible de ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior, habiéndose alegado la violación a garantías constitucionales y la arbitrariedad de sentencia.

Ello por cuanto es el órgano judicial "intermedio" a quien ha sido confiada la reparación de los perjuicios irrogados a las partes en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o bien porque su intervención aseguraría que el objeto a revisar por el Más Alto Tribunal "sería un producto seguramente más elaborado" (C.S.J.N. "Girolodi" - Fallos 318:514-), aún en los supuestos en los que, como en el *sub examine*, no





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

entre en cuestión la cláusula del artículo 8°, apartado 2°, inc. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (disidencia de los doctores Petracchi y Bossert en el caso R. 1309. XXXII, "Rizzo, Carlos Salvador s/ inc. de exención de prisión, causa N°. 1346", del 3 de octubre de 1997, y sentencia dictada en el caso A. 339. XXVIII. "Alvarez, Carlos Alberto y otro s/ injurias", del 30 de abril de 1996; entre otras).

II. Ahora bien, corresponde recordar cuál es el marco normativo que regula la prisión preventiva domiciliaria, a fin de analizar si han sido erróneamente aplicadas las normas que la regulan, como afirma el recurrente; o si, por el contrario, constituye una razonable aplicación al caso del marco jurídico en cuestión.

El artículo 314 del Código Procesal Penal de la Nación prevé expresamente la posibilidad de que el cumplimiento de la prisión preventiva sea en detención domiciliaria. Así, establece que *"el juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de pena de prisión en el domicilio"*.

El siguiente interrogante a responder es, entonces, cuándo corresponde el cumplimiento de la prisión preventiva en el domicilio de acuerdo a esa norma adjetiva, al Código Penal y las normas complementarias. El artículo 10 del citado cuerpo legal prevé que:

"Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;

b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;

c) El interno discapacitado cuando la privación





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;

d) El interno mayor de setenta (70) años;

e) *La mujer embarazada;*

f) *La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo” (el resaltado me pertenece).*

A su vez, este artículo del Código Penal se encuentra acompañado por la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (N° 24.660. modificada por la ley n° 26.472), cuyo artículo 229 señala que es complementaria al Código Penal.

El nuevo artículo 32 de la ley n° 24.660 ha quedado redactado de la siguiente manera: “... *El juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) al interno mayor de setenta (70) años; e) a la mujer embarazada; f) a la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo ...” (el resaltado me pertenece).*

El canon transcripto se ve complementado en su aplicación por la norma del art. 33 de la misma ley, que reza “... *La detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución o competente. En los supuestos a), b) y c) del artículo 32, la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social ...”.*

De esta forma, la inspección jurisdiccional que se reclama se ciñe a la aplicación concreta de los





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

preceptos del artículo 10 del Código Penal y de los artículos 32 y 33 de la Ley nº 24.660, todos modificados por la Ley nº 26.472 (que entró en vigor el 20 de enero de 2009).

Pues bien, de un análisis exegético de la reciente modificación al marco normativo del instituto de la detención domiciliaria puedo advertir, preliminarmente, que éste condiciona la concesión del beneficio del arresto domiciliario a los informes médico, psicológico y social "solamente" para los casos de internos enfermos que no gocen de adecuado tratamiento intramuros y tampoco corresponda su alojamiento en un nosocomio (inciso a) del art. 32); o al interno que se encuentre en el período terminal de una enfermedad incurable (inciso b) del art. 32); o bien al interno discapacitado que, en virtud de su condición, la privación de la libertad en el establecimiento penitenciario le ocasionara un trato cruel, inhumano o degradante (inciso c) del art. 32).

Infiero, entonces, que ningún condicionamiento es impuesto por la ley respecto de la concesión de la prisión domiciliaria a quienes se encuentren comprendidos en el inciso d) del artículo 32, es decir, a quienes superen objetivamente la condición etaria de setenta (70) años de edad.

Sin embargo, también advierto, sin apartarme un ápice de la letra de la última modificación al texto de la ley, que la concesión del arresto domiciliario por cumplimiento del requisito etario (en el caso cuenta con 77 años de edad -habría nacido el 8/1/1939 conforme surge a fs. 2 y ss. del presente incidente--) no funciona de manera automática, sino que el Juez puede rechazarla de mediar circunstancias justificantes que lo habiliten, siempre que sujete tal rechazo a los límites impuestos por la razonabilidad (artículo 1 de la Constitución Nacional).

III. Ahora bien, previo a ingresar al análisis de la cuestión sometida a estudio de esta Sala, habré de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

realizar un somero repaso del trámite que tuvieron las presentes actuaciones.

Con fecha 10 de julio de 2014 en oportunidad de ampliar la declaración indagatoria de _____, la Defensa Pública Oficial, solicitó -en el acto- la detención domiciliaria de su defendido atento a su estado de salud (hipertensión y problemas respiratorios -fumador-) y condición etaria, comprometiéndose la parte a aportar a la brevedad una completa historia clínica, pedido que fue concedido (cfr. fs. 2/4).

El 10 de octubre de 2014 la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, con motivo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, declaró prematuro lo resuelto por el instructor y encomendó el dictado de un nuevo pronunciamiento (cfr. fs. 33/vta.).

Ello con fundamento en que no se efectuó la correspondiente certificación médica de las patologías esgrimidas por la defensa -al tiempo de ser legitimado pasivamente su asistido- como tampoco se comprobó la existencia de lugares apropiados para su alojamiento en los que pueda garantizarse la debida atención a las cuestiones de salud (cfr. fs. 33/vta.).

Con fecha 5 de agosto de 2015 el Juzgado Federal N° 1 de Azul resolvió mantener el beneficio de prisión domiciliaria de _____ (cfr. fs. 98/100).

Para así decidir el instructor tuvo presente lo informado por el Servicio Penitenciario Federal en cuanto el interno *"...podría ser alojado en el ANEXO RESIDENCIAL para adultos mayores (U.31) de mantener el estado de salud informado por los galenos del Cuerpo Médico Forense en el informe del 06/11/2014 circunstancia que podría ser confirmada mediante examen médico actualizado..."* (cfr. fs. 98/vta. En este sentido, también fs. 90 y 92 e informe del C.M.F. obrante a fs. 90/91vta. -cuyos originales obran a fs. 106/109- del legajo de salud de _____).

Por otra parte, mencionó los informes



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

elaborados por el C.M.F. a fs. 56/58 y 90/91 del legajo de salud de de los que surge que si bien se hallaba -al momento del examen- compensado desde el punto físico los estudios complementarios demuestran "cardiopatía hipertensiva con leve repercusión hemodinámica" y "trastorno visual severo: ceguera ojo derecho y severos trastornos de la visión en ojo izquierdo" (cfr. fs. 98vta. En este sentido, cabe señalar que los informes mencionados fueron confeccionados con fecha 14 de octubre y 6 de noviembre de 2014).

En dicho contexto, el magistrado instructor recordó el marco normativo aplicable al caso y consideró razonable conceder el arresto domiciliario, conforme lo establecido en el inciso d) del artículo 32 de la ley nº 24.660 pues -a su entender- la edad importa una presunción legal de riesgo de salud (cfr. fs. 99vta.).

Por último, precisó que no existían riesgos procesales a fin de implementar la modalidad morigerada solicitada (cfr. fs.99vta.).

Luego, con fecha 1 de junio de 2016 la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, revocó lo resuelto -cuestión sometida a examen de esta Sala- indicando -en lo sustancial- que si bien el imputado cumple con el requisito etario dicho extremo no importa la concesión automática del instituto pues en el caso se configuran riesgos procesales que obstan su concesión y, que por lo demás, las patologías que padece podrían en principio ser tratadas adecuadamente en un establecimiento carcelario (cfr. fs. 185/192).

Debo destacar que para adoptar dicha resolución el *a quo* requirió el legajo de salud de como también la actualización de los informes médicos existentes con intervención del C.M.F., cuyos resultados obran a fs. 161/170 (reseñada por el colega que preside el presente acuerdo al que me remito por razones de brevedad) y sobre cuya base el Servicio Penitenciario Federal brindó la respuesta obrante a fs. 174/175 en punto a la posibilidad de alojamiento del imputado (en





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

este sentido cfr. fs. 130, 134 y 137 como también fs. 141 y 171).

Del primero de ellos, surge con fecha 1/4/16 la recomendación efectuada por el Dr. Borrone, Oftalmólogo del C.M.F. en punto a que *"...el paciente sea evaluado, desde la perspectiva asistencial y en el menor plazo de tiempo posible (preferentemente no mayor a 30 días) en un centro oftalmológico que cuenta con un médico oftalmológico especializado en patología de la retina"*, conclusión que reiteró con fecha 4/4/16 el Dr. Papagni, galeno del mismo cuerpo, quien señaló que presente al momento del examen *"...un regular estado general de salud física..."* (cfr. fs. 166 y 170).

Por su parte, la Unidad n° 31 del S.P.F. informó con fecha 29/4/16 que atento al *"...carácter crónico y etiológicamente multifactorial de sus antecedentes patológicos..."*, *"...el SPF tiene la capacidad e brindarle la atención requerida, no siendo posible garantizar que no existan probables interurrencias, complicaciones e, incluso, descompensaciones"* (cfr. fs. 175).

IV. Así las cosas, entiendo que el cuestionamiento efectuado por la defensa, en las particulares circunstancias de autos, habrá de tener favorable recepción por los motivos que a continuación expondré.

En el caso se encuentra en una franja etaria que supera los 70 años de edad, requisito que *prima facie* habilitaría la concesión del beneficio por estar comprendido en el supuesto del artículo 32, inciso d) de la ley n° 24.660 pero -como expliqué con anterioridad- dicho extremo no funciona como otorgador automático del beneficio y el rechazo no funciona como un poder discrecional del juez, sino que sólo puede denegarlo de mediar circunstancias justificantes que lo habiliten, siempre que sujete tal rechazo a los límites impuestos por la razonabilidad.

En este sentido, conforme surge de las





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

presentes actuaciones se encuentra en arresto domiciliario desde el 10 de julio de 2014 y ha cumplido con la supervisión efectuada con motivo de la concesión del instituto hasta el presente por lo que -en las particulares circunstancias de autos- no existen elementos que en principio permitan inferir un comportamiento sospechoso de su parte que torne verosímil la posibilidad de que ponga en peligro la adecuada administración de justicia (cfr. constancias obrantes en legajo de salud).

Es que -conforme apuntó su asistencia técnica- el expediente en el cual se encuentra imputado se halla en etapa de debate oral, habiéndose realizado el ofrecimiento de prueba, por lo que a efectos de asegurar su comparecencia en juicio podría evaluarse la posibilidad de incluir al nombrado en el "Programa de asistencia de personas bajo vigilancia electrónica" (cfr. fs. 270vta./271vta.) y, ello, atento al especial cuidado exigido y que corresponder extremar en virtud de la naturaleza de los delitos endilgados a .

Por otro lado, cabe señalar que el *a quo* extremó las medidas necesarias a efectos de realizar una adecuada ponderación del cuadro de salud que presenta (inciso a), habiendo solicitado su legajo de salud y requerido la actualización de los informes médicos existentes con intervención del C.M.F. como también teniendo presente lo informado por el S.P.F. en punto la posibilidad de alojamiento de un interno geronte con patologías múltiples (cfr. fs. 161/170 y fs. 174/175).

Sin embargo, es sabido que los recursos deben ser resueltos de acuerdo a las circunstancias sobrevinientes al momento de su interposición.

En oportunidad de celebrarse la audiencia prevista en el artículo 465 *bis* -en función de los artículos 454 y 455- del C.P.P.N. la defensa presentó las breves notas obrantes a fs. 264/272 a lo que añadió copia del certificado de discapacidad de -emitido el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

8/8/16- del que surge como diagnóstico "*Ceguera de un ojo derecho, visión subnormal del otro [.] Otras retinopatías proliferativas*" como también de lo informado el 8/9/16 por la Unidad n° 31 del S.P.F. en cuanto a que "*...el establecimiento no aloja pacientes con Amaurosis Bilateral, por lo tanto no cuenta con condiciones especiales para personas con Discapacidad Visual. No se cuenta con recursos humanos, ni infraestructura para personas con discapacidad visual (...). Se informa además que esta Unidad, no se encuentra apta para alojar pacientes con discapacidad visual grave (Amaurosis Bilateral, Visión Bulbo)*" (cfr. fs. 261/3).

En dicho contexto, atento a las particulares circunstancias del caso, entiendo que el reclamo efectuado por la defensa (inciso c), habrá de ser resuelto favorablemente.

Resta realizar una última observación en punto al trámite que tuvieron las presentes actuaciones con el objeto de asegurar adecuadamente los derechos que asisten a las partes en este tipo de incidencias.

En esa dirección, habré de compartir las observaciones formuladas por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en cuanto encomendó al magistrado instructor la necesidad de contar con informes actualizados que den cuenta en forma acabada del estado de salud en el que se encuentra el imputado a efectos de adoptar resoluciones como las aquí cuestionadas, más aun cuando -conforme observó el propio magistrado- las cuestiones de salud en personas gerontes son dinámicas y varían en un corto plazo.

Por ello, efectuadas estas breves consideraciones, propicio al acuerdo, habré de adherir a la solución propuesta por el doctor Borinsky, en su voto.

En virtud del Acuerdo que antecede, el Tribunal,

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa de , **REVOCAR** la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FMP 53030615/2004/114/97/CFC71

resolución impugnada y **ESTAR** a lo dispuesto por el juez de grado en su resolución de fecha 5 de agosto de 2015. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y comuníquese (Acordada 15/13 CSJN -Lex 100). Remítase al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

JUAN CARLOS GEMIGNANI

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO HERNÁN BORINSKY

Ante mí:

