

"RIVAS, GUSTAVO - Ejecución de Pena - S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA" Expte. N° 5317

---

///C U E R D O:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los dos días del mes de junio del año dos mil veintitres, reunidos los Miembros de la Sala N° 1 en lo Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: Presidenta Dra. CLAUDIA MÓNICA MIZAWAK, el Señor Vocal, Dr. DANIEL OMAR CARUBIA y el Señor Vocal, Dr. GERMÁN R. F. CARLOMAGNO, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. Melina L. Arduino, fue traída para resolver la causa caratulada: "RIVAS, GUSTAVO - Ejecución de Pena - S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA" Expte. N° 5317

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: CARUBIA - MIZAWAK - CARLOMAGNO.-

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó la siguiente cuestión:

¿Qué corresponde resolver?

A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CARUBIA, DIJO:

1.- La Sala N° 2 de Casación Penal, en fecha 10/2/23 resolvió, entre otros puntos, hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Dr. Lisandro Béhèran contra la prisión domiciliaria dispuesta por sentencia de fecha 22 de diciembre del año 2022 del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Gualaguaychú, la que revocó y dispuso el inmediato traslado del penado Gustavo Rivas, desde el lugar donde cumplía prisión bajo modalidad domiciliaria, hacia la Unidad Penal N° 9 "La Granja" de la ciudad de Gualaguaychú, donde estableció que permanezca alojado y a disposición del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad N° 2, organismo jurisdiccional al que le impuso el arbitrio de las condiciones posibles de

seguridad, sanitarias, así como los tratamientos psicológicos, psiquiátricos, atención médica, exámenes clínicos si correspondieren y la provisión de los fármacos que eventualmente fueren prescriptos.-

Al adoptar semejante temperamento, resaltó que la Ley N° 26.472 introdujo modificaciones a la N° 24.660 y al Código Penal y, en cuanto a lo que aquí resulta conducente, dispuso modificar el artículo 32 de la Ley de Ejecución de Penas. Agregó que, para la consideración del presente instituto del Derecho Penitenciario resulta de importancia la Ley N° 27.360, mediante la cual la República Argentina aprobó la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores. De igual manera, manifestó que el trato humanitario en la ejecución de la pena tiene expresa consagración normativa que sustentan el derecho del condenado a instar el otorgamiento de la prisión domiciliaria, no pudiéndose prescindir de la vigencia y operatividad de los derechos de la víctima, así como el principio de la tutela judicial efectiva.-

Resaltó la participación de las víctimas que debe regir durante todo el proceso, otorgándoles un protagonismo importante la ley 27.372 hasta, incluso, su participación en la ejecución de la pena privativa de la libertad, sin que su opinión fuere técnicamente vinculante. Acotó que la interacción de las mencionadas premisas legales dentro de ese universo normativo precedente, importa en el caso, un problema del tipo jurídico axiológico que conlleva una tensión entre los derechos del justiciable vs. los de las víctimas, entre otros, debiéndose verificar preliminarmente si aquella excepción a la prisionización efectiva es facultativa para el órgano jurisdiccional o, tal como lo ha esgrimido el Defensor, sería de aplicación automática, luego de la mera constatación de la circunstancia etaria.-

Aseveró que, tanto el dispositivo legal contenido en el ordenamiento sobre trámites penitenciarios cuanto el código penal en los

preceptos puntualizados, se exhiben como conceptos herméticos dentro de la redacción de cada norma, despojados de semántica equívoca, toda vez que facultan al órgano jurisdiccional respectivo en virtud de los vocablos "podrá" o "podrán, a criterio del juez competente" que impiden otra interpretación, lo que, en su opinión, contraviene que bastase la mera constatación de la avanzada edad, para que el justiciable se torne acreedor *per se* de la modalidad de cumplimiento en la forma menos severa, en su casa, en un domicilio particular, en tanto el texto es claro y disipa cualquier resquicio de dudas en su significación.-

Citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre interpretación de las normas, recordando que "*cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente*" (CSJN - Fallos, 324:1740) y, con fundamento doctrinario, concluyó que el límite de edad no es más que una condición necesaria para abordar la petición del interesado, pero no suficiente para su reconocimiento judicial sin que pueda prescindirse de los informes médicos, psicológico y social, por lo que razonó que la prosperidad del instituto, si bien no debe ser resuelta en forma automática, no se encuentra librada a la discrecionalidad y menos a la arbitrariedad judicial.-

Consideró que no supone que se trata de un mecanismo a merced de la pura y simple decisión de los tribunales, según su libre arbitrio, sino que amerita, como todo acto republicano de gobierno, una motivación racional y la exhibición de ese *iter* lógico hasta la conclusión. Dejó explicitada su discrepancia con el *a quo*, en tanto caracterizó la modalidad domiciliaria como la regla, aseveración para cuya desestimación estimó conducente citar las directrices que aduce provenientes de este STJER, aunque estrictamente se trata de un pronunciamiento de Casación, *in re*: "IZAGUIRRE, Raúl - Homicidio agravado, homicidio calificado por alevosía y otros - RECURSO DE CASACIÓN

DE FERIA s/EJECUCIÓN DE PENAS", emitido en enero de 2023, en el que se reafirmó, por remisión al voto de la Dra. Mizawak en autos "Rivas, Liliana Graciela - Recurso de Casación s/Impugnación Extraordinaria" (Expte N° 4877), la idea que la regla general es que la persona detenida cumpla su condena en un establecimiento carcelario creado a ese efecto y solo excepcionalmente, por cuestiones humanitarias y en supuestos determinados, la posibilidad de conceder la prisión domiciliaria.-

Adujo que la concesión de la modalidad domiciliaria en la ejecución de la pena es excepcional, no basta como único presupuesto la constatación de la edad cronológica del justiciable, y las partes, si hubiese consenso, o solamente el defensor, habrán de argumentar los perjuicios que irrogarían al condenado un tratamiento semejante a tratos crueles o degradantes, encontrándose el órgano jurisdiccional facultado para decidir el acogimiento o su desestimación, en cualquiera de ambos casos, mediante resolución racionalmente fundada y de acuerdo a las constancias de la causa.-

Dentro de las singularidades del caso, dijo evidenciarse la firmeza de la sentencia condenatoria, con una dosificación punitiva también pasada en autoridad de cosa juzgada, determinada judicialmente en una elevada cifra de veintitrés años de pena de prisión efectiva, luego de la acreditación la responsabilidad del incurso en una concurrencia material e ideal delictiva de varios hechos de inusitada gravedad y perpetrados contra una pluralidad de víctimas menores en la época de los eventos. Además, ponderó el contenido de un dictamen del Equipo Técnico Interdisciplinario del Poder Judicial de la jurisdicción de Gualeguaychú respecto a cuestiones de relevancia para el litigio, documento en que evidenciaron los profesionales los reparos que les generaba la detención domiciliaria del condenado a partir del "*acceso indiscriminado a redes sociales e ingreso de gran cantidad de personas y posibles menores al domicilio, ya que en el mismo funciona un estudio jurídico*

*de acceso público, el cual se conecta directamente a la vivienda, considerándolos potenciales factores de riesgo. Esto debe contemplarse a la luz de lo mencionado frente a la falta de trabajo introspectivo y reconocimiento en relación a los delitos que se le imputan",* apreciaciones esbozadas por una Trabajadora Social, un Terapeuta Ocupacional, una Psicóloga y un Médico Especialista en Psiquiatría.-

Aclaró que tales consideraciones, si bien no vinculantes, ameritan ser ponderadas incidiendo en el sentido su voto, por dos razones; la primera de ellas vinculada a los fines de la pena específicamente contemplados en el régimen carcelario que, además de su función de retener y custodiar, tiene como objetivo lograr su adecuada reinserción al entorno libre, habida cuenta que la ejecución de la pena privativa de la libertad tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando que mantenga o adquiera pautas de comportamiento y de convivencia, pretensiones que, a la luz del no cuestionado dictamen de los expertos, juzgó no están siendo logradas en la modalidad residencial.-

Exteriorizó que no le resultan lógicos los argumentos del Defensor en cuanto alegó la falta de utilidad de la internalización de aquellos conceptos, en virtud de su edad. Respecto a la instrumentación de determinadas medidas impuestas por el Juez, para mantener la detención en el domicilio, estimó que no es suficiente una conminación imperativa de imposible verificación o control, para que el justiciable se abstenga de utilizar la tecnología que podría tener a su entera disposición en la privacidad de su domicilio, ni que baste tampoco que se prohíba mantener contacto con las víctimas u otros jóvenes que necesariamente ingresan y egresan como informaron desde el ETI, no pudiéndose neutralizar la concurrencia y contacto con la mera imposición de la tobillera electrónica, cuyo fin -aseguró- es garantizar la restricción geográfica dentro del domicilio o dicho de otra manera,

evitar la libre circulación ambulatoria.-

Otra conclusión que dedujo de los relevamientos del Equipo Técnico los relaciona con desalentar o evitar, prevenir la reiteración delictiva en aquel domicilio donde paradójicamente acontecieron los acreditados ultrajes, adicionando los antecedentes de los que surgió un *modus operandi* en similares condiciones, conspiran seriamente con el favorecimiento de la ejecución de la pena en una residencia particular, más allá de las -según la *quo*- inocuas medidas de coerción dispuestas por el magistrado que -entendió- lucen absolutamente inidóneas para el cumplimiento de los fines figurados en el fallo.-

Esbozó que resulta actualmente inviable la detención domiciliaria del condenado, aún considerando su condición de septuagenario, sin perjuicio de señalar que, cuando se revisó la condena, su posición fue proclive a la prescripción de la mayoría de las acciones penales, salvo en la adhesión a la pena de ocho años por el delito que evaluó no prescripto, referenciando luego el voto -mayoritario- de esta Sala Penal, que mantuvo su vigencia por analogía sustancial con las graves vulneraciones de los derechos humanos definidas así en la comunidad internacional, lo que para ella, por su calidad de referente jurisprudencial local, reviste incidencia en la presente decisión a adoptarse, como un elemento más de consideración.-

Razonó que el defensor del justiciable debió alegar que en la ocasión, la pena privativa de libertad tuviese un contenido aflictivo particularmente intenso que constituyese un trato cruel, inhumano o degradante del detenido, lo que en este caso -afirmó- no fue argüido, en virtud de que la defensa se descansó en la consideración de aplicación automática el beneficio regulado, sin haber siquiera insinuado dolencias, afecciones o patologías que no pudiesen ser tratadas en los establecimientos penitenciarios, más allá de la precaria situación de los mismos que afecta a todos los internos

por igual.-

No advirtió que hubiesen sido escuchadas las víctimas cuya opinión, no obstante no ser vinculante, es importante para la elucidación del autor y ameritaban ser oídas, con la particularidad en la presente situación, circunstancias que -a su criterio- debieron ser verificadas por el judicante, pese a lo cual, postuló la imperativa configuración del presupuesto objetivo en favor del condenado -la sola edad cronológica- y se desentendió del resto de las constataciones que a su entender fueron saludablemente expedidas por el Juez de la causa -Dr. Rossi, antes de su excusación- obviándose que podrían haber enriquecido la decisión, informes sobre el estado de salud del Dr. Rivas, las posibilidades de atención médica de complejidad que no pudieren ser eventualmente provistas por el estado, informes médicos, psicológicos, entre otros.-

Discrepó con el recurrente en orden a que la resolución no estuviese motivada y debiera descalificarse como acto jurisdiccional válido, sino que sostuvo que fue acabadamente consistente sólo que consecuente con su postura precedente adoptada. Destacó el compromiso funcional exhibido por el Fiscal Coordinador, a lo largo de todo el procedimiento y puntualmente en esa instancia en la que interpuso la impugnación, aun sin el acompañamiento de los querellantes.-

Por último, puso de resalto que la adopción de la decisión que propició no es definitiva, toda vez que la modalidad de ejecución podría ser nuevamente promovida y analizada tantas veces como variasen las condiciones de salud del justiciable o que fundadamente se brindaran argumentos que demostrasen que el encarcelamiento, a raíz de las condiciones personales excepcionales del sujeto, provocaría alguna de las dos razones cuya consecuencia la ley está encaminada a evitar, como el trato cruel, inhumano o degradante del detenido o la restricción de derechos fundamentales que la

prisión no debe afectar, motivos por los cuales resolvió en los términos supra referenciados.-

II.- Contra dicho decisorio, la defensa técnica de Gustavo Rivas, a cargo del Dr. Raúl Eduardo Jurado, interpuso impugnación extraordinaria y adujo hacerlo por grave violación de las garantías contempladas en los arts. 18 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, a fin de que se deje sin efecto la sentencia puesta en crisis, en lo que es motivo de tacha por arbitrariedad, confirmándose, en consecuencia, la decisión impugnada del señor Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Gualeguaychú -Subrogante-, Dr. Tobías Podestá, por la cual se le había otorgado a su defendido la detención domiciliaria, para el cumplimiento de la condena impuesta.-

Luego de repasar los recaudos de admisibilidad que consideró cumplimentados, señaló que el agravio muy serio que lo hace convocar la atención de este Tribunal es la violación del derecho, señalando el abandono del principio de legalidad, inobservando el derecho que regula materia en cuestión, además del discernimiento que indica un menosprecio a las reglas de la sana crítica en su valoración, efectuando una interpretación francamente arbitraria.-

Afirmó que la primera cuestión es que el fallo atacado echa mano a pareceres e incluso a una publicación desconocida, donde se discurre sobre algunos aspectos que "argumentarían" el apartamiento de la legalidad con la decisión. Acotó que, que bajo la presunta discusión de que si es una facultad o no el otorgamiento de la domiciliaria por parte del Juez de Ejecución, introduce la cuestión de que si es o no suficiente, en el caso que nos ocupa, la constatación de si se superan los 70 años de edad.-

Sostuvo que, en rigor de verdad, nadie puede dudar que ese "podrá", como que es la tercera persona del singular del futuro de indicativo de

"poder", que como locución adverbial, es para explicar que alguien ejecuta algo impelido y forzado y sin poder excusarlo ni resistirlo, más allá de otorgársele el significado a "podrá", como la facultad o capacidad para hacer una cosa tiene poder para tranquilizar a la gente, y que esa capacidad la tiene por ley el Juez de Ejecución y nadie más, pero conlleva a que el "podrá", sea reminiscencia a los supuestos legales, que en nuestro caso emanan del artículo 10 del Código Penal y del artículo 32 de la Ley N° 24.660, sustituido por el art. 1° de la Ley N° 26.472 (B.O. 20/1/2009).-

Agregó que el artículo 33 de la precedentemente citada ley, dispone que *"...La detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución o competente..."*, entonces -razonó- es arbitrario quitarle esa "facultad" y/o "deber" que le imprime la ley al Juez de Ejecución, quien consideró correcta la sola comprobación etaria exigida en la normativa vigente. Afirmó que no hay discusión alguna que la ley le otorga esa facultad de decidir que un condenado, de los mencionados en el artículo 32 de la Ley N° 24.660, cumpla la condena en su domicilio, al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y no a la Sala de Casación Penal, sin perjuicio de que ésta pueda controlar si se cumplió con la ley, vale decir, si Rivas tiene más de 70 años, pues nada más exige la ley.-

Aseveró que es absolutamente arbitraria esta cuestión, toda vez que de manera solapada, empotra de manera prohibida, algo que la ley no exige, por lo tanto, no se abriga la más mínima hesitación, que este acto jurisdiccional, excediéndose en su competencia, realiza un acto legislativo, siendo que no está permitido distinguir donde la ley no distingue, brillando por su ausencia toda refutación a esa defensa, sino que ni siquiera se hizo la más mínima mención, a la argumentación legal que hizo, en cuanto que el artículo 33 de la Ley N° 24.660, con diáfana luminiscencia, prevé que solamente en los supuestos del 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; al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal y 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; pero jamás, menciona en toda la ley, al interno mayor de setenta (70) años, como tampoco le exige a la mujer embarazada, ni a la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo.-

Alegó que continuó esa arbitrariedad con la cita de ese tal Peralta, que comenta cuando estaba vigente el viejo artículo 33 de la ley de ejecución, olvidando o desconociendo u ocultando que diez (10) años después de esa "autorizada doctrina", el mismo artículo 33, fue sustituido por la Ley N° 26.472; esta vez, distinguiendo con incontrovertible luminiscencia, para qué caso se exige el previo informes médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique, cuando hoy reza esa norma legal que no en todos los casos, como era antes, con lo cual consideró que, al diferenciar lo que la ley no diferencia, ese argumento carece de todo valor y deviene arbitrario, sin hesitación alguna.-

Estimó que tampoco es cierto, sino arbitrario, lo que sostuvo la magistrada con citas doctrinarias, dado que, si bien lo utiliza para reforzar su fallo, más bien resulta a la inversa, dado que la "arbitrariedad judicial", es manifiesta con el apartamiento de la ley, que no prevé otra cuestión que acreditar los extremos que ella prescribe, pretendiendo la sentencia recurrida darle a la forma, modo o lugar de cumplir una condena para determinadas personas, con el carácter excepcional de la morigeración en la ejecución de la pena, lo que no es cierto y así, con ese arbitrario criterio, mal sostiene, la discrepancia con el *a quo*, por haber caracterizado la modalidad domiciliaria

como la regla.-

Resaltó que, si la ley antes de la reforma decía que había que controlar algo más, además de superar los 70 años de vida, era correcto exigirlo, pero si tras la modificación dejó de hacerlo, no se puede decir que se haga. Expresó que no legisla el Poder Judicial, le está vedado, porque lo que consagra la Constitución Nacional es que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal y ello importa la división de poderes con la expresa prohibición de que uno se arrogue las prerrogativas de los restantes.-

Manifestó que además de arbitrario, el fallo cuestionado ensayó una especie de exposición de motivos, con la gravedad de una pretendida nueva sanción, resultando arbitraria la introducción de los hechos que motivaron la condena, pues aparece que se pretende imponer una condena accesoria a los 23 años de prisión ya cargados a Rivas. Dijo que ya se demostró que la orden del Juez Rossi, antes de excusarse y que Casación le autorizara, de convocar en este caso al Equipo Técnico Interdisciplinario del Poder Judicial de la jurisdicción de Gualeguaychú fue ilegítima, porque no la autorizaba el ya mencionado artículo 33 de la ley de ejecución de penas, cuestión no refutada para nada en esta sentencia, con la arbitrariedad no sólo de su admisión sino de su invocación como pábulo para revocar la impecable sentencia del Juez de Ejecución.-

Destacó que, aunque la emisora del voto acompañado por los demás integrantes de la Sala, formuló una explicación de lo inexplicable, al distinguir que había votado antes por la extinción penal por prescripción, por no considerar los hechos como "graves vulneraciones de los derechos humanos", hoy, en una especie de obediencia debida, viene a utilizarlo como fundamento de su decisión. Infirió que, aceptar como argumento la cualidad que le otorgan a los episodios por los que se condenó a Rivas, no es tal, sino

que reviste una nueva y accesoria pena, que se le asocia a los 23 años de prisión impuestos. Acotó que fuese de aplicación el derecho externo convencional, sería a los 60 años, conforme la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.-

Adujo que perturba todo razonamiento lógico lo que dice este fallo, que si Rivas se enferma mal, se puede revisar la cuestión y puede cumplir la pena en su domicilio, pero ello sepulta irrisoriamente el pábulo invocado acerca de los hechos de graves afectación a los derechos humanos.-

Concluyó que la admisibilidad de la impugnación extraordinaria debe ser declarada porque la sentencia recurrida desconoce la inteligencia de los arts. 18 y 75, inc. 22, C.N., en cuanto a la garantía de defensa en juicio y proceso justo, emerge claramente la "cuestión federal" por sentencia arbitraria, ya que tal como se explicita en el curso del presente memorial, la resolución recurrida presenta vicios de fundamentación que suscitan la cuestión federal y los fundamentos del recurso que se articula tienen una relación directa e inmediata con las cuestiones de validez constitucional por graves violaciones a las normas contenidas en nuestra Carta Magna, leyes y convenciones citadas, especialmente del principio de legalidad, respecto del debido proceso y derecho de defensa en juicio.-

Finalmente, solicitó se deje sin efecto la resolución de la Sala N° 2 de la Cámara de Casación Penal se confirme la dictada por el señor Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Gualeguaychú -subrogante-, Dr. Tobías Podestá, del 22 de diciembre de 2022, por la que se otorgó la prisión domiciliaria al condenado Gustavo Rivas.-

II.- La Cámara de Casación Penal -Sala II-, dispuso el día 28/2/23 conceder la impugnación extraordinaria articulada y elevó las actuaciones a esta Alzada, luego de lo cual, tras definirse la integración del Tribunal, se corrió vista a las partes.-

II.1.- Contestando el traslado corrido, se presentó el señor Defensor, Dr. Raúl Eduardo Jurado, y ratificó "*in totum*" el pábulo expresado en el escrito recursivo, adicionando que el deterioro en la salud del condenado Gustavo Rivas ya comienza a ser notorio, toda vez que ha padecido picos de presión y arritmia, además de no corresponderse los alimentos proporcionados por el Servicio Penitenciario ni con su edad ni con sus patologías, con el agravante de que, en tales ocasiones, fue atendido por un enfermero, quién lo ha medicado, a todas luces indebidamente, por cuanto lo debe hacer un galeno, luego de lo cual reiteró su petición.-

II.2.- Por lo demás, conforme informe Actuarial obrante en autos, se puede inferir de los términos del mismo, que el 17/4/23 se dispuso correr traslado al Ministerio Público Fiscal, por el término de cinco (5) días, respecto del recurso de impugnación extraordinaria interpuesto por el Defensor Técnico del condenado Rivas y del escrito presentado, destacándose que el vencimiento de dicho plazo operó el 25/4/2023 a las 09:00 horas, habiendo contestado el traslado oportunamente dispuesto el Fiscal Coordinador de Gualeguaychú e Islas de Ibicuy, Dr. Lisandro Béhèran, a través de un escrito subido por medio de sistema de notificaciones electrónicas, el 27/4/2023 a las 19:14 horas, de lo que puede colegirse, sin mayor hesitación, que tal actividad de la fiscalía fue cumplimentada de manera manifiestamente extemporánea dejando transcurrir el espacio temporal válido para cumplimentar con dicho cometido, revistiendo dicho plazo carácter de perentorio e improrrogable (cfme.: arts. 191, 192, 193 y ccdds., Cód. Proc. Penal), con lo cual, debió haberse desestimado *in limine*, razón por la cual propongo se proceda a su desglose electrónico y posterior devolución por Secretaría a su presentante, omitiendo en el presente toda consideración de su contenido.-

III.- Puesto a proponer una concreta decisión para el caso,

teniendo en consideración los antecedentes extractados y efectuado un escrupuloso examen del planteo defensivo, en lo esencial, cabe señalar preliminarmente que el texto legal del art. 10 del Código Penal Argentino dispone 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 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*" (las negritas son de mi autoría).-

Estimo que respecto de la cuestión de la edad de la persona privada de libertad -en el caso que nos ocupa, condenada-, considerándose la norma precitada, como así también lo prescripto en la Ley N° 24660 -modificada por la Ley N° 26472- resulta idónea para encuadrar en la situación descripta en su art. 32, inc. d, siendo que, más allá de la modificación aludida que sufrió el texto originario al abarcar otros supuestos de procedencia de la prisión domiciliaria, se mantuvo indemne en lo atinente a la edad, siendo clara la letra legal al disponer que el juez "*podrá*" disponer el cumplimiento de la pena mediante detención domiciliaria, la cual debe evaluarse considerando -como se hizo en la instancia desarrollada por ante el Juez de Ejecución Penal-, entre otros aspectos, instrumentos de tinte internacional, debiéndose resaltar que, en el específico caso de las personas mayores que se encuentran privadas de su libertad, las necesidades ínsitas derivadas del proceso natural y lógico de envejecimiento, las cuales se ven agravadas por las propias condiciones de

vulnerabilidad y hacinamiento en que se encuentra la población carcelaria, aspecto este último que resulta notorio, con el aditamento de que muchos establecimientos penitenciarios no cuentan con una infraestructura acorde con los requerimientos que pueden llegar a demandar personas que se hallan, como en este caso el Dr. Rivas, dentro de un colectivo de personas que, más allá de la condena recaída sobre él -lo cual es una cuestión ajena al puntual planteo que nos ocupa- ameritan sus cuidados especiales, debiéndose velar por el -irrestringido- respecto a la dignidad humana que es reconocido y garantizado convencionalmente (cfme: art. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).-

Cabe traer a colación una publicación en la Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (Tomo 76, Número 2, diciembre de 2016) efectuada por el Profesor Titular consulto de Derecho Penal de la UCA, Dr. Roberto Durrieu, quien, entre otros conceptos vertidos sobre la materia, afirmaba que *"Nuestro país se caracterizó, desde que comenzaron a dictarse las primeras leyes con contenido penal, por tomar previsiones legales, ya sea en los códigos penales y procesales como en las disposiciones contenidas en las leyes penitenciarias, para que el cumplimiento de los arrestos o penas no infrinjan un sufrimiento que vaya más allá del que surge naturalmente de una privación de libertad (...). El fin de atemperar el mayor gravamen de la privación de la libertad, sea por razones de enfermedad, simple estado de deterioro general, o por la sola razón de una edad avanzada que supone 'juris et de jure' una menor resistencia física o espiritual de quien la padece, ha sido siempre, en especial, utilizar la 'prisión domiciliaria' para el caso de penas o amenazas de éstas, cuando se encuentra la persona sometida a un proceso criminal. Es decir que el legislador entendió que cumplida cierta edad -en la legislación vigente 70 años- el detenido que continúa preso recibe un castigo, que excede*

*el natural que produce la prisión (...) Cabe destacar que a partir de las reformas hoy vigentes, se enumeraron separadamente las causales para determinar la detención domiciliaria, estableciéndose en un aspecto el beneficio para distintos tipos de enfermedades y en otro inciso separado totalmente, para el caso del interno 'mayor de 70 años' (...) Existe consenso al afirmar, además, que el régimen de prisión domiciliaria es, ante todo, 'un auténtico derecho para quienes se encuentran en las situaciones que describe la norma y que, si bien su concesión no debe ser resuelta en forma automática, en modo alguno está librada a la discrecionalidad, y mucho menos a la arbitrariedad judicial, como se ha sufrido en muchos casos. La aclaración es importante porque la norma establece la concesión del régimen como una facultad judicial ('podrán' y 'a criterio del juez competente'). Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia advierten que ello no supone que se trate de un mecanismo que depende de la pura y simple decisión de los tribunales, carentes de explicación racional para separarse del principio. Cabe repetir el concepto; la apreciación judicial solo podría denegar la prisión domiciliaria cuando se corren riesgos de que se desnaturalice o se abroge, en la práctica, el régimen de detención. Si no está fundada específicamente esta única razón, deberá concederse siempre la prisión domiciliaria. En virtud de ello, en caso de darse uno de los supuestos previstos en el art. 10 del CP, para la concesión de esta modalidad de ejecución de la pena, el rechazo de la misma deberá ser fundado y nunca podrá encontrar apoyo solo en el argumento de que su concesión es facultativa. Deberá, en todo caso, explicarse de un modo lógico y fundado que no resulta viable el instituto, por no responder en el caso concreto a la finalidad atribuida al supuesto...", para luego concluir que "es necesario advertir que el requisito correspondiente al estado de salud de una persona mayor a 70 años, no surge del texto legal. De este modo, resulta arbitrario rechazar un arresto domiciliario de una*

*persona de avanzada edad, con el argumento de que no presenta un cuadro de salud terminal o especialmente delicado. De nuevo, ello no encuentra fundamento en lo dispuesto por el Código Penal y en la Ley de Ejecución Penal” (el resaltado me pertenece).-*

Claro está que el supuesto contemplado en la normativa que rige la cuestión, contempla la mayor vulnerabilidad de las personas que han llegado a la tercera edad, lo cual encuentra una interpretación armoniosa con las directrices axiológicas emanadas de la Ley N° 27.360, mediante la cual el Congreso de la Nación Argentina aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, promulgada posteriormente mediante Decreto N° 375/17 de fecha 30/5/2017 y, en tal sentido, sostiene que *“Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos”* (cftr.: art. 1°, párr. 3ro.).-

No caben dudas que la prisión domiciliaria es una de las opciones contempladas legislativamente -no por mera creación pretoriana ni caprichos de decisiones jurisdiccionales- por nuestro ordenamiento jurídico positivo en lo que guarda relación con la ejecución de la pena privativa de la libertad, de allí que algunos autores han sostenido que dicho instituto obedece a una derivación lógica del *principio de humanidad de la pena* y que su razón de ser obedece a la idea salvaguardar a las personas mayores adultas a partir de los 70 años de edad, quienes poseen el derecho a acceder a esta modalidad específica para la ejecución de la pena privativa de la libertad, tal como lo configura la prisión domiciliaria.-

También parte de la doctrina que se ha dedicado a estudiar

esta cuestión ha sostenido que *“En el caso, el cumplimiento de la sanción bajo esta modalidad se justifica en atención a la mayor vulnerabilidad de quien ha alcanzado esa franja etaria, frente a la rigurosidad que representa el encierro en una institución total de las características de la prisión. Precisamente, el concepto de vulnerabilidad hace referencia aquí a una situación de inferioridad o marginación en las estructuras y relaciones sociales de quien transita por esta etapa de la vida, situación que se proyecta no sólo en relación a las tensiones que puedan generarse respecto de los internos ancianos dentro de la subcultura carcelaria (por ejemplo: falta de comprensión de las contingencias propias de la vejez de parte de otros internos jóvenes), sino, también, en las particularidades que ofrece el tratamiento penitenciario en nuestro ámbito cultural, al no poseer ofrecimientos adecuados a la condición de aquéllos”* (cftr.: Gustavo A. Arocena – José D. Cesano, *“La prisión domiciliaria”*, 1ª ed., págs. 85/86, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2015).-

Para ilustrar aún más la verosimilitud del pedido efectuado por la defensa del condenado, estimo pertinente recordar el criterio acuñado por esta Sala N° 1 en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia -ejerciendo entonces competencia de tribunal de Casación- en los autos *“ALVAREZ”* (10/4/2010, Causa N° 3699), en el cual se dispuso la prisión domiciliaria del encartado, señalando expresamente que *“tal cual lo postuló fundadamente el Sr. Procurador General de la Provincia en el sub judice se debe aplicar la modalidad de prisión domiciliaria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 del Código Penal -recientemente reformado por la ley 26.472- y de lo prescripto en los artículos 32 y 33 de la Ley de Ejecución Penal N° 24660, toda vez que estamos ante una persona mayor de 70 años, siendo que la concesión del citado beneficio no está condicionado a ningún otro requisito más que a la comprobación de la edad del condenado”* (las negritas me pertenecen).-

En coincidencia con ello, es dable resaltar que *"...la prisión domiciliaria no es una medida diferente al encierro que se decide en el momento de la imposición de una condena o de un encierro preventivo, sino una alternativa que se decide como una modificación en la forma de ejecución de penas o de una medida cautelar ya impuestas, y de ninguna manera su implementación puede importar una sustitución de las mismas como puede ocurrir con las sanciones autónomas que funcionan en el derecho comparado..."* (cftr.: "Revista de derecho penal y criminología", Director: Eugenio R. Zaffaroni, Año II, n° 2, 2001, pág 307).-

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC 29/22, del 30 de mayo de 2022, entre otras valiosas reflexiones, ha expresado: *"las personas mayores pueden encontrarse internas en centros penitenciarios en razón de alguna de las situaciones siguientes: a) por haber sido condenadas durante edades tempranas a penas de larga duración, de manera que, con los años, se han habituado a la vida en prisión, pero cuya reinserción social resulta compleja; b) por haber sido condenadas en más de una ocasión, de forma que han estado fuera y dentro de prisión, incluso en múltiples ocasiones, pudiendo igualmente habituarse a ésta, pero también con dificultades para su readaptación, y c) por haber sido condenadas durante edades avanzadas, con múltiples inconvenientes para adaptarse a la vida en prisión y, en ocasiones, sufriendo discriminación y violencia por parte de otras personas internas"* (la negritas me pertenecen); también señala que *"la CIPDHPM refiere que el envejecimiento consiste en el '[p]roceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales de variadas consecuencias' (artículo 2). Tales cambios, pueden afectar la salud o las condiciones psicosociales de la persona, e incidir en el deterioro de distintas funciones del cuerpo, incluidas las de movilidad, sensoriales o cognitivas. A ello*

se suman las necesidades específicas determinadas por el género de la persona, factor que también incide en los cambios que se producen con el envejecimiento. La Corte ha 'resalta[do] la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos' que requieren 'especial protección' y, consecuentemente, 'cuidado integral', 'con el respeto de su autonomía e independencia'. Es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como sucede, precisamente, con las personas mayores. Asimismo, la Corte recuerda que la edad es también una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana, la que se incorpora en el término abierto referido a 'otra condición social' que recoge dicho precepto. Por consiguiente, la prohibición de discriminación relacionada con la edad, cuando se trata de personas mayores, se encuentra igualmente tutelada por la Convención. Esto determina, entre otras cosas, la aplicación de políticas inclusivas para la totalidad de la población y un fácil acceso a los servicios públicos.- En el caso particular de las personas mayores privadas de libertad, las necesidades especiales derivadas del proceso de envejecimiento se ven agravadas por las propias condiciones de vulnerabilidad en que se encuentra la población carcelaria. Así, la Corte destaca que, en el caso de este grupo poblacional, confluyen en forma interseccional distintos factores de discriminación, como el sexo, el género, la orientación sexual, el origen étnico, y la condición migratoria, que agravan la vulnerabilidad asociada al ciclo de vida y la situación de privación de libertad".-

En cita al pie de página número 653, reseña: "De acuerdo con la OMS, el envejecimiento está asociado con 'la acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares', los cuales, con el tiempo, 'reducen gradualmente las reservas fisiológicas' con el consecuente 'deterioro

*generalizado y progresivo de muchas funciones del cuerpo, mayor vulnerabilidad [...] y mayor riesgo de enfermedad'. Cfr. OMS, Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud, supra, pág. 27; y, en la siguiente cita N° 654: "La vejez -entendida como una '[c]onstrucción social de la última etapa del curso de vida', artículo 2 de la CIPDHPM-, con frecuencia conlleva variados cambios de importancia a nivel psicosocial, referidos a los roles y posiciones sociales, así como a 'la necesidad de hacer frente a la pérdida de relaciones estrechas'. Cfr. OMS, Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud, Estados Unidos de América, 2015, pág. 27".-*

Más adelante, el mismo documento, recuerda que *"La Corte ha 'resalta[do] la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos' que requieren 'especial protección' y, consecuentemente, 'cuidado integral', 'con el respeto de su autonomía e independencia'. Es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como sucede, precisamente, con las personas mayores";* agrega: *"En el caso particular de las personas mayores privadas de libertad, las necesidades especiales derivadas del proceso de envejecimiento se ven agravadas por las propias condiciones de vulnerabilidad en que se encuentra la población carcelaria. Así, la Corte destaca que, en el caso de este grupo poblacional, confluyen en forma interseccional distintos factores de discriminación, como el sexo, el género, la orientación sexual, el origen étnico, y la condición migratoria, que agravan la vulnerabilidad asociada al ciclo de vida y la situación de privación de libertad"* (las negritas me pertenecen) y concluye esa parte, recomendando: *"En suma, dadas las condiciones imperantes a nivel de los sistemas penitenciarios de la región, aunado a que, en principio, estos no han sido concebidos en atención a las*

*características y necesidades de las personas mayores, los Estados están obligados a implementar políticas y programas, e incorporar ajustes razonables, que respondan a aquellas particularidades y exigencias. Todo ello repercute en obligaciones específicas que deben satisfacer, precisamente, las necesidades especiales derivadas de los cambios asociados al envejecimiento, para así observar el respeto debido a la dignidad humana que, a toda persona privada de libertad, reconoce y garantiza el artículo 5.2 de la Convención Americana"* (las negritas me pertenecen).-

Por último, específicamente sobre la procedencia de medidas sustitutivas o alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad en favor de las personas mayores, la OC 29/22 de la CIDH, indica: *"El Tribunal es consciente de que las necesidades especiales de las personas mayores, la afectación diferenciada que para estas puede conllevar la privación de libertad y la posibilidad de que los sistemas penitenciarios no atiendan de manera adecuada sus múltiples necesidades han determinado que se recomienda la posibilidad de aplicar, a dicho grupo poblacional, penas no privativas de libertad o que se priorice su libertad anticipada, lo cual debe atender a las necesidades de reinserción y reintegración social, así como a evitar la reiteración delictiva".-*

Con esa misma orientación y, básicamente, en clara observancia de los postulados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM), de las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" (Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra 1955), del "Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a

Cualquier Forma de Detención o Prisión” (Res. 43/173, Asamblea General de Naciones Unidas, 9/12/1988), de los “Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos” (Res. 45/111, Asamblea Gral. de Naciones Unidas, 14/12/1990), nuestra legislatura nacional, ha sancionado la Ley N° 26472 (B.O., 20/1/2009), adaptando a tales instrumentos convencionales la normativa de la Ley N° 24660 y el art. 10 del Cód. Penal, otorgando potestad a la judicatura competente en la ejecución de la pena para disponer la modalidad domiciliaria de cumplimiento de la pena privativa de libertad a los mayores de 70 años de edad, sin requerimiento de otra u otras condiciones más que la utilidad de ella en el caso concreto, en tanto se verifique su conveniencia y no se vislumbre fundadamente un concreto riesgo de fuga de la persona condenada, lo cual ha sido explícitamente reafirmado ante este Alto Cuerpo por parte del Procurador General de la Provincia (ver: causa “ALVAREZ”, cit.).-

En similar sentido, explica Gustavo A. Arocena que *“las limitaciones a los derechos del preso no sólo deben haber sido previstas por la ley como inherentes a la resolución jurisdiccional que dispuso la medida de encierro carcelario, sino que, además, deben justificarse como una razonable forma de aspirar a la adecuada reinserción social del condenado”* (cftr.: aut.cit., Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad, pág. 84, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2014 -las negritas son mías-) y -con citas del TS de Córdoba y de Kaufmann- expresa: *“es sabido que la ejecución de la pena privativa de la libertad, con el aislamiento inherente al encierro carcelario, tiene como uno de sus principales efectos negativos la marginación del interno respecto de sus semejantes en el medio libre: los vínculos del recluso con la sociedad en libertad se deterioran, al punto de que el condenado va sufriendo una paulatina pérdida del sentido de la realidad en relación con el mundo exterior, pues este mundo extramuros ya no es más para él realmente conocido.- En efecto, con el ingreso al ámbito*

*carcelario se erige una valla entre los internos y el mundo exterior, debilitándose el rol del interno como agente activo integrado a la sociedad.- Por eso, tanto la más moderna doctrina penitenciaria, como la legislación vigente, se han caracterizado por enfatizar la 'necesidad de incrementar los espacios de relación entre los condenados y el medio libre, con el objetivo de reducir los efectos desfavorables que conlleva el encierro prolongado'" (cftr.: aut. y ob. cit., pág. 138).-*

IV.- El análisis del caso concreto traído a conocimiento de esta Sala no puede prescindir de advertir la irregularidad originaria provocada por el Juez Rossi al disponer la producción de informes del equipo Técnico Interdisciplinario de la jurisdicción -los cuales, a la postre son los que evalúa la Casación para revocar la prisión domiciliaria de Rivas-, no sólo porque la ley (art. 33, Ley N° 24.660) únicamente requiere su producción para los supuestos de los incisos a, b y c, del art. 32 de la Ley N° 24.660 y no los exige para el supuesto aquí tratado -interno mayor de 70 años- que es el del inciso d, del referido art. 32, sino -lo que considero más grave aún- porque el Magistrado padecía un impedimento legal para intervenir en la causa, conforme él mismo lo admite al solicitar su apartamiento por relación familiar con una víctima, lo cual traduce un inevitable interés del Juez que perjudica severamente su independencia e imparcialidad para actuar en el trámite del expediente e invalida lo dispuesto en él.-

Además, nos encontramos aquí con una persona que excede largamente los 77 años de edad, sobre la cual ha recaído una condena de 23 años de prisión, para la cual se han considerado punibles actos respecto de los cuales, salvo uno de ellos, había transcurrido con holgura el plazo legal de prescripción de la acción penal y, también debe tenerse en cuenta, durante todo el trámite de la causa penal fue eximido el Dr. Gustavo Rivas de soportar prisión preventiva en la cárcel, estando a derecho permanentemente, sin que

se conozca ningún incumplimiento de las reglas de conducta oportunamente impuestas ni se ponga de resalto indicio alguno de eventuales riesgos procesales generados por él.-

Por consiguiente, trayendo al caso los claros postulados desarrollados en el punto anterior, satisfaciendo el principio *pro homine*, la humanidad de la pena, la dignidad del ser humano y, esencialmente, la posibilidad de algún cumplimiento real del fin resocializador de la pena, aspecto este último que no puedo vislumbrar como factible intramuros respecto de un sujeto de la edad y condición sociocultural de Rivas, con una condena de 23 años de prisión, lo cual torna inequívocamente ilusoria cualquier razonable internalización de una eventual reinserción social a través del encierro carcelario, asistiéndole al reclamante el derecho a cumplir su condena privativa de libertad en la modalidad morigerada de prisión domiciliaria, prevista en el art. 10, inc. d, del Cód. Penal y en el art. 32, inc. d, de la Ley N° 24.660, en atención a su edad superior a los 70 años y a la circunstancia de que no se advierte ni se ha puesto de manifiesto ningún indicio concreto de eventual transgresión de las múltiples reglas de conducta oportunamente fijadas por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad -Subrogante- de Gualeguaychú al otorgarle a Rivas ese beneficio; debiendo señalar que las apreciaciones volcadas en los informes -en mi criterio ilegítimos- producidos por integrantes del Equipo Técnico de aquella jurisdicción carecen por entero de consistencia técnica fundante y hacen gala de conclusiones meramente conjeturales, insuficientes e inidóneas para contrarrestar el derecho que asiste a Rivas, solamente por su condición de interno septuagenario.-

V.- Lo expresado en los párrafos precedentes revela que el pronunciamiento impugnado evidencia un desmenuzado análisis sobre el asunto en cuestión por parte del tribunal casatorio; mas, se encuentra basado

en un claro error jurídico conceptual, exigiendo requisitos no requeridos por la ley penal, y en los magros e irrelevantes informes -en mi criterio ilegítimos- ya señalados, derivando en consideraciones equivocadas y apartadas de las claras disposiciones legales aplicables al caso, las cuales resultan ineficaces para sustentar legítimamente las conclusiones a las que arriba el pronunciamiento y no configura, por tanto, una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las concretas constancias de la causa, lo cual lo descalifica como acto judicial en términos de conocida doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre arbitrariedad; por el contrario, emerge evidente que, en este caso, se encuentran reunidos los requisitos legales que autorizan la concesión de la prisión domiciliaria y ello, por tanto, conduce necesariamente a proponer el acogimiento de la impugnación extraordinaria articulada por la defensa de Gustavo Rivas, quien se encuentra actualmente alojado en la Unidad Penal N° 9 "La Granja" de la ciudad de Gualeguaychú y, por consiguiente, dejar sin efecto la sentencia de la Sala N° 2 de Casación Penal, dictada en fecha 10/2/2023, ordenándose las restricciones y arbitrándose los medios asegurativos que garanticen que el mismo cumpla la prisión en el domicilio sito en calle Mitre N° 7 de la ciudad de Gualeguaychú, tal como había sido establecido oportunamente en el pronunciamiento del Juez de Ejecución Penal, declarándose las costas de oficio y dejándose constancia que no se regulan honorarios al profesional del derecho interviniente, en razón de no haber sido ello expresamente petitionado (cfme.: art. 97, inc. 1°, Dec.-Ley N° 7046/82, ratif. por Ley N° 7503).-

Así voto.-

A LA MISMA CUESTIÓN PROPUESTA, LA SEÑORA VOCAL, DRA. MIZAWAK, DIJO:

Habiendo el colega preopinante resumido los principales

antecedentes del caso, me remito a ellos a fin de eludir innecesarias reiteraciones.

De tal manera, en trance ya de resolver la cuestión traída a consideración de esta Sala N°1 en lo Penal del S.T.J.E.R, adelanto mi voto en respetuoso disenso al emitido por el Dr. Carubia por las razones que, a continuación, expondré.

En ese cometido, es preciso señalar que el interno penado Gustavo Rivas, condenado mediante sentencia firme por graves delitos contra la integridad sexual de personas menores de edad al momento de los hechos endiligados, solicitó la modalidad atenuada de cumplimiento de la prisión efectiva -domiciliaria- prevista en el art. 10 del Código Penal, anclando su pretensión en el inciso d), esto es, por contar con una edad mayor a setenta años.

La norma de mención fue reformada por la Ley N°26.472, ampliando y precisando los supuestos habilitantes de la modalidad de encierro morigerado, extra muros, quedando redactada de la siguiente manera: *"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 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"* -negritas de mi autoría- .

Por otro lado, la Ley N°26.472 también modificó los arts. 32

y 33 de la Ley N°24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad, a fin de ajustar la regulación del régimen progresivo de la pena en concordancia con la aludida reforma del art. 10 del digesto penal.

Se ha dicho que estos supuestos adicionados profundizan el sentido humanitario y el carácter resocializador que impregna el régimen penitenciario argentino, especialmente para aquellos casos en que el encierro en las unidades carcelarias vaya más allá de la restricción de la libertad ambulatoria y constituya verdaderos sufrimientos intolerables e inhumanos, coartando así otras garantías de raigambre constitucional; sin embargo, también se ha afirmado que la concesión de la prisión domiciliaria no debe ser automática ni es obligatoria, sino que es una posibilidad cuya procedencia debe ser la conclusión razonada por parte del Juez competente en base a las circunstancias concretas de la causa (C.S.J.N Fallos 344:1899, 336:1368)).

Es preciso subrayar que así lo han entendido los magistrados intervinientes en estas actuaciones -el señor Juez de Ejecución (subrogante) y los Vocales de la Cámara de Casación Penal, Sala II-, en cuanto han postulado que el mero traspaso de la franja etaria (70 años) por parte del penado es una condición necesaria pero no suficiente para acceder al beneficio de la prisión domiciliaria previsto en el art. 10 del Código Penal. Esta y no otra es la hermenéutica más razonable al sentido de las expresiones "*podrán*" ... "*a criterio del juez competente*" empleadas por la norma, pues semánticamente indican una facultad jurisdiccional, es decir, una prerrogativa que habilita un margen de apreciación prudencial para decidir *caso por caso* si realmente la prisión en cárcel común exorbita el sufrimiento que por sí genera la privación de la libertad y la convierte en una tortura ilegítima.

Bajo este paraguas interpretativo, considero que no hay quebranto al principio de legalidad tal como denuncia con vehemencia la defensa, pues la concesión o el rechazo del beneficio incoado, en tanto y en

cuanto se sostenga en criterios explicitados y fundados, resultan posibilidades de decisión previstas precisamente por la ley, englobadas en el potestativo uso verbal del “podrán”.

Por mi parte, así lo tengo expresado en autos: “RIVAS, Liliana Graciela”, (Sala N°1 en lo Penal, S.T.J.E.R., Expte. N°4877, sent. 1/11/2021), donde referí que: *“... es necesario destacar que la norma confiere al juez la potestad de disponer dicho beneficio, por lo que quedará a criterio de cada magistrado y a la sazón de las circunstancias particulares de cada caso, que se otorgue o no la misma. Es decir, que la norma del art. 10 del Código Penal, así como la del art. 32 de la ley de ejecución penal, disponen un ámbito de discrecionalidad judicial; por lo que la decisión que se tome deberá estar debidamente fundada”* -negritas en el original-

En esa línea, el Juez subrogante, Dr. Tobías Podestá, más allá de haber constatado que el Sr. Rivas supera la edad de 70 años, sopesó otras razones que coadyuvan, a su criterio, a otorgarle el beneficio. Entendió, al respecto y en breve síntesis, que el otorgamiento de la prisión domiciliaria una vez verificada una o algunas de las causales previstas en el art. 10 del C.P. es la regla y, en cambio, el rechazo, la excepción; ponderó que en el caso, el Sr. Rivas supera con creces la edad estipulada en la norma, extremo que lo ubica en la franja de población carcelaria vulnerable -sobre lo cual se explayó en abundante normativa internacional-. Además, hizo hincapié en la conducta procesal del incurso, quien se mantuvo siempre a derecho durante la tramitación de la causa, para concluir que tales antecedentes, sumados al cumplimiento del requisito legal -edad-, resultan suficientes a los fines de resolver en el sentido que lo hizo, habida cuenta que la ley, en definitiva, luego de la reforma, ya no prescribe monto punitivo específico ni exige, en la especie, los informes médico, psicológico y social que, en puridad, son

obligatorios para los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) y no para el inciso d), (art. 33 Ley N°24.660).

Visto así, en primer lugar, debo resaltar que disiento con la interpretación que propone el Juez de Ejecución cuando define la modalidad domiciliaria como la regla, desvirtuando su carácter excepcional. Puntualmente, en el ya citado precedente "RIVAS, Lilliana Graciela", expresé que: *"No se debe pasar por alto que la regla general es que la persona detenida cumpla su condena en un establecimiento carcelario creado a ese efecto y sólo excepcionalmente, por cuestiones humanitarias, la ley otorga -insisto- en supuestos determinados la posibilidad de conceder la prisión domiciliaria"* -negritas en el original-. El Tribunal de Casación, cuya sentencia se está analizando, adunó su razonamiento a este criterio nomofiláctico al fustigar, basándose en la jurisprudencia de marras, la interpretación divergente que efectúa el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad -subrogante-.

Permítaseme adicionar que, salvo fundadas razones, los ciudadanos que han sido condenados, no pueden sustraerse de la modalidad genérica en que el legislador soberano ordenó el cumplimiento de la pena de prisión, so riesgo de quebrantar el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.)

Reforzando este concepto, el máximo Tribunal nacional ha repetido en numerosas ocasiones respecto a la garantía de igualdad ante la ley que: *"... radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable paridad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas"* (C.SJ.N. Fallos 342:411,

343:1871) de manera tal que resultaba dirimente en autos -y no se comprueba- la demostración de una situación objetiva, más allá de su edad, que ubique a Rivas en una circunstancia notoriamente *dispar* respecto al universo de condenados que cumplen pena de prisión en establecimientos carcelarios, a fin de justificar y hacerse acreedor del tratamiento diferenciado previsto por el legislador.

A mayor abundamiento, aun considerando que asiste razón al Dr. Podestá -y, por ende, a la defensa impugnante- en relación a que, efectivamente, no se verifican incumplimientos anteriores por parte del encartado, quien se ha mantenido a derecho durante la tramitación de la causa que concluyera en la actual condena y no se exige en su caso la confección y valoración de los informes médico, psicológico y social; lo cierto es que, no logró demostrar como imperativo de su propio interés que el cumplimiento de la pena de prisión en cárcel común irroque en la actualidad un sufrimiento intolerable.

Sin dudas, la condición etaria ubica al Sr. Rivas en una situación de mayor vulnerabilidad en comparación con otros internos más jóvenes -y así lo ha reafirmado la C.I.D.H. en la Opinión Consultiva N°29/22, *Enfoque diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad*, puntualmente, punto IX-, pero esta sola circunstancia -la edad- no transforma *a-priori* su estadía en prisión en un padecimiento indigno. Este extremo debe demostrarse y no resulta suficiente la mera declamación abstracta de un estado de vulnerabilidad; sobre todo, si se tiene en cuenta que Rivas se encuentra alojado en la cárcel granja "El Potrero" cuya estructura edilicia es nueva, más confortable y a campo abierto.

Amén de lo anterior, no se puede soslayar que en los argumentos motivantes de la resolución de fecha 22 de diciembre de 2022 que dispuso el beneficio de la prisión domiciliaria, se encuentran totalmente

ausentes las opiniones de las víctimas de autos, revelándose en la fundamentación oralizada por el magistrado un marcado desinterés sobre la situación de aquellas personas que fueron damnificadas directas de los graves injustos cometidos por el encartado. Todavía más, el judicante ni siquiera pondera la hipótesis de riesgos potenciales en que las víctimas podrían verse afectadas si el encartado retornase al domicilio donde cometió los delitos contra la integridad sexual, al menos para descartarlos en un juicio de prognosis medianamente razonable.

En ese sentido, si bien en la parte dispositiva el Magistrado ordenó un catálogo de prohibiciones con fines tuitivos, tales como, la prohibición de mantener cualquier tipo de contacto con las víctimas de autos sea personal o mediático o interpósita persona, prohibición de menores de edad al domicilio del interesado, la prohibición del uso de la red social internet en cualquiera de sus versiones, en su nombre o mediante perfiles falsos con el fin de contactar menores de edad; estimo que estas medidas resultan de muy difícil supervisión habida cuenta que, el domicilio ofrecido para cumplir la pena es el mismo en cuya intimidad y resguardo se ejecutaron las conductas delictivas, con fácil acceso a todo tipo de medios de comunicación. Así visto, no parece una propuesta del todo adecuada.

Emerge con claridad, además, que el Juez centró exclusivamente su argumentación fáctica y jurídica en la vulnerabilidad de Rivas debido a su condición etaria, lo cual es indubitable, mas nada dijo ni consideró las situaciones particulares de las víctimas, máxime teniendo presente lo estipulado en el art.11 bis de la Ley N°24.660, según reforma de la Ley N°27.375, en cuanto el derecho de las mismas a ser informadas y expresar su opinión en el marco de los procesos que impliquen la sustanciación y decisión acerca de la concesión o no de diversos beneficios, entre ellos, la prisión domiciliaria.

La mentada exigencia legal se enrola en la fuerte impronta que en los últimos tiempos se ha reconocido a las víctimas en un sistema penal que, empapado de un normativismo exagerado, había excluido e ignorado su participación, en tanto se concebía al delito una infracción formal a la ley del Estado y no tanto como la lesión de un derecho concreto del ofendido (C.S.J.N., Fallo 321:2021). A lo sumo, se preveía la potestad de constituirse como actor civil en reclamo del resarcimiento por el daño producido por el delito.

La consagración normativa de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.), la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Opiniones Consultivas, motivaron una sucesión de reformas legislativas que han ido ampliando el espectro de derechos y facultades de la víctimas en el proceso penal en sus distintas instancias como derivación directa de los principios de tutela judicial efectiva, acceso a la justicia y derecho a ser oído, arts. 1.1, 8.1, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

De este modo, ya en los digestos procesales mixtos se fue incorporando la figura del Querellante particular, adhesivo o autónomo, a la par del Ministerio Público Fiscal; luego, con la entrada en vigencia de los procesos acusatorios se han plasmado un conjunto de derechos y facultades ejercibles por los ofendidos sin necesidad de estar constituidos como querellantes, a guisa de ejemplos, derecho a ser oídos y recibir un trato digno y respetuoso, recibir ayuda y asistencia, a ser informada de las facultades a su disposición y de la marcha del proceso, recibir protección y seguridad o incluso aportar pruebas, entre otros (arts. 73 incs. a)-l) y 77 del C.P.P.E.R.) E, incluso, se postula la conversión de la acción pública privada como potestad de las

víctimas para continuar con la pesquisa y acusar en forma autónoma cuando el Ministerio Público Fiscal desiste de su ejercicio (art. 210, último párrafo, C.P.P.E.R.); extremo ya presente en la jurisprudencia nacional, a saber: *“cuando hay particular damnificado constituido en parte querellante y éste impulsa la acción, sin perjuicio de la opinión del Ministerio Público Fiscal, corresponde a la querella, en forma autónoma, impulsar los procedimientos al comienzo de un asunto”* (in re “Storchi, Fernando”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Capital Federal, 08/03/2004).

Y, en lo que respecta al tópico puntualmente debatido en este caso, se ha previsto que la situación del damnificado y la actitud coetánea o posterior al hecho de quien aparezca como autor respecto de ella, ha de ser tenida en cuenta por los operadores judiciales a la hora de meritar el ejercicio de la acción, la selección de la coerción personal, la individualización de la pena en la sentencia y la *modificación, en su medida o en su forma de cumplimiento durante la etapa de ejecución* (art. 79, incs. a)-d) del C.P.P.E.R.) Dicho ello, cabe decir que no se desprende de la actitud posterior del Sr. Gustavo Rivas, conforme se aprecia en la audiencia donde se abordó la prisión domiciliaria, una suerte de arrepentimiento de los hechos endilgados y/o gesto componedor e interés respecto de la actual situación de las víctimas cuyos derechos humanos fueron gravemente horadados.

Por demás, esta norma local es coherente con la reforma legislativa más reciente que introdujo a la víctima en la etapa de ejecución de la pena privativa de la libertad (Ley N°27.375), quien cuenta ahora con la facultad de participar activamente en las distintas instancias del régimen progresivo de la pena (art. 15 Ley N°24.660), con o sin representación legal, proponiendo peritos de parte y emitiendo opinión. Consecuentemente, es deber de los magistrados informar y consultar a la víctima su postura en relación a las peticiones de los condenados para acceder a los distintos

institutos como las salidas socio-familiares, socio-laborales, libertad condicional, libertad asistida o la modalidad atenuada de prisión y esta exigencia es la que no se vislumbra cumplimentada en el caso de marras.

Tras la compulsión efectuada del nuevo paradigma legal, donde el ofendido por el delito cobra un protagonismo decisivo en todas las instancias del proceso penal, resulta injustificada en el *sub lite* la ausencia de una valoración concreta de la posición de los damnificados en el desarrollo argumental de la resolución que otorga la prisión domiciliaria del Sr. Rivas. El Tribunal de Casación se hizo eco de esta decisiva falencia motivacional para rechazar el beneficio, destacando que las víctimas no fueron escuchadas -sin perjuicio del carácter no vinculante de lo que expresen-, a lo cual, se suma la actitud del encartado hacia las mismas y la deficiente propuesta del domicilio para cumplir la pena como ya referenciara *supra*.

Por otro lado, no escapa a esta magistratura que existe un antecedente de esta Sala N°1 en lo Penal, in re "ALVAREZ", sent. 14/04/2010, en el cual me abstuve de declarar y se falló a favor de la prisión domiciliaria solamente por motivo de la edad del entonces condenado. No obstante, advierto que el mencionado caso guarda diferencias con el aquí ventilado, en la medida que, todavía no había entrado en vigencia la Ley N°27.375 (B.O. 28/07/2017) que, como se dijo, ha enriquecido el rol de la víctima en el proceso de ejecución de la pena y, sobre todo, se contaba con la anuencia expresa del Ministerio Público Fiscal quien, en la oportunidad, dictaminó favorablemente para la concesión de la prisión domiciliaria, extremo que no coincide con la postura asumida por el titular de la acción pública en este caso.

A su vez, en otro antecedente relevante que registra esta Sala N°1 en lo Penal (in re. "PACAYUT", Expte. N°4540, sent. 16/04/2014, igualmente con abstención de la Suscripta), ejerciendo la antigua competencia casatoria, también se concedió la prisión domiciliaria, no obstante -debe

indicarse- la situación del encartado encuadraba en un supuesto muy distinto, art. 32 inc. a) de la Ley N°24.660, a raíz de la enfermedad que padecía harto comprobada en el caso, al punto tal que poco tiempo después el Sr. Abelardo F. Pacayut falleció. Por tanto, tampoco las consideraciones allí vertidas resultan extrapolables al presente.

Habiendo formulado, en suma, estas consideraciones, es dable destacar para concluir que, acertadamente, el *A-quo* señaló que la decisión adoptada no es definitiva, pudiéndose reeditar el planteo aquí formulado en la medida que varíen las circunstancias que han sido apreciadas.

Por consiguiente, en función de estos elementos justipreciados, entiendo que las razones volcadas por la Cámara de Casación Penal, Sala II, a fin de revocar la prisión domiciliaria del interno penado Gustavo Rivas y ordenar la continuidad del cumplimiento de la sanción en cárcel común, hacen de la sentencia puesta en crisis una pieza jurídica sólida, correctamente argumentada y ajustada a las constancias de la causa, sin que el remedio extraordinario interpuesto logre desbaratar la logicidad y la pertinencia de los fundamentos expuestos; por lo que, como ya adelantara, a diferencia de la postura asumida por el señor Vocal preopinante, propicio rechazar el recurso de impugnación extraordinaria y confirmar la sentencia de casación, con costas al recurrente.

Así voto.

A LA SU TURNO, EL SEÑOR VOCAL, DR. CARLOMAGNO,

DIJO:

Adhiero al voto del señor Vocal, Dr. Daniel O. CARUBIA, por iguales consideraciones.-

Así voto.-

Con lo cual se dio por terminado el acto, quedando acordada, por mayoría, la siguiente:

SENTENCIA:

PARANÁ, 2 de junio de 2023.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede y, por mayoría;

SE RESUELVE:

I.- HACER LUGAR a la impugnación extraordinaria articulada por el Dr. Raúl Eduardo JURADO, en ejercicio de la Defensa Técnica de Gustavo RIVAS y, por consiguiente, DEJAR SIN EFECTO la sentencia N° 7 dictada en fecha 10/02/23 por la Sala N° 2 de la Cámara de Casación Penal, ordenándose las restricciones y arbitrándose los medios asegurativos que garanticen que el mismo cumpla la pena de prisión en el domicilio sito en calle Mitre N° 7 de la ciudad de Gualeguaychú, tal como había sido establecido oportunamente en el pronunciamiento del Juez de Ejecución Penal.-

II.- DECLARAR las costas de oficio (arts. 584, sgtes. y ccmts. del C.P.P.).-

III.- NO REGULAR los honorarios del letrado interviniente por no haberlo petitionado expresamente (art. 97, inc. 1º, del Decreto Ley N° 7046/82, ratificado por Ley N° 7503).-

Regístrese, notifíquese, oportunamente, bajen.-

Dejo constancia que la sentencia que antecede, ha sido dictada por el Señor Vocal, Dr. Daniel O. CARUBIA, la Señora Vocal, Dra. Claudia M. MIZAWAK y el Señor Vocal, Dr. Germán R.F. CARLOMAGNO, quienes suscribieron la misma mediante firma digital (Ac. General del STJER N° 33/22 del 04.10.22, Pto. 6° c).

*Secretaría, 2 de junio de 2023.-*

**Melina L. Arduino**  
Sala N° 1 en lo Penal STJER  
-Secretaria Interina-