

Las cuestiones "sobrevinientes al hecho" son "cuestiones esenciales" en el ámbito revisor e introducidas adecuadamente pueden incidir en las opciones de reparación de los daños a la integridad personal.

I.- Introducción.

II.- Los obstáculos y los nuevos puntos de apoyo en la etapa recursiva.

a.- Mínimo planteo introducido oportunamente y obligación de revisar vs. inadmisibilidad de los "nuevos motivos".

b.- Excepción en construcción: La Doctrina Legal sobre los "agravios sobrevinientes".

c.- Planteo justificado y "cuestión esencial" (art. 168 Constitución Provincial).

d.- El fundamento del necesario análisis en las cuestiones sobrevinientes.

d. 1. Dinámica de la determinación de la pena.

d. 2. La realidad del momento en que se dicta la sentencia.

d. 3. El necesario contacto. Su importancia en los procedimientos de reenvío.

III.- El documento del TCP. Hechos Probados en el ámbito interno. Usos en el ámbito jurisdiccional de los distintos casos. Rol primordial del Poder Judicial.

IV.- Contenidos Posibles: Estándar compensatorio o reparatorio de la Corte Interamericana:

a.-En casos de agravamiento de condiciones de detención por degradante sobre población: "Placido" y "Curado".

b.-En casos de salud y atención médica oportuna, efectiva e integral: "Hernández"

c.-En casos de torturas: "Bueno Alves".

V.- Planteos oportunos.

VI.- Síntesis.

I.- Introducción:

Comparto algunos hitos conseguidos en el marco de la litigación con el objetivo de colaborar en la difusión de herramientas para sumar a la acción estratégica de quienes prestamos servicios en la defensa pública.

Me parece que en el *fragmentado esquema revisor vigente en la provincia*, contar con el acceso al conocimiento de la "Doctrina Legal" favorable de la Suprema Corte¹ resulta de utilidad en el ámbito profesional e inicialmente, como acostumbro a insistir, no merece ser desconsiderada en la

¹ Conforme el componente de observancia derivado de los arts. 160 y 161 inc. 3 a) y b) de la Constitución Provincial, el 31 bis Ley 5.827 y lo dispuesto en los arts. 496 primer párrafo y 467 inc. 8° del CPPBA, en cuanto nos facilitan un acceso algo más aceptado a la corte local por vía recursiva.

toma de decisiones que en dicha esfera suceden en pos de una defensa efectiva.

De allí el interés en la difusión de estos criterios.

Fruto del trabajo en distintos temas recursivos, en particular con quienes abordaban la temática de la ejecución penal, comenzó a cosecharse una serie de logros en materia de compensaciones o formas de reparación frente a las distintas ilegalidades padecidas en el encierro (por ejemplo que las sanciones disciplinarias impuestas por quienes nuestro asistido denunció por torturas carecen de legitimidad, compensaciones de tiempos de encierros en cómputos de penas por preventivas que terminaron en absolución, libertad asistida a quien no recibió adecuada atención médica en la unidad o la libertad asistida sólo con requisito temporal de quien ha sido víctima de torturas, detención domiciliaria para quien fue grave víctima de ataques por sus pares en la unidad carcelaria, por citar algunos de los más relevantes)².

Sobre esta temática, relacionada con compensaciones o reparaciones, veíamos en nuestros intercambios que no estaban presentes -o al menos no tanto como podría esperarse- en la agenda de litigio de quienes se ocupaban primordialmente de los debates y los recursos destinados a la revisión de errores judiciales en dichos casos. Es decir que, desde lo percibido en los casos que llegaban a la etapa recursiva, parecía disociada la cuestión dogmática vinculada con el hecho, la autoría, nulidades, calificación

² Cuyos detalles se encuentran en otros documentos de trabajo en www.defensapublica.org.ar

legal e incluso las penalidades³, sin incluirse agravios que se vincularan con los distintos padecimientos que la detención y sus condiciones de materialización -que podríamos decir por todos conocidas- así como las consecuencias que ellos generaban sobre la persona defendida⁴.

Por otra parte, se sumaba desde otra visión específicamente la vinculada con la problemática relativa a la continuidad recursiva -en un esquema de defensa pública organizado por instancias de actuación- el dogmático cerramiento de los tribunales de segunda instancia (confirmados por ambas cortes, local y federal) para introducirse en el abordaje de motivos de agravios "*distintos a los planteados por los recurrentes al tiempo de interponer un recurso*". Los conocidos, por todos, como la doctrina de los "nuevos motivos".

Estos criterios jurisprudenciales limitaban las posibilidades a la defensa en las distintas intervenciones (creadas a mi entender, con el fin de potenciar la actividad revisora en los casos) aunando rigidez y más injusticia frente a las múltiples posibilidades recursivas de las distintas partes e instancias de reenvío⁶. En concreto prescindiendo de atender a la "realidad vigente"

³ La falta de debate sobre la fundación de la penalidad advertida en el litigio ha sido uno de los centros de preocupación para la defensa pública (puede verse en este sentido la Resolución n° 45/99 del Defensor de Casación).

⁴ Puede verse el documento de trabajo "El estado como garante y el Tribunal de Casación" en www.defensapublica.org.ar en donde se identifican algunos pronunciamientos mediante los que se atenuaron penas tanto por el contagio de enfermedades en la cárcel como por la falta de atención médica durante el encierro (punto 2, d y e)

⁶ Las que incluso aún no se encuentran debidamente definidas ("doctrina Carrascosa" y sus procedimientos específicos, por ejemplo, P. 133.052 del 1.12.2020, e/o).

de la persona imputada, particularmente en el contexto de violencias e ilegalidades en que se cumplen realmente los encierros, al menos, en los últimos veinte años en la provincia.

A este breve diagnóstico agrego aquí que por sus dificultades y sus "laberintos" el tema recursivo es uno de los que genera inquietudes de consulta pues el más mínimo desconocimiento o descuido se nos vuelve en contra por la conocida hipertrófica supremacía de las cuestiones de admisibilidad que no brinda prácticamente ninguna oportunidad de subsanación a favor de la persona imputada.

Destaco entonces la importancia de la estrategia con su directa vinculación con *los planteos que hagamos y la forma en que los hagamos*, de ahí mi interés en compartir el camino que construimos y se encuentra relativamente aceptado como de apertura a partir de la inicialmente señalada "Doctrina Legal" vigente.

Luego deberá ser completado caso a caso el posible contenido estratégico de la crisis humanitaria en curso que opera en la realidad en el ámbito carcelario/policial (u otras ilicitudes padecidas) en que se vienen cumpliendo las privaciones de libertad a título cautelar o las penas, aunque aquí me enfoque solamente en los aspectos de la definición o en los de la *redefinición mejor dicho* de la pena impuesta en concreto, en el marco del derecho a defenderse una vez más con el que cuenta la persona que ha sido condenada.

II.- Los obstáculos y los nuevos puntos de apoyo en la etapa recursiva:

Hecha esta introducción, paso a detallar los obstáculos que afrontamos y los distintos puntos de apoyo que podríamos considerar ahora en el ámbito recursivo del caso cuando entendemos que hay padecimientos posteriores al momento de la ejecución del hecho imputado que pretendemos litigar. Ello en miras a que sean considerados o reparados total o parcialmente como mortificaciones innecesarias de la penalidad a imponer eventualmente u oportunamente impuesta, también con el marco del derecho a la integridad personal y la obligación especial del estado por garantizarla a la par de una defensa oportuna y efectiva (art. 35, primer párrafo, de la Ley 14.442).

Veamos:

a.- Mínimo planteo introducido oportunamente y obligación

de revisar: Si en pocas líneas el agravio se plantea en la interposición, hay obligación de responder (SCBA P. 85.183, P. 98.135, P.110.230, P. 124.397, P.125.700, e/o).

Por el contrario, cualquier tipo de desarrollo realizado fuera del término para interponer, es tardío. Lo que identificamos como **inadmisibilidad de los "nuevos motivos"** (SCBA P. 111.228, entre cientos)⁸.

⁸ Distintos litigios en el sistema interamericano permitieron esmerilar la rigidez para la persona imputada e incorporar, finalmente, en el texto del art. 362 del CPP Federal que en la audiencia del recurso cuente -sin limitación formal- con la posibilidad de introducir nuevos agravios.

"...La audiencia se celebrará con todas las partes, quienes deberán presentar oralmente los fundamentos de su impugnación. Los jueces promoverán la contradicción entre ellas a los efectos de escuchar las distintas opiniones objeto de impugnación. Las partes

b.- Excepción en construcción: La Doctrina Legal sobre los "agravios sobrevinientes".

Sin embargo:

SCBA P. 129.222 *"III.1 ...si bien es cierto que esta Corte en reiterados pronunciamientos estableció que el momento de interposición del recurso marca el límite temporal para expresar los motivos de casación y que una vez vencido ese término el recurrente no podrá invocar otros distintos (doctr. art. 451, tercer párrafo, CPP; conf. causas P. 78.901, sent. de 7-XI-2001; P. 125.891, sent. de 23-XI-2016; P. 124.815, sent. de 16-VIII-2017; e.o.), tal temperamento no resulta aplicable cuando se ha justificado que se trata de una circunstancia sobreviniente."*

c.- Planteo justificado y "cuestión esencial" (art. 168 Constitución Provincial):

Si la persona imputada o su defensa justifican el planteo de un agravio o circunstancia sobreviniente a la interposición del recurso, la obligación de brindar una respuesta sustancial al mismo pasa a ser una "cuestión esencial" para los magistrados en el pronunciamiento de que se trate y por tanto, cuya omisión de atención puede ser atacada por vía del recurso extraordinario de nulidad: Doctrina Legal de la SCBA emergente de los casos P. 118.665, P. 118.577, P. 115.668, P. 109.604, P. 120.552, P. 124.652, P. 129.222.

podrán ampliar la fundamentación o desistir de alguna de las cuestiones. **En este acto el imputado podrá introducir motivos nuevos.."**

Este estándar aún no ha encontrado repercusión normativa ni jurisprudencial con volumen en la provincia de Buenos Aires, pues desde los inicios el Tribunal de Casación Penal (el 28.9.1998) viene sosteniendo que resultan extemporáneos (ver causa n° 29/Sala I "Méndez" sentencia del 10.03.1999, criterio trasladado al resto de las salas y mantenido hasta la fecha por el órgano y los tribunales superiores).

Este criterio de esencialidad, sin mayores obstáculos, es trasladable tanto al debate como a las consideraciones previas sobre las cuales pudiera acordarse y negociarse un procedimiento abreviado, por citar algún ejemplo, donde se podría introducir sin los problemas de admisibilidad que- con mayor rigor- nos condiciona el ámbito recursivo.

P. 124.815: *"El fallo casatorio soslayó indebidamente el tratamiento de la circunstancia atenuante sobreviniente sometida a su conocimiento, lesionando de esa forma el art. 168 de la Constitución provincial (cfr. P. 120.268, resol. de 3-6-2015; P. 124.420, resol. de 14-12-2016; P. 125.849, sent. de 17-8-2016)."*

"Si bien es cierto que esta Corte en reiterados pronunciamientos estableció que el momento de interposición del recurso marca el límite temporal para expresar los motivos de casación y que una vez vencido ese término el recurrente no podrá invocar otros distintos (art. 451, tercer párrafo, CPP, cfr. P. 78.901, sent. de 7-11-2001; P. 75.534, sent. de 21-11-2001; P. 77.329, sent. de 10-9-2003; P. 89.368, sent. de 22-12-2004; P. 110.781, resol. de 28-3-2012; e/o.), tal temperamento no resulta aplicable al presente. En efecto, como se advierte de la reseña de los antecedentes del caso, la defensa planteó una nueva circunstancia atenuante (excesiva duración del proceso revisor -v. fs. 93/94-), fundado en el hecho del tiempo - tres años- transcurrido con posterioridad a la interposición de la impugnación originaria (17-12-2010, v. fs. 60 y sigtes.)."

"En consecuencia, corresponde anular la sentencia y devolver los autos a la instancia precedente para que, a la mayor brevedad posible, brinde tratamiento al agravio omitido referido a la circunstancia atenuante sobreviniente."

d.- El fundamento jurídico del necesario análisis en las cuestiones sobrevinientes: La Doctrina Legal se apoya tanto

en la formulación dinámica de la ley sustantiva para la jurisdicción (arts. 40/41 C.P.) como en la obligación de esta de no desentenderse ni de *la realidad del momento* ni de las *consecuencias emergentes del dictado de un fallo*: conf. SCBA causa P. 88.303 (25.03.2209) y causa P. 110.833 (4.5.2011)⁹ entre otras.

d. 1. Dinámica de la determinación de la pena: Al contemplar esa fórmula -de los arts. 40/41 del Código Penal- la posibilidad de que **circunstancias posteriores a la ejecución del hecho** repercutan menguando la pena proporcional a la culpabilidad, brinda un medio adecuado para reparar los efectos de la exorbitante morosidad judicial.

Sentado ello, definida como viene la pena que se estimó adecuada a la culpabilidad por el hecho, debe incluirse ahora, como modulación atenuante, el devenir vinculado a la demora judicial, correspondiendo en ese trazado realzar la actitud procesal del imputado, sus actuales condiciones de vida y demás presupuestos que desde el perfil preventivo especial permita recortarla.

"El gravamen derivado del inadecuado tratamiento procesal a que se vio sometido el imputado T. puede hallar adecuada reparación en las reglas de individualización de la pena y en las que legislan lo relativo a las condiciones de su ejecución, sin perjuicio de las enmiendas que se ofrecen desde otros ámbitos (v. gr.: indulto o conmutación, conf. arts. 103.5 y 144.4, Const. prov.; 118, ley 12.256), cuya utilidad, de ser necesario, no deberá ser menospreciada por los jueces de la causa".

"Las diferentes expresiones de los arts. 40 y 41 del Código

⁹ Caso relevante para la defensa pues rechaza el recurso extraordinario sostenido desde el MP Fiscal en un caso donde el TCP valoró atenuantes sobrevinientes.

represivo, en cuanto permiten ponderar en la determinación judicial de la pena, entre otros factores, las "condiciones personales" del sujeto, imponiéndole a los jueces el deber de "tomar conocimiento directo y **de visu**" de aquél (art. 41 inc. 2°, Código Penal), pueden servir de guía para encauzar la solución pretendida. Pues, al contemplar esa fórmula la posibilidad de que **circunstancias posteriores a la ejecución del hecho** repercutan menguando la pena proporcional a la culpabilidad, brinda un medio adecuado para reparar los efectos de la exorbitante morosidad judicial."

"Sentado ello, definida como viene la pena que se estimó adecuada a la culpabilidad por el hecho, **debe incluirse ahora, como modulación atenuante, el devenir vinculado a la demora judicial, correspondiendo en ese trazado realzar la actitud procesal del imputado, sus actuales condiciones de vida y demás presupuestos que desde el perfil preventivo especial permita recortarla.**"

"Esta solución se ve reforzada si acudimos a la doctrina del Tribunal, elaborada en consonancia con la acuñada por la Corte federal, que establece que **los jueces no pueden prescindir en el momento crucial de fallar el caso de la realidad en la cual se dicta, así como tampoco pueden desentenderse de las consecuencias que su decisión pudiere proyectar.** Ciertamente es que la incidencia que este componente atenuante puede reportar en el caso concreto reclama de una suerte de "cesura del juicio" que, sin perjuicio de las pautas dosificadoras devenidas firmes, implicará reexaminar la medida actual de pena realmente necesaria, así como los demás presupuestos de su ejecución, para lo cual -reitero- cobra particular relevancia la manda del art. 41 *in fine* del Código Penal en tanto establece que los jueces no pueden prescindir en el momento crucial de fallar el caso de la realidad en la cual se dicta, así como tampoco pueden desentenderse de las consecuencias que su decisión pudiere proyectar".

"Ciertamente es que la incidencia que este componente atenuante puede reportar en el caso concreto reclama de una suerte de "cesura del juicio" que, sin perjuicio de las pautas dosificadoras devenidas firmes, implicará reexaminar la medida actual de pena realmente necesaria, así como los demás presupuestos de su ejecución, para lo cual -reitero- cobra particular relevancia la manda del art. 41 *in fine* del Código Penal en tanto prescribe la necesidad de que el juzgador tome conocimiento directo y **de visu** con el imputado a fin de ponderar las nuevas circunstancias apuntadas" (SCBA P. 88.303 (25.03.2209), P. 86.764, P. 110.833, e/o).

d. 3. El necesario contacto. Su importancia en los procedimientos de reenvío.

Merece destacarse esta doctrina jurisprudencial pues condensa aspectos de oportunidad procesal y sustancia a los

fines de una introducción oportuna de cuestiones relevantes en la situación personal de quien asistimos.

Así se afirma que la incidencia que este componente atenuante puede reportar en el caso concreto reclama de una suerte de "cesura del juicio" que, sin perjuicio de las pautas dosificadoras devenidas firmes, implicará reexaminar la medida actual de pena realmente necesaria, así como los demás presupuestos de su ejecución, para lo cual -reitero- cobra particular relevancia la manda del art. 41 in fine del Código Penal en tanto prescribe la necesidad de que el juzgador tome previo conocimiento directo y de visu con el imputado a fin de ponderar las *nuevas circunstancias apuntadas*.

III.- El documento del TCP. Hechos Probados en el ámbito interno. Usos en el ámbito jurisdiccional de los distintos casos. Rol primordial del Poder Judicial¹⁰.

Bajando algunas pautas a las que refiere la SCBA y destaca la Corte Interamericana en algunos casos que se pueden

¹⁰ Sobre hechos probados en relación con el agravamiento de condiciones de detención puede verse también: *"En virtud de tales antecedentes, es dable concluir que el prudente análisis de todas las circunstancias en juego, que en su momento llevó al Tribunal a admitir una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo del reclamo y a implementar un remedio congruente con su alcance, desaconseja volver a transitar un camino que ya fue considerado ineficaz desde una perspectiva enfocada en la entidad y magnitud de las violaciones que -cuando menos- deben comenzar a ser mitigadas, en tanto exceden la eventual promoción de reclamos individuales referidos a situaciones particulares. De procederse de ese modo, se estaría rehusando la utilidad del caudal fáctico-probatorio reunido en la instancia de origen durante todo este período, del fructuoso aporte de las partes intervinientes y de las prácticas jurisdiccionales que, en mayor o menor medida, han iniciado el proceso de remoción de las indignas condiciones carcelarias que produjeron el estado de cosas que se pretende revertir... la persistencia de la situación de superpoblación en el ámbito carcelario provincial y su crecimiento exponencial".* Recurso de hecho deducido por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires en la causa Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", para decidir sobre su procedencia" sent. 13/05/2021 CSJ. 1469/2014RH1

relacionar, el documento del Tribunal de Casación que sustenta distintas medidas de la SCBA y otros poderes del estado, aborda la realidad del encierro bonaerense brindando un punto de apoyo inicial concreto para introducir formas de reparación en la práctica cotidiana de los casos individuales que soportan la crisis humanitaria, en la medida de la estrategia de cada defensa y conforme a las particularidades que se busquen para encausar la mejor solución al problema advertido o que nos presenta la persona asistida.

Pág. 87/89 afirma el TCP: **"...las condiciones de detención en las que -en general- se encuentra la población carcelaria de la Provincia de Buenos Aires, no pueden ser sino consideradas -al menos- como degradantes, lo que inevitablemente repercute de manera desfavorable en la integridad física y psíquica y en la dignidad de las personas privadas de libertad, afectando así sus derechos fundamentales."**

"Es importante destacar que la crisis humanitaria que hoy domina el escenario de encierro en la Provincia de Buenos Aires, es un fenómeno que se replica pronunciadamente en países de nuestro continente, centrales y emergentes desde el punto de vista de los recursos disponibles, situación que incluso ha involucrado a Estados del continente europeo."

"Una muestra del afianzamiento de la posición fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede verse en el reciente pronunciamiento en el caso 'Medidas Provisionales respecto de Brasil; asunto del instituto penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC)', donde se afirma que la situación de hacinamiento es violatoria del art.5.2 de la Convención, pero por sobre todo sostiene dos puntos de especial relevancia. Por un lado, se refiere que **"En principio, y dado que es innegable que las personas privadas de libertad en el IPPSC pueden estar sufriendo una pena que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenderse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución. Las penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional"** (párrafo 120), por el otro, a su

vez señala que "[l]a eventual situación violatoria del artículo 5.2 de la Convención Americana no puede resolverse en el presente asunto aguardando la construcción de nuevos establecimientos" (párrafo 115)."

"Desde este enfoque, está claro que en un contexto de determinadas condiciones la pena se torna antijurídica y como consecuencia de ello en inhumana, al mismo tiempo que se impone resaltar la insuficiencia de las "soluciones" de infraestructura para restaurar el estado de derecho."

Agrega en pág. 92: "Como se ve, incluso en aquellos países caracterizados por un alto nivel de prisionalización, las actuales condiciones obligaron a replantear los diseños de política criminal."

Y en la pá. 94: "Al encontrarse el Estado en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, y como tal, asumir deberes específicos de respeto y garantía de sus derechos fundamentales, en particular de los derechos a la vida y a la integridad personal, cuya realización en condición indispensable para el logro de los fines esenciales de la pena privativa de libertad, no puede sino reconocerse el rol primordial del Poder Judicial."

IV.- Contenidos Posibles: Estándar compensatorio o reparatorio de la Corte Interamericana:

a.- En casos de agravamiento de condiciones de detención por degradante sobrepoblación: "Plácido" y "Curado"¹¹

-En ambos pronunciamientos de la Corte Interamericana destacó entre los ejes en que se sustenta la reparación u obligación de compensar:

"120. En principio, y dado que es innegable que las personas privadas de libertad en el IPPSC pueden estar sufriendo una pena que les impone un sufrimiento

¹¹ CORTE IDH 22 NOVIEMBRE DE 2018 "MEDIDAS PROVISIONALES RESPECTO DE BRASIL - ASUNTO DEL INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO" y CORTE IDH 28 DE NOVIEMBRE DE 2018 "MEDIDAS PROVISIONALES RESPECTO DE BRASIL ASUNTO DEL COMPLEJO PENITENCIARIO DE CURADO"

antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenerse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica **compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución.** Las penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional."

"121. Dado que está fuera de toda duda que **la degradación en curso obedece a la superpoblación** del IPPSC, cuya densidad es del 200%, o sea, que duplica su capacidad, de ello se deduciría que duplica también la inflicción antijurídica sobrante de dolor de la pena que se está ejecutando, lo que impondría que el tiempo de pena o de medida preventiva ilícita realmente sufrida se les computase a razón de dos días de pena lícita por cada día de efectiva privación de libertad en condiciones degradantes."

"123. Cabe presuponer en forma absoluta que las privaciones de libertad dispuestas por los jueces del Estado, a título penal o cautelar, lo han sido en el previo entendimiento de su licitud por parte de los magistrados que las dispusieron, porque los jueces no suelen disponer prisiones ilícitas. Sin embargo, se están ejecutando ilícitamente y, por ende, dada la situación que se continúa y que nunca debió existir pero existe, **ante la emergencia y la situación real, lo más prudente es reducirlas en forma que se les compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento no dispuesto ni autorizado por los jueces del Estado.**"

Punto 124: "... la Corte recuerda que, conforme a los principios del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado no podrá alegar incumplimiento por obstáculos de derecho interno."

De los párrafos transcriptos así como del resto de la sentencia, surge claramente el papel central que para la Corte Interamericana debe cumplir el Poder Judicial como obligado a compensar, de algún modo y en la medida de cada caso, la ejecución ilícita de una pena (o medida de coerción que se cumple en encierro policial/penitenciario) cuando el mal ya está hecho. Para ello, resulta

indispensable tener en cuenta la realidad y las consecuencias del mal padecido al momento de decidir, para reducir el tiempo de permanencia en prisión.

b.- En casos de salud y atención médica oportuna, efectiva e integral: "Hernández"¹²

Si bien en lo relativo al punto anterior, aparece como un nuevo eje sobre el cual puede detenerse la defensa para

¹² **Derecho a la salud de las personas privadas de la libertad. Integridad personal. Libertad personal, presunción de inocencia. Protección judicial.** En el caso se encontró al Estado de Argentina responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la salud, a la libertad personal, a la presunción de inocencia y a las garantías judiciales del señor José Luis Hernández, así como del derecho a la integridad personal en perjuicio de su madre, la señora Raquel San Martín de Hernández. Se relaciona con las violaciones que se produjeron cuando el señor Hernández estuvo detenido, desde el 7 de febrero de 1989 al 29 de mayo de 1991. **En ese período, el señor Hernández contrajo una enfermedad y no recibió la asistencia médica debida.**

Al analizar el caso, la Corte encontró que la integridad personal del señor Hernández se vio afectada como consecuencia de que se le mantuvo privado de libertad en una cárcel que no tenía espacio suficiente para albergar al número de reclusos, y de que las autoridades no cumplieron de modo oportuno con las órdenes del Juez de la Causa de brindarle atención médica una vez denunciada su condición de salud. Estos hechos constituyeron tratos degradantes. Adicionalmente, el Tribunal constató que el Estado no proveyó un tratamiento médico adecuado a la víctima antes y después de tener conocimiento de que se encontraba contagiado de meningitis y T.B.C. Asimismo, se advirtió la existencia de omisiones atribuibles al Estado en materia de calidad, disponibilidad y accesibilidad de atención a la salud. Los hechos anteriores constituyeron violaciones a los derechos a la integridad.

Adicionalmente, la Corte consideró que aun cuando la prisión preventiva del señor Hernández cumplió con el requisito de legalidad, y que el Juez de la Causa verificó la existencia de indicios de responsabilidad en la comisión del delito que se le imputaba, la misma no perseguía un fin legítimo y constituyó un juicio anticipado sobre la responsabilidad penal del imputado. Consecuentemente, la medida cautelar constituyó una detención arbitraria y una violación al derecho a la presunción de inocencia, en violación a los artículos 7.1, 7.3 y 8.2 de la Convención. La Corte también concluyó que la falta de cumplimiento de las órdenes dirigidas a garantizar el derecho a la salud del señor Hernández constituyó una violación al derecho a la protección judicial en términos del artículo 25.2.c de la Convención Americana.

Finalmente, el Tribunal concluyó una violación al derecho a la integridad personal de la madre del señor Hernández como resultado del dolor, angustia e incertidumbre ocasionada por el progresivo deterioro de la salud de su hijo mientras se encontraba detenido, lo cual se sumó a los sentimientos de frustración e impotencia por la falta de atención médica, violentando su integridad personal.

debatir en los casos, no pueden dejar de señalarse las cuestiones vinculadas entre integridad personal y el derecho a la salud que para las personas detenidas realiza la Corte en el caso Hernández y cuya síntesis se presenta en la nota n° 12.

Situaciones como las padecidas por Hernández pueden replicarse en las defensorías públicas penales día a día.

c.- En casos de torturas: "Bueno Alves"

A los fines de encausar cuestiones vinculadas con la responsabilidad en el ámbito interno, algunos casos del Tribunal de Casación comienzan a relacionar el actuar antijurídico por parte del Estado en estos hechos y decidirlos en términos de reparación¹³, por ejemplo, con otras situaciones de la vida de la persona detenida por donde pueden comenzar a atenderse de manera oportuna (en nuestro ámbito) aquellas torturas y aunque no medie una sentencia penal en relación a las mismas. Utilizan para ello el estándar de "Bueno Alves"¹⁴ sin acudir a criterios rígidos en materia probatoria, atendiendo las particularidades de cada caso y considerando el contexto de las conocidas dificultades que conllevan, para la persona privada de la libertad víctima, visibilizarlas. Así puede verse el caso Reyna¹⁵, junto a otros como uno de los

¹³ En línea con el antecedente en la causa "Casado" del TCP, Reg. 907 del 30/07/2010.

¹⁴ Corte IDH "Bueno Alves vs. Argentina" del 11.5.2007.

¹⁵ *"Ceñidos a los hechos denunciados por Reyna en la acción de habeas corpus y lo comprobado en la misma, de acuerdo con lo emanado de la resolución final, el castigo sufrido por el nombrado por no haber querido ducharse debe calificarse como tortura"... "las lesiones a las que fue sometido Damián Ezequiel Reyna -insisto, pericialmente*

ejemplos del rol de garante de una jurisdicción comprometida con sus responsabilidades sobre la persona detenida, destacándose además, la imposibilidad de obviar la doctrina de la Corte Interamericana a la que acuden los fallos.

Sin dudas los criterios que comienzan a verse en el ámbito interno (en relación con formas de vinculación de estos graves daños a la integridad personal y la integralidad de reparación que reclaman) son mínimos, no por ello merecen ser minimizados frente a la escases de intenciones de buscar alternativas -desde dentro del poder

acreditadas-, son fruto de actos de tortura en el contexto de la ejecución de la sanción penal que oportunamente le fuera impuesta". "No obstante que lo anteriormente señalado no fue puesto en duda por la Cámara de Apelación y Garantías departamental, no encontró reflejo alguno en el tratamiento penitenciario que viene desarrollando Damián Reyna, como lo propiciara su defensa técnica."

"Entiendo, por el contrario, que sí corresponde hacerse eco de dicha pretensión. Aun cuando no resulte habitual en nuestra Judicatura, cabe deslindar en lo relativo al tiempo de prisión padecido por una persona". "Tales actos delictivos padecidos por Reyna en lo que debió ser un tratamiento legal y digno tendiente a su reinserción social (art. 5.6 C.A.D.H., 4 ley 12.256), trasuntan una crueldad o deshumanización del mismo que, reitero, no puede dejar de considerarse". "Soy de la opinión de que la pena recaída tras la sentencia firme, no puede ser expresada más que de modo lineal, cronológico, fijando la extensión máxima de la intervención punitiva estatal. A su vez, implica de consuno, el cumplimiento regular de la misma, aventando toda posibilidad de actos que la tornen en una pena cruel, inhumana o degradante. Cuando así sucede, y a fin de evitar una sanción de orden internacional, es ineludible atender a esta faceta existencial recomponiendo la situación violatoria de derechos del penado o detenido, o reparando sus efectos, siempre que sea posible, del modo más aproximado a una plena restitución (restitutio in integrum)". "Damián Ezequiel Reyna ha satisfecho el requisito temporal exigido por el art. 104 de la ley 12.256 para acceder a la libertad asistida anticipada, a lo que se aduna que no reviste la calidad de reincidente. Así, la libertad asistida cuyo otorgamiento propongo, funciona en autos como una forma de reparación ante los hechos de torturas a los que fue sometido Reyna en el interior de un establecimiento del Servicio Penitenciario Bonaerense, donde el Estado no ha logrado cumplir con su deber de indemnidad" (causa n° 75.213, "Reyna, Damián Ezequiel", Sala I.). En sentido similar puede verse Causa N° 78.881 caratulada "BELLLOT, Gustavo Adolfo, reg. N° 835 del 13.10.2016 y sus citas).

judicial- para una justicia del caso con perspectiva de Derechos Humanos.

V.- Planteos oportunos:

Si bien, como aparece en doctrina legal, hay una relación entre esencialidad y planteo oportuno, con el fin de litigarlos como parte de una estrategia de reparación, es más sencillo de introducir en los debates sobre la determinación de la eventual penalidad (sea la inicial o en los momentos de redefinición) antes que el caso pase en autoridad de cosa juzgada. Ya sea que se introduzca por la defensa técnica o bien en ejercicio de la defensa material, se requiere un mínimo de indicación sobre admisibilidad del momento y los elementos probatorios (aportando o indicándolos) sobre la acción sufrida o la omisión del deber de garante especial que desde el estado se hubiese incumplido¹⁶.

También es posible introducirlos, por ejemplo al observarse el cómputo de la pena o al solicitar la revisión periódica de la misma si se tratara de un proceso del FRPJ.

VI.- En síntesis:

El documento elaborado pretende compartir una visión desde la experiencia acumulada en el litigio ante los tribunales superiores. Aportar para el interior de la defensa pública una serie de puntos de apoyo para reforzar opciones dentro de la gama de planteos y agravios en la labor profesional

¹⁶ Teniendo en cuenta el estado de cosas inconstitucional que viene destacando la CSJN y el TCP hace décadas sería más prudente que la carga de acreditar la falta de dichos padecimientos recaiga, como principio, sobre el Ministerio Público Fiscal.

que inspiren a activar destrezas complementarias para potenciar la defensa en el caso. También repensar acciones para las reparaciones en tiempo oportuno de la integridad personal afectada, retroalimentando y complementando los litigios colectivos (en particular los hechos probados o reconocidos en los mismos) con los individuales, en busca de ensayar una vía posible de reparación en tiempo vital útil y brindar volumen práctico a cuestiones dogmáticas de las penas ilegales.

Frente al público y notorio conocimiento contextual de las distintas penurias que se viven en los lugares de encierro del ámbito provincial (para quienes allí están alojados como para quienes deban estarlo), el valor de la puntual preocupación por trasladar el estándar que presentan dichos casos a los "individuales", tienen hoy un nuevo componente a considerar también en el momento de la definición y en los de la *redefinición* de la penalidad, para una persona juzgada¹⁷.

Además nos interpela a adoptar las medidas a nuestro alcance para expandir el volumen que abarca la incipiente doctrina legal de la Suprema Corte sobre la "esencialidad" y obligación de la magistratura de no desentenderse de la realidad del momento en que se decide y las consecuencias de los fallos, aún en el ámbito de la revisión de las penas en términos de obligación de respuesta frente a situaciones particulares sobrevinientes al hecho delictivo juzgado, con el plus de refuerzo de los estándares de la Corte

¹⁷ Sin desconocer que hay casos en los que asistimos atravesados por situaciones de vulnerabilidad transversales y pueden generar reales disminuciones de expectativas de vida, lo que debería impactar de manera directa en los esquemas de proporcionalidad de las penalidades.

Interamericana sobre alternativas de compensación de los males padecidos.

Sin dudas deberemos afrontar criterios jurisdiccionales que sigan anteponiendo cuestiones de admisibilidad y obstáculos de derecho interno obviando la Doctrina Legal vigente, con el desmedro al ya exhortado por la CSJN como demorado sistema recursivo provincial, pero es un desafío motivante para encarar en búsqueda del respeto por la dignidad de las personas a quienes brindamos nuestro servicio.

Agustín Matías Lavalle

Secretario ante SCBA de la Defensoría de Casación
26.05.2021.

(publicado en documentos de trabajo del sitio web defensapublica.org.ar)