



Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal “A., D. G. Cuerpo de ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Casación”, S. n° 145, 16 de junio de 2020.

“Pandemia, derechos fundamentales y perspectiva de género”

Nombre: Isaia Bartoloni, Wilson Nazareno

D.N.I: 37.321.364

Legajo: VABG16522

Año: 2021

Institución: Universidad Siglo 21

Carrera: Abogacía

Tutor: Vittar, Romina

Producto: Nota a fallo

Temática: Cuestiones de género

Sumario: I. Introducción. II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal. III. Análisis de la ratio decidendi de la sentencia. IV. Marco Teórico, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. V. Postura del autor. VI. Conclusión. VII. Referencias. VII.I. Doctrina. VII.II. Jurisprudencia. VII.III. Legislación.

I. Introducción

El siguiente análisis, se ve impulsado por la resolución en la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en los autos caratulados “A., D. G. Cuerpo de ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Casación”; este rechaza el recurso deducido por la defensa, interpuesto por la abogada defensora del imputado D.G.A, doctora I.N. La defensa demanda el cese de la resolución del a quo, por considerarla errónea y genérica, causando un gravamen irreparable y riesgo de vida por su situación de salud. Esto en virtud de que el imputado, se halla en grupo de riesgo por padecer diabetes insulino dependiente y al encontrarse privado de su libertad en un contexto extraordinario de pandemia mundial.

En el caso analizado, se puede identificar un problema de índole axiológico; presentándose un conflicto de principios en el caso concreto. Así, el principio constitucional del derecho a la vida, salud e integridad física del reo; colisiona con el derecho a la seguridad y una vida libre de violencia por parte de la víctima¹. El tribunal, al rechazar el recurso de casación interpuesto por el imputado, le otorga primacía al principio del derecho de su víctima; ello en virtud de un minucioso análisis de su peso en el caso concreto, según criterio de proporcionalidad. De esta manera, al tratarse de principios que involucran derechos fundamentales y a la obligación por parte del estado a su protección; el tribunal resolvió mediante la ponderación de dichos principios y atendiendo a incorporar la perspectiva de género en su decisión².

El fallo seleccionado en cuestión, detenta la importancia jurídica de velar por el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, contemplado por la “Convención de Belem do Pará”. Esto se suscita en un contexto excepcional de pandemia global, donde la comunidad

¹ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". Arts. 2 a 7.

² CIDH- Pandemia y derechos humanos en las Américas. Arts. 49 y 51.

internacional se vio afectada por el advenimiento del COVID-19; con especial impacto frente a mujeres víctimas de violencia de género. Resulta relevante su análisis, debido a que el tribunal sopeso la protección de la víctima de violencia de género; por sobre el posible riesgo de salud frente al COVID-19 para el imputado privado de su libertad, el cuál para el tribunal se encuentra controlado.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal

En cuanto a los hechos, cabe destacar que el imputado se encuentra cumpliendo prisión preventiva, debido a innumerables agravios y agresiones de violencia de género efectuados hacia su esposa; éste violando todas las ordenes de restricción para con su víctima. Ante el advenimiento del COVID-19 y a su situación de vulnerabilidad por padecer diabetes insulino dependiente y al encontrarse encerrado en una unidad carcelaria; solicita su incorporación al instituto de prisión domiciliaria³ en primera instancia el cual es rechazado. Ante ello, invoca recurso de casación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba y es aquí donde se dirime un hecho fundamental que colisiona con su pretensión; la valoración de la situación fáctica de vulnerabilidad de su víctima y la obligación del Estado de protegerla.

En el marco extraordinario que suscita la situación de pandemia global por la propagación del coronavirus, la doctora M.A.M.A. defensora del imputado D.G.A, solicita la incorporación de su defendido al instituto de prisión domiciliaria; ante el Juzgado de Ejecución de Receso judicial Extraordinario de la ciudad de Río Cuarto. La misma, alega que el entorno de encierro carcelario supone un riesgo de transmisión del virus que afecta el derecho a la salud del imputado; obligación que pesa sobre el Estado.

El Juzgado por auto n° 74 de fecha 1° de abril de 2020, resolvió rechazar la incorporación al instituto de prisión domiciliaria del condenado; ello fundado en que su privación de la libertad no es obstáculo para un apropiado tratamiento de su patología base y no supone un riesgo actual. Frente al rechazo del Juzgado de primera instancia, la doctora I.N en condición de abogada defensora del reo D.G.A, interpone recurso de casación ante la

³ Ley n° 24.660, redacción Ley n° 26.472. Arts. 10 Inc. "a" CP y 32 Inc. "a".

Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Esta, alega que el Juzgado dirimió errónea y genérica, causando un gravamen irreparable y un riesgo de vida actual para su defendido.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en los autos caratulados “A., D. G. Cuerpo de ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Casación” decide rechazar el recurso interpuesto, en virtud de no considerar arbitraria la sentencia del a quo y al considerar los derechos de la víctima de violencia de género.

III. Análisis de la ratio decidendi de la sentencia

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, decidió unánimemente rechazar el recurso de casación interpuesto, por considerar que la resolución del ad quo no resulta arbitraria e incorporar perspectiva de género en su resolución. A continuación, analizaremos los argumentos presentados por los jueces.

En cuanto al instituto de la prisión domiciliaria, el Tribunal considera que la enfermedad preexistente del imputado no da lugar por si misma a la extraordinaria clase de encierro domiciliario; siempre y cuando no sea un impedimento para el tratamiento médico del imputado intramuros⁴.

En cuanto a la situación excepcional de emergencia sanitaria, acaecida por el COVID-19 y la obligación estatal de proteger especialmente a grupos vulnerables; el Tribunal considera que existe un riesgo real de afectación a la salud⁵. Debido a esto, el mismo ponderó derechos fundamentales en oposición; por un lado, el derecho constitucional a la vida, salud e integridad física del imputado; y por otro el derecho a la seguridad y una vida libre de violencia por parte de la víctima⁶. Atento a introducir la perspectiva de género en su análisis⁷, realizó un meticoloso análisis para ponderar aplicando el principio de proporcionalidad; teniendo en cuenta a la víctima de violencia de género y a su particular situación de vulnerabilidad.

⁴ TSJ, Sala Penal, "Tapia, Sergio Orlando", S. nº 95, 17/04/2020.

⁵ CIDH. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas.

⁶ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". Arts. 2 a 7.

⁷ CIDH- Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Arts. 49 y 51.

Por otra parte, el Tribunal argumenta que por el momento la situación del imputado se encuentra contenida y no así la de su víctima, debido al sucesivo fracaso de las medidas de restricción anteriores motivo de su prisión. Considerando que a la fecha en el establecimiento carcelario no existe ningún caso de COVID-19 y que la Provincia cuenta con su propio protocolo de COVID-19 para establecimientos carcelarios; más aún que la enfermedad del imputado se encuentra debidamente atendida en dicha locación. Además, argumenta que solo es legítimo aducir la normativa internacional de flexibilización carcelaria, solo en un contexto de hacinamiento o superpoblación que aquí no se desarrolla.

IV. Marco Teórico, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Los principios en su carácter de normas, mandan la realización de algo teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas en un incidente particular; concebidos por Alexy como “mandatos de optimización” (Alexy,1993, p.86). En la situación donde principios fundamentales colisionan o se encuentran contrapuestos en un caso concreto, la solución deviene de una ponderación de tales principios, determinando el de mayor peso en una circunstancia particular (Alexy, 2010). Ello no implica la anulación del principio apartado o su falta de aplicación, simplemente que uno de ellos precede y al otro se lo hace retroceder según criterio de proporcionalidad; tampoco implica que en otra eventualidad o contexto diferente vuelva a primar el principio antes ponderado. Esto reviste un análisis del grado de afectación de un principio por sobre el otro, predominando el que afecte en menor medida, al contrario. Así, cuando el deber estatal de la protección de los principios fundamentales supone una posición intrínseca de tensión, resulta apropiado la ponderación de los intereses en juego con principio de proporcionalidad (Alexy, 1993).

En cuanto al instituto de la prisión domiciliaria⁸, se establece que el juez competente podrá disponer de este tipo especial de cumplimiento de la pena, en el caso de que la prisión carcelaria fuera impedimento para la recuperación y tratamiento de su patología base, no siendo acorde el albergue hospitalario. Este instituto no suspende la ejecución de la pena, solamente constituye un modo aminorado en el cumplimiento de la pena privativa de la libertad (De la Rúa, 1997). En este sentido, la prisión domiciliaria, siendo un tipo particular de pena privativa de la libertad; también conlleva la protección de múltiples derechos

⁸ Ley n°24.660, redacción Ley n° 26.472. Arts. 10 Inc. “a” CP y 32 Inc. “a”.

fundamentales como el derecho a la vida, salud e integridad física (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002). Sin embargo, ello no significa que la enfermedad habilite inmediatamente a la extraordinaria clase de encierro domiciliario; siempre y cuando no sea un impedimento para el tratamiento médico del imputado intramuros.

Así, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, ha sostenido que para la concesión del encierro domiciliario debe sumarse un extra que atente contra el derecho a la salud e integridad física del imputado. En cuanto a la situación excepcional de emergencia sanitaria por el COVID-19 y a la obligación estatal de proteger especialmente a grupos vulnerables, considera que existe un riesgo real de afectación a la salud siguiendo las directrices de la CIDH⁹. La CIDH insto a los Estados a adoptar medidas para prevenir afectaciones fundamentales como la vida y la salud en grupos vulnerables; como personas privadas de la libertad y mujeres. La Comisión, recomendó evaluar la sustitución de la prisión en grupos de riesgo atento a criterio de proporcionalidad evitando el hacinamiento en las cárceles; así también recomendó que se realicen protocolos de prevención.

Sin embargo, cuando la situación carcelaria particular y la enfermedad preexistente se encuentran compensadas; debidamente tratada intramuros con los protocolos de actuación pertinentes, no configura un supuesto para la prisión domiciliaria¹⁰. Cuando el derecho a la vida, salud e integridad física del interno se encuentran salvaguardados dentro de la unidad carcelaria y no se presentan las circunstancias fácticas de hacinamiento de la que habla la CIDH; también resulta improcedente la prisión domiciliaria¹¹.

En cuanto al derecho de mujer víctima de violencia de género, el Estado Nacional adhirió a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Pará”) en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. En este sentido, configura un deber estatal la protección del derecho a la seguridad y una vida libre de violencia para la víctima¹²; reafirmando el compromiso se sancionó la ley n° 26.485 de Protección Integral de las Mujeres. Ante la situación sobreviniente de pandemia

⁹ CIDH. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas.

¹⁰ TSJ, Sala Penal "Tapia, Sergio Orlando", S. n° 95, 17/04/2020.

¹¹ TSJ, Sala Penal "Leiva, Rubén Alfredo", S. n° 29, 10/02/2021.

¹² Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". Arts. 2 a 7.

mundial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³ insto a los a los Estados a adoptar la perspectiva de género sopesando especialmente en los casos de violencia de género.

Resulta importante precisar a qué nos referimos cuando hablamos de género, este supone una construcción social e histórica, determinado por la cultura dominante. Así, podemos precisar que es producto del constructo de nuestras sociedades y no supone un orden natural; más bien este otorga una identidad con características intrínsecas estereotipadas y preponderantemente en detrimento de la mujer. Esto se ve reflejado en las interacciones sociales, en la esfera pública y privada; persistiendo una manera diferencia del desarrollo personal dentro la sociedad que afecta derechos fundamentales (Faur, 2008).

La violencia de género no significa simplemente una acción u omisión perpetrada hacía la mujer por su calidad de mujer; más bien importa una clase de violencia vinculada con la relación asimétrica histórica de poder entre hombres y mujeres. Implica la discriminación y subordinación de la mujer perpetuada por la sociedad; por lo cual es fundamental el avance continuo en los mecanismos de protección estatal (Fellini y Morales Deganut, 2019).

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, considera que debe actuar activamente en la protección de los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género y tiene el deber de juzgar con perspectiva de género; teniendo en consideración la disparidad social y cultural que se suscita entre los géneros. Ello, en virtud de la tutela de los derechos fundamentales que pueden verse afectados, reconocidos por Convenciones Internacionales y receptados por nuestra Constitución; lo que importa al deber estatal de la Justicia¹⁴. Respecto a la situación de pandemia global, el Tribunal adopta las medidas sugeridas por la CIDH en cuanto a fallar con perspectiva de género y particularmente en casos de violencia de género (TSJ Córdoba, 2021).

V. Postura del Autor

¹³ CIDH- Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Arts. 49 y 51.

¹⁴ TSJ, Sala Penal " F.H.M p.s.a. lesiones graves culposas- Recurso de casación", S. nº 204, 05/06/2018.

La situación global de pandemia generada por la propagación del COVID-19, supuso una escena inusitada en épocas contemporáneas y la preocupación de los organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello, dio lugar a situaciones en las que los derechos fundamentales de las personas entraron en colisión y la Justicia debió dar solución frente a tales avatares; como en el caso de las personas privadas de su libertad y el caso de las víctimas violencia de género¹⁵.

La sentencia analizada resulta sumamente interesante, relevante y novedosa. Aquí, fue el mismo Tribunal el que puso de manifiesto la tensión existente entre principios fundamentales; por una parte el derecho constitucional a la vida, salud e integridad física del imputado y por otro el derecho a la seguridad y una vida libre de violencia por parte de la víctima¹⁶. Los jueces, entendieron que la enfermedad preexistente del imputado no habilita inmediatamente a la prisión domiciliaria¹⁷ y es por ello que evaluaron acertadamente la situación particular; también atendiendo a las recomendaciones internacionales como las de la CIDH¹⁸, entendiendo luego de un minucioso análisis que no se daban las circunstancias fácticas requeridas para tal instituto. En contraparte, el Tribunal reparó debidamente en los derechos de la víctima de violencia de género; considerando también en este punto las recomendaciones de la CIDH¹⁹ de fallar con perspectiva de género y el deber del Estado para con la protección del derecho a la seguridad y una vida libre de violencia para la víctima²⁰.

El Tribunal, valoró pertinentemente el derecho de la mujer víctima de violencia de género y resolvió con perspectiva de género; teniendo en deferencia la particular situación de vulnerabilidad de la mujer. Al fallar de este modo, el mismo tuvo en cuenta esta particular forma de violencia asociada con una relación dispareja de poder entre hombres y mujeres; por ello fue de vital importancia la perspectiva de género que el tribunal aplicó como una

¹⁵ CIDH. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas.

¹⁶ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". Arts. 2 a 7.

¹⁷ TSJ, Sala Penal "Tapia, Sergio Orlando", S. nº 95, 17/04/2020.

¹⁸ CIDH- Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Arts. 45 a 48.

¹⁹ CIDH- Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Arts. 49 y 51.

²⁰ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". Arts. 2 a 7.

forma de protección por parte del Estado (Fellini y Morales Deganut, 2019) y el deber de la Justicia frente a estos casos (TSJ Córdoba, 2021).

Debido a la importancia trascendental de proteger principios fundamentales por parte del Estado, el Tribunal sopesó según un acertado criterio de proporcionalidad al caso concreto; ponderando los derechos de la víctima de violencia de género por sobre su victimario frente al posible riesgo de su salud en contexto de encierro carcelario. Así, cuando principios fundamentales entran en colisión en un caso concreto, debe resolverse con una ponderación de estos y determinar el de mayor peso en esta situación particular (Alexy, 2010).

El Tribunal, entendió correctamente que los derechos del imputado se encuentran salvaguardados en virtud del contexto fáctico de su situación carcelaria y no así el riesgo de la mujer afectada; atendiendo al malogro de las ordenes de restricción violadas por su victimario y que la víctima integra un grupo vulnerable. El hecho de que los jueces ponderaran los derechos de la víctima de violencia por sobre los de su victimario, no supone que no se hayan aplicado los principios del imputado o se hayan anulado; solamente que en este caso concreto y en estas circunstancias particulares, predominan los principios fundamentales del derecho de la víctima porque afecta en menor medida, al contrario (Alexy, 1993).

Por todo lo expuesto, el razonamiento y los argumentos esgrimidos por los jueces resultan pertinentes. Al rechazar el recurso casación interpuesto por el imputado, llegaron a una solución justa y proporcional al caso concreto; incorporando perspectiva de género a su solución según estándares internacionales de Derechos Humanos²¹.

VI. Conclusión

En la presente nota a fallo, se ha analizado la resolución en la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en los autos caratulados “A., D. G. Cuerpo de ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Casación”. Situado en un contexto extraordinario de pandemia mundial acaecido por el COVID-19, se presenta un conflicto de principios fundamentales en el caso concreto. Por una parte, el

²¹ CIDH- Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Arts. 49 y 51.

principio constitucional del derecho a la vida, salud e integridad física del imputado; por la otra el derecho a la seguridad y una vida libre de violencia por parte de la víctima. El Tribunal, al rechazar el recurso de casación interpuesto, ponderó los derechos de la víctima de violencia de género; esto a partir de un criterioso análisis de su peso en el caso concreto, siguiendo estándares internacionales y aplicando el principio de proporcionalidad. Así, por ser principios que involucran derechos fundamentales y a la obligación por parte del Estado a su protección; el tribunal resolvió apropiadamente mediante la ponderación de dichos principios e incorporando perspectiva de género en su resolución.

La resolución del Tribunal, sienta una importante jurisprudencia sobre la importancia jurídica de velar por el derecho de la mujer a una vida libre de violencia; sopesando la protección de la víctima de violencia de género por sobre el posible riesgo de salud para el imputado privado de su libertad. La sentencia, establece directrices claras de como fallar según criterio de proporcionalidad, en una situación paradigmática donde existe tensión entre principios fundamentales. Así, el Tribunal ha arribando a una resolución justa y proporcional, con un análisis pormenorizado del caso concreto; esgrimiendo argumentos y razonamientos dignos de elogios.

VII. Referencias

VII.I. Doctrina

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Alexy, R. (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

De la Rúa, J. (1997). *Código Penal Argentino, parte general*. Buenos Aires: Depalma.

Faur, E. (2008). *Desafíos para la igualdad de género en la Argentina- 1°ed-* Buenos Aires: Programa Naciones Unidas para el Desarrollo.

Fellini, Z. y Morales Deganut, C. (2019). *Violencia contra las mujeres*. Buenos Aires: Hammurabi.

TSJ de la Provincia de Córdoba. (2021). *Jurisprudencia de la sala penal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba*- 1°ed- Córdoba: Centro de Capacitación Ricardo C. Núñez.

Zaffaroni, E. R., Alagia A., y Slokar A. (2002). *Derecho penal- Parte general*- 2°ed- Buenos Aires: Ediar.

VII.II. Jurisprudencia

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal “A., D. G. Cuerpo de ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Casación”, S. n° 145, 16 de junio de 2020. Recuperado el 2 de septiembre de 2021 de <https://escuelajudicial.justiciacordoba.gob.ar/?p=412>

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal "Tapia, Sergio Orlando s/ prisión domiciliaria- Recurso de Casación”, S. n° 95, 17 de abril de 2020. Recuperado el 10 de octubre de 2021 de <https://www.justiciacordoba.gob.ar/>

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal “Leiva, Rubén Alfredo Cuerpo de ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Casación”, S. n° 29, 10 de febrero de 2021. Recuperado el 10 de octubre de 2021 de <https://www.justiciacordoba.gob.ar/>

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal " F.H.M p.s.a. lesiones graves culposas- Recurso de casación", S. n° 204, 05 de junio de 2018. Recuperado el 10 de octubre de 2021 de <https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verSentenciaExterna.html?idJurisprudencia=4377>

VII.III. Legislación

Comisión Interamericana de Derechos Humanos- Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020. Washington D.C, 10 de abril de 2020. Recuperado el

2 de septiembre de 2021 de <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

Constitución de la Nación Argentina. Buenos Aires, 15 de diciembre de 1994. Recuperado el 2 de septiembre de 2021 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley n° 24.632. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". Buenos Aires, 1 de abril de 1996. Recuperado el 2 de septiembre de 2021 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/3500039999/36208/norma.htm>

Código Penal De La Nación Argentina. Buenos Aires, 21 de diciembre de 1984. Recuperado el 2 de septiembre de 2021 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Ley n° 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Buenos Aires, 8 de Julio de 1996. Recuperado el 2 de septiembre de 2021 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>

Ley n° 26.472. Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Buenos Aires, 12 de enero de 2009. Recuperado el 2 de septiembre de 2021 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/149566/norma.htm>

Ley n° 26.485. Ley de Protección Integral a las Mujeres. Buenos Aires, 1 de abril de 2009. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>