

En la ciudad de Mar del Plata, a los treinta (30) días del mes de mayo de dos mil cinco, se reúne el Tribunal en lo Criminal n° 1 en acuerdo ordinario con el objeto de resolver acerca del cese o morigeración de la prisión preventiva del enjuiciado (peticionada por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Ricardo Luis Mendoza, a fs. 383/5), en las presentes actuaciones registradas bajo el n° 507, caratulada “**PATHENAY, Carlos Alberto s/ homicidio calificado**”, y habiéndose practicado el sorteo de ley, del mismo resultó que deberá votar en primer término el Sr. Juez Ricardo S. Favarotto, en segundo lugar el Sr. Juez Esteban Ignacio Viñas, y, por último, el Sr. Juez José Antonio Martinelli.

El Tribunal en lo Criminal resuelve plantear y votar la siguiente **QUESTION**:

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada la Sr. Juez Favarotto dijo:

1. En apenas **ocho (8) meses y ocho (8) días de proceso** (es decir, los que mediaron entre el 25 de junio de 2.000 -fecha del ilícito y de la detención del causante- y el 5 de marzo de 2.001 -momento del decisorio definitivo-), y tras la celebración del juicio oral, público y contradictorio, Carlos Alberto Pathenay fue condenado y se le impuso -por mayoría de opiniones- la pena de prisión perpetua, accesorias legales (CP, 12), y costas (CP, 29, inc. 3º; CPP, 531), al ser declarado autor jurídicamente responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo (CP, 80, inc. 1º), tal como se desprende del fallo que se glosa a fs. 279/96 vta.

Esa sentencia fue impugnada por el defensor público del encartado, y recién el 23 de marzo de 2.004 [o sea, luego de **tres (3) años, ocho (8) meses y veintiocho (28) días** de prisión preventiva, que por imperio de la entonces vigente ley n° 24.390, B.O.N. del 22/11/94, deben contabilizarse como **cinco (5) años, cinco (5) meses y veintiséis (26) días**], la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As. rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa que asiste técnicamente al imputado Pathenay (fs. 330/vta. y 386).

Contra esa denegatoria, la defensa ocurrió por la vía de recurso extraordinario ante la Suprema Corte de Justicia bonaerense, donde actualmente tramita el caso (fs. 386), por lo que el causante registra, al día de hoy, un tiempo de encierro cautelar real de **cuatro (4) años, once (11) meses y seis (6) días**, -que en virtud de lo dispuesto por el art. 7 de la ley 24.390 debe considerarse como **siete (7) años, diez (10) meses y doce (12) días**-, sin que su situación procesal haya quedado definida por sentencia ejecutoriada, ni la presunción de inocencia -de la que es destinatario, por consabidas normas del ordenamiento constitucional y legal- neutralizada por la existencia de una condena judicial firme, revestida de la autoridad de cosa juzgada.

2. Ello sentado con carácter introductorio, corresponde consignar que transcurridos unos cuatro años y medio de encierro precautorio, conforme al calendario gregoriano, se entiende (esto es, el día 30 de diciembre de 2.004, para ser preciso), el Defensor Oficial del encausado, Dr. Ricardo Luis Mendoza, acompañando una certificación actuarial de la que surge que Pathenay invocaba serios problemas de salud, solicitó que se oficie a la Unidad Penal n° XV a efectos que informe respecto del estado psicofísico del interno (fs. 341/2), practicándose, a partir de entonces, una serie ininterrumpida de estudios médicos y dictámenes periciales (así, a fs. 343, 348/50, 363/4, 371/5 y 377/81 vta.), que desembocaron en los pedidos de la defensa de fs. 383/5: a saber, el cese de la prisión preventiva o, en su defecto, la morigeración de la coerción personal del reo, opción ésta a la que el portavoz de la Fiscalía prestó explícito asentimiento (fs. 387/vta.).

Pues bien; este Tribunal deberá efectuar un análisis del *"thema decidendum"*, a partir de lo expuesto en el punto liminar, a la luz de los criterios generales emergentes del reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos *"Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus"* (V. 856. XXXVIII, sent. del 03/05/05), y, en definitiva, teniendo en cuenta los particulares elementos de convicción resultantes de los informes aludidos *"supra"*; en especial, de las conclusiones del peritaje de fs. 377/81 vta.

2.a. Así, en virtud del parte refrendado por la autoridad penitenciaria, el interno Carlos Alberto Pathenay padece *"hemiparesia facio braquio crural izquierda secundario a hematoma para capsular derecha cerebral... hipertensión arterial crónica, hipodensidad ovalada para capsular derecha con retracción del asta frontal del ventrículo derecho e hipodensidad en la sustancia blanca periventricular de aspecto secuelar..."* (fs. 343 y 354).

2.b. A su vez, requerido de intervención el médico forense de la Oficina Pericial deplal., Dr. Juan José Nicolás, dictaminó -el 11 de marzo de 2.005- que *"...el examen neurológico muestra fuerza muscular conservada, con movilidad activa y pasiva de los cuatro miembros conservada. Se pone de manifiesto mediante el examen: signo de Romberg positivo; lateralización de la marcha hacia la izquierda; Romberg con latencia positivo. Unterberger positivo, marcha en estrella de Weils... Este examen neurológico se compadece con lo que se denomina síndrome de la fosa posterior, síndrome en que las impuncias de masa ocupante o patología en el cerebelo o zonas aledañas con incidencia en la región, ocasionan un síndrome caracterizado por la pérdida del equilibrio... El síndrome dominante es al momento del examen un trastorno del equilibrio que dificulta seriamente la marcha, con lateropulsión de la misma hacia la izquierda... Se trata de un*

paciente con 61 años de edad con severo deterioro en su estado general, pérdida importante de peso en los últimos tres meses, y aparición de un síndrome caracterizado por pérdida o trastornos del equilibrio...” (fs. 348/50 vta.).

Celebrada la audiencia judicial de fs. 351, a la que concurrieron familiares y demás allegados para interiorizarse sobre el estado de salud de Pathenay, los mismos expresaron su interés por “...formular ante el Tribunal las peticiones concretas tendientes al tratamiento integral y adecuado de los graves problemas de salud que presenta el causante...” (textual).

2.c. Posteriormente, el 19 de abril de 2.005, teniendo a la vista la resonancia magnética solicitada, informó que “...el paciente presenta agrandamiento de los surcos con involución de las circunvoluciones, pseudoporencefalia post – A.C.V. insular derecha, moderados signos de atrofia mixta de origen vascular, mastoiditis derecha... Los signos degenerativos, son evidentes en cortes que muestran el perfil de los hemisferios cerebrales, en los que se aprecia una notable disminución de las circunvoluciones, con ensanchamiento de los surcos existentes entre ellas. Estos elementos permiten inferir una situación de involución senil de tipo degenerativa, como las que habitualmente acompañan al denominado mal de Alzheimer. Ello impone, a criterio del suscripto, un carácter irreversible, y crónicamente evolutivo a la patología...” (fs. 363/4).

2.d. Finalmente, el 24 de mayo de 2.005, teniendo a la vista las conclusiones de la angio-resonancia magnética nuclear extracerebral, intracerebral y resonancia magnética nuclear de encéfalo, agregada a fs. 374/5, el Dr. Nicolás dictaminó que “...de las mismas surge en forma contundente, que paciente Pathenay, sufre un proceso vascular intracerebral de tipo crónico e irreversible, caracterizado por disminución de la señal de flujo vascular a nivel de arterias cerebrales anteriores, arterias cerebrales medias y arterias cerebrales posteriores. Asimismo, la resonancia magnética de encéfalo, realizada en esta instancia, confirma los hallazgos de la que previamente fuera informada por el suscripto en fecha 19-04-05, con imágenes hiperintensas en centros semiovais y núcleos de la base, conglosias y lesiones isquémicas y una imagen compatible con secuela de infarto isquémico y que se proyecta a nivel de la cápsula externa y lóbulo de la insula derecha. La angio-resonancia referida en líneas precedentes muestra asimismo irregularidad en los contornos de los vasos cerebrales estudiados, que se compadecen con los hallazgos de proceso microangiopáticos y/o escleróticos a nivel de esos vasos... Se trata pues de un proceso vascular ya instalado, pero en permanente evolución, crónicamente progresivo e irreversible. Es la

instalación entonces de una arteriosclerosis cerebral, que en su forma evolutiva, causará trastornos vasculares cuya importancia viene signada por el aporte deficiente de oxígeno a las estructuras celulares cerebrales... deterioro psiquiátrico y psicológico del portador de esta patología, con la instalación de un cuadro de demencia vascular, que por la edad del paciente, se compadece con una demencia de tipo Alzheimer... Es entonces un cuadro demencial secundario a un trastorno orgánico cerebral... Pues bien, tenemos un paciente portador de una patología vascular de tipo arteriosclerótica, con los estigmas orgánicos necesarios para desarrollar una demencia de tipo vascular... Ello implica que el deterioro mencionado se irá acrecentando en la medida que progrese la patología de mención, con compromiso progresivo de la cognición y repercusión en la totalidad de la esfera psíquica. Podrán implementarse tratamientos de sostén tendientes a mejorar su calidad de vida, pero de la mano del deterioro neuropsicológico se instalará más temprano que tarde deterioro o decadencia del individuo considerado in toto, es decir deterioro abarcativo de su salud física..." (fs. 377/81 vta.).

3. Frente al preciso contenido de esos informes y dictámenes, así como a la expresa conformidad exteriorizada por el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Pablo Javier Viñas, a fs. 387/vta., entiendo que la solución alternativa propuesta supletoriamente por la defensa deberá ser favorablemente receptada (CPP, 163, inc. 1°).

En efecto, más allá de que no advierto razones suficientes que habiliten al cese inmediato de la medida coercitiva de mentas, lo que conlleva el rechazo de la pretensión principal, en mi opinión, resulta a todas luces evidente que nos hallamos frente al caso de **un enfermo prisionizado cautelarmente, cuyo complejo tratamiento médico no puede ser afrontado por la sanidad del establecimiento penitenciario donde está alojado**; al menos, sin cierto grado de riesgo para la efectividad del mismo.

Sin perjuicio de ello, considero plenamente aplicables en la especie, las consideraciones vertidas al expedir mi voto en las actuaciones n° 927, caratuladas "*Duarte, Jorge s/ Incidente de morigeración de la prisión preventiva*" (sent. interl. del 20/08/03, R/I 402/03), según las cuales:

"En primer lugar, no debe perderse de vista la situación procesal del beneficiario de autos, quien a la fecha carece de una sentencia condenatoria ejecutoriada, y desde que "el estado de inocencia es una garantía de la seguridad jurídica para los individuos, así como las medidas de coerción personal son ga-

rantías para la eficaz realización del orden jurídico. El primero protege al individuo contra el abuso de autoridad; las segundas previenen contra un posible daño jurídico. Ambas integran la tutela jurídica a que el proceso está destinado, a cuyo fin deben converger en armonía para que la justicia triunfe con la menor afectación posible de la libertad” (cfr. Clariá Olmedo, Jorge en su “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Ediar, Bs. As. 1.966, tomo V, pág. 211); en todo caso, debe buscarse un punto de equilibrio que, razonablemente, suprima la tensión entre los polos opuestos. En segundo lugar, porque el poder punitivo del estado tiene legitimidad (o validez en sentido sustancial, de acuerdo a la concepción minimista del derecho y del sistema penal que postula Luigi Ferrajoli en su célebre obra “Derecho y Razón”), en tanto reconozca y admita ciertos criterios limitadores de su ejercicio, que lo hagan compatible con los derechos fundamentales del hombre, entre ellos, con el esencial principio de humanidad o respeto por la dignidad humana (CN, 75, inc. 22º: DUDH, art. 3º; PIDCyP, arts. 6 n° 1, 7 y 10; CADH, arts. 4 n° 1 y 5 n° 1 y 2), es decir, con el derecho a vivir y morir en forma digna, que impide que la pena (y con mayor razón todavía el encierro cautelar, que no reviste carácter sancionatorio) se desentienda de las particulares circunstancias del sujeto que la sufre; en este caso, no puede soslayarse que Duarte es un enfermo con graves padecimientos físicos y con pronóstico ominoso en el corto o mediano plazo.”

Por consiguiente, conjugando en el “*sub judice*” esos dos criterios rectores (a saber: el general, que apunta a conseguir, en la medida de lo posible, una adecuada composición entre los derechos protectivos del imputado y los de la realización del orden jurídico; y el particular, que toma en cuenta las singularidades que reviste la situación de cada encarcelado), soy partidario de acceder a la peticionada morigeración del encierro preventivo, bajo la modalidad de la prisión domiciliaria en la vivienda de la calle Newbery n° 8.325 del barrio parque La Florida de esta ciudad (CPP, 163, inc. 1º), con control periódico a cargo del personal penitenciario que se destine “*ad hoc*”, medida que comenzará a cumplirse a partir del mismo momento en que se labre el acta de estilo por Secretaría, donde quede plasmada la plena conformidad del interesado y de su hermana María Rosa Pathenay, titular de ese domicilio, autorizando sólo los egresos de esa

morada que guarden directa relación con las necesidades terapéuticas que impone su complejo estado de salud.

Así lo voto, al tratarse de mi convicción razonada y sincera (CPP, 163, inc. 1º y 209/10).

A la misma cuestión los Sres. Jueces **Viñas** y **Martinelli** votaron en igual sentido, por compartir los fundamentos expuestos por el magistrado preopinante y por tratarse del producto de sus convicciones razonadas y sinceras (CPP, 163, inc. 1º y 209/10).

Con lo que finalizó el acuerdo, en mérito de cuyos fundamentos y citas legales y doctrinarias vertidas, el Tribunal en lo Criminal nº 1, por unanimidad, **RESUELVE: DENEGAR EL CESE DE LA PRISION PREVENTIVA SOLICITADA EN FAVOR DEL CAUSANTE Y, EN CAMBIO, CONCEDER LA ATENUACION DE LA COERCION AL PROCESADO CARLOS ALBERTO PATHENAY**, bajo la modalidad de la prisión domiciliaria en la vivienda de la calle Newbery nº 8.325 del barrio parque La Florida de Mar del Plata (CPP, 163, inc. 1º), con control periódico a cargo del personal penitenciario que se destine “*ad hoc*”, medida que comenzará a cumplirse a partir del mismo momento en que se labre el acta de estilo por Secretaría, donde quede plasmada la plena conformidad del interesado y de su hermana María Rosa Pathenay, titular de ese domicilio, autorizando sólo los egresos de esa morada que guarden directa relación con las necesidades terapéuticas que impone su complejo estado de salud.

Regístrese. Notifíquese y ofíciase.

Ricardo S. Favarotto

Esteban Ignacio Viñas

José Antonio Martinelli

Ante mí:

María Marta Curatolo

Auxiliar Letrado

