

PROMUEVE ACCIÓN DE AMPARO. SOLICITA MEDIDA CAUTELAR.
PLANTEA INCONSTITUCIONALIDAD. ADJUNTA PRUEBA. FORMULA
RESERVA.

Señor Juez:

María Mariela BOPP, DNI N° xxxxxx, en representación de mi hija Lourdes xxxxxx, DNI N° xxxxxx, con domicilio en xxxxxxxxx, con el patrocinio letrado del Defensor Público Oficial xxxxx, domiciliado en xxxxxxxx, CUIT N xxxxxxxxx, me presento y digo:

I. OBJETO

Que vengo por el presente, conforme lo previsto en el artículo 43 de la CN y en la ley 16.986, acción de amparo contra la Obra Social OMINT (a la cual mi hija nacida el 26 de septiembre de 2014 es afiliada) por no cubrir el tratamiento de mi hija (padece un síndrome llamado “*Pheland Mc Dermid*” y encefalopatía crónica) en el centro recomendado por los profesionales (centro Consultorios Integrales de Rehabilitación) bajo la respuesta de que dicho centro no es prestador de la obra social y que cuentan dentro de la cartilla con profesionales en las especialidades indicadas en la historia clínica de mi hija. Teniendo como fin la presente acción de amparo que la mencionada Obra Social cubra el tratamiento de mi hija en dicho lugar, toda vez que fue el recomendado por los profesionales.

Asimismo, y de forma subsidiaria, promuevo acción de amparo contra el Estado Nacional, más precisamente contra el Ministerio de Salud y Acción Social ubicado en la avenida 9 de julio a la altura catastral 1925 de la CABA en razón de que el mismo mantiene responsabilidad subsidiaria para cumplir prestaciones positivas. Teniendo como fin la presente acción de amparo que cubra el tratamiento de mi hija en dicho lugar, toda vez que fue el recomendado por los profesionales.

Sumado a ello, planteo la inconstitucionalidad del artículo 15 de la ley 16.986 dado que la misma no resulta coherente con la finalidad propia del proceso de amparo, concebido como un medio expedito y rápido de protección de derechos fundamentales de los ciudadanos.

II. LEGITIMACIÓN.

Legitimación activa:

No debe perderse de vista en el presente apartado que, a diferencia de lo previsto en el artículo 5 de la ley 16.986, el artículo 43 de la CN no exige que el amparista sea la persona afectada por el acto u omisión.

De hecho, en un caso similar al presente, la CSJN habilitó la representación del menor por intermedio de sus padres (fallos: 229:358).

Legitimación pasiva:

En el presente caso, y conforme detallaré en el apartado dedicado a los hechos previos a la presentación de la acción de amparo llevada aquí adelante, la obra social OMINT (de la cual reitero mi hija Lourdes es afiliada), con domicilio en xxxxxxxxxx, es quien debe cubrir la atención de mi hija en el centro ordenado por los profesionales.

En relación a la respuesta brindada por la citada obra social, recuerdo que si bien el artículo 6 de la ley 24.901 (Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las personas con Discapacidad) establece que las prestaciones básicas a los afiliados con discapacidad sean brindadas mediante servicios propios o contratados por los entes asistenciales, lo cierto es que la misma ley contempla la atención por especialistas que no pertenezcan al cuerpo de profesionales contratados cuando ello sea imprescindible debido a las características específicas de la patología o cuando lo determinen las acciones de evaluación y orientación. Lo cual, como dije, sucede en el caso de marras.

Lo aquí planteado dista de ser algo novedoso, dado que en esa línea lo resolvió la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal el 6 de noviembre de 2015 (causa N° 1459/15) cuando se le planteó la necesidad de la elección de un médico fuera de una cartilla de una obra social.

Legitimación pasiva subsidiaria del Estado Nacional:

De forma subsidiaria, corresponde al Estado Nacional velar por el fiel cumplimiento de la atención de mi hija en el centro ordenado por los profesionales, habida cuenta de la función rectora que le atribuye la legislación nacional y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con los diferentes organismos que conforman el sistema sanitario del país en miras de lograr la plena realización del derecho a la salud.

Respecto a ello, la CSJN ha sido clara en cuanto a su responsabilidad subsidiaria en el presente *“Passero de Barreira, Graciela Noemí c/ Estado Nacional s/ amparo”* (fallos 330:4160 del 18 de septiembre de 2007) y en el conocido precedente *“Campodónico de Beviaqua Ana c/ Ministerio de Salud y Acción Social”* (del 24 de octubre del 2000) dado que allí dijo que por ley 24.901 se creó un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad y se dejó a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura (arts. 1 y 2) pero el Estado Nacional no puede desentenderse de sus deberes.

Sumado a ello, el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de destacar la función rectora que ejerce el Estado Nacional en el campo de la salud y la labor que compete al Ministerio de Salud, como autoridad de aplicación de la ley 23.661 para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios, coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales (fallos: 323:3229, considerando 27°).

En esa línea, la CSJN (remitiendo al Dictamen del PGN) en el caso *“Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí en representación de su hijo menor HLE c/ EN s/ amparo”* (fallos 329:2552 del 11 de julio 2006) expresó que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho a la salud con acciones positivas sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las obras sociales.

Pero a ello, debe sumarse que la presente acción se promueve en representación de mi hija menor de edad, lo cual provoca recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño incluye la obligación de los Estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento (arts. 23, 24 y 26).

Sumado a ello, la CIDH en el Caso 12.539 caratulado “*SCF y familiares Vs. Argentina*”, el 31 de agosto de 2012, ha dicho que en el marco de las obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Estados deben adoptar medidas para reducir las limitaciones o barreras y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas (párr.. 300).

Como vemos, de manera subsidiaria a la Obra social de la cual mi hija es afiliada, el Estado Nacional debe velar porque mi hija lleva adelante su tratamiento en el centro que los profesionales aconsejaron.

III. COMPETENCIA

Siguiendo lo previsto en el artículo 4 de la ley 16.986, debe declararse la competencia del fuero civil y comercial federal para entender en las actuaciones, por encontrarse en juego normas y principios institucionales y constitucionales de prioritaria trascendencia para la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional al establecer la prestación médica obligatoria (que involucra a las obras sociales, lo cual aquí es de suma trascendencia). Postura confirmada por la CSJN en el caso “*Wraage*” (fallos: 326:3535).

IV. HECHOS

Fincados sobre la base de que me encuentro legitimada para promover la presente acción de amparo en representación de mi hija menor de edad contra la obra social OMINT (y de forma subsidiaria contra el Estado Nacional), realizaré en el presente apartado un resumen de los hechos que provocaron que deba interponer la acción.

Mi hija Lourdes nació el 26 de septiembre de 2014 (se encuentra próxima a cumplir cuatro años de edad) y padece un síndrome llamado “*Pheland Mc Dermid*” y encefalopatía crónica. Cuestiones que se encuentran acreditadas dado que se le expidió un certificado de discapacidad (el cual en el apartado dedicado a la prueba resaltaré que adjunto en copia).

Debido a ello, mi hija debe recibir un tratamiento interdisciplinario, siendo aconsejado por los profesionales que lo realice en el centro Consultorios Integrales de Rehabilitación (CIR) pero ante la negativa de la mencionada obra social de cubrir tal tratamiento decidí afrontar los gastos y que lo realice allí. Al paso del tiempo me fue imposible continuar

abonando la suma de dinero que me solicitaba tal centro y tuve que concurrir a otros centros integrados.

Una vez que mi hija obtuvo el certificado de discapacidad solicité que reingrese al CIR pero al no cubrir las prestaciones la obra social, dicho centro suspendió la atención de mi hija en noviembre de 2017.

Ello provocó que inicie un reclamo en la Superintendencia de Servicios de Salud y por recomendación de los agentes de tal organismo enderecé el reclamo contra la Obra social OMINT, quienes respondieron de forma negativa a la cobertura del tratamiento el 20 de diciembre de 2017 por no ser el centro un prestador de la Obra social y alegaron que ellos cuentan con una cartilla de profesionales en las especialidades indicadas en la historia clínica.

Ante ello, me presenté en la Defensoría Pública Oficial que aquí patrocina la acción de amparo y solicite que me patrocinen.

V. PRUEBA

Con el objetivo de aportar mayor claridad y así lograr que se haga lugar a la acción de amparo solicitada, adjunto al presente escrito:

- a) Fotocopia de mi DNI,
- b) Fotocopia del DNI de mi hija,
- c) Credencial de afiliada de mi hija a la Obra social OMINT,
- d) Certificado de discapacidad emitido por autoridad competente,
- e) Historia clínica de la que surge que mi hija padece el síndrome llamado “*Pheland MC Dermid*” y encefalopatía crónica. A su vez, es importante tener en cuenta que de la historia clínica surge que *“teniendo en cuenta la complejidad de la patología que Lourdes es portadora, es que se recomienda tratamiento en forma permanente con kinesiología, psicomotricista y fonoaudiología e interconsultas y controles periódicos con médicos pediatra, neurólogo infantil, cardiólogo infantil y genetista”*,
- f) Informe de los médicos de cabecera que tratan a mi hija recomendando que por las características de las patologías, el tratamiento y los cuidados y evaluaciones médicas periódicas se realicen en el CIR,
- g) Respuesta negativa de la Obra social.

VI. FUNDAMENTOS.

Aptitud de la vía procesal:

De acuerdo con el artículo 43 de la CN, cuando alguno de los derechos amparados por garantías enunciadas en la propia CN, un tratado o una ley, se encuentre afectado por un acto lesivo, toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo en la medida en que ese accionar se presente con características claras.

Derecho a la vida y a la salud de mi hija que aquí se encuentra afectado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la respuesta de la obra social fue dada el 20 de diciembre de 2017 y en relación a lo dicho en el artículo 2 inciso “e” de la ley 16.986, destaco que el plazo de caducidad allí contemplado no puede constituir un impedimento insalvable cuando hay una ilegalidad continuada como en el caso de la negativa actual a que mi hija cumpla su tratamiento en el centro recomendado por los profesionales. Lo aquí planteado fue confirmado por la CSJN en los fallos: 324:3074; 329:4918 y 338:1092.

A su vez, en un caso análogo al presente, el Máximo Tribunal ha dicho que *“la aplicación de esa doctrina se justifica aun en mayor grado en este caso, si se considera que con particular referencia a los asuntos en los que se ha invocado, y prima facie acreditado, que la cuestión versa sobre la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes, esta Corte ha enfatizado que el plazo establecido en la citada disposición no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable, ni es aceptable una interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional...”* (“Tejera, Valeria Fernando c/ ANSES y otros s/ varios”, 22 de marzo de 2018, FRO 073023789/2011/CS001).

Sorteado tal inconveniente, pasaré a resaltar que la lesión que posee mi hija (recuerdo que posee un certificado de discapacidad) es real, efectiva, tangible, concreta e ineludible de modo que produce un agravio concreto y persistente al momento de plantear la presente acción.

En cuanto a la amenaza, tal como señalé en el punto referido a los antecedentes, la misma se ha concretado dado que al día de la fecha mi hija no se encuentra concurriendo al centro a realizar su tratamiento.

Tal como desarrollé, existe una clara arbitrariedad por parte de la Obra social al negar el tratamiento de mi hija bajo la excusa de que posee otros médicos en su cartilla que pueden tratar a mi hija.

Para confirmar la existencia de la arbitrariedad, recuerdo que Omar DÍAZ SOLIMINE tiene dicho que la ilegalidad se configura cuando el acto carece de todo sustento normativo, cuando se omite aplicar preceptos legales, se realiza una mala interpretación de la norma o se desconoce lo que corresponde aplicar (“Juicio de amparo”, “Hammurabi”, 2003, p. 126).

Como vemos, y tal como fui desarrollando y desarrollaré, la Obra social carece de sustento normativo para negarle el tratamiento a mi hija en el centro recomendado por los profesionales y de tal manera actúa de forma arbitraria.

Ahora bien, en relación al agotamiento de la vía administrativa, recuerdo que luego de la reforma constitucional de 1994, particularmente con la incorporación del artículo 43, es unánime la interpretación de la doctrina y jurisprudencia en el sentido de que el agotamiento de la vía administrativa ya no es requisito de admisibilidad de la acción de empero. A modo de ejemplo, recuerdo que ello fue expresado por la CSJN en los fallos: 299:358 y 280:228.

Pese a ello, y tal como resalté en el apartado referido a los hechos, previo a la intromisión del amparo inicié un reclamo ante la Superintendencia de Servicios de la Nación y luego lo enderecé contra la Obra Social OMINT.

Es decir: pese a lo dicho, agoté la vía administrativa previo a la presentación de la acción de amparo.

De lo desarrollado puede concluirse la idoneidad de la vía del amparo, sobre todo cuando la admisibilidad formal de la acción de amparo promovida en función de lo normado por los artículos 43 y 75 inciso 22 de la CN debe ser analizada en forma amplia.

Por ello, y en relación a las *normas involucradas y el derecho aplicable*, recuerdo que la CSJN tiene dicho que el amparo “*tiene categoría constitucional in dubio pro justitia sociales, según el cual las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes, al serles aplicadas con ese sentido, consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible que la persona humana viva y se desarrolle conforme a su excelsa dignidad...*” (fallos: 289:430).

Derechos constitucionales. Fundamentos de la promoción del amparo:

Sentada la aptitud de la vía del amparo, me entrometeré a enumerar los derechos constitucionales que la Obra social al negarle el tratamiento en el lugar indicado por los profesionales a mi hija afecta.

En tal sentido, debe partirse de la base de que en un reciente, el 8 de marzo de 2018, precedente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, más precisamente en el caso “*Poblete Vilches y otros c. Chile*”, estableció el derecho a la salud como un derecho que integra los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Cuestión que ha venido a cambiar el análisis que se realizaba sobre la procedencia de los amparos de salud y su necesidad de vinculación con el derecho a la vida.

Pese a ello, y por ser éste un caso del propio año en curso, no puedo dejar de resaltar que el derecho a una buena calidad de vida, y por consiguiente a una adecuada atención medica, tiene un papel central en la sistemática de los derechos humanos.

Aclarado ello, resalto que con la negativa de la Obra social se vulneraron derechos fundamentales de mi hija consagrados tanto en la CN como en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (confr. art 75 inc. 22 de la CN), tales como el derecho a la salud (art. 42 CN, art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 22 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2, 5.1, 11.1, 19 y 29 c) de la CADH, arts. 2.2 y 12.2 del PIDESC).

Fincados sobre esa base, recuerdo que en el citado precedente de la CIDH se estableció que los estándares mínimos que deben garantizar los Estados son:

- a) respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes,
- b) respecto a la accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de emergencia de salud deben ser accesibles a todas las personas,
- c) respecto a la disponibilidad, se debe contara con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como programas integrales de salud,

d) respecto a la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados “*Poblete Vilches y otros c. Chile*”, párr.121).

Estándares que no se han garantizado respecto de mi hija al no otorgarle la atención interdisciplinaria ordenada en el centro recomendado por los profesionales consultados.

En relación a ello, recuerdo que la ley 23.661, Sistema de Seguro Nacional de Salud – Obras Sociales- establece en su artículo segundo que el seguro (aclarando luego que se consideran agentes del seguro a las obras sociales) tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud.

Además, por intermedio de la ley 24.901 se creó un Sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad y se dejó a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura (arts. 1 y 2). En relación a ello, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, ha explicado que la amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24.901 resulta ajustada a su finalidad que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad (“*Czumadewski, Lucas*”, causa N° 7841/99 del 7 de febrero del 2000).

Asimismo, y debiendo recordarse en todo momento que mi hija posee un Certificado de Discapacidad, recuerdo que la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad ingresó al bloque constitucional mediante la ley 27.044 y reconoce en su Preámbulo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso.

Sumado a ello, la ley 22.431 (Sistema de Protección Integral de los Discapacitados) obliga al Estado Nacional a garantizar a los menores discapacitados (tal el caso de mi hija Lourdes) los tratamientos médicos en la medida que no pudieran afrontarlos las personas que dependen o los entes de obra social a que estén afiliados (en relación con ello, ver lo resuelto por la CSJN, remisión del Dictamen del PGN, “*Martín, Sergio y otros c/ Fuerza Aérea Argentina*”, fallos 327:2291 del 8 de junio de 2004).

A su vez, la importancia del tratamiento de la presente acción de amparo radica en que el Comité sobre los derechos de las personas con Discapacidad ha explicado que el acceso a la justicia es fundamental para garantizar el pleno disfrute del ejercicio del derecho a vivir de forma independiente en la comunidad (Observación General N° 5 del 15 de junio de 2004).

De hecho, el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad expresa que “*los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares...*”.

En esa línea, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, cuyo objetivo es garantizar las condiciones para su acceso

efectivo a la justicia, sin discriminación alguna, identificaron a las personas con discapacidad como grupo que encuentra especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

En clara conexión con ello, y sobre todo con los derechos constitucionales de los que mi hija es acreedora, destaco que el Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad ha desarrollado que la noción de acceso a la justicia se relaciona con la posibilidad de los individuos, en igualdad de condiciones, de reclamar y hacer valer sus derechos y eliminar cualquier situación de desigualdad, discriminación, violencia, maltrato o abuso que estén sufriendo.

Establece dicho Protocolo que el acceso a la justicia es un derecho en sí mismo y, a su vez, un medio que permite a las personas restablecer el ejercicio de aquellos derechos que les hubiesen sido desconocidos (en el caso el derecho de mi hija a ser tratada en el centro que recomiendan los profesionales consultados y no en los que la Obra social desea). Señalando expresamente que *“este derecho representa un pilar fundamental en toda sociedad, y está íntimamente relacionado con el principio constitucional de igualdad ante la ley”*.

Pero sumado a que estamos en presencia de una persona que posee una discapacidad, no debemos olvidarnos que Lourdes es una niña y que por ello se encuentra avalada por la Convención Sobre los Derechos del Niño, la cual enseña que los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. Medida máxima posible que ante la negativa de la obra social no tiene lugar aquí.

En el ámbito del sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte han sido claras en señalar que los niños y niñas poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen además especiales derivados de su condición (ver Comisión IDH, *“Garantía de derechos de niños, niñas y adolescentes”*, doc. 206/17 del 30 de noviembre de 2017).

Y al hablar de niños y discapacidad, debe recordarse lo dicho por la CIDH en el caso *“Furlan y familiares Vs. Argentina”*, dado que allí se reiteró el derecho a ser oído del niño (31 de agosto de 2012).

Con lo expuesto, entiendo haber desarrollado las razones por las que la Obra social ante la negativa de brindar el tratamiento en el centro recomendado por los profesionales afecta derechos constitucionales de los que mi hija es acreedora. Solicitando entonces que se haga lugar a la presente acción de amparo y se ordene a la Obra social que permita a mi hija realizar el tratamiento interdisciplinario ordenado por los médicos sin costo alguno para mi persona (debiendo recordarse que en el marco de la historia clínica aportada se especifica que por la patología de mi hija se recomienda tratamiento en forma permanente con kinesiología, psicomotricista y fonoaudiología e interconsultas y controles periódicos con médicos pediatra, neurólogo infantil, cardiólogo infantil y genetista).

Tal como desarrollé, de forma subsidiaria, solicito que se ordene al Estado Nacional, en caso de que la Obra social mencionada no cumpla con lo pedido, a que provoque que mi hija realice el tratamiento en el centro recomendado por los médicos consultados.

Medida cautelar:

En razón de la importancia y la urgencia de lo aquí planteado (recuérdese lo dicho por la historia clínica aportada en copia), solicito que se imponga como medida cautelar hasta la resolución de la acción de amparo promovida, que la Obra social en cuestión, o subsidiariamente el Estado Nacional, cubran el tratamiento de mi hija en el centro indicado por los profesionales.

Al analizar el presente apartado, considero que debe tenerse en cuenta que en este tipo de casos no se aplica lo previsto en la ley 26.854 dado que al ser la vía seleccionada un amparo el artículo 19 de la citada ley establece que la ley no será de aplicación a los procesos regidos por la ley 16.986.

Ahora bien, en relación a lo dicho por tal artículo en cuanto señala que la ley no será de aplicación salvo respecto de lo establecido en los artículos 4 inciso 2, 7 y 10 de la ley, es importante tener en cuenta que al estar en juego uno de los derechos expresados en el artículo 2 inciso 2 de tal ley (en tal inciso se mencionan el derecho a la vida digna, a la salud y a la naturaleza alimentaria) no debe realizarse un informe previo (el artículo 4 de la ley dice que estos supuestos podrán tramitar y decidirse sin informe previo) y no proceden las previsiones del artículo 5 relativas a la vigencia de la medida.

Dicho análisis también ha sido realizado por la Secretaría 12 del Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata en el marco de los autos N° 102.018/2013 caratulados “*Gascón, Alfredo Julio María c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción de Inconst*”.

Fincados sobre esa base, recuerdo que la doctrina y la jurisprudencia son contestes en afirmar que para el otorgamiento de una medida cautelar no se requiere la prueba terminante y plena del derecho invocado, porque si así fuese podría ocurrir que se consumasen los hechos que precisamente tiende a impedir, basta, pues la simple apariencia o verosimilitud del derecho, a cuyo efecto el procedimiento probatorio es meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide la medida (Palacio, “*Manual de Derecho Procesal Civil*”, Tomo II, p. 273).

Pese a ello, debo decir que en el caso de marras sí contamos con prueba terminante, dado que aportó la historia clínica en la que consta la necesidad de que mi hija realice el tratamiento en el sitio en donde los profesionales indicaron y no en otros de los que ofrece la obra social.

En relación al peligro en la demora, destaco que, en la línea de lo dicho al momento de analizar los hechos previos a la interposición de la presente acción de amparo, en noviembre de 2017 el centro suspendió la atención de mi hija y ello, en relación a los padecimientos que sufro, provoca la necesidad de la presente medida cautelar de forma inmediata. En tal sentido, estamos en presencia de una necesidad urgente de salud que no puede diferirse.

Ahora bien, en relación a la verosimilitud en el derecho, recuerdo, e insisto, que la CSJN tiene dicho que las medidas cautelares no exigen de los Magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo su verosimilitud (“*Evaristo Ignacio Alborno v. Nación Argentina*”, fallos 306:20160 del 20 de diciembre de 1984).

Pese a ello, como dije, en el caso de marras contamos con elementos como para entender que existe el derecho pretendido.

En el análisis de la presente medida cautelar, no debe considerarse una posible coincidencia con el fondo, es decir: con lo solicitado en el amparo, ello debido a que no es posible descartar el acogimiento de una medida cautelar bajo riesgo de incurrir en prejuzgamiento.

Máxime en un caso en el que la medida cautelar y el fondo no coinciden realmente dado que estamos hablando de un tratamiento y no de una intervención quirúrgica.

En el marco del presente apartado, y tal como lo expresé en el título de la acción promovida, plantearé también la inconstitucionalidad del artículo 15 de la ley 16.986, toda vez que no resulta tal artículo coherente con la finalidad propia del proceso de amparo, concebido como un medio expedito y rápido de protección de derechos fundamentales de los ciudadanos, que la apelación produzca la suspensión de los efectos.

Así, insistir en la vigencia de la norma mencionada importaría hacer prevalecer la norma infraconstitucional y restar eficacia a la tutela sumaria garantizada por el amparo.

Por lo que suspender los efectos de la medida hasta tanto transcurran todas las instancias ordinarias lleva a desnaturalizar el instituto.

En tal sentido, la concesión de la apelación en ambos efectos es uno de los aspectos incompatibles entre la vieja norma y el régimen constitucionalmente vigente en nuestro país.

En conclusión: asignar efectos suspensivos a la mera concesión del recurso equivale a privar a la acción de amparo de su carácter de tutela rápida y expedita. Asimismo, la CSJN tuvo la oportunidad de cuestionar aquellas disposiciones que destruyen la propia esencia del régimen que instituyó la ley 16.986 en los casos “*Outón*” y “*Peralta*” (fallos: 267:215 y 313:1513, respectivamente).

Ahora bien, en relación a la contracautela, solicito que en los términos del artículo 200, inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se me exima de abonar caución. Ello dado a que junto con el presente amparo presentaré un beneficio de litigar sin gastos.

Petición que realizo en la línea de lo establecido por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en el precedente “*Neder, Mirtha*”, causa N° 2931/10 del 29 de octubre de 2010.

VII. TASA DE JUSTICIA

Conforme lo previsto en el artículo 13 inciso b) de la ley 23.898, me encuentro exento de abonar dicha tasa.

VIII. NECESIDAD DE ACTUACIÓN COMPLEMENTARIA

En razón de las previsiones del artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, solicito que se dé intervención al Ministerio Público de manera complementaria.

Ello teniendo en cuenta que la intervención del Ministerio Público es complementaria cuando se encuentren involucrados intereses de personas menores de edad y en los casos en los que el Ministerio Público tome conocimiento posterior de la realización de determinados actos sin su debida intervención podrá invocar la nulidad de todo lo actuado.

Por ello, a fin de respetar los intereses de mi hija, y sus derechos constitucionales, solicito que se le de al Ministerio Pública actuación complementaria según lo previsto en el mencionado artículo 103.

IX. RESERVA DEL CASO FEDERAL

Encontrándose afectadas garantías constitucionales de las que mi hija es acreedora, hago reserva del caso federal conforme lo previsto en el artículo 14 de la ley 48 y en la Acordada 4/07 de la CSJN.

X. PETITORIO

En razón de lo desarrollado, solicito:

- 1) Se tenga por presentado el amparo en tiempo y forma,
- 2) Se tenga por presentada la prueba que se adjunta,
- 3) Se haga lugar al amparo y se ordene a la Obra Social OMINT que cubra el tratamiento ordenada a mi hija en el sitio en donde recomendaron los profesionales consultados,
- 4) De forma subsidiaria, se ordene al Estado Nacional que cubra el tratamiento ordenada a mi hija en el sitio en donde recomendaron los profesionales consultados,
- 5) Sumado a ello, se ordene cautelarmente a la Obra Social mencionada, y subsidiariamente al Estado Nacional, que apliquen la medida cautelar en cuestión y comiencen a cubrir el tratamiento de mi hija en el lugar indicado hasta que se resuelva el presente amparo,
- 6) Se declare la inconstitucionalidad del artículo 15 de la ley 16.986,
- 7) Se me exima de abonar contracautela,
- 8) Se me exima de abonar tasa de justicia,
- 9) Conforme las previsiones del artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, se dé intervención al Ministerio Público de manera complementaria,
- 10) Se tenga por realizada la reserva del caso federal.

Proveer de conformidad que,

SERÁ JUSTICIA

PROMUEVE BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. FORMULA RESERVA.

Señor Juez:

María Mariela BOPP, DNI N° xxxxxx, en representación de mi hija Lourdes xxxxxx, DNI N° xxxxxx, con domicilio en xxxxxxxxx, con el patrocinio letrado del Defensor Público Oficial xxxxx, domiciliado en xxxxxxxx, CUIT N xxxxxxxxx, me presento y digo:

I. OBJETO

Que en razón de la acción de amparo promovida en representación de mi hija a fin de que la Obra Social OMINT cubra su tratamiento en el centro indicado por los profesionales consultados, y subsidiariamente contra el Estado Nacional, vengo por el presente, conforme lo previsto en el artículo 78 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a solicitar que se inicie la tramitación del beneficio de litigar sin gastos.

II. FUNDAMENTOS

Como es sabido, el beneficio de litigar sin gastos se sustenta en dos preceptos de raigambre constitucional, cuales son el derecho de defensa en juicio y la igualdad ante la ley, dado que por su intermedio se asegura la prestación de servicios de justicia no ya en términos formales sino con un criterio que se adecúa a la situación económica de la persona.

En relación al mismo, la CSJN tiene dicho que para la concesión del beneficio no es imprescindible producir prueba acabada que otorgue un grado absoluto de certeza sobre la pobreza alegada sino que alcanza con que se aleguen al expedientes suficientes elementos de convicción que permitan verificar que el caso encuadra en el supuesto que autoriza su otorgamiento (*“Avila, Julio Enrique y otros c. Provincia de Santiago del Estero”* del 26 de abril de 2005).

Fincados sobre esa base, y conforme lo previsto en el inciso 1° del artículo 79° de dicho código, estamos en presencia de un pedido realizado a favor de mi hija menor.

Al entrometerme en la necesidad económica, resalto que durante un primer lapso aboné el tratamiento de forma particular, previo a la obtención del certificado de discapacidad de mi hija (tal como mencioné en el amparo la misma posee *“Pheland Mc Dermid”* y encefalopatía crónica), pero no pude continuar haciéndolo y tuve que dejar de llevarla a que realice su tratamiento allí pese a lo referido por sus médicos.

Sentado ello, acompañó el presente pedido con el interrogatorio de los testigos xxx, xxxx y xxxx en los términos de los artículos 440 primera parte, 441 y 443 del código, firmado por ellos.

En razón de lo expuesto, solicito que se conceda el beneficio de litigar sin gastos para que se pueda cumplir con el derecho de mi hija menor de edad, la cual posee certificado de discapacidad, de acceder a la justicia.

III. RESERVA DEL CASO FEDERAL

Encontrándose afectadas garantías constitucionales de las que mi hija es acreedora, hago reserva del caso federal conforme lo previsto en el artículo 14 de la ley 48 y en la Acordada 4/07 de la CSJN.

IV. PETITORIO

En razón de lo desarrollado, solicito:

- 1) Se tenga por presentado el presente pedido de beneficio de litigar sin gastos y se haga lugar al mismo,
- 2) Se tengan por presentados los interrogatorios de los testigos,
- 3) Se tenga por realizada la reserva del caso federal.

Proveer de conformidad que,

SERÁ JUSTICIA

PRESENTA INFORME PREVISTO EN EL ARTÍCULO 454 DEL CPPN.
FORMULA RESERVA.

Señores Jueces de Cámara:

xxxxxx, Defensor Público Oficial titular de la Defensoría Pública Oficial xxxx, con domicilio en xxx, CUIT xxxxxx, en representación de **SANTOS ALCÓN HUANCUNI** en el marco de la causa N° 3692/2018 que se le sigue en el Juzgado N° 3, Secretaría N° 6 del fuero, ante los señores camaristas me presento y digo:

I. OBJETO

Que vengo por el presente, en los términos del artículo 454 del CPPN, a ampliar el recurso de apelación presentado en la anterior instancia contra la resolución que resolvió decretar el procesamiento con prisión preventiva de mi asistido, y el de sus consortes de causa, por hallarlo “*prima facie*” autor penalmente responsable de captar y trasladar y acoger a una gran cantidad de personas con fines de explotación laboral, mediando abuso de su situación de vulnerabilidad (arts. 145 ter, inc 1 y 4 y anteúltimo párrafo en función del 145 bis del CP), en concurso real con el delito de promoción del tráfico ilegal de personas agravado por abuso de la necesidad o inexperiencia de la víctima (arts. 116 y 119 de la ley 25.871 y 54 CP), trabando embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de pesos cuarenta mil.

II. ANTECEDENTES

En lo que aquí interesa, resalto que las presentes actuaciones tuvieron su inicio en el mes de abril del año en curso a raíz de la denuncia efectuada por Carlos Fridenberg –Jefe de Investigaciones de Seguridad Social de la Administración de Ingresos Públicos (AFIP)-, ocasión en la que informó que mientras realizaba una inspección en un taller ubicado en Santander 873/5 de esta ciudad advirtió cuestiones que le hicieron presumir la posibilidad de encontrarse frente al delito de trata de personas con fines de explotación laboral.

Denuncia que provocó el allanamiento del sitio y del ubicado en Beauchef 1163 de esta ciudad, donde residían las personas que allí trabajaban.

Según surge del procesamiento recurrido, se acredita que en el taller de la calle Santander funcionaba un taller textil, que había una puerta disimulada en la pared y que detrás de ella había dos pisos con gran cantidad de máquinas de coser y de bordar e indumentaria.

Se identificó a 12 personas mayores de edad de nacionalidad boliviana trabajando en el lugar y se procedió a la detención de: Quispe –dueño del taller-, Virginia Mamani Lecoña –pareja de Quispe-, García Álvarez, Serrano y mi defendido Santos Alcón Huancuni –quiénes según el juez de primera instancia organizaban y controlaban las

actividades del domicilio bajo las órdenes de Quispe-. Se destacó en la resolución que mi defendido vivía en el taller y que compartía la habitación con otras personas.

Prontamente se determinó que Quispe presidía una cooperativa que comercializaba la indumentaria y que alquilaba una propiedad en la calle Del Barco Centenera a la altura catastral 1878/80 de esta ciudad (habilitada como taller en el año 2009 a nombre de la cooperativa).

Luego de tareas de inteligencia se allanó éste último taller, ocasión en la que se encontraron máquinas, indumentaria y se identificó a 6 personas trabajando (con barbijo) en condiciones irregulares (poca luz, ventilación y limpieza). Allí se detuvo a Valentín Mamani Lecoña y a Graciela Choquetarqui y se los consideró encargados del lugar.

Se encontró que detrás de una falsa pared había 11 habitaciones precarias y allí había documentación contable del lugar.

Del informe del Programa Nacional de Acompañamiento de las Personas Damnificadas por el Delito de Trata del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación surge que de los 6, 5 eran bolivianos y uno era peruano, con problemas económicos y que ingresaron al taller por intermedio de amigos. Dijeron que la oferta laboral fue por intermedio de Valentín Mamani Lecoña. Según surge del informe, las víctimas no percibían el delito en el trato (*“amén de ciertas alusiones de las propias víctimas sobre la percepción que ellas tenían de la relación que tenían con los imputados”*).

En el procesamiento recurrido se habla de jornadas laborales de entre 9 y 11 horas, con necesidad de pedir permiso para salir (dice que se los autorizaba a salir de a uno), que muchos no poseían llaves por lo que tocaban el timbre y Virginia les abría.

Supuestamente una de las personas contó que estaba embarazada y ante ello la mencionada Virginia y Efraín, según surge del procesamiento, le gritaron.

Al momento de fundar su resolución, el Juez de primera instancia dijo que había elementos como para entender que los talleres trabajaban en conjunto. Resaltando que se proveían de inmigrantes con escasa instrucción escolar, que no hacían aportes de seguridad social.

En oportunidad de fundar el dictado de la prisión preventiva, el Juez dijo que restaban medidas que realizar, que por la pena en cuestión el delito sería de cumplimiento efectivo y que ello impide su libertad ambulatoria, que al ser una red de trata pueden recibir ayuda en caso de obtener su libertad.

Luego de ello, expresó que correspondía aplicar un embargo por la suma de pesos cuarenta mil teniendo en consideración los gastos que deriven del proceso y la cantidad de damnificados implicados.

III. FUNDAMENTOS

A fin de dotar de mayor claridad el presente recurso, trataré por separado los diferentes planteos que realizaré. Ello siempre teniendo en cuenta que *“el recurso debe resolverse lo más rápidamente posible (...) la demora constituye una violación de los*

derechos que asisten al autor...” (Comité de Derechos Humanos, “*Víctor Timoshenko v. Bielorrusia*”, comunicación 1950/10 del 25 de septiembre de 2015).

1) Ausencia de 180 CPNN. Sistema acusatorio. Doctrina del Fruto del árbol venenoso. Sobreseimiento e inmediata libertad:

Tal como expresé, las presentes actuaciones tuvieron su inicio en razón de la denuncia de un empleado de la AFIP que, según dijo, tomó conocimiento de la existencia de supuestos delitos en el marco de un operativo correspondiente a su trabajo.

Tal cuestión, como es sabido, debió provocar que previo a todo tipo de medidas el Juez instructor corra vista al Fiscal a fin de que determine si instaba o no la acción penal.

Así, con la reforma del año 1994 nuestra CN se ha inclinado por el sistema acusatorio al reconocer en el Ministerio Público un órgano independiente con autonomía funcional que tiene por misión promover la actuación de la justicia (art. 120 CN).

En tal sentido, el diseño constitucional del proceso establece que la función de perseguir y acusar sea diferente e independiente de la de juzgar y punir, y pone a cada una a cargo de órganos públicos diferenciados y autónomos entre sí.

La división de funciones exige que el modelo acusatorio implica, entonces, que la acusación sólo le pertenece al órgano perseguidor. En relación a ello, Jorge Claria Olmedo tiene dicho que compete al Ministerio Público presentar el conflicto y excitar la actividad del órgano jurisdiccional (“*Derecho Procesal Penal*”, Tomo II, “*Rubinzal Culzoni*”, 1998, p. 22).

Lo cual aquí, como desarrolle, no sucedió, dado que se decidió allanar una serie de inmuebles sin que el Fiscal haya instado la acción.

Sentado ello, sabido es que cuando un acto no puede ser saneado se debe declarar su nulidad, la cual consiste en la privación de los efectos del acto o en el quiebre de una secuencia necesaria de actos procesales que se presuponen (Alberto Binder, “*El incumplimiento de las formas procesales*”, “*Ad-Hoc*”, Bs. As., 2000, p. 98).

Ante este tipo de situaciones, nuestro Máximo Tribunal ha dicho que “*debe ser atendida y declarada con antelación a cualquier otra cuestión que se hubiese planteado*” (“*García José*”, fallos: 317:2043; en ese sentido también “*Tarifeño*”, 325:219).

Por ello, y en la línea de lo previsto por la teoría del fruto del árbol venenoso (CSJN, “*Fiorentino*”, fallos: 306:1752), debe excluirse la prueba y al no haber otro cauce de investigación (CSJN, “*Rayford*”, fallos 308:733) en la línea de lo previsto en el artículo 167 inciso 2º, 168 último párrafo, 172 del CPPN, y 14, 18, 19, 33 y 75 inc 22 de la CN, decretarse el sobreseimiento de mi defendido.

2) En subsidio. Nulidad de la orden de allanamiento. Sobreseimiento e inmediata libertad.

Ahora bien, para el caso de que lo planteado en el punto anterior no tenga favorable recepción en cuanto a que no era necesario que el Fiscal requiera la instrucción, entiendo que el allanamiento realizado, sin mediar medida previa alguna, resulta ser nulo.

Ello debido a que el empleado de la AFIP en ningún momento denunció una situación apremiante que provoque tener que ordenar tamaña medida sin siquiera realizar tareas de inteligencia previas.

Al respecto, se tiene dicho que no cualquier situación de urgencia dará lugar a los supuestos de excepción, no es suficiente para establecer que exista urgencia que se trate de un delito de peligro (Agustín Varela, *“Allanamiento, derecho de exclusión de consentimiento”*, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Ministerio Público de la Defensa).

En tal sentido, y sobre todo en el caso de mi asistido dado que el nombrado efectivamente residía en uno de los talleres allanados (cuestión que se analizará en planteos subsidiarios al presente), recuerdo que la protección del domicilio en conexión con la protección de la vida privada define un ámbito en el cual el sujeto tiene derecho a conducir su vida persona a su gusto y excluir enteramente el mundo exterior de este círculo.

En relación a que la vivienda de mi asistido resultaba ser un taller, destaco que el ya citado autor Alberto Binder ha explicado que *“por domicilio se debe entender aquel lugar donde la persona desarrolla sus actividades primarias en un sentido amplio; puede tratarse tanto de la vivienda particular como de las oficinas donde desempeña sus negocios o su trabajo, siempre que se trate de un ámbito de desarrollo de su actividad personal. En general, debe aplicarse el criterio más amplio posible...”* (*“Introducción al derecho procesal penal”*, segunda edición, *“Ad-Hoc”*, Bs. As., 2005, p. 187).

Así, la necesidad y razonabilidad que hacen precedente un allanamiento domiciliario están directamente relacionadas con la existencia de sospecha fundada o motivos suficientes. Lo cual aquí como vengo desarrollando estuvo lejos de suceder sino que únicamente se contó con una denuncia de un empleado de la AFIP para ordenar un allanamiento.

Por ello, y en la línea de lo previsto por la teoría del fruto del árbol venenoso (CSJN, *“Fiorentino”*, fallos: 306:1752), debe excluirse la prueba y al no haber otro cauce de investigación (CSJN, *“Rayford”*, fallos 308:733) en la línea de lo previsto en el artículo 167 inciso 2º, 168 último párrafo, 172 del CPPN, y 14, 18, 19, 33 y 75 inc 22 de la CN, decretarse el sobreseimiento de mi defendido.

3) En subsidio. Atipicidad del aspecto objetivo exigido por el delito de trata de personas. Análisis del consentimiento brindado por los trabajadores. Ausencia de elementos probatorios. Sobreseimiento e inmediata libertad.

Ahora bien, para el caso de que lo planteado en los puntos anterior no tenga favorable recepción, en el presente apartado me dedicaré a desarrollar las cuestiones por las que entiendo que resulta imposible achacarle tamaño delito a mi asistido, dado que no sólo no existen pruebas como para vincularlo sino que también su actuación resulta ser atípica según las previsiones del delito.

Así, el bien jurídico tutelado por el presente delito resulta ser la libertad y, conforme surge de la resolución recurrida, los trabajadores encontrados no reconocieron estar sometidos al delito investigado, cuestión que para el Juez fue tratada como que no tenían

una percepción de lo sucedido. Es decir: los trabajadores prestaban su consentimiento de encontrarse allí.

Ello dista de ser un detalle menor, dado que como es sabido la nueva ley de trata de personas quitó la posibilidad de que las personas consideradas víctimas presten su consentimiento. Por ello, en el marco del presente apartado, entre otras cuestiones, no me dedicaré a analizar si tal formulación del artículo resulta ser o no constitucional (ello debido a que reiterados precedentes han dicho que lo es, pese a tener el suscripto una postura diferente del tema) sino a estudiar realmente qué significa otorgar el consentimiento.

Ante ello, no queda otra opción que recurrir al artículo 260 del Código Civil y Comercial de la Nación, ello dado que tal artículo dice que el acto voluntario “*es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.*”

Entonces, realizado una analogía, y considerando el bien jurídico tutelado por la norma en primer término, vemos que en ningún momento se afectó la libertad del acto voluntario de los trabajadores de realizar largas jornadas o tener que residir allí. Siempre debiendo tener en cuenta que mi asistido es de la misma nacionalidad que las personas consideradas como víctimas (y lo digo de tal manera dado que entiendo que en el presente caso estamos ante una circunstancia atípica que provoca la inexistencia de delito) y que la Organización Mundial del Trabajo ha dicho que Bolivia (país de origen de la mayoría de los trabajadores) lidera el índice de trabajo infantil (en consecuencia: de trabajo precario).

En conclusión, al haber dado libremente su consentimiento, y en conexión con lo dicho por el citado Código Civil y Comercial de la Nación, la figura es atípica dado que los trabajadores estaban realizando actos voluntarios según lo dicho en el artículo 260 de tal código.

Sumado a ello, conforme surge del procesamiento recurrido, a mi defendido se le imputaron los verbos típicos: captar, trasladar y acoger.

En relación a ello, es de destacar que capta el que consigue, el que gana la voluntad, atrapa, recluta, reúne... a quien va a ser la víctima del delito y acoge quien aloja, esconde a la persona. Cuestiones que conforme surge de las actuaciones no tuvieron lugar dado que ninguna de las supuestas víctimas dijo que mi asistido fue quien realizó alguna de esas maniobras. De hecho: el nombrado residía con ellos sin ninguna comodidad superior y tenía una función al igual que ellos (la única diferencia es que su función era más organizativa en cuanto a lo que es el taller).

En relación al otro verbo típico, trasladar, debe hacerse el mismo análisis dado que ninguno de los trabajadores dijo que mi asistido los había trasladado sino que la mayoría de ellos llegaron al lugar por intermedio de conocidos o amigos.

Oro punto que nos provoca pensar que estamos ante una conducta atípica por parte de mi defendido resulta ser que, según lo dicho por los Jueces Vega y Jantus en el marco del fallo “*Hoyos Noguera, Juan Pablo*” del TOF 1 de La Plata el 4 de diciembre de 2013 (causa Nº 3505/13), se necesita para la realización del delito que exista una criminalidad organizada.

Lo cual aquí no tuvo lugar, dado que no existen elementos probatorios que permitan considerar que ambos talleres organizadamente traían personas del exterior en condiciones precarias económicas para someterlas al delito de trata de personas con fines de explotación, sino que lo que hubo fue una creencia cultural de desarrollo laboral, diferente a la de nuestro país, que provocó que tales talleres se lleven adelante con empleados de la misma nacionalidad de mi asistido y sus consortes de causa.

Así, no están necesariamente abarcados por la norma que prohíbe el delito de trata de personas aquellos supuestos en los que la finalidad sea la realización de trabajo clandestino (ello en relación con las supuestas puertas escondidas mencionadas por el Juez instructor) o no formalizado (en razón de lo dicho de que no realizaban las correspondientes contribuciones) sino que debe tratarse de casos en los que exista una amenaza de castigo que provoque un vicio en la voluntad del trabajador. Vicio que no fue detectado en la investigación.

En esa línea, el TOF 3 de San Martín, PBA ha dicho que no es suficiente para tener por acreditada la comisión del delito de trata de personas el alegar que sus jornadas laborales eran extensas o bien que no tenían llave de acceso al lugar o que sólo tenían un franco semanal ya que la naturaleza del hecho ilícito es la de afectar la libertad del individuo a través de alguno de los medios comisivos empleados por la norma (*“Romi Rosalía Ojeda Argaña y otros”*, causa N° 2960, octubre de 2013). Resolución que encaja perfectamente en lo que pretendo demostrar.

Conforme surge del procesamiento recurrido, mi asistido en ningún momento imponía condiciones sino que lo hacían el resto de las personas también procesadas.

En razón de ello, solicito que se entienda que la imputación realizada a mi asistido se considere atípica en su faz objetiva y se decrete su sobreseimiento e inmediata libertad conforme lo previsto en el artículo 336 inciso 3° del CPPN.

4) En subsidio. Atipicidad del aspecto subjetivo exigido por el delito de trata de personas. Sobreseimiento e inmediata libertad.

Ahora bien, para el llamativo caso de que se entienda que la conducta de mi defendido encuadra en las previsiones objetivas del delito de trata de personas, considero importante analizar el aspecto subjetivo de la conducta de mi asistido a fin de demostrar la atipicidad del delito.

Sabido es que no solo la figura exige dolo directo sino que la propia ley ha descripto como un dato relevante en este punto el fin de explotación debiendo interpretarse que nos enfrentamos a un elemento subjetivo distinto del dolo. Esto es: al dolo exigido por el tipo penal debe sumársele la ultrafinalidad de explotación.

Conforme surge del procesamiento recurrido, mi asistido en ningún momento imponía condiciones sino que lo hacían el resto de las personas también procesadas.

Ultrafinalidad que en el caso de marras en ningún momento tuvo lugar dado que, como dije, mi defendido no hizo más que cumplir también una función laboral en un taller junto a otras personas de su nacionalidad.

De hecho, ninguna persona lo señaló como autor del mencionado delito. A su vez, el hecho de que viviera allí y también compartiera una pieza con ellos claramente lo diferencia de Quispe y de su pareja y lo pone en una situación que provoca pensar que era un empleado más (para el que considere que aquí sucedía el delito de trata de personas: una víctima más) y en consecuencia resulta imposible considerar que existió en su accionar la ultrafinalidad de explotación.

Ante ello, entiendo de suma importancia considerar lo dicho por Hoffe Otfried en cuanto a que *“en el creciente proceso de globalización se traspasan no sólo fronteras nacionales sino también socioculturales, se plantea urgentemente la pregunta de cómo han de reaccionar los órdenes jurídicos ante las personas que traspasan esas fronteras, ante extranjeros (...) ¿es lícito que los órdenes jurídicos les apliquen a ello su medida más severa, el derecho penal previsto como última ratio? ¿tienen estos órdenes un derecho subjetivo a aplicar su derecho penal objetivo más allá de las fronteras culturales? ¿existe una competencia penal intercultural?...”* (*“Derecho intercultural”*, traducido por Rafael Sevilla, Colección de estudios alemanes, Barcelona, 2000, p. 17).

En razón de ello, solicito que se entienda que la imputación realizada a mi asistido se considere atípica en su faz objetiva y se decrete su sobreseimiento e inmediata libertad conforme lo previsto en el artículo 336 inciso 3° del CPPN.

5) En subsidio. Excusa absolutoria. Sobreseimiento e inmediata libertad.

Ahora bien, para el caso de que los planteos realizados en los puntos anteriores no tengan favorable recepción, y se considere que estamos en presencia de un delito del cual mi asistido fue autor, entiendo que debe tenerse en cuenta lo dicho por el artículo 5° de tal ley.

Ello debido a que, como es sabido, el mismo dice que no son punibles las víctimas de trata de personas por la comisión de cualquier otro delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata.

Aquí, y en la línea de lo que fui desarrollando, no debe olvidarse que mi asistido vivía en el taller, que compartía pieza con el resto y que tenía apenas una función más importante que el resto. Es decir, claramente tenía una función diferente a la de Quispe y su pareja y, en la línea de la consideración de víctima al resto de las víctimas, también debe ser considerado como tal. Sobre todo cuando vemos que ninguna persona lo señaló como autor del delito de trata de personas.

Así, la aplicación de la cláusula de no punibilidad se conecta con acierto con la obligación asumida por los Estados de brindar asistencia gratuita a una víctima de éste tipo de delito.

En relación al tema, Marcelo Colombo y María Alejandra Mángano tienen dicho que la mera posibilidad de encontrarse ante un caso de víctima de trata de personas abre la obligación estatal de prestar auxilio, mientras se desarrollen los pasos inmediatos y necesarios para acreditar la probabilidad de la hipótesis de trata que la tenga como víctima. Sumado a ello, y en conexión con lo que analizaré en el punto destinado a la medida cautelar de detención dictada, los autores tienen dicho que el Estado debe abstenerse de

cualquier tipo de medidas de coerción respecto de quien se presume puede ser víctima (“*Sobre víctimas victimarias*”, publicado en “*Herramientas para los Defensores Públicos*”).

A su vez, es importante destacar que la CIDH en su Informe sobre Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas del año 2007 ha dicho que la excusa absolutoria debe aplicarse sobre personas que han ascendido en la organización. Debiendo entonces realizarse una analogía *in bonam partem* sobre la función que cumplía mi defendido.

Conforme surge del procesamiento recurrido, mi asistido en ningún momento imponía condiciones sino que lo hacían el resto de las personas también procesadas.

En conclusión, mi asistido debe ser considerado como una víctima del delito en cuestión y en conclusión decretarse su sobreseimiento e inmediata libertad.

6) En subsidio. Imposibilidad de agravar la conducta de mi asistido.

Para el caso de que se considere a mi defendido autor del delito en cuestión, entiendo que de ninguna manera puede considerarse agravada su conducta en razón de haberse aprovechado de la situación de vulnerabilidad de las supuestas víctimas. O, como también analizaré, por haber participado en el delito tres o más personas o porque no tuvo lugar la explotación porque no hubo delito, como antes dije.

Para arribar a tal conclusión, resulta pertinente traer a colación nuevamente lo dicho por el TOF 3 de San Martín en el precedente “*Romi Rosalía Ojeda Argaña*” dado que allí específicamente se dijo que no es suficiente alegar la condición de extranjera de las víctimas o de una economía apremiante para entender que eran vulnerables.

Así, ellas no pueden ser las únicas razones para considerar vulnerable o no a una persona. Sobre todo cuando ninguna de ellas expresó entenderse sometida al delito de trata de personas y todas dijeron arribar al sitio por algún conocido o amigo. Es decir: ninguna dijo haber sido engañada, pudiendo sospecharse en ese caso la existencia de una situación de vulnerabilidad.

En tal sentido, parece poco probable que una persona se esté aprovechando de la vulnerabilidad de otra cuando también vive con ella en una misma habitación, posee la misma nacionalidad y también cumple una función laboral.

Función laboral que, como dije en los puntos anteriores, hasta el propio Juez entendió que era diferente al resto y que no poseía elementos como para considerar que tenía algún tipo de peso en la organización.

Análisis similar que debe hacerse respecto a la agravante de considerar que participaron en el delito 3 o más personas.

Por ello, y haciendo un análisis similar aquí, entiendo que no están dadas las condiciones para considerar que los supuestos trabajadores se encontraban en tal situación de vulnerabilidad y en consecuencia agravar la conducta de mi defendido. Siendo debido a tal cambio de calificación lo correcto ordenar su inmediata libertad ambulatoria.

7) En subsidio. Atipicidad de delitos migratorios. Sobreseimiento. Libertad.

Ahora bien, tanto de forma subsidiaria como de forma paralela, corresponde analizar los supuestos delitos migratorios enrostrados a mi defendido. Análisis que provocará arribar a la conclusión de que su imputación resulta atípica.

Para ello, debe partirse de la base de que el bien jurídico protegido por dicha norma es distinto. Así, los delitos contra el orden migratorio consisten en sustraer a una persona del adecuado control de las leyes que rigen a la autoridad migratoria.

Así, el fin del autor es impedir que se ejerza el adecuado control sobre el ingreso de personas extranjeras. En consecuencia, los delitos migratorios protegen principalmente la incolumidad de la función migratoria del Estado (Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, expediente 5531/1 del 21 de abril de 2009).

Como vemos, no existe prueba alguna que diga que mi defendido tuvo algún tipo de participación en lo que pudo haber sido la afectación del bien jurídico protegido por la ley de migraciones.

En razón de ello, solicito que se entienda que la imputación realizada a mi asistido se considere atípica en su faz objetiva y se decrete su sobreseimiento e inmediata libertad conforme lo previsto en el artículo 336 inciso 3° del CPPN.

8) En subsidio. Análisis de la prisión preventiva dictada en detrimento de mi defendido. Necesidad de que tal medida cautelar sea revocada.

Ahora bien, para el llamativo caso de que los planteos anteriores no tengan favorable recepción (dado que los mismos provocarían la libertad de mi defendido), en el presente apartado me dedicaré a demostrar las razones por las que mi defendido debe tramitar su proceso en libertad.

Debe comenzarse teniendo en cuenta que el principio general es la libertad, que ella es siempre la regla y su restricción siempre la excepción (CIDH, “*Caso Norín Catriman y otros vs Chile*”, sentencia del 29 de mayo de 2014), que la detención preventiva debe estar limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad (Comisión IDH, “*Milagro Sala respecto de Argentina*”, resolución 23.717 de julio de 2017).

Fincados sobre esa base, y en conexión a la ausencia de motivación correspondiente del punto que decidió decretar la prisión preventiva de mi asistido, recuerdo que los jueces deben fundamentar la imposición de la prisión preventiva de modo claro, con expresas referencias a la causa y no basarse en las características personales del autor (voto del Juez Rosenkratz de la CSJN en “*Sala Milagro*” del 5 de diciembre de 2017). Lo cual al analizar la resolución vemos que estuvo lejos de suceder.

Contrariamente, el Juez utilizó el monto de la pena imputada a mi asistido para restringir su libertad, siendo ello, conforme lo dicho en el Plenario 13 de la CNCP (“*Díaz Bessone*”, 30 de octubre de 2008) imposible de realizar.

Sobre esa base, y comenzando a analizar las únicas razones por las que se puede restringir la libertad ambulatoria de una persona, estas son: peligro de fuga y entorpecimiento de las actuaciones, resalto que previo a su detención mi asistido tenía un domicilio claramente constatado (hasta se allanó el mismo).

Ahora bien, para el caso de que de recuperar su libertad ambulatoria no pueda volver a vivir allí, podrá constituir domicilio en la sede de la Defensoría Pública Oficial a mi cargo y así solucionar tal inconveniente.

Por otro lado, en relación al posible entorpecimiento de las actuaciones, no puedo dejar de destacar que se pretendió señalar que existiría el mismo porque quedan medidas pendientes de realización, pero en ningún momento se expresó qué medidas serían y de qué forma mi defendido podría entorpecerlas. Siendo ello otra clara muestra más de lo arbitrario y ausente de motivación que resultó ser el procesamiento aquí recurrido.

Pero sumado a ello, comparto lo dicho por Binder en el libro ya citado (ahora en su p. 199), en cuanto a que el entorpecimiento no puede resultar una causal para restringir la libertad ambulatoria de una persona, ello en razón de la diferente cantidad de medios con que cuenta el Estado para buscar a una persona de la que puede contar mi asistido para entorpecer la investigación.

Además, y conforme lo dicho por la CIDH en su Informe 35/07 (punto 84), no puede considerarse la supuesta peligrosidad de un delito para decretar una medida cautelar de detención

Ahora bien, al momento de analizar una supuesta caución a imponer, recuerdo que la misma debe ser juratoria. Encontrándose prohibida la aplicación de una caución de imposible cumplimiento.

En razón de lo expuesto, solicito que los señores camaristas, de no hacer lugar a los planteos realizados en los puntos anteriores, revoquen la decisión de primera instancia y revoquen el dictado de la prisión preventiva sobre la persona de mi defendido.

9) En subsidio. Análisis del monto de embargo trabado sobre su persona.

Por último, también de forma subsidiaria, solicito que se revoque el embargo decretado sobre los bienes de mi defendido, ello debido a que carece lógica la aplicación de tamaño embargo, el cual fue dictado sin motivación suficiente.

Tal es así que no se profundizaron las razones, siquiera con la profundidad exigida en la presente instancia, por las que se arribó a tamaño monto.

De hecho, tampoco se diferenciaron los montos de las diferentes personas procesadas cuando, según el propio procesamiento, ellas tenían funciones completamente diferentes.

Debiendo revocarse el mismo e imponerse uno acorde a su situación.

IV. RESERVA DEL CASO FEDERAL

En razón de lo expuesto, realizo reserva del caso federal conforme lo previsto en el artículo 14 de la ley 48 y en la Acordada 4/07 de la CSJN por encontrarse en juego garantías constitucionales tales como el principio de inocencia, in dubio pro reo, libertad.

V. PETITORIO

En razón de lo expuesto, solicito:

- 1) se tenga por presentado el presente recurso en tiempo y forma,

- 2) se declare la nulidad de lo realizado por ausencia requerimiento de instrucción por parte del fiscal y se decrete el sobreseimiento y libertad de mi defendido;
- 3) en subsidio, se declare la nulidad de los allanamientos realizados y se decrete el sobreseimiento y libertad de mi defendido,
- 4) en subsidio, se decrete la atipicidad del aspecto objetivo exigido por el delito de trata de personas y se decrete el sobreseimiento e inmediata libertad de mi defendido,
- 5) en subsidio, se decrete la atipicidad del aspecto subjetivo exigido por el delito de trata de personas y por ende el sobreseimiento e inmediata libertad de mi defendido,
- 6) en subsidio, se considere que existió una excusa absolutoria y por ende se decrete el sobreseimiento e inmediata libertad de mi defendido,
- 7) en subsidio, se entienda imposible agravar la conducta de mi asistido y ante tal cambio de calificación se decrete su libertad,
- 8) en subsidio, considerar atípicos los delitos migratorios enrostrados, decretar su sobreseimiento e inmediata libertad,
- 9) en subsidio, se revoque la prisión preventiva dictada sobre su persona,
- 10) en subsidio, se revoque el monto de embargo dispuesto,
- 11) finalmente se tenga por realizada la reserva del caso federal conforme lo previsto en el artículo 14 de la ley 48 y de la Acordada 4/07 de la CSJN.

**Proveer de conformidad que,
SERÁ JUSTICIA.**