

Se plantearían simultáneamente estas cuestiones: Excarcelación: Al haberse decretado el procesamiento con prisión preventiva en disfavor de Paola Alighieri, en primer término solicitaría la excarcelación de la nombrada para asegurar la doble instancia en esta materia (art. 8.2.h CADH). Introduciría la cuestión federal. Ello, de conformidad con los arts. 1, 2, 3, 317, 318, 320, 331 del CPPN; 18 y 75 inc. 22 de la CN; XXV de la DADDH; 7 de la CADH; 9 y 10 del PIDCyP; principio 39 del conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; disposición 6.1 de las Reglas de Tokio. Fundamentaría el pedido en las circunstancias particulares de mi asistida y la falta de motivos suficientes brindados por el juez para ordenar su prisión preventiva. En efecto, empezaría argumentando que en la materia rigen los principios de legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, pro homine, razonabilidad y de mínima intervención (cfr. Corte IDH “López Álvarez vs. Honduras”); que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia o obstaculizar la investigación preliminar, intimidando a los testigos o destruyendo la evidencia. Con respecto a las razones dadas por el juez para decretar la prisión preventiva, en relación a la falta de arraigo de Alighieri y la posibilidad de fuga dada su condición de extranjera, argumentaría que dichas circunstancias deben estar fundadas objetivamente y que la mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Que es el Estado, cuando limita el derecho a libertad personal de un individuo, el que tiene la carga de la prueba en demostrar que existen razones reales de que el detenido intentará eludir la justicia u obstaculizar la investigación. Es que como toda limitación a los derechos humanos, esta debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine. Además, dada la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, la misma es la excepción y no la regla debido a que se aplica sobre una persona que goza del estado de inocencia hasta tanto un fallo firme lo destruya. En este sentido, la CIDH en el Informe N° 12/96 sostuvo que la prisión preventiva se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa. Agregaría que la circunstancia de que el juez haya fundado la prisión preventiva de la justiciable por la falta de arraigo en el país y por la posibilidad de fuga dada su condición de extranjera resulta discriminatorio y contrario al principio de igualdad que proclama nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ya que ellas no son razones serias, fundadas y razonables. La características personales de mi defendida no son suficiente justificación para disponer una medida de semejante envergadura (cfr. Corte IDH “Bayarri vs. Argentina”, “Velázquez Rodríguez”). En tal sentido, argumentaría que debido al evidente cuadro de salud de mi representada resulta impensable suponer que intentará entorpecer la investigación o darse a la fuga. Añadiría que en caso de recuperarse de la grave intervención quirúrgica que le realizaron y obtener el alta médico, mi representada podría constituir domicilio en la sede de la Defensoría, pudiendo recibir allí todas las notificaciones y, de ese modo, cumplir con todos los requerimientos de V.S. Con respecto al motivo expuesto por el a quo sobre la

gravedad del delito imputado a la encartada, recordaría la doctrina sentada por la entonces Cámara Nacional de Casación Penal en el Plenario N° 13 “Díaz Bessone” según el cual “no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputada una pena privativa de la libertad superior a ocho años...sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal”. Así, manifestaría que el monto de la pena amenazada o la gravedad del delito no son suficientes por razones constitucionales, para denegar la libertad provisoria en el proceso (cfr. CIDH Informe 35/07 “Peirano vs. Uruguay). También ese argumento, que tiene en cuenta la gravedad del delito con prescindencia de si con ello se frustra la acción de la justicia, viola el derecho de igualdad de mi asistida (cfr. CSJN “Erika Elisabeth Napoli y otros” Fallos 321:3630; “Estévez José Luis” Fallos 320:2105).

Arresto domiciliario: En subsidio a la excarcelación, solicitaría el arresto domiciliario en favor de Alighieri como morigeración a la prisión preventiva (cfr. recomendación de la Defensora General de la Nación en Res. DGN 491/08, arts. 10 inc. a) CP, 314 CPPN, 32 inc. a) ley 24660, art. 18 y 75 inc. 22 CN). Ello con sustento en la enfermedad grave que padece mi asistida y que alojarla en un centro de detención viola su dignidad y su integridad personal. Mencionaría, al respecto, (tanto en la excarcelación como aquí) las conclusiones de la CIDH en su visita a Argentina en septiembre de este año en las que recomendó a nuestro Estado a usar medidas alternativas en la aplicación de la prisión preventiva (cfr. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/151.asp>).

Incidente de nulidad: Que a los fines de garantizar la doble instancia y la revisión judicial amplia promovería un incidente de nulidad debido a que de las circunstancias que dieron origen a la causa se advierte la afectación a derechos y garantías constitucionales. Solicitaría, en consecuencia, el sobreseimiento de mi asistida. Introduciría la cuestión federal (cfr. arts. 166, 168 in fine, 169, 170, 172, 184, 230, 336 CPPN; 18, 19 y 75 inc. 22 CN, 8 CADH, 14 PIDCyP). En efecto, en primer lugar fundamentaría que el origen del procedimiento se encuentra viciado porque tiene su origen en la relevación de un secreto profesional y en la autoincriminación de mi defendida. Por lo tanto, y a través de la regla de exclusión, correspondería decretar la nulidad de todo lo actuado y el sobreseimiento de Alighieri. Veamos. Del relato de los hechos surge inevitablemente que la PSA fue anoticiada por el personal del Hospital Zonal de Ezeiza de la situación de la encartada y que, a raíz de ello, el personal de seguridad registró en una grabación la cirugía, de la cual supuestamente se extrajeron cien cápsulas del intestino grueso de mi defendida. Pues bien, dado a que Alighieri fue trasladada al Hospital Zonal de Ezeiza por su grave estado de salud y que allí indudablemente el personal médico alertó a la PSA de su situación, se dio origen a la presente causa. Por lo tanto, expondría que el caso se ajusta al precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Baldivieso, César Alejandro” (B. 436. XL.). Como bien lo expuso allí el Alto Tribunal, los valores en juego en este caso son la vida de mi asistida y el interés del Estado en perseguir los delitos. Pero además, se encuentran afectados el derecho a la intimidad y la garantía de no declarar contra sí mismo. En efecto, el secreto médico -que violó el personal

del Hospital de Ezeiza- es un dispositivo tendiente a asegurar la intimidad relativa a un ámbito privado como lo es la información acerca del propio estado de salud psicofísica. El carácter privadísimo de esa información y la sensibilidad de su revelación (que además está castigada penalmente en el art. 156 del CP) convierten a este ámbito de la intimidad en constitutivo de la dignidad humana (cfr. dictamen del Procurador General de la Nación en “Baldiviezo”, CFCP Sala I “Gutiérrez Hurtado”, 20/05/15). Asimismo, al haber sido trasladada por la fuerza de seguridad al nosocomio por su grave estado de salud, pero sin “su libre elección”, se violó la garantía constitucional que protege contra la autoincriminación. Alighieri no tuvo la oportunidad de decidir entre ir o no ir al Hospital, no tuvo otra alternativa, con lo cual la situación forzó una conducta de autoincriminación. Por lo tanto, dado a que la prueba supuestamente obtenida se consiguió en base a la violación del secreto profesional y a la garantía contra la autoincriminación, debe decretarse la nulidad de todo lo actuado. Porque, a su vez, al haber convulsionado en el Aeropuerto, mi asistida no tuvo opción: fue trasladada sin conocer su opinión al Hospital. En consecuencia, aplicando la regla de exclusión probatoria (cfr. CSJN casos “Fiorentino”, “Rayford”, “Daray”, “Peralta Cano”), y dado a que la causa se inició con sustento en un acto jurídicamente nulo que convierte a todo el proceso en ilegítimo y que obviamente no existe otro cauce de investigación, debe declararse la máxima sanción procesal y el sobreseimiento de la encartada. Otro motivo de nulidad que plantearía sería el relativo a la filmación de la cirugía a mi representada, que realizaron los funcionarios de la PSA. Ello resulta violatorio de los principios más básicos de la dignidad humana, hallándose en juego el derecho a la intimidad o privacidad. En este sentido, es difícil concebir un ámbito más “privado” que el propio cuerpo (cfr. CSJN, voto concurrente de la Dra. Argibay en “Baldiviezo”), o una actividad más íntima que la de ser intervenido quirúrgicamente. Por ello, en atención a que dicha prueba (la filmación) fue obtenida ilegítimamente también por este motivo solicitaría la nulidad de la misma, la aplicación de la regla de exclusión probatoria y el sobreseimiento de mi asistida. Por último, también plantearía la nulidad por la falta intervención judicial en todo el procedimiento. Es que solamente una vez detenida e incomunicada se puso en conocimiento al juez de turno de todo lo ocurrido. El personal policial excedió de modo grosero las atribuciones que le confiere el art. 184 del CPPN; en ningún momento existió una orden judicial que los instruyera a actuar del modo en que lo hicieron. Si el Código de rito, a los fines de garantizar derechos constitucionales, exige orden judicial para el registro domiciliario, para el allanamiento o para la requisa personal (arts. 224, 225, 226 y 230 del CPPN), resultaba imprescindible que el personal de la PSA anoticiara de todo al juez en turno y esperara instrucciones para actuar. Además porque no existía peligro para terceros y obviamente no había posibilidad que pudiese cometerse un hecho delictivo. Y máxime teniendo en cuenta que por motu propio filmaron la cirugía, dispusieron de las cápsulas que supuestamente le sacaron a Alighieri y las analizaron. En consecuencia, la nulidad del procedimiento por falta de intervención judicial (cfr. CNCP “Altamirano”) torna inválido todo lo realizado por el personal policial: la filmación, el secuestro de las supuestas cápsulas y el análisis de las mismas, por lo que también aquí cabe aplicar la regla de exclusión probatoria y sobreseer a Alighieri. **Apelación contra el**

auto de procesamiento con prisión preventiva: Interpondría un recurso de apelación contra el procesamiento con prisión preventiva dentro de los tres días de notificado, en los términos de los arts. 449 y 450 del CPPN. En primer lugar, reeditaría los argumentos planteados en el incidente de nulidad que demuestran los vicios insalvables que dieron origen al procedimiento y que obligan a sobreseer a mi asistida. También me agraviaría de la prisión preventiva dictada en su contra, formulando las razones brindadas al promover la excarcelación de Alighieri. Ahora bien, además de dichos agravios, en primer lugar, argumentaría que mi asistida por su condición de extranjera, su supuesta decisión de ingerir cien cápsulas poniendo en serio riesgo su vida y, por ende, su extrema condición de vulnerabilidad es una víctima del delito de trata de personas (art. 145 bis CP). En efecto, el caso de Alighieri es lamentablemente demasiado común en nuestro país: se criminaliza a las mujeres víctimas de trata que son correo de droga –mula, camello- (cfr. Stella Maris Martínez, “Criminalización de víctimas de trata de personas”, Revista de Defensorías Públicas del Mercosur, N° 3, junio 2013, Brasilia). Por lo tanto, debe aplicarse la cláusula de no punibilidad contenida en el artículo 5 de la ley 26.364. Ello resulta ser una excusa absolutoria dado a que la persona que es objeto de una red de trata e inducida, condicionada u obligada a cometer un delito, no debe recibir un reproche de culpabilidad, pues carece de autodeterminación y libertad para conducir sus acciones. De este modo se atiende a la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima de trata, que es llevada a realizar una conducta penada por el estado de indefensión, de debilitamiento de la personalidad, donde se ausentan las fuerzas para poder enfrentar todo tipo de presiones inhumanas y amenazantes (cfr. De Cesarias, Juan, “La vulnerabilidad en la Ley de Trata de Personas”, La Ley, Suplemento de Actualización, 10/09/2009; casusa “Sánchez” TOF Mar del Plata, 20/05/2014). En consecuencia, solicitaría a la Alzada se decrete el sobreseimiento de mi asistida (arts. 34 CP, 5 de la ley 26.364 y 336 CPPN, Convención y Protocolo de Palermo, Convención de Belém do Pará). En subsidio a ello, y en relación al delito por el cual se la procesó a mi defendida, plantearía que no se encuentra configurado el delito de contrabando, que debido a sus convulsiones y su estado de salud resultó materialmente imposible que Alighieri realizara la acción u omisión que a través de la actuación con intención expresa del autor, evita o dificulta el cumplimiento de la función que obligatoriamente debe realizar el servicio aduanero en cuanto al ingreso y egreso de mercaderías al territorio (cfr. Código Aduanero, Jorge Luis Tosi, Ed. Univ. Buenos Aires, 1997). Por lo tanto, solicitaría a la Cámara el sobreseimiento de mi asistida por el delito por el cual se la indagó. En subsidio de ello, pediría el cambio de calificación legal. Así, dado a que –como se dijo- no se encuentra el elemento objetivo para considerar contrabando a la conducta reprochada, solicitaría que se recalifique a la figura del artículo 14 primer párrafo de la ley 23737 ya que tampoco se puede tener por acreditado el dolo de tráfico necesario para la configuración de alguna de las conductas previstas por el art. 5° de la ley 23737 (cfr. CFCP Sala II, “Buyaca”, 24/10/12). Por último, en subsidio de todo lo anterior, solicitaría se declarase la inconstitucionalidad del art. 872 del Código aduanero con fundamento a la violación de los principios de lesividad, proporcionalidad (cfr. CSJN disidencia del juez Zaffaroni in re “Branchessi, 23/03/10; CFCP Sala II, “Ortuño Savedra”, 18/05/12).

Caso 2

Gestión extrajudicial: En primer término, acudiría a la vía administrativa. Así, solicitaría mediante oficio al director de CEMIC que en el plazo improrrogable de 48 horas (en atención a los derechos en juego) diera favorable respuesta al pedido la Sra. González y, por ende, asumiera de forma integral los costos de internación en la Residencia “Bienestar” y el 100% de los gastos farmacológicos. Citaría los derechos que están en juego y la legislación vigente en la materia (aquí se citan más abajo) que obligan al Centro a dar cobertura integral de lo solicitado. Ello, bajo apercibimiento de iniciar las acciones legales correspondientes. También enviaría un oficio a la Clínica “Bienestar” explicando la situación de la Sra. González, anoticiándole que la Defensoría se hizo cargo del asunto y, en virtud a los derechos constitucionales en pugna, pidiéndole que la paciente permanezca alojada allí mientras se resuelva la cuestión. Por último, mediante oficio a su vez notificaría al Ministerio de Salud de la Nación de la situación de la afiliada, en virtud de su rol como garante en el sistema de salud nacional, solicitando se dé una urgente solución al reclamo, bajo apercibimiento de recurrir a la justicia. Al respecto, estas gestiones administrativas resultan beneficiosas ya que otorga la posibilidad de rectificar la actitud de los requeridos al observar que el afiliado cuenta con patrocinio letrado y también por razones de economía procesal y practicidad para resolver el problema en el mismo ente que lo originó sin necesidad de plantear una demanda en un poder distinto (cfr. Néstor Sagües, “Derecho Procesal Constitucional”, 5ta. Ed. actualizada, p. 190). Además, en estos asuntos sirve para habilitar la vía del amparo en los términos del art. 2 inc. e) de la ley 16986. Simultáneamente, a la confección y diligenciamiento de los oficios, recolectaría toda la documentación necesaria –DNI, certificados, estudios y recetarios médicos, certificado de discapacidad, informes de la Clínica- (aparte de la adjuntada a los oficios) para acompañar oportunamente a la acción de amparo.

Gestión judicial: En caso de que los organismos mencionados no diera respuesta efectiva al pedido realizado administrativamente, en el tiempo acordado, interpondría acción de amparo contra CEMIC y el Ministerio de Salud de la Nación en los términos del art. 43 CN y la ley 16986, con el objeto de proteger el derecho a la salud y la vida de la Sra. González, solicitando se dé cobertura integral a los costos de internación en la Residencia “Bienestar” y a los gastos farmacológicos, así como también toda otra cuestión relativa a su salud que en el futuro resulte ser cubierta; ellos con costas a las accionadas (arts. 31, 33, 43 y 75 inc. 22 y 23 CN, XI y XVII DADDH, 25 DUDH, 2, 4, 5, 26 y 29 CADH, 6 y 23 PIDCyP, leyes 23660, 23661, 22431, 26657). Liminarmente, y a los fines de garantizar el acceso a la justicia de mi patrocinada (cfr. 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia y art. 1 ley 27149), dado a su grave cuadro de salud, me trasladaría a la Residencia donde se encuentra alojada a los fines de que firme la demanda y la carta poder que me otorgaría frente a un secretario de la Defensoría que dé fe de ello (conf. Art. 42 inc. p) ley 27149). Apoyaría la elección de la vía elegida en tanto se trata de la omisión de una autoridad pública y una privada, que en forma actual lesiona con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta derechos y garantías constitucionales (a la salud y a la vida). En efecto, el amparo es la vía más rápida y expedita, a la que debe acudirse en busca de una tutela judicial efectiva cuando, como en

este caso, los demandados desconocen toda la normativa nacional e internacional en la materia, generando una grave afectación a derechos constitucionales fundamentales. En este sentido, se expidió la CSJN en el caso “Floreacing, Andrea (del 11/07/2006). Con respecto a la competencia de la justicia federal, plantearía que la misma surge del art.43 de la CN, del art. 4 de la ley 16986, arts. 1, 2 y cc de la ley 23660 y 38 de la ley 23661). Con respecto a la legitimación pasiva de CEMIC expondría que ella es la obliga principal de procurar el pleno goce del derecho a la salud sin discriminación alguna de Clara González y de brindarle una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Con respecto a la legitimación pasiva del Ministerio de Salud, manifestaría que el mismo es responsable subsidiario en su carácter de garante con relación al Sistema de Salud y en virtud a todos los compromisos internacionales que asumió en la materia (cfr. CSJN “Passero de Barrera, Graciela Noemí c/ Estado Nacional s/ Amparo; P.A. c/ Comisión Nacional asesora para la integración de las personas con discapacidad y otro s/ Amparo). Expondría los hechos que motivan el amparo y demostraría el accionar arbitrario y reticente de los demandados. Recalcaría que mi representada posee un certificado de discapacidad, motivo por el cual cuenta con el plus de protección que establece el inc. 23 del art. 75 CN (además porque se trata de una anciana) y las leyes 24091 y 22.431. La primera ley instituye una sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, que deben ser cubiertas por las obras sociales (art. 2) o por el Estado (art. 4). También citaría la ley de Salud Mental 26657 que también establece la prioridad de atención con las que deben contar estas personas. Solicitaría una medida cautelar innovativa urgente para que se ordena, hasta el dictado de la sentencia definitiva, que los demandados se hagan cargo de la cobertura integral de la internación en la Clínica y los fármacos que necesita mi poderdante. Relataría que el pedido en la demora está configurado por los derechos constitucionales que se hallan en juego, que la Sra. González debido a su edad y cuadro de salud necesitan la cobertura integral de lo solicitado sin demora alguna. La verosimilitud del derecho se encuentra configurado por la documental acompañada. También promovería el beneficio de litigar sin gastos en favor de la Sra. González, soli