

# Discriminación por orientación sexual

## Procedencia de la prisión domiciliaria. Control de Convencionalidad y Constitucionalidad

TSJ CÓRDOBA, SALA PENAL,  
"M., M. R. s/ ADULTERACIÓN de INSTRUMENTO PÚBLICO, etc. -  
RECURSO de CASACIÓN", 25 de FEBRERO de 2014

por **RODRIGO ROBLES TRISTÁN**<sup>(1)</sup>

### I | Los hechos del caso

Recientemente, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (en adelante, el TSJ o el Tribunal), rechazó el Recurso de Casación interpuesto por el Sr. M. R. M., contra la sentencia de Alzada que revocó el beneficio de prisión domiciliaria que le fuera concedido anteriormente por un Juzgado de Control (Ejecución de la Pena).<sup>(2)</sup>

El presente trabajo tiene por objeto analizar la interpretación que el Máximo Tribunal provincial hizo del art. 32 inc. f) de la ley nacional 24.660 de

(1) Integrante del Proyecto de Investigación de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA) sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

(2) TSJ CÓRDOBA, Sala Penal, "M., M. R. s/ adulteración de instrumento público, etc. - Recurso de casación, expte. 'M' 98/2013", 25/02/2014.

Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (texto según ley 24.472), en lo que respecta a la procedencia de la concesión de la prisión domiciliaria a un padre cuya familia se halla en severas dificultades de índole psicológica, emocional y económica.

Como se dijo, la defensa del imputado M. R. M., impugnó ante el TSJ la sentencia de Alzada que revocó la prisión domiciliaria que le fuera concedida a los efectos de cumplir con la prisión preventiva dictada en su contra.

El recurrente planteó que, al entender que no se reunían los requisitos exigidos por el art. 32 de la ley de Ejecución de la Pena para la concesión del beneficio en trato, la Cámara había aplicado erróneamente esa norma. Consideró que no se tuvo adecuadamente en cuenta que, según un dictamen pericial acercado a la causa, la esposa del recurrente padece problemas psiquiátricos, y "... necesita ayuda para su sostenimiento cotidiano y para resolver situaciones estresantes como son el acompañamiento de su hijo menor de edad, quien padece de problemas de crecimiento y la toma de decisiones en relación a su hijo Sergio, quien presenta problemas de adicción a las drogas..."<sup>(3)</sup> Sostuvo también que el citado dictamen recomendó su presencia en el hogar, a los efectos de que la situación familiar **no empeore**, toda vez que su esposa e hijos necesitan contención, apoyo y sustento material, apreciaciones con las que coincidió el Juez de Control.

Además, la sentencia recurrida tampoco reparó en que los aportes económicos recibidos por la familia sólo provienen de la ayuda de una hija mayor, domiciliada en otra vivienda, y el trabajo esporádico de la madre como docente particular.

Finalmente, la defensa de M. R. M. sostuvo que el otorgamiento de la prisión domiciliaria no generaba peligro de fuga ni riesgo procesal alguno, ya que el imputado, mientras estuvo disfrutando de ese beneficio, jamás incumplió sus obligaciones. Por otra parte, alegó que cabía tener en cuenta que, de imponerse una pena a M. R. M., éste se hallaría próximo a alcanzar el régimen de ejecución condicional, con lo que, una eventual fuga, o la obstrucción del trámite, sería absurda de su parte.

.....

(3) TSJ CÓRDOBA, Sala Penal, "M., M.R...", cit., p. 3 (fragmento del dictamen pericial).

Los argumentos que esgrimió la Cámara para revocar el beneficio concedido a M. R. M., campearon básicamente sobre el hecho de que la situación de aquel no era subsumible, ni por analogía, en el supuesto del art. 32 inc. f) de la Ley de Ejecución de la Pena, cuestión esta que será desarrollada *infra*. Además, la Alzada, para dictar la sentencia impugnada, sostuvo que la esposa del procesado bien podía hacerse cargo de su hijo con discapacidad, mientras que, respecto del hijo adicto, la situación había sido igualmente inmanejable incluso desde antes que M. R. M., fuera encarcelado. Por otra parte, la Cámara también ponderó la ayuda prodigada por la hija como suficiente aporte. Con todo, la presencia del procesado en el domicilio, a ojos de la Cámara, no aparecía como necesaria para conjurar la vulnerabilidad del grupo familiar.

## 2 | La sentencia del Tribunal Superior

Como se expresó anteriormente, el STJ ratificó la sentencia recurrida a través de la adhesión mayoritaria al voto de la Dra. Tarditti.

Para así decidir, la magistrada reeditó uno de los argumentos vertidos por la Cámara relativo a la inaplicabilidad del art. 32 inc. f) de la ley 24.660 al caso de M. R. M. La norma citada establece: “El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria... f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo...”. A criterio de Tarditti, la literalidad de la norma es clara, y alude exclusivamente a los casos de **mujeres madres**, evitando que la pena no trascienda a las mismas y afecte también a sus hijos menores o con discapacidades que estén a su cargo. La jueza abonó este aserto con dos razonamientos: primero, que todos los proyectos legislativos aludieron siempre a la “mujer madre”, y segundo, que la constitucionalidad de ese artículo “no fue puesta en crisis”.

Por otra parte, el voto de la magistrada valoró que, más allá de las inevitables consecuencias negativas de la pena, no concurría en el caso una “circunstancia excepcional (...) conforme la cual las necesidades de la familia de M. R. M., solo y únicamente, puedan ser satisfechas con la presencia del imputado en el hogar...”. En este sentido, Tarditti coincidió con la Cámara al entender que la otra hija colaboraba “en forma satisfactoria” con las necesidades de la familia, al igual que lo hacen la madre y Sergio,

el hijo sufriente de problemas de adicción, en menor medida. Sobre esta base, el Tribunal Superior rechazó el recurso de casación.

Conviene en este punto citar la disidencia de la Dra. Ángela Ledesma en un reciente fallo de la Cámara Federal de Casación Penal<sup>(4)</sup> en el cual la mayoría del Alto Tribunal Penal consideró que no correspondía acordar el beneficio de prisión domiciliaria a la madre de un lactante, por entender que la relación del niño con su progenitora resultaba suficientemente protegida al alojarse ambos en las instalaciones de la cárcel.

Ledesma expresó que los tribunales que fallaron la causa con anterioridad (y sus propios colegas de Sala), al negar a la recurrente el beneficio del art. 32 inc. f) de la Ley de Ejecución de la Pena, desconocieron que "...debe primar el Interés Superior del Niño conforme lo prevé el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño como eje interpretativo cuando se presenta un conflicto de este tipo". Tras recordar este hecho, la magistrada disidente citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en donde se dijo que "... en los asuntos concernientes a [los menores, el Interés Superior del Niño] viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos...",<sup>(5)</sup> y se reconoció al citado principio como "... una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias...".<sup>(6)</sup>

En este orden de ideas, vale recordar que la Cámara de Acusaciones de Córdoba, autora de la sentencia que M. R. M. impugnó ante el TSJ, sostuvo que los hijos del recurrente se hallaban suficientemente protegidos con el aporte que recibían del resto de la familia, con lo cual la concesión de la prisión domiciliaria a M. R. M., no aparecía como **necesaria** a la luz del citado interés superior de aquellos.

Dicha afirmación, que fue reeditada por el TSJ, no parece controvertir acabada y circunstanciadamente el dictamen pericial que aconsejaba la concesión de la prisión domiciliaria a M. R. M. En efecto, no aparece como

---

(4) CFED. CAS. PENAL, Sala de FERIA (Riggi-Catucci-Ledesma), causa N° 33/12, "Fernández, Ana María s/ recurso de casación", 12/07/2013.

(5) CSJN, Fallos 326:2906.

(6) CSJN, Fallos 324:975.

una solución ajustada al principio de **interés superior del niño** —concebido según los precedentes de la Corte *supra* citados—, aquella que deja el cuidado de un niño con discapacidad a una persona que —siempre según el citado dictamen—, se halla sobrepasada por las circunstancias, en una evidente situación familiar de precariedad económica y emocional, que sólo es morigerada con la magra asistencia de una hija mayor del matrimonio que, además, no convive con el menor. Tal situación difícilmente pueda inscribirse en una de las **inevitables consecuencias negativas de la pena**, sino que, antes bien, ingresa en la categoría de efectos del castigo que lo vuelven desproporcionado, y trascienden la persona del delincuente (art. 5°.3, Convención Americana sobre Derechos Humanos) vulnerando los propios derechos de sus familiares.

En efecto, el juzgador no puede interpretar livianamente la situación de desamparo que afecta a uno de los niños, —doblemente vulnerable en razón de su niñez y su discapacidad—, como una consecuencia fatal del castigo adjudicado al padre infractor, sino desconociendo deliberadamente que el menor sufre con ello una afrenta a su derecho a una vida plena y decente (art. 23, Convención sobre los Derechos del Niño), que aparece como injustificada toda vez que, como vimos, su interés superior autoriza soluciones distintas a las que, automáticamente, dispone la ley.

Desestimar, a todo evento, la posibilidad de que el padre cumpla la prisión en su domicilio, a los efectos de que asuma el cuidado del niño y aliviane la carga de su madre, teniendo en cuenta los buenos antecedentes que registra y el importantísimo hecho de que aún no ha recibido condena y se encuentra conminado a prisión preventiva —con la irracionalidad que plantea prolongar una situación cautelar de excepción<sup>(7)</sup> en este supuesto—, niega arbitrariamente una solución compatible con el interés superior del niño.

Ante una sentencia como la comentada conviene recordar un señero párrafo del voto disidente que se citara al principio: "... el arresto domiciliario es una modalidad de cumplimiento de pena y no un sinónimo de impunidad. Tal vez, cuando se comprenda esa circunstancia se evitarán decisiones como la recurrida en donde se citan principios y reglas

.....

(7) CORTE IDH, "Caso López Álvarez vs. Honduras" (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 01/02/2006, , párr. 67.

de jerarquía constitucional de manera contraria al fin que se pretende tutelar...". En efecto, de nada sirve citar al interés superior del niño si la virtualidad de dicha cita sólo resulta aparente y la decisión que lo invoca se dirige directamente a privarlo de sus efectos como norma jurídica vinculante.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que, en el fallo analizado, se destaca el razonamiento esgrimido por el Tribunal, relativo a que el supuesto contemplado en el art. 32 inc. f) de la Ley de Ejecución de la Pena, no resulta aplicable al Sr. M. R. M., en tanto **padre** y no **mujer madre** de una persona con discapacidad, o un niño menor de cinco años. Esta postura merece algunos reparos. Si bien existen razones que justifican acabadamente el otorgamiento del beneficio a una madre —tales como que es quien amamanta al niño—, también las hay que justifiquen la concesión del beneficio cuando quien está preso es el padre y es este quien cuida al menor. Recordando nuevamente la doctrina del voto de Ledesma en el fallo citado, no puede sostenerse que, en una familia conformada por dos mujeres, el niño tiene "dos madres" y, presa una de ellas, todavía queda la otra fuera de la cárcel que puede cuidarlo. En efecto, en ese caso, quien asumió históricamente el cuidado del niño, convivió con él, lo alimentó y protegió era la condenada. La otra madre del menor, no podía asumir esa responsabilidad. El caso demuestra que el hecho de ser mujer no lleva directamente a asumir el cuidado inmediato del niño: pese a que la otra progenitora vivía afuera de la cárcel y era mujer, no era ella quien podía cuidar a la criatura, ni lo hacía habitualmente. Esto aplica a toda la realidad de familias con diferentes composiciones, en las cuales los "roles" no necesariamente son asumidos por el sexo que tradicionalmente los ocupaba en el pasado. La creencia de que sólo la madre es quien cuida a sus hijos y debe estar a su lado, ha devenido en un estereotipo.<sup>(8)</sup>

Por otro lado, no debe perderse de vista el hecho de que, si la norma en estudio solo aplicara a la mujer, como propone su interpretación restrictiva, en una familia constituida por un padre soltero, el niño quedaría sólo. En virtud de ello, lícitamente podemos concluir en que el art. 32 inc. f) de

(8) "... una concepción "tradicional" sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hija...", CORTE IDH, "Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile" (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 24/02/2012, Serie C N° 239, párr. 140.

la ley 24.472, consagra una distinción de trato entre hombres y mujeres, respecto de la protección de las leyes, que carece de justificación objetiva y razonable,<sup>(9)</sup> con lo que resulta discriminatoria. En suma, la ley no se agota en su texto, y su verdadera *ratio legis* está orientada a conjurar la situación de desamparo del menor en todos los casos en que aquel que asume su cuidado inmediato, se encuentra detenido. Esa interpretación evita el efecto discriminatorio de la norma, y vindica su sentido último, la protección del Interés Superior del Niño.

Por último, conviene destacar que la falta de un planteo de inconstitucionalidad no obsta a una interpretación sistemática y armónica de la Norma Fundamental y el orden jurídico nacional y provincial que resuelva el caso a derecho. Este es un deber del juez, al que le corresponde la decisión de los casos (art. 15 CC) reconociendo la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31 CN), en los asuntos que, como este, presentan cuestión federal.<sup>(10)</sup> Por otra parte, el **control de convencionalidad**, que busca asegurar la sintonía de la normativa nacional con los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, corresponde a toda la administración de Justicia, y es aplicable *ex officio*.<sup>(11)</sup>

Y, si bien la jurisprudencia de la Corte IDH también ha señalado que dicho control procede de oficio —“aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”—<sup>(12)</sup> lo cierto es que no existe un imperativo legal en el orden nacional que determine que la constitucionalidad de las leyes sólo se debate a instancia de parte. Al contrario, en nuestro medio, el **control de constitucionalidad** proviene de una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,<sup>(13)</sup> con base en art. 116 CN, que aloja la facul-

(9) CORTE IDH, Opinión consultiva OC-4/1984, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, 19/01/1984, Serie A, N° 4, párr. 56.

(10) CSJN, Doctrina de Fallos 311:2478 y 327:347.

(11) CORTE IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 24/11/2006, párr. 128.

(12) *Ibid.*

(13) CSJN, “Procurador Municipal c/ Doña Isabel A. de Elortondo s/ expropiación”, 14/04/1888, (Fallos 33:162).

tad de los jueces de ejercerlo, y nada dice al respecto. La misma Corte, en un caso reciente, admitió la procedencia del **control de convencionalidad**, y de **constitucionalidad** de oficio, demostrando la inexistencia de obstáculos procesales de carácter legal y no meramente doctrinario al respecto, rechazando la posición de los recurrentes que se agraviaban de la aplicación del control de oficio aplicado por las instancias inferiores.<sup>(14)</sup>

El Máximo Tribunal nacional suscribió la doctrina de la Corte IDH antes citada y, además, sostuvo

... que, con particular referencia a la declaración de invalidez de normas inferiores a las Leyes Fundamentales, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio...<sup>(15)</sup>

En efecto, el precedente “Banco Comercial de Finanzas” es demostrativo de lo antedicho, pues allí la Corte reconoció que,

... como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente (trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*) incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior.<sup>(16)</sup>

La Corte, expresamente, reconoció que del requisito de “causa judicial” como presupuesto para la habilitación del control no se seguía que el mismo debía proceder solo a instancia de parte.

.....  
(14) CSJN, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación”, 31/08/2010.

(15) *Ibid.*, consid. 10.

(16) CSJN, Fallos 327:3117, consid. 3.



### 3 | Consideraciones finales

El fallo analizado exhibe, como se ha visto, una serie de razonamientos que merecen reparos. En ese sentido, la sola mención del interés superior del niño no resulta suficiente para satisfacer sus exigencias como norma imperativa.

Por otra parte, la interpretación restrictiva del art. 32 inc. f) de la Ley de Ejecución de la Pena evidencia, según se ha expresado *supra*, un entendimiento discriminatorio respecto de la protección legal del hombre y la mujer.

Finalmente, cabe poner de resalto que el importante deber de los jueces de respetar y hacer respetar la Constitución Nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se ajusta a las bizantinas enseñanzas de la doctrina procesalista que parecen supeditar ese hecho a la mejor o peor asistencia letrada que puedan tener los justiciables. En efecto, no corresponde que un valor tan importante como el resguardo de la indemnidad constitucional y convencional quede librado a la posibilidad de que el abogado de parte invoque o no la cuestión en el pleito.

---

