

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los tres días del mes de abril del año dos mil dieciocho, se reunieron los Sres. Vocales de la Cámara de Casación de Paraná, a los fines de deliberar y dictar sentencia en la causa Nº 932/17, caratulada "C. G. R. - Abuso sexual gravemente ultrajante agravado S/ RECURSO DE CASACIÓN".-

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: Doctores Hugo PEROTTI, Marcela DAVITE y José María CHEMEZ.-

1- Por sentencia de fecha 15 de Agosto de 2017, emitida por la Sra. Jueza de Garantías de Concepción del Uruguay Dra. Evangelina BRUZZO se resolvió HACER LUGAR a la REVOCATORIA de la CONDICIONALIDAD del cumplimiento de la pena que se le impusiera mediante Sentencia Nº 87 del día 21 de diciembre de 2016.-

2- Recurrió en Casación el Sr. Defensor Oficial Dr. Nicolás J. GAZALI. En el escrito recursivo, el Defensor expresó que C. dio una explicación lógica y racional del motivo de su incumplimiento, amparándose en que él decidió concurrir a la Ciudad de Concepción del Uruguay por la delicada salud de su madre, permaneciendo provisoriamente en su propio domicilio de calle Estrada y 14 del Oeste de ciudad y no en el domicilio de la Sra. B.. Sin embargo, bajo el erróneo argumento de que el domicilio que surge del relato de los hechos Nº 1, 2 y 3 sería el mismo domicilio donde el imputado concurrió en abril de este año, concluye, también erróneamente, que se presentó en el domicilio de calle E. y .. Oeste con la sola intención de tener contacto con la Sra. B. y, de esa manera, violar la restricción de acercamiento para con el menor S., lo cual fue negado rotundamente por C.-

Si bien la Sra. Jueza reconoce que no hay una conducta reiterativa y persistente del Sr. C., tal como lo exige la normativa de fondo para la revocación de la condicionalidad, bajo el erróneo argumento del "marco contextual" y que las víctimas son menores que se encuentran en condición de vulnerabilidad, adopta una decisión revocatoria amparándose en la supuesta necesidad de tener que compatibilizar las normas del Código Penal con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, condiciones o exigencias no previstas por el Código Penal.-

Se recurre a la privación de la libertad para suplir la inutilidad de los organismos administrativos y judiciales para arribar a consecuencias menos gravosas y más efectivas respecto de los niños, no obstante, no haberse cumplido con la reiteración y persistencia que requiere la norma. De lo contrario, bajo el amparo de la normativa internacional permanentemente se desconocería la normativa de fondo, lejos de toda armonización o compatibilidad. Citó los autos "Z." de esta Cámara.-

En el presente caso, la Sra. Jueza resolvió disponer la revocación de la condena en suspenso apartándose del art. 27 bis del C. Penal, de la interpretación que hace la doctrina nacional de la normativa de fondo en beneficio del imputado- y de la jurisprudencia de esta Cámara de Casación Provincial en la materia, bajo el erróneo argumento de que se está ante un delito de índole sexual cuando la propia ley no hace ningún tipo de distinción al respecto, lo cual importa un trato legal discriminatorio para con el imputado, contrario al Principio de Igualdad ante la Ley -art. 16 Constitución Nacional-. Además, no resulta aceptable el argumento que utiliza la Sra. Jueza para apartarse de lo dispuesto por la Cámara de Casación en el precedente "Z.", puesto que si bien los hechos son distintos, la interpretación del art. 27 bis último párrafo del Código Penal debe ser la misma para todos los casos, en razón de que la normativa de mención no hace distinción alguna respecto de la figura penal que debe estar en juego.-

Se agravó también porque la Dra. BRUZZO hizo valoraciones sobre hechos y acciones que ya fueron juzgados, vulnerando la garantía que prohíbe el doble juzgamiento. Solicitó que se case la resolución y se disponga su revocación. Hizo reserva del caso federal.-

3- En la audiencia fijada oportunamente, intervinieron las siguientes partes: la Sra. Defensora en instancia de Casación Dra. Lucrecia SABELLA y la Sra. Fiscal de Coordinación Dra. Matilde FEDERIK.-

a )Durante la audiencia, la Dra. SABELLA reiteró los argumentos que se presentaron al momento de interposición del recurso y expresó que el incumplimiento debe ser injustificado y además reiterado, ya que acepta otra alternativa que es no computar el tiempo transcurrido y esa facultad de revocar la condicionalidad, no opera de pleno derecho por un simple incumplimiento. Entendió

así, que el incumplimiento de C. es justificado más allá que no acreditó que su mamá estaba enferma. Agregó que el encartado no tenía por qué suponer que la Sra. B. estaba en su domicilio, porque la casa es de C., y la judicante, al momento de los fundamentos confundió los domicilios. Enfatizó en que lo que está en juego es la letra del Art. 27 bis del C.P. y la jurisprudencia emanada por esta Cámara en "Z.", más allá de que en ese caso se centró la atención en que no hubo audiencia previa a la revocación. Solicitó que se haga lugar al recurso y se revoque la sentencia de la Dra. BRUZZO.-

b) Por su parte la Dra. FEDERIK expresó que la sentencia se encuentra sólidamente fundada y que la Defensa omitió cuestiones que hacen a esa solidez en la sentencia. Este caso es notoriamente diferente al precedente "Z." que se invoca, teniendo en cuenta que C. pudo ejercer el derecho de la defensa. Afirmó que se realizó una adecuada hermenéutica de la norma nacional y supranacional primando el interés superior del niño, no desconociendo, la sentenciante la jurisprudencia, pero afirmando que hay cuestiones diferentes a valorar. El C.P. refiere a la persistencia pero, en este contexto, que BRUZZO conoce, es el marco contextual el que analiza al entender que esta persistencia debe ceder frente a una situación particular como la que avizora. La vulnerabilidad no es responsabilidad de C., pero sí el riesgo que se quiere conjurar: es la prevención de la comisión de un delito. Enfatizó en que debió tenerse en cuenta la normativa sobre violencia de género y agregó que la conducta infractora es visualizada en todo el proceso, y existe una negativa a acatar la norma, no habiendo agravio constitucional que merezca tratamiento. En definitiva la resolución da fundamentos sólidos para apartarse de las directivas del Art. 27 bis, entendiendo que el marco contextual hace que prevalezca el interés superior del niño por sobre la normativa legal local, siendo fundamento suficiente. Por tales motivos solicitó que se rechace el recurso interpuesto y se confirme la sentencia cuestionada.-

4- En la deliberación (Art. 517 CPP Ley 10.3017) se planteó lo siguiente: A las cuestiones articuladas ¿qué corresponde resolver?, y ¿qué sobre las costas del proceso?

El Dr. HUGO DANIEL PEROTTI dijo:

A- Reseñados los argumentos partivos, corresponde ingresar al estudio de la sentencia y de los agravios planteados.-

En tal sentido, de la observación del DVD de la audiencia en la que se resolviera la revocación de la libertad condicional de C., la Dra. Evangelina BRUZZO, expresó que el encartado no era ajeno a la circunstancia de que mantener contacto con B. implicaba el contacto con los menores y no podía desconocer de que ahí necesariamente se encontraban los niños con quienes tenía restricción de acercamiento. G. estaba en ese domicilio, pudo haber comparecido a Concepción del Uruguay por la enfermedad de la madre que no se acreditó, pero aún haciendo interpretación benévola, no podía desconocer que el hecho de concurrir al domicilio conllevaba el contacto directo con los menores, estando presente C.S., quien corrió a la Comisaría, a avisar de su presencia. Agregó la a quo que si bien el Art. 27 bis habla de persistencia del incumplimiento para revocar, el marco contextual que se plantea en la presente causa, así como las características de los niños, su vulnerabilidad extrema y no obstante lo dicho in re "Z." de esta Cámara de Casación, - que entendió que era un caso distinto- se debe compatibilizar lo dispuesto por el legislador con la Convención Internacional de los derechos del niño, preguntándose la Dra. BRUZZO si debe esperar que se suscite otro inconveniente o priorizar el interés de los niños. Entendió, entonces que era ese interés superior del niño y la armonización normativa lo que debe prevalecer, teniendo en cuenta los informes que se citaron por el Ministerio Pupilar, como órgano estatal, las medidas protectorias son importantes para el marco de protección total para los menores que son víctimas, máxime teniendo en cuenta la posición de estos niños. El imputado tiene una conducta, en que en escasos cuatro meses infringió y no internaliza las reglas en el marco de la condicionalidad y habiéndose dicho cuáles eran las consecuencias. Esta compatibilización permite en este caso revocar la condicionalidad dispuesta, habiéndose infringido la regla b) y en función de lo dispuesto en el Art. 27 bis.-

B- Efectuadas tales referencias, entiendo que corresponde traer a colación lo sostenido por esta Cámara en autos "Z." (19/03/2015), puesto que tal precedente ha sido referenciado tanto por las partes como por la Dra. BRUZZO.-

Allí dijimos que el incumplimiento por parte del condenado de todas o alguna de las reglas de conducta impuestas habilita al Tribunal para disponer la revocación de la ejecución condicional, sólo si se advierte una conducta persistente o reiterativa, adunando que tiene la facultad, también,

de no computar el plazo transcurrido hasta ese momento. Asimismo sostuvimos que el Art. 27 bis C.P. tiene por finalidad establecer el cumplimiento de reglas de conducta para el condenado beneficiado con la suspensión de la pena, reforzándose aún más la idea de prevención especial de la pena ("en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos...", reza la primera parte del citado artículo 27 bis) ya que ninguna duda cabe en cuanto a que el contenido de las reglas de conducta persigue una clara función tuitiva de la persona del condenado. Citamos a ROXIN ("Cambios en la teoría de la pena, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, pág. 69 y ss) en cuanto a que la imposición de reglas de conducta importa reconocer la participación del autor en el tránsito del condenado en el cumplimiento de las reglas del Art. 27 bis del C.P., pretendiéndose además que aquél asuma una responsabilidad conjunta con la del Estado en la búsqueda de soluciones individualizadoras a la ejecución formal de la pena con miras a la evitación de futuras reincidencias. Afirmamos, tomando palabras de D'ALESSIO que el texto legal expresamente señala que "el tribunal podrá disponer..." los efectos mencionados, por lo cual se entiende que: a) No se aplican de pleno derecho sino que deben ser evaluados por el juez de ejecución. b) Cabe tener en cuenta que NO puede revocarse la condicionalidad de la condena ante el primer incumplimiento de las reglas de conducta previstas en este artículo siendo preciso que previamente haya existido una decisión judicial declarando que no se computaría parcial o totalmente en el plazo de prueba el tiempo transcurrido hasta que se registró algún incumplimiento anterior. Finalmente, expresamos -siguiendo al autor aludido- que la ley ha querido evitar la imposición de prisión efectiva aún frente a la revocación de la condena condicional, en consonancia con los fines de prevención especial que orientan la institución y el principio de que la prisión resulta la última ratio a la que debe acudir el legislador.-

No resulta ocioso recordar que en igual línea nos pronunciamos en los autos "ACEBAL" (25/08/2015) "SCORSA" (08/09/2015) "DIAZ" (14/09/2015); "GALVAN" (14/09/2015) y "VILLALBA" (14/10/2015).-

C- Ingresando al análisis particularizado de la resolución cuestionada, se advierte que la sentenciante reconoce lo prescripto por el Art. 27 bis, en cuanto a la persistencia en el incumplimiento, así como también refiere al precedente "Z.", entendiendo que se trata de un supuesto diferente al de C..-

No hay dudas entonces de que no ha existido persistencia en el incumplimiento enrostrado al encartado. Amén de ello, la a quo toma como argumento basal de su determinación el interés superior del niño y el contexto de vulnerabilidad de los mismos.-

Debe decirse entonces que tales argumentos no sustentan la revocación de la condicionalidad de la pena, en todo caso son determinantes de la intervención de los organismos pertinentes, a efectos de que ésta lamentable situación de los menores se vea eficientemente atendida, o bien a efectos de motivar la sentencia que se pronunciara por la autoría y materialidad de C. en el hecho que tuviera por víctima a la niña S.S..-

Tal afirmación no implica de modo alguno el desconocimiento de la importancia y jerarquía de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero debe entenderse que son estrictos los alcances de las prescripciones que determinan la restricción de derechos a los ciudadanos dentro del sistema Republicano de Gobierno, donde la ingerencia estatal se efectiviza dentro de tres niveles o roles: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Traigo esto a colación, en función de que fue determinante el legislador al disponer la persistencia en el incumplimiento, a efecto de otorgar la potestad al Juez de revocar la condicionalidad, lo que conlleva, consecuentemente al alojamiento en la unidad carcelaria.-

A riesgo de ser reiterativo, debo recordar que el Art. 27 bis expresamente dispone "(S)i el condenado no cumpliere con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia".-

En tal sentido, y como lo adelantara, es el texto legal el que dispone -como facultad jurisdiccional- la revocación de la condicionalidad, pero sólo si se manifiesta la persistencia en el incumplimiento por parte del imputado. Esta circunstancia no se ha presentado en autos, ergo, no puede vislumbrarse como solución posible frente al incumplimiento que se endilga a C. la revocación de la condicionalidad de la pena.-

Además, es sabido que el principio de legalidad opera como límite a las decisiones jurisdiccionales, sustrayéndolas de discrecionalidades o consideraciones meramente subjetivas. Así -más allá de lo previsto en el Art. 27 bis- la C.A.D.H. establece en su Art. 7º inc. 1 que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, enfatizando en su inc. 2 que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, y el 3. que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. El Art. 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias, nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.-

Tampoco puede sostenerse la privación de libertad de C. en el contexto y en la extrema vulnerabilidad de los menores, puesto que tales circunstancias no encuentran aval normativo alguno. Resulta aplicable lo que dijéramos en autos "DE LA CRUZ" (06/12/2016) en cuanto a que la sentencia debe explicitar en forma objetiva los razonamientos que conducen a la decisión; el órgano jurisdiccional no puede decidir en forma dogmática ni sobre la base de convencimientos meramente subjetivos, sino que las conclusiones a que arribe tienen que surgir como derivación razonada de los elementos de hecho y de derecho presentes en el caso. Los motivos que conducen al pronunciamiento deben ser expuestos a través del discurso lógico, analizándose los puntos relevantes de la causa y expresándose los argumentos que llevan a la decisión. Igualmente, esos fundamentos deben ser serios, objetivos, ya que una fundamentación meramente aparente descalifica a la sentencia.-

Todo lo dicho, lleva a concluir que la resolución no resulta una derivación razonada del derecho vigente, habiéndose desplazado la normativa que resultara aplicable al caso, y propuesto una fundamentación normativa aparente. Debe recordarse que "Es condición de validez de sentencias judiciales que ellas sean fundadas y constituyan, en consecuencia, una derivación razonada del Derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa" (FALLOS, 261:209), todo lo cual me lleva a proponer al acuerdo la revocación del fallo cuestionado.-

D- En relación a las costas y atento al resultado al que se arriba, luego del tratamiento de la cuestión, corresponde imponerlas de oficio -Art. 584 y 585 C.P.P.E.R.-.-

ASÍ VOTO.-

A la misma cuestión propuesta, los Sres. Vocales Dres. Marcela DAVITE y José M. CHEMEZ, expresaron que adhieren al voto precedente.

A mérito de lo expuesto, y por Acuerdo de todos sus integrantes, la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná resolvió dictar la siguiente

SENTENCIA:

I- HACER LUGAR al Recurso de Casación interpuesto por el Sr. Defensor Oficial Dr. Nicolás GAZALI el 22 de agosto de 2017 y en consecuencia REVOCAR la Sentencia de fecha 15 de agosto de 2017 dictada por el Juzgado de Garantías y Transición N°2 de Concepción del Uruguay, integrado por la Dra. Evangelina BRUZZO.-

II- DECLARAR las costas de oficio -Art. 584 y 585 C.P.P.E. R.-.-

IV- TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada.-

V-Protocolícese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase la presente causa al organismo de origen.-