

ARRESTO DOMICILIARIO - CORRUPCION DE MENORES -
DERECHOS DEL IMPUTADO - INTERES DEL MENOR - PENA
PRIVATIVA DE LA LIBERTAD - PROCEDIMIENTO PENAL - MENOR
VICTIMA

04/07/2011

La Ley LLC2011 (agosto), 756

Online: AR/JUR/33286/2011

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba

Córdoba, julio 4 de 2011.

1º) ¿Se ha denegado indebidamente la prisión domiciliaria a la interna
G. P. B. D.?

2º) ¿Qué solución corresponde dictar?

A la primera cuestión:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Por auto n° 100, de fecha 28 de abril de 2011, el Sr. Juez de Ejecución Penal de Primera Nominación de esta Ciudad resolvió: "...No hacer lugar a lo solicitado y en consecuencia no incorporar a la interna G. P. B. D., leg. 51.150, al régimen de la prisión domiciliaria, ante la probabilidad de grave incumplimiento de las pautas de conducta que rigen como condición para su concesión y permanencia y por constituir ello un grave riesgo para el interés superior de niño...".

Contra dicha resolución, deduce recurso de casación el Sr. Asesor Letrado Dr. Leandro Quijada invocando el motivo formal previsto en el inc. 2do. del artículo 468 del C.P.P..

El letrado defensor entiende que es errónea la apreciación del juzgador toda vez que habiendo sido nuevamente solicitado el beneficio, resulta ajustado a derecho hacer conocer a quien tiene a su cargo dicha tarea, las razones que llevaran a la nombrada a incumplir

con ciertas condiciones impuesta en su oportunidad, toda vez que resulta necesario contraponer la situación anterior con la actual a efectos de esta nueva y renovada decisión que pretende. Insiste que es el a quo quien para argumentar la decisión hoy cuestionada, recoge los hechos en los cuales apoyó su decisorio revocatorio de la prisión domiciliaria que gozaba mi defendida.

Sostiene que si bien es cierto que el profesional interviniente ha efectuado un diagnóstico de personalidad respecto de su defendida, el Juzgador ha derivado conclusiones respecto al comportamiento de la interna, basándose en citas doctrinales a las que acudiera por su propia mano, dando así al informe especializado efectuado por el licenciado Agüero, un alcance que no surge de la tarea llevada a cabo por el mencionado profesional.

Insiste en que si bien el facultativo menciona características de la personalidad de su defendida que en algún momento le habrían dificultado su adhesión a las pautas impuestas, también es cierto que dicha situación ha variado, siempre en sentido positivo a la posición de mi pupila, consideraciones que han sido soslayadas por el a quo. Entonces, más allá de las particulares características de la personalidad de B. D. lo que si ha dejado claro el profesional actuante es que la situación que se presentara en oportunidad de gozar del beneficio hoy nuevamente requerido, no se presenta de la misma manera, atento haber impactado en su ánimo la situación que ha padecido en relación con sus hijos. Con lo cual, el pronóstico negativo que hace el a quo respecto al comportamiento futuro de B. D. aparece viciado en su fundamentación y por tanto es ilegal, toda vez que evitó para llegar al mismo analizar premisas expuestas en el informe elaborado por el profesional interviniente, que de haberse incluido en el mismo, el resultado hubiese sido totalmente diferente.

Agrega que es necesario reparar en aquellas razones que a lo largo de diversos escritos presentados por B. ha dado como justificativo de su conducta, circunstancias que no han recibido tampoco valoración alguna por parte del Tribunal de Ejecución. Adviértase que la interna

da sobradas razones de su conducta, poniendo en conocimiento del a quo las graves dificultades que padecía en el domicilio que cumplía el arresto a causa de las diversas desavenencias con su suegro.

Concluye diciendo que es a fin de resguardar el interés de su hijo que solicita se permita al mismo convivir con su progenitora, ahora en un domicilio que respeta las necesidades del grupo familiar, distinto al que en otra oportunidad fuera fijado, a cargo de la madre de la interna que ya tiene a su cargo, cuidado y protección de los otros hijos menores de Bernabey.

III. A los efectos de analizar la interesante cuestión traída a conocimiento de la Sala resultan de interés las siguientes constancias de la causa:

a. La interna G. B. D. -junto con S. A. S.- fue condenada por sentencia de fecha 28 de junio de 2010, dictada por la Cámara Sexta en lo Criminal de esta Ciudad como co-autora del delito de promoción a la corrupción de menores reiterada (dos hechos) y promoción a la corrupción de menores agravada reiterada (cinco hechos), imponiéndole la pena de seis años de prisión, bajo la modalidad de prisión domiciliaria.

b. Dicho beneficio le había sido otorgado ya como modalidad de cumplimiento de la prisión preventiva por la Cámara de Acusación (fs. 39 a 49), entre otros argumentos, en el interés superior de un hijo de dos años de la imputada.

c. En la ejecución, por disposición del Juez de Ejecución interviniente, un comisionado policial se constituyó en el domicilio en que debía permanecer la interna, quien con fecha 19 de agosto de 2010 entrevistó a C. A. P. -único morador en ese momento- quien expresó que "G. se va todas las mañanas a la remisería y vuelve a veces a comer, al mediodía o sino a la tarde", que "él queda al cuidado de su nieto Máximo de tres años de edad, hijo de la señora Georgina", corroborando una vecina "que siempre la ve pasar por frente a su casa o en auto" rumbo a la remisería del esposo (fs. 54 y vta.).

d. El Juez dispuso la realización de una evaluación socio-ambiental acerca del niño y su vínculo familiar. De dicha intervención técnica (fs. 62 a 64), surge que B. D. vive con su pareja con quien tuvo el niño M.P. de tres años, en la casa del padre de su conviviente, con escasa higiene, tiene dos hijas de una pareja anterior que no conviven con ellos sino con la abuela materna; que el niño M.P. fue inscripto en la guardería municipal a la que no lo llevaron más; que según los vecinos "M. es un niño de permanecer en la calle sin el control de los adultos"; como asimismo que la interna fue vista "en la fotocopiadora, el kiosco comprando, caminando por la vereda o atravesando la plaza". Según la evaluación, la interna cuestiona los controles, arguye que la Cámara en lo Criminal no tenía similar rigurosidad y sugiere "clarificarle a la condenada las restricciones a las cuales debe someterse para gozar del beneficio de la prisión domiciliaria". Asimismo consigna que el niño "se encuentra en un aparente buen estado de salud y se vincularía con sus progenitores positivamente".

e. La Directora del Jardín Maternal corroboró la información, esclareciendo que la interna llevaba al niño, pero al pretender que informaran "que ella no lo llevaba y retiraba" y recibir una negativa respondió, que "no lo iba a mandar más" y que estaba tramitando una autorización para poder llevarlo y traerlo (fs. 66 a 67).

f. Ponderando los informes y testimonios, como también el conocimiento de las condiciones compromisorias, por A.I. de fecha 29 de setiembre de 2010, el Juez de Ejecución revocó la prisión domiciliaria por incumplimiento grave de las condiciones compromisorias (fs. 76 a 79), resolución que no fue recurrida.

g. En noviembre de 2010, la defensa solicita nuevamente la prisión domiciliaria, bajo el argumento de las dificultades convivenciales con el dueño de la casa (padre de la pareja) y ofreciendo otro domicilio.

h. Según el informe de personal penitenciario (fs. 145), el 1 de febrero de 2011, en oportunidad en que M.P., hijo de la interna jugaba con otro niño, avisó a ambas madres que comenzaban a pelearse, situación que -a diferencia de la otra interna-, B. D. no atendió por

continuar la conversación telefónica, refiriendo que momentos después llevó al chico con una lesión en la nariz.

i. Según el informe del psicólogo del equipo Técnico del Fuego especializado (fs. 156 a 157), de fecha 23 de febrero de 2011, no fue posible realizar la evaluación solicitada cabalmente por el estado de angustia y exaltación de la interna por la separación de su hijo, requiriendo una nueva entrevista, aunque expresando que "no se advierte elementos que tornen inconveniente la convivencia" con el niño, destacando lo negativo de "separaciones y reuniones". Al realizar una nueva entrevista, (fs. 171/172) consignó que se trata de una "personalidad neurótica con predominancia de rasgos histérico y aspectos manipulativos", sin indicadores de patología o trastornos a nivel sexual de los que pueda "inferirse reincidencia en delitos de la índole de aquellos por los que fuera condenada, resultando más razonable que fuera por adhesión afectiva a su pareja por lo cual se pudiera haber visto involucrada en una situación así"; con dificultades debido al carácter egocéntrico para la adhesión plena a la normativa aunque "la separación vivida respecto de sus hijos ha marcada fuertemente su voluntad respecto al cumplimiento de las condiciones de la prisión domiciliaria".

j. El Juez de Ejecución denegó la prisión domiciliaria, basándose en los fundamentos que llevaron a la revocación del beneficio, a los que adicionó más argumentos. Ponderó la conflictiva delictual que originó la condena (niños víctimas de delitos sexuales entre 9 a 14 años mientras habían sido dejados a su cuidado y guarda); los informes psicológicos acerca de su personalidad que guardan correspondencia a su vez con los practicados en el proceso penal de conocimiento los que denotan inestabilidad emocional y dificultades adaptativas; y los descuidos con el niño objetivados en el abandono escolar, dejarlo en la calle o a cargo del abuelo.

IV. 1. En primer término, cabe recordar que esta Sala ha aceptado con amplitud el control casatorio de las decisiones referidas a la ejecución de la pena, sea por vía de los recursos articulados en contra de

resoluciones dictadas en incidentes de ejecución (S. n° 43, 27/12/1991, "Iturre"; S. n° 26, 14/6/1996 "Fornari"; S. 28, 05/06/1997, "Ocaño"; S. 154, 16/12/1998, "Madriaga"; S. n° 11, 05/03/1999, "Moreira"; S. 25, 06/03/2008, "Peralta", entre muchas otras) o bien por recursos deducidos en contra del rechazo de un habeas corpus correctivo en relación al cumplimiento de la pena ("Auce", A. n° 100, 29/4/1998). En el caso, la resolución recurrida fue dictada en un incidente de ejecución (art. 502 del CPP), que expresamente contempla el recurso de casación para controvertirla.

2. Como se ha sostenido reiteradamente la prisión domiciliaria no constituye un cese de la pena impuesta ni su suspensión, sino como claramente surge de su nombre y de su ubicación en la legislación, se trata de una alternativa para situaciones especiales en las que los muros de la cárcel son sustituidos por un encierro en el domicilio fijado bajo el cuidado de otra persona o institución. Resulta en definitiva una atenuada modalidad de ejecución del encierro que implica la pena privativa de libertad (de la Rúa, Jorge, Código Penal Argentino , Parte General, Depalma, Bs.As., 2° ed. p. 143; T.S.J., Sala Penal, "Pompas", S. n° 126, 22/6/2000; "Docampo Sariego", S. n° 17, 02/04/2003).

El instituto es uno de los que recepta el principio de trato humanitario en la ejecución de la pena que tiene en el ámbito de la República expresa consagración normativa (C.N., art. 75 inc. 22; D.A.D.H., XXV; C.A.D.H. -Pacto de San José de Costa Rica-, art. 5, 2; P.I.D.C.P., art. 10; Conv. contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes -A.G., ONU, 10/12/84, Considerandos). La atenuación de los efectos del encierro ha sido fruto de un anhelo que viene modernamente desde la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Sentenciados (Ginebra, 1955) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General ONU, 19 de diciembre de 1966, aprobada por la Rep. Argentina por ley 23.313), principios que fueron plasmados ya en el decreto 412/58 ratificado por la ley 14.467, actualmente contenido expresamente y profundizado por

la ley 24.660 en consonancia con otros documentos internacionales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, Dic. de 1990).

3. Conforme se sostuviera en el precedente "Salguero" (TSJ, Sala Penal, s. n° 344, 22/12/2009), en el marco de las evidentes razones humanitarias que guían el instituto de la prisión domiciliaria, se inscribe la ley 26.472 modificatoria de los arts. 32 y 33 de la ley 24.660, mediante la cual se ampliaron las hipótesis de concesión de prisión domiciliaria, incluyendo a "la madre de un niño menor de cinco años " (art. 32, f).

La reforma legislativa tuvo como criterio rector la finalidad de asegurar el interés superior del niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 1 y 3 de la Ley 26.061), esto es, la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales del niño, entre los cuales cabe mencionar el de preservar a su "...familia como medio natural para el crecimiento y bienestar..." (Cfr. Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos del Niño), destacando lo esencial que resulta para el desarrollo de los niños el contacto con su madre en los primeros años de vida y los perjuicios que sobre ellos produce la separación a tan corta edad; la ausencia de una figura adulta que cumpla las funciones de cuidado y crianza cuando sus madres cumplen encarcelamiento, así como los daños que se derivan de la permanencia de los niños con sus madres, dentro de los ámbitos carcelarios; por ello se manifestaron en el sentido de que la prisión domiciliaria garantiza tanto el cumplimiento de la pena como el interés superior del niño preservando el contacto madre e hijo.

Como se sostuviera en el precedente ya citado, el interés superior del niño no se equipara, necesariamente, con convivencia materno-filial (TSJ de Córdoba, Sala Penal "Peralta", S. n° 25, 06/03/2008), ya que la misma Convención (art. 9. inc.1°) contempla la posibilidad de que los niños sean separados de sus padres cuando la cohabitación con ellos resulte contraria a aquél interés.

Por ello es que la prisión domiciliaria de las madres con hijos menores de cinco años no es "automática", conforme surge del tenor literal de la regla, de sus antecedentes parlamentarios y de la comparación sistemática (vgr. CP, 10), pues requiere de una ponderación razonada del Juez de Ejecución que deberá considerar "la existencia de un vínculo real y efectivo entre la madre y el niño, que éste haya estado y vaya a estar a su cargo y cuidado, como así también que la permanencia de aquél con su madre no represente un riesgo o peligro para él", como asimismo "deberá considerar la conflictiva delictual y la conducta (como el concepto) observado durante el encierro en tanto proporcionan indicadores positivos o negativos en orden a si la interna respetará los límites propios de la prisión domiciliaria".

4. Examinado el caso concreto a la luz de los argumentos del precedente Salguero, la negativa del Juez de Ejecución de otorgar la prisión domiciliaria revocada por grave incumplimiento, debe ser mantenida conforme a las razones que a seguido se exponen.

Si bien, más allá del acierto o error, la Cámara 6^o en lo Criminal impuso la pena bajo la modalidad de prisión domiciliaria sin que obraran en las actuaciones mayores indagaciones acerca del vínculo de B. D. o con uno de sus hijos menor de cinco años, ni del nivel de cumplimiento de las condiciones compromisorias que le habían sido impuestas –cuando bajo la misma modalidad- el Tribunal de Apelaciones revocó la prisión preventiva bajo encierro, tampoco la conflictiva delictual es neutra respecto de la ponderación del interés superior del niño.

En efecto, como lo ponderara también el Juez, la interna fue condenada en 2010 como co-autora de hechos calificados legalmente como promoción a la corrupción de menores reiterada –dos hechos–, y agravada reiterada –cinco hechos– (arts. 125, primero y segundo párrafos, 45 y 55 del C. Penal), en perjuicio de niños que tenían entre nueve y catorce años de edad, ocurridos mientras habían sido dejados a su cuidado o guarda. Dado que esos hechos configuran significativas ofensas en contra de niños víctimas especialmente

vulnerables por la edad, que concurrían a un salón de juegos y se encontraban a su cuidado, cabe a los tribunales ser muy prudentes al momento de considerar estos beneficios que implican colocar a un adulto en posición de protección de un hijo pequeño. Ello así porque si bien el principio de progresividad proporciona una guía hermenéutica que repulsa que puedan estatuirse exclusiones definitivas por la tipología (delitos sexuales en contra de niños), el principio de individualización tiene que computar esas singularidades para permitir el abordaje particularizado cuando se procura ingresar a una etapa basada preponderantemente en la autodisciplina. Si estos hechos fueron cometidos "por adhesión afectiva a su pareja", será una debilidad a considerar en un espacio terapéutico y de reflexión personal de la interna, ya que implicó una labilidad superlativa para plegarse a actos de múltiple victimización sexual en contra de siete niños.

También es acertada la ponderación negativa que realiza el Juez acerca de la personalidad de la interna, en relación a sus dificultades adaptativas para el cumplimiento de las reglas compromisorias. Repárese en que quedó firme y consentida, la revocación de la prisión domiciliaria porque, entre otras razones, la interna no estaba en el domicilio en el que se había comprometido a permanecer, lo cual surgía del informe y testimonios reseñados (v. supra III, c y e). Las dificultades convivenciales con su suegro, tomándolas como reales y sucedidas, debieron en todo caso llevar a la interna a comunicar estos problemas para un domicilio alternativo por las vías legales. Pero esas dificultades adaptativas se reflejan también en el testimonio de la Directora del Jardín Maternal, pues pretendió que informara "que ella no lo llevaba y retiraba" al niño, y ante la negativa, dejó de enviarlo, sin que obre constancia alguna de que procurase la autorización judicial, es decir este no fue el verdadero motivo para el abandono escolar.

Y si bien todo niño quiere y desea estar al cuidado de su madre, también lleva razón el Juez en que durante el período en que gozó de la prisión domiciliaria objetivamente obró con descuidos. El niño dejó de asistir al Jardín Maternal por problemas de la interna, los vecinos lo

veían en la calle o al cuidado del abuelo, pues ella se iba a la remisería con su pareja. Si este "refugio" fue por problemas convivenciales con su suegro, no se comprenden como satisfactorias para el interés superior del niño, las alternativas disvaliosas que tomó: abandono escolar, dejarlo a su cuidado o en la calle.

Tampoco se ha trabajado realísticamente, en relación al domicilio alternativo ofrecido por la interna, esto es el de su madre en donde viven otras dos hijas suyas, cuya guarda por decisión judicial no tiene. En tal sentido, también razona el Juzgador acerca que el domicilio materno en el que se pretende cumplir prisión domiciliaria nuevamente solicitada, no fue elegido originariamente y no se ha brindado ninguna razón, máxime cuando allí se encontraban sus otras dos hijas.

5. En definitiva, no están dadas las condiciones para que la interna obtenga la prisión domiciliaria, siendo ajustada a derecho la negativa.

Voto, pues, negativamente.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

A la segunda cuestión:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Atento al resultado de la votación que precede, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por el defensor de la encartada G. P.

B. D., el Sr. Asesor Letrado Dr. Leandro Quijada. Con costas (arts. 550 y 551, C.P.P.).

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, a través de su Sala Penal;

Resuelve: Rechazar el recurso de casación deducido por el defensor de la encartada G. P. B. D., el Sr. Asesor Letrado Dr. Leandro Quijada. Con costas (arts. 550 y 551, C.P.P.).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y los señores Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe. — Aída Tarditti. — María de las Mercedes Blanc G. de Arabel. — Luis Enrique Rubio.