

CÁMARA DE CASACIÓN - SALA N° 2 - CONCORDIA - 06/02/2020 -

EJECUCIÓN DE PENA - ARRESTO DOMICILIARIO - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/A - INTERVENCIÓN NECESARIA DEL MINISTERIO PUPILAR -

"M., I. D.L. -Ejecución de pena- S/ RECURSO DE CASACION" -Expte. N° 252/19-

Sentencia N° 1

En la Ciudad de Concordia, Provincia de Entre Ríos, a los seis días del mes de febrero del año dos mil veinte, se reunieron los Sres. miembros de la Cámara de Casación Sala II de Concordia, Dres. Dario G. Perroud, Anibal Lafourcade y Silvina Isabel Gallo, a los fines de deliberar y expedirse en la causa caratulada: **"M., I. D. L. -Ejecución de pena- S/ RECURSO DE CASACION"**

Del sorteo de ley oportunamente realizado, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: Dres. **GALLO - PERROUD - LAFOURCADE.**

Estudiados los autos, se plantearon: ¿Qué corresponde resolver respecto del recurso de casación interpuesto contra el resolutorio del Sr. Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad de Gualeguaychú? ¿Que corresponde respecto a las costas del proceso?

La Vocal **Silvina I. Gallo**, dijo:

1- El Defensor Público N° 5 -Interino-, Dr. Martín Clapier, interpone recurso de casación contra la resolución dictada por el Juez de Ejecución de Penas, Dr. Carlos Alfredo Rossi, en fecha 13 de agosto de 2019, mediante la cual dispuso: **"I-RECHAZAR** el pedido de **DETENCIÓN DOMICILIARIA**, solicitado a fs. 91, de estas actuaciones, por la interna **I.D.M.L.**, actualmente alojada en la U.P.N° 9 de esta ciudad de Gualeguaychú, en función de lo dispuesto en los precedentes Considerandos, a los que me remito y con arreglo en lo normado en el Art. 32 y 33 de la ley 24.660..." (confrontar fs. 148/155 vta.)

2- Al fundamentar el recurso a fs. 162/163, el Dr. Clapier, expresa que la resolución agravia los intereses de su pupila la Sra. M., ello en relación directa a sus hijos menores, puesto que han perdido reciente a su padre por fallecimiento, modificándose de tal forma la situación familiar, dejando a su defendida sin posibilidad de reconstruir los vínculos con sus hijos.

Señala, que el juzgador olvida el fin de la ejecución de la pena - resocializar- y que la negativa se funda en la falta de adherencia de parte de M. al tratamiento

psicoterapéutico; lo que entiende el recurrente puede instrumentarse en forma ambulatoria en un nosocomio externo.

Agrega, que el sustento del rechazo reside en cuestiones netamente referidas a la personalidad de la interna, sin atender los intereses superiores de los menores afectados por la medida.

Solicita, la implementación de pulsera magnética y el cumplimiento de lo que resta de pena con el monitoreo correspondiente, a fin de encontrar una medida más humanitaria que proteja a los menores.

Hace reserva del caso federal y solicita se resuelva otorgando el beneficio de detención domiciliaria petitionado por su asistida.

3- En la audiencia llevada a cabo en esta instancia casatoria, interviene el Sr. Defensor Oficial en instancia de Casación, Dr. Alejandro María Giorgio, no compareciendo el Ministerio Público Fiscal pese a estar debidamente notificado, mostrando desinterés en el trámite del presente caso.

En uso de la palabra, el Dr. Giorgio, mantiene el recurso interpuesto, indicando que lo ratifica en su totalidad. Resalta, que el rechazo de la detención domiciliaria se fundamenta exclusivamente en la personalidad de la Sra. M., sin tener en cuenta ni valorar el interés superior del niño. Además, destaca que la falta de representación de los menores, es un error que se repite en las resoluciones del Sr. Juez de Ejecución. Cita causa "A." del STJER.

Señala las características que hacen al recurso por haber sido solo interpuesto por el imputado y que hacen a las facultades y competencia funcional del Tribunal de Casación. Recuerda que el pedido de revisión -doble conforme-, tiene raigambre convencional y solicita que la misma sea integral y completa.

Alega desinterés por parte del Ministerio Fiscal en la causa y hace hincapié en la facultad de oficio que tiene el Tribunal ante irregularidades, de realizar un control de convencionalidad, que incluye el de constitucionalidad.

Hace referencia a la causa O. -Expte. N°126/19- de este Tribunal de Casación Sala II y advierte diferencias que hacen que la misma no sea similar a la presente causa, toda vez que el origen de aquella resolución fue un acuerdo de partes. Cita y lee el comentario del art. 32 (Ejecución de la pena privativa de la libertad, Comentario a la ley N°26.660, De la fuente, J. y Salduna, M., año 2019) y explica que cuando se intenta el beneficio de este tipo de medidas, se debe consultar previamente al Ministerio Pupilar. Expone que en el presente caso el niño no fue escuchado y la normativa que se pretende aplicar es en su protección.

Concluye, peticionando que en aras del deber de convencionalidad "ex officio" que tiene el Tribunal, proceda a nulificar la resolución recurrida; en subsidio interesa

que se revoque la misma por los fundamentos expuestos por el Dr. Clapier.

4- Así, hemos de ingresar al análisis de la cuestión traída a resolver. El objeto del presente recurso es la revisión de la resolución que deniega la detención domiciliaria de la Sra. I. d. L. M..

El planteo principal introducido por el Dr. Giorgio es la nulidad de la resolución emanada del Juez de Ejecución, por no haberse dado intervención al representante de los menores -Ministerio Pupilar-.

Comenzaré por compartir con el Sr. Defensor, que existen diferencias sustanciales entre este caso específico que nos ocupa y el abordado en oportunidad de atender la casación en el precedente "O.", en el que la prisión efectiva de la madre de los menores debía automática por cumplimiento de la condición acordada en el juicio abreviado, en el que la imputada/condenada en su representación y la de sus hijos menores, voluntariamente acordó cumplir la pena en prisión efectiva a partir del día que su hija menor cumpla los cinco años, sin haberse producido o alegado hecho novedoso alguno posterior (confrontar "O., I. J. D.-Ejecución de pena-s/ RECURSO DE CASACION", Expte. N°126/19, Sent.N°48, Sala II Casación).

Tengo presente que la condenada M., solicita el cumplimiento de la pena en arresto domiciliario conforme inc.f) del art.10 -madre de un niño menor de cinco años-, por ello, adquiere relevancia en el análisis -tal como lo señalara el Juez Rossi en su pronunciamiento- abordar como cuestión central el interés superior del niño. Debiendo las partes -en este sistema acusatorio que transitamos- aportar al Juez elementos que permitan valorar ese interés (ej:informes médicos, psicológicos, sociales, escolares, ambientales, testimonio de las personas que estuvieran a cargo del menor, informes de la madre y los vínculos parentales, etc) para evaluar la situación particular del menor y su madre tendiente a preservar el derecho de todo niño al mayor desarrollo posible de una vida plena y armoniosa.

Así las cosas, conviene resaltar que la solicitud de arresto domiciliario de la madre, no resulta una alternativa normativa dispuesta en su provecho sino, que se concede exclusivamente cuando corresponde al interés superior del niño -art. 3 Conv.sobre los Derechos del Niño-. A ese fin resulta ineludible la intervención del Ministerio Pupilar, ello como representante legal de los menores y en resguardo del derecho del niño/a a ser oído; además el Ministerio Pupilar cuenta con equipo interdisciplinario propio, profesionales capacitados para evaluar la situación concreta así como los comportamientos parentales específicos y su impacto en el bienestar y desarrollo del niño/a. -Ley Ministerio Público 10.407 arts.41 inc. b) c) f) j) ñ) y 47-.

Además de ello, el art. 103 del C.P.C. y C., establece que el Ministerio Público debe intervenir respecto de personas menores de edad, como en este caso en el que

todo gira en torno del interés superior del menor. Resultando preciso indicar, que conforme las aristas específicas del caso -esto es menor cuenta con su padre fallecido, la familia que ejercía la guarda de hecho M./F. expresó "*...que de ninguna manera puede sostener los cuidados de los niños M...*" (fs.140), no cuenta con familiares que quieran o puedan asumir su cuidado (fs.141)-; así la intervención del representante del menor deviene principal.

Conforme el cuadro antes descripto, a los efectos de poder evaluar con información adecuada y pertinente el interés superior del niño, deviene necesario e imprescindible escucharlo y el operador idóneo para llevar la voz del menor es el Ministerio Pupilar, siendo el órgano que se encuentra en condiciones y con las herramientas (equipo interdisciplinario) para realizar un abordaje previo y luego de evaluar la situación poder alegar objetivamente y de un modo no condicionado en beneficio y protección integral de su representado -el menor- art.12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En consecuencia, entiendo que en el proceso el niño resulta una parte primordial, toda vez que la alternativa incluida por la normativa -art.10 inc.f) C.P. y 32 inc.f) de la ley de Ejecución- prisión domiciliaria de la madre de un menor de cinco años, aparece como un beneficio dirigido al menor y su desarrollo pleno. Por ello, al no haberse dado intervención y escuchado a quien representa los intereses del menor -siendo esos intereses lo que avalarían o no- la concesión del beneficio a la imputada; el resolutorio deviene nulo.

En ese sentido, se ha pronunciado -entre otras- la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional - Sala de Turno- Causa N° CCC 75423/2017/TO1/5/CNC1 Reg. n° S.T.223/2019, en fecha 22/02/2019, en autos "M., V. S.", sosteniendo: "*Se observa que en la medida en que el tribunal no le corrió vista al asesor de menores, corresponde declarar la nulidad del trámite del incidente de prisión domiciliaria por aplicación del art. 167, inciso 3, Código Procesal Penal de la Nación. Ello por las siguientes razones. En primer lugar, se advierte que uno de los paradigmas de la Convención del Niño es que los niños deben ser tratados como sujetos de derecho y no como objeto, lo que implica darles intervención en la tramitación del caso, y para ello resulta esencial contar con el dictamen de la defensoría de menores, circunstancia, además que expresamente prevé el art. 103 inciso a del Código Civil y Comercial de la Nación y el artículo 43 inciso f de la ley 27.149. En segundo lugar, la razón de ser del arresto domiciliario en el supuesto del que se está hablando no es la situación del procesado, sino, específicamente, la del niño y, si se va a hacer valer el principio del interés superior del niño, conforme a la Observación General n° 14 y al artículo 12 de la Convención del Niño, no puede*

evaluarse la cuestión sin escucharlo. Dado que esto no ha ocurrido, corresponde anular lo decidido y remitir las actuaciones al tribunal de origen para que dicte una nueva resolución conforme a derecho."

Las costas corresponde declararlas de oficio atento a la resolución recaída.

A la misma cuestión los Dres. Dario Perroud y Anibal Lafourcade, manifestaron su adhesión.

En virtud del acuerdo, al que se ha arribado por unanimidad;

SE RESUELVE:

I- HACER LUGAR al recurso y disponer la **NULIDAD** del decisorio obrante a fs. 148/155vta.

II- REMITIR el caso al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad a efectos que efectúe un nuevo pronunciamiento bajo los lineamientos aquí sentados (art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art 103 del Código Civil y Comercial de la Nación y el art. 41 de la ley de MINisterios Públicos 10.407).

III- NOTIFÍQUESE, regístrese, oportunamente remítase al Juzgado de Ejecución, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

SILVINA I GALLO DARIO G. PERROUD

ANÍBAL LAFOURCADE

Ante mi:

Liliana G. Busto
Secretaria