

Reg.: A y S t 246 p 176-183.

En la ciudad de Santa Fe, a los nueve días del mes de octubre del año dos mil doce, se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, doctores Daniel Aníbal Erbeta, Rafael Francisco Gutiérrez, Mario Luis Netri, el señor Juez de Cámara doctor Roberto Reyes y el señor Ministro doctor Eduardo Guillermo Spuler, con la presidencia de la titular doctora María Angélica Gastaldi a fin de dictar sentencia en los autos caratulados "H., L. M. -Inc. Prisión domiciliaria concedido- Apela fiscal (Expte. 2202/10) sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (CONCEDIDO CAMARA)" (Expte. C.S.J. N° 182, año 2011). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto? SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente? TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar? Asimismo, se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, sea doctores Gastaldi, Netri, Erbeta, Spuler, Gutiérrez y Reyes.

A la primera cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi dijo:

1. Llega a conocimiento de esta Corte el caso de L. H., quien condenada a 12 años y 6 meses de prisión efectiva, solicitó -cumplidos más de 4 años- prisión domiciliaria alegando que estaría cursando un embarazo de aproximadamente 13 semanas.

La Jueza de Primera Instancia de Distrito de Ejecución Penal de Sentencia de Rosario, por resolución 839 del 16.12.2010 hizo lugar a la petición disponiendo la prisión domiciliaria, prolongando automáticamente la misma hasta los 5 años del nacido vivo (cfr. arts. 32, incs. e) y f) de la Ley 24660, 3.1 de la C.D.N. y 75 inc. 22 C.N.).

Apelada dicha resolución por el representante del Ministerio Fiscal, la Cámara de Apelaciones en FERIA, por voto mayoritario, revocó la resolución puesta en crisis (fs. 9/13).

Contra la misma la justiciable interpuso recurso de inconstitucionalidad "in pauperis" (f. 3) que fue adecuado técnicamente por la Defensora General de Cámaras de Apelación quien achaca arbitrariedad por fundamentación aparente, prescindencia del texto legal aplicable e interpretación teleológica disvaliosa de las normas, alegando la violación de principios constitucionales y convencionales (fs. 18/44).

Afirma la defensa que la resolución impugnada estigmatiza a H. por la gravedad del delito, dándole un trato desfavorable por su condición de mujer, por cuanto sin perjuicio de reconocer que el hecho endilgado a la misma es uno de los más graves, subyace en los fundamentos del voto mayoritario un sustento discriminatorio en razón de su género para denegar la prisión domiciliaria.

Reprocha también discriminación a H. en cuanto mujer embarazada, infiriéndose de la sentencia impugnada -en base a presunciones infundadas- un marcado maquiavelismo en su asistida, por cual habría la condenada buscado quedar encinta para morigerar la coacción de la pena.

Alega la defensa oficial que también se la discriminó por su condición de "pobre", condicionándose la prisión domiciliaria al status social de la condenada en flagrante violación al principio de igualdad (art. 16 C.N.), al considerar el Tribunal improcedente la prisión domiciliaria en el entendimiento que madre e hijo estarían mejor en prisión que en una vivienda, de una sola habitación, conviviendo con su cuñada e hijos, sin atención médica, ni condiciones dignas y teniendo como único ingreso el de empleada doméstica de su cuñada.

Refiere la recurrente que la Cámara prescindió de las constancias del informe ambiental, en las cuales se describirían que la familia estaría construyendo al lado, una casa nueva de material, y abundando en consideraciones afirmó la defensa que la "pobre cárcel" no es mejor que la "pobreza digna extramuros", concluyendo que convalidar el criterio de la Cámara sería, de facto, entender que la prisión domiciliaria solo podría ser potestad de penados pudientes.

Agrega que en virtud del "ne bis in idem", no hay justificaciones para reestigmatizar a H. quien ha alcanzado conducta y concepto ejemplar, manteniendo buen trato con sus superiores y congéneres en el penal (cfr. Expediente de ejecución, informe de f. 15).

Cuestiona por dogmáticas las argumentaciones de la Cámara tendentes a la protección del niño, con sustento normativo en las leyes nacional 26061 y provincial 12967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Sostiene que la resolución impugnada contiene un "claro sesgo peligrosista" que acoge una interpretación teleológicamente disvaliosa, de situaciones que fueron legalmente contempladas (arts. 32, inc. e y f, de la ley 24660 y 10 inc. e y f, C.P.) en resguardo de principios constitucionales y convencionales (arts. 16, 18, 19, 75 inc. 22 C.N.; 5.3 C.A.D.H.; 2.2 y 37.b C.D.N.) prescindiendo de la voluntad del legislador, como de la doctrina y la jurisprudencia que se asientan sobre los principios rectores del "interés superior del niño", la "personalidad de la pena" y el "trato humanitario" que tienen por finalidad realizar del modo más acabado posible los derechos familiares y principalmente la dignidad del "nasciturus" y luego del niño/a.

2. La Sala II -integrada-, mediante auto 123 del 05.04.2011, declara admisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 50/51).

3. En el examen de admisibilidad que prescribe el artículo 11 de la ley 7055, no encuentro razones para apartarme del juicio sustentado por el Tribunal, no obstante lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 50 y 55/59v.).

Por ello, voto, pues por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

En el examen que contempla el artículo 11 de la ley 7055, corresponde modificar el criterio sustentado por la Cámara, propiciando en esta instancia la inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad por la falta de entidad constitucional de los planteos, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 55/59v.).

Es que los argumentos traídos a consideración de este Cuerpo en el memorial del recurso de inconstitucionalidad, en confrontación con la sentencia atacada y con las constancias de la causa, revelan la mera discrepancia de la compareciente con los fundamentos expuestos por la Alzada al emitir el pronunciamiento.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión el señor Ministro doctor Erbetta expresó idéntico fundamento al vertido por la señora Presidenta doctora Gastaldi y votó en igual sentido.

A la misma cuestión el señor Ministro doctor Spuler expresó idéntico fundamento al expuesto por el señor Ministro doctor Netri y votó en igual sentido.

A la misma cuestión el señor Ministro doctor Gutiérrez y el señor Juez de Cámara doctor Reyes expresaron idénticos fundamentos a los expuestos por la señora Presidenta doctora Gastaldi y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi dijo:

Conforme se ha destacado en reiteradas oportunidades, es deber de este Cuerpo considerar las circunstancias existentes al momento de fallar, aunque las mismas sean sobrevinientes a la interposición del recurso examinado (cfr. A. y S., T. 113, pág. 260; T. 146, pág. 32; T. 150, pág. 377; Fallos:304:984; 308:1489; 313:584; 314:1834; 316:3130; etc.).

En virtud de esta premisa y en tren de analizar los reproches vinculados con la revocatoria de la prisión domiciliaria concedida a L. H., no puede pasar desapercibida que a la fecha constaría el nacimiento del hijo de la condenada, perdiendo actualidad los reproches de la defensa tendentes a cuestionar el decisorio de la Alzada con sustento en pautas discriminatorias en estrecha vinculación al supuesto de "mujer embarazada" del artículo 32, inciso e), de la ley 24660 y del artículo 10, inciso e) del Código Penal para la concesión de la prisión domiciliaria. Por ello, el examen del caso debe circunscribirse al supuesto del inciso f), de ambas normas, por el cual la Magistrada de Ejecución prorrogó automáticamente la concesión de la prisión domiciliaria hasta los cinco (5) años de edad del nacido vivo (f. 28, Expte. N° 2202/10).

En este marco, más allá del mayor o menor acierto o pertinencia de los términos empleados en el voto mayoritario, respecto a circunstancias vinculadas a criterios de prevención general y especial, puntualizando sobre "el impacto social" que tendría la prisión domiciliaria de L. H. y la "afectación a la realización del derecho", también resultan desafortunadas las apreciaciones vinculadas a la situación de pobreza y falta de titularidad de la vivienda, a la que se tachó de ineficiente e inapropiada, en fundamentación de la revocación de la modalidad de ejecución otorgada por la Jueza de primera instancia, mas -cierto es- sin hacerse cargo en el decisorio del impacto que el encarcelamiento tendría sobre el niño.

Sabido es que, las políticas y normas que permiten a las mujeres condenadas a penas privativas de libertad mantener consigo a sus hijos menores en la cárcel, difieren -esencialmente- conforme a las condiciones carcelarias y cultura de cada país, así se fija como edades límite en Chile hasta los dos años, en Bolivia hasta terminar la lactancia, en Venezuela hasta los 3 años, igual que en España, Estonia, Federación Rusa, Suiza e Italia; en Méjico, India y Alemania hasta los seis años dependiendo esta última de la institución.

En nuestro país, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (24660) establece que "la interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años" (art. 195) en función de esta norma muchos niños vivieron y viven en instituciones carcelarias junto a sus madres, en condiciones no propicias para su desarrollo, por ello toda toma de decisión que implique que el infante viva en la cárcel con su madre no puede prescindir de evaluar el impacto que la modalidad de ejecución de la pena tenga sobre esos niños, resguardando su "interés superior", a los efectos de no trascender la pena sobre ellos.

En la actualidad, sancionada la ley 26472 (B.O. 20.01.2009) se incorporó el inciso f) a los artículos 32 de la ley 24660 y al artículo 10 del Código Penal, que establecen que "El juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo".

No puede pasar desapercibido, cuando citamos normativa como la precedente, que el derecho construye y mantiene en una sociedad "estereotipos" de mujeres y varones, evidenciándose roles u/o expectativas de lo femenino y lo masculino. En este extremo, sabido es que el dominio de la esfera privada (y con ella el cuidado de los hijos) estuvo históricamente a cargo de la mujer, posicionándola en un rol, que en la actualidad se encuentra controvertido. Y es en este caso, que resulta crucial y estrechamente vinculado al "interés superior del niño/a", el examen por parte de la Judicatura de los siguientes interrogantes: ¿quién está a cargo de ese niño?, ¿la condenada es la "principal cuidadora" o puede estar el padre u otro miembro de la familia en mejores condiciones para su cuidado?. Dichos interrogantes se alinean con criterios

sustentados en distintas investigaciones presentadas en Naciones Unidas con fundamentos de la Corte Constitucional Sudafricana, que en septiembre de 2007, sostuvo -esencialmente- que el tribunal encargado de dictar sentencia deberá indagar si la persona convicta es la principal cuidadora de los niños, debiendo determinar qué efectos puede tener en los hijos una sentencia con privación de la libertad, tomando en cuenta el interés superior del niño/a, velando -en definitiva- por sus intereses.

En el caso, partiendo de considerar que es la Jueza de Ejecución la que entiendo estaría en mejor condición para sopesar, conforme las particularidades del caso, las distintas alternativas de ejecución de la pena, atendiendo la normativa legal y convencional, sólo podría haberse obstado a la prisión domiciliaria de la condenada acreditando que aquella no estaba en condiciones de tener a su cargo el niño o como claramente lo sostuviera -en voto disidente- la señora Camarista doctora Carina Lurati cuando "para el menor sea perjudicial estar a cargo de su madre" (vide, f. 9v.), con fundados motivos.

Por las razones brindadas, cabe reprochar al decisorio impugnado falta de motivación suficiente con afectación de las garantías de "mínima trascendencia de la pena", "trato humanitario" e "interés superior del niño" (arts. 5.3 y 5.2 de la C.A.D.H.; 3.1, 9, 18.1 y 37 C.D.N.; 18, 19, 75.22 C.N.; 1 y 3 Ley 26061; Arts. 3 y 4 Ley 12967). Recuérdese que el "interés superior del niño" se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, como el pleno ejercicio de sus derechos, debiendo ser considerado como criterio rector para la elaboración y aplicación de las normas en todos los órdenes relativos a la vida del niño (ver en tal sentido O.C. N° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Es consecuencia ineludible de lo expuesto, que el decisorio atacado debe ser dejado sin efecto, remitiéndose los autos al tribunal subrogante a fin de que la causa sea nuevamente juzgada, en el marco de las circunstancias sobrevinientes, dando intervención -en resguardo del interés del menor- al representante del Ministerio Pupilar.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar la primera cuestión, corresponde que me expida sobre la procedencia del recurso.

En esa tarea, encuentro que los planteos centrales de la recurrente se vinculan con la presunta discriminación que advierte en la resolución en contra de L. M. H. por su condición de mujer y de mujer embarazada así como por su situación de pobreza. También critica la decisión por la prescindencia de la doctrina y jurisprudencia que sustenta la interpretación propiciada. A su vez, postula que la solución de la Cámara soslayó el interés superior del niño y la prevención especial como finalidad de la pena.

Empero, esas quejas carecen del matiz constitucional exigido por la ley 7055.

Ante todo, debe repararse que la Cámara evaluó que el instituto en cuestión, consagrado en los artículos 10 del Código Penal y 32 de la ley 24660, constituye una facultad de los jueces de la causa, por lo que no correspondía el otorgamiento automático de la prisión domiciliaria ante la mera verificación de la situación contemplada en la norma.

Sobre tal inteligencia, se pueden recordar los antecedentes legislativos de la disposición. Así, adviértase que el diputado Pinedo expresó que "estaba preocupado porque considero que no es suficientemente claro el texto del dictamen en cuanto a que el hecho de conceder la detención domiciliaria en todos estos casos es una facultad del juez pero no una obligación" ("Antecedentes parlamentarios" -septiembre 2009-, Edit. La Ley, N° 8, pág. 41). Esa duda se vio aclarada por la diputada Romero al aludir a que "El término 'podrá' o deberá fue motivo de debate en la comisión, pero advierto que en el seno del plenario se reedita esa duda que puede generar una cuestión interpretativa. En realidad, la comisión resolvió poner podrá porque seguimos pensando que es una facultad de los jueces y no una 'obligación'" (Op. Cit. pág. 44).

Mientras que en la Cámara Alta, el senador Marín puso de resalto que el proyecto de ley no utilizó el término "deberá" al juez "sino que establece que en cada caso concreto podrá cumplir con esta petición" (Op. Cit. pág. 63).

Lo dicho entonces por la Cámara -corroborado por los antecedentes expuestos- impide considerar -tal como lo pretende la impugnante- que el Tribunal se haya apartado de los antecedentes legislativos de la norma.

Ahora bien, sobre esa base fundamental, la Alzada sostuvo que "el sistema penitenciario establece que ese tratamiento debe ser programado, e individualizado conforme las características personales de la condenada autora del gravísimo hecho, en un proceso de progresividad, con fases a cumplir, cada una de ellas con tiempos mínimos, con laborterapia como una fase (...) del tratamiento y que conforme las pautas internacionales, resulta de una fundamental implicancia y positiva incidencia en la formación (art. 106, ley 24660), basado en criterios pedagógicos y psicotécnicos específicos" (f. 61, Expte. N° 2202/10).

Consideró también los informes agregados los que dan cuenta que H. fue sancionada por infracción a las normas penitenciarias, aspectos que hicieron llevar al Tribunal a señalar que sería inconveniente el otorgamiento de prisión domiciliaria (fs. 62v./63, Expte. 2202/10).

Mientras que sobre las condiciones en que iba a estar H. en caso en que se hiciera lugar a su petición, la Cámara expresó que: "... el domicilio que se ha indicado para su detención por prisión domiciliaria, es la de una cuñada, (...) que vive sola con tres hijos menores de edad, siendo el único ingreso el de la citada cuñada, R. V.", siendo que ésta iba a estar ausente por lo menos largo tiempo del domicilio y que, de esta manera, se incorporarían H. y el niño nacido, totalizando seis personas en una vivienda de "una sola" habitación, y cocina comedor, vivienda que por otra parte es de chapa y madera.

En esa línea, la Alzada evaluó que la prisión domiciliaria de H. "afectará los derechos de la criatura a nacer, en toda su extensión, ante la falta de garantías sobre ellos, los que podrán, ser afrontados por el Estado a través del Servicio Penitenciario, estando junto a su madre, bajo la normativa que el legislador ha tenido en cuenta al establecer las pautas pertinentes (...)" (cfr. fs. 62 y v., Expte. N° 2202/2010). Al respecto, la Alzada abundó que los artículos 190 a 196 de la ley 24660 contemplan específicas disposiciones para las condenadas a pena de prisión que se encuentren embarazadas o que tengan hijo menor de edad (f. 62v., Expte. N° 2202/2010).

Es decir, la exposición reseñada impide tener por configurado el reproche constitucional denunciado de que la Sala sólo tuvo en miras la finalidad retributiva de la pena en franca contradicción del artículo 18 de la Constitución nacional o que la Cámara haya soslayado "el interés superior del niño" o que se haya brindado un criterio discriminatorio; en rigor, se consideraron diversos aspectos vinculados al ejercicio de la facultad conferida por el artículo 32 de la ley 24660.

En definitiva, más allá de que pueda compartirse o no el razonamiento de los Sentenciantes, no se alcanza a vislumbrar que en su labor se hayan desbordado las pautas hermenéuticas de las normas de derecho común aplicables, sin que se logre avizorar una hipótesis de arbitrariedad o de lesión de derechos constitucionales.

Lo expuesto, baste, para desestimar los planteos de la recurrente en tanto carecen de idoneidad suficiente para tener por configurada una cuestión constitucional en los términos del artículo 1 de la ley 7055.

Más allá de la conclusión arribada, cabe poner de resalto que lo decidido de ningún modo obsta que ante la modificación de las circunstancias fácticas tenidas en cuenta por los Juzgadores al momento de resolver la petición efectuada -sean respecto de la condenada, sea respecto del menor involucrado- la misma petición de prisión domiciliaria sea reexaminada, a la luz de esas nuevas circunstancias particulares de la causa.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Erbeta expresó idénticos fundamentos a los vertidos por la señora Presidenta doctora Gastaldi y votó en igual sentido.

A la misma cuestión el señor Ministro doctor Spuler expresó idénticos fundamentos a los vertidos por el señor Ministro doctor Netri y votó en igual sentido.

A la misma cuestión el señor Ministro doctor Gutiérrez y el señor Juez de Cámara doctor Reyes expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por la señora Presidenta doctora Gastaldi y votaron en igual sentido.

A la tercera cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar procedente el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia impugnada. Remitir los autos al tribunal que corresponde a fin de que juzgue nuevamente la causa, dando intervención al representante del Ministerio Pupilar.

Así voto.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Netri, Erbeta, Spuler, Gutiérrez y el señor Juez de Cámara doctor Reyes dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por la señora Presidenta doctora Gastaldi y votaron en igual sentido.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia **RESOLVIÓ**: declarar procedente el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia impugnada. Remitir los autos al tribunal que corresponde a fin de que juzgue nuevamente la causa, dando intervención al representante del Ministerio Pupilar.

Regístrese y hágase saber.

Con lo que concluyó el acto, firmando la señora Presidenta, los señores Ministros y el señor Juez de Cámara por ante mí, doy fe.

Fdo.: GASTALDI-ERBETTA-GUTIÉRREZ-NETRI-REYES-SPULER- Fernández Riestra
(Secretaria)