

Cámara Federal de Casación Penal

Registro n° 1184/13

Causa N° 17.156 -Sala III- C.F.C.P - “Fernández, Ana María s/ recurso de casación”

//la Ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de julio del año dos mil trece, se reúnen los miembros de la Sala de III de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Mariano H. Borinsky, Raúl R. Madueño y Gustavo M. Hornos, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por el Prosecretario de Cámara Walter Daniel Magnone, con el objeto de dictar sentencia en la **causa n° 17.156 caratulada “Fernández, Ana María s/recurso de casación”**. Intervienen el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé, el doctor Oscar Luis Vignale como defensor particular de Ana María Fernández y como defensor Ad-Hoc a cargo de la Unidad Funcional de Menores de 16 años, el doctor Gustavo Oreste Gallo. Efectuado el sorteo para que los señores Jueces emitan su voto, resultó que debe observarse el orden siguiente: Gustavo M. Hornos, Mariano H. Borinsky y Raúl Madueño.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Las presentes actuaciones llegan a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 170/98 por la defensa de Ana María Fernández, contra la resolución de fecha 21 de diciembre de 2012, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 de esta ciudad, que no hizo lugar al arresto domiciliario solicitado por esa parte (fs. 162/4).

El Tribunal de grado concedió el remedio impetrado (fs. 200), al que, ya en esta instancia, adhirió el doctor Gustavo Oreste Gallo, Defensor Ad-Hoc de la Defensoría General de la Nación, a cargo de la Unidad Funcional de Menores de 16 años (fs. 214).

Superada la etapa prevista en el artículo 465 bis, en función de los arts. 454 y 455 del código de forma (texto según ley 26.374), el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

En esa oportunidad, la Sala de FERIA integrada por los doctores Liliana E. Catucci, Eduardo R. Riggi y Ángela E. Ledesma, mediante el voto conjunto y mayoritario de los dos primeros magistrados mencionados, resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Ana María Fernández, con costas (fs. 236/42).

Dicha decisión motivó la interposición de sendos recursos extraordinarios por parte de la asistencia técnica de Fernández y del doctor Sebastián Luciano Velo, en representación del menor B.F.A. (fs. 255/76 y 277/97 respectivamente), cuya denegatoria -ya por la Sala III- originó la presentación de las quejas ante el Alto Tribunal (fs. 412/7 y 508/13).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el pasado 18 de junio, hizo lugar a las quejas deducidas, declaró procedentes los recursos extraordinarios y dejó sin

efecto la sentencia apelada, con los alcances señalados en su pronunciamiento (fs. 523/6).

Radicadas nuevamente las actuaciones ante esta Cámara, habiéndose resuelto la excusación formulada por los doctores Liliana E. Catucci y Eduardo R. Riggi, no siendo necesaria otra sustanciación y teniendo en cuenta la urgencia en la tramitación de la presente incidencia puesta de manifiesto por la defensa, corresponde tomar nuevamente conocimiento del recurso de casación interpuesto por la defensa, que cuenta con la adhesión de la Unidad Funcional de Menores de 16 años, y resolver la cuestión.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. Que al resolver en el caso de autos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la sentencia dictada por los jueces que integraron la Sala de Feria de esta Cámara, *“incurrir en el defecto de no ofrecer una respuesta satisfactoria al reclamo, pues el rechazo de las pretensiones de los recurrentes aparece motivado en fundamentos aparentes”*.

En tal sentido, sostuvo la Corte que *“al haber sido ignorados fundamentos conducentes íntimamente vinculados con la resolución del caso que guardan nexo directo e inmediato con las garantías de defensa en juicio y debido proceso, la sentencia carece de sustento suficiente y, por lo tanto, resulta descalificable como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad”*. Por ello, concluyó que correspondía hacer lugar a las quejas interpuestas, declarar procedentes los recursos extraordinarios y se dejar sin efecto la sentencia apelada *“con los alcances aquí señalados”* (cfr. consid. 5º y 6º).

II. Corresponde comenzar por recordar que la norma cuya aplicación se discute, el artículo 32 de la ley n°24.660, establece que *“... 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...”*.

El inciso citado encuentra sustento en diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, tales como el art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el art. 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el inc. 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 10 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los arts. 9, 18, 19 y 24 inc. d) de la Convención de los Derechos del Niño.

La letra de la ley es clara en lo siguiente: no establece que por el sólo hecho de comprobarse alguno de los extremos previstos en el artículo deba cesar el encierro en un establecimiento penitenciario y concederse el arresto domiciliario, sino que lo sujeta a la apreciación judicial.

Sin embargo, no es una facultad librada a la discrecionalidad del juez, sino que, como toda decisión que conceda, deniegue, o revoque un derecho, esta forma de cumplimiento de la pena de prisión debe estar fundada en la consideración de las circunstancias particulares de cada caso.

Es así que el pronunciamiento jurisdiccional deberá ser sustentado en la finalidad de protección que fundamenta la norma, ponderándose en todo momento las características subjetivas y objetivas del caso, en pos del principio rector significado por el interés superior de la niña. Este último aspecto representa, entonces, una pauta de interpretación que no puede ser ignorada.

En efecto, la necesidad de proporcionar a los niños una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959; y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos de los organismos especializados. En la Declaración de los Derechos del Niño se indica que *"el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*.

De este modo, tal y como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos *"... en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia..."* (Corte IDH, OC-17-02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/8/2002).

En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

Bajo estos lineamientos, el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana.

En tal sentido, ya he tenido oportunidad de señalar -con anterioridad al dictado de la ley n°26472- que *"resulta claro que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños y, consecuentemente, que los niños tienen el derecho a crecer junto a sus padres"* (cfr. Sala IV, "ABREGÚ, Adriana Teresa s/recurso de casación" y "VIZCARRA, Mabel Gerónima s/recurso de casación"; causa n°6667, rta. el 29/08/06, reg. n°7749 y causa n° 6693, rta. El 21/09/06, reg. n°7858, respectivamente).

Tal como dije antes, la ley no establece que por el solo hecho de comprobarse alguno de los extremos previstos en el artículo deba la ejecución de la pena automáticamente cumplirse bajo la forma domiciliaria, sino que lo sujeta a la

apreciación judicial. Sin embargo, no es una facultad librada a la discrecionalidad del juez, sino que toda decisión concediendo o denegando esta forma de ejecución debe estar fundada en la finalidades de ejecución de la pena, y de protección que subyacen a las disposiciones legales citadas, y en las consideración de las circunstancias particulares de cada caso.

Por ello, en estos casos, el análisis del interés superior del niño en los términos del artículo 3.1 del C.D.N., debe ser integrado de forma adecuada con elementos que permitan a los magistrados valorar el interés del menor, como cuestión nuclear y emergente dentro del cúmulo de problemas que se suscitan cuando un integrante del seno familiar se encuentra privado de su libertad.

III. Partiendo de dichas premisas, cabe tener presente que en el caso de autos, se trata de un niño que actualmente tiene un año y un mes de edad, que al momento de iniciarse este incidente se encontraba en período de lactancia, y que Fernández es la madre biológica que lo amantaba. Destaco esta circunstancia porque considero que cabe tener especialmente en cuenta esa vital relación, más allá de la posible contención familiar que pudiera tener el niño por fuera de ella.

Asimismo, resulta de relevancia la opinión de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años, quien, en representación del menor cuyo interés ha sido invocado como sustento de la solicitud de prisión domiciliaria, desde un principio acompañó la pretensión de la defensa –incluso ha adherido al recurso que se examina, e interpuso recursos extraordinario y de queja ante la Corte-, y presentó al expediente el informe elaborado por la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia, en el que la trabajadora social concluye que *“desde el punto de vista psicológico cualquier interrupción del vínculo entre madre e hijo, el que se desarrolla en la actualidad en forma adecuada, podría ser perjudicial para el desarrollo psicofísico del niño”*, y que *“se considera conveniente el cumplimiento de su condena en el ámbito domiciliario”* (cfr. fs. 211/213).

Cabe considerar, también, que los problemas de salud sufridos por el bebé aconsejan alejarlo de los riesgos que para ella acarrea vivir en una prisión, máxime teniendo en cuenta las condiciones de alojamiento que constan en los informes agregados al expediente.

Por todo lo expuesto, concluyo que la prisión domiciliaria permitiría a Ana María Fernández convivir con su hijo menor en un ámbito más propicio para el desarrollo de éste, de conformidad con la finalidad que subyace en el art. 32, inc. f) de la ley 24.372, de atenuar las circunstancias de detención de las madres de hijos menores de cinco años en resguardo de la salud psíquica de éstos, privilegiando el interés de la necesidad del desarrollo de los hijos menores en un grupo familiar. Máxime teniendo en cuenta que la nombrada ha sido condenada a una pena de corta duración –tres años y seis meses de prisión-, de la cual lleva cumplidos aproximadamente siete meses, en tanto fue detenida el 21 de diciembre de 2012, y la defensa ha alegado que se mantuvo a derecho durante toda la sustanciación del proceso mientras estuvo en libertad –extremo que no ha sido controvertido en autos-.

En definitiva, haciendo un balance de los intereses y valores en juego, propongo la perspectiva que resulte más valiosa para el interés superior del niño y, de conformidad con lo dictaminado por el señora Procuradora General de la Nación en su dictamen ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Fiscal -que consideró que correspondía conceder la prisión domiciliaria a Ana María Fernández (cfr. fs. 517/522)-, considero que corresponde otorgar el beneficio solicitado.

IV. En virtud de lo expuesto, propongo al acuerdo: hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de Ana María Fernández y, en consecuencia, revocar la resolución que luce a fs. 162/164 vta., hacer lugar a la solicitud de prisión domiciliaria efectuada en favor de la nombrada (art. 32, inc. f, de la ley 26.472 y 10 del C.P.), y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que disponga los medios y pautas necesarios para que la misma se haga efectiva (arts. 456, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

El señor juez, doctor Mariano H. Borinsky, dijo:

Que en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 18 de junio próximo pasado que motiva la presente intervención de esta Cámara, se destacó la trascendencia de que en la anterior sentencia de esta Sala III -dejada sin efecto por la C.S.J.N.- se haya omitido analizar si el cambio pretendido en la situación de detención de Fernández podía llegar a frustrar la conclusión del debido trámite del proceso al que se ve sometida la imputada y, sobre dicha base, eventualmente fundar la denegatoria del arresto domiciliario solicitado, teniendo en cuenta que el cambio pretendido se ofrece a todas luces como más beneficioso para la vida diaria y desarrollo de su hijo menor.

En atención a las pautas evaluativas indicadas por la C.S.J.N. a este Tribunal para el examen de la pretensión de la defensa de Fernández, y de conformidad con lo propiciado por la Procuradora General de la Nación en su dictamen de fecha 29 de mayo del corriente, no encuentro que en el particular caso de autos, la concesión del arresto domiciliario a la nombrada comporte un riesgo para la conclusión del debido trámite del proceso.

En dichas circunstancias, coincido con la solución propuesta al Acuerdo por el colega preopinante.

El doctor Raúl Madueño dijo:

Por compartir en sustancia los votos que anteceden y con remisión *mutatis mutandi* en cuanto sostuviera *in re* “Mercado, María Elena”, causa n° 8504, registro n° 11.214 del 30/10/07 y “Garro, Marcela Viviana”, causa n° 11.744, registro n° 14.419 del 25/08/09 -ambas de la Sala I- y “R. M. N. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, causa n° 5212, registro n° 6905 del 13/09/04 de la Sala II, me expido en idéntico sentido.

En virtud del resultado habido en el acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación deducido por la defensa de Ana María Fernández y, en consecuencia, revocar la resolución que luce a fs. 162/164 vta.,

HACER LUGAR a la solicitud de prisión domiciliaria efectuada en favor de la nombrada (art. 32, inc. f, de la ley 26.472 y 10 del C.P.), y

REMITIR las actuaciones al tribunal de origen a fin de que disponga los medios y pautas necesarios para que la misma se haga efectiva (arts. 456, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada de la CSJN nº 15/13) y remítase la causa al tribunal de origen a sus efectos, quien deberá practicar las notificaciones que correspondan, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo: Dres. Mariano H. Borinsky. Gustavo M. Hornos. Raúl R. Madueño. Jueces.

Ante mí: Walter Daniel Magnone. Prosecretario de Cámara.