



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

REGISTRO N° 1554/16.1

//la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 25 días del mes de agosto de 2016, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la doctora Ana María Figueroa como Presidenta y los doctores Mariano H. Borinsky y Gustavo M. Hornos como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en esta causa [REDACTED]

[REDACTED] caratulada: [REDACTED]
[REDACTED], de cuyas constancias **RESULTA:**

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3 de esta ciudad, con fecha 27 de mayo de 2016, resolvió: "NO HACER LUGAR al arresto domiciliario de [REDACTED] [REDACTED]" (cfr. fs. 66/70).

Que contra dicha resolución el Defensor Público Coadyuvante de [REDACTED] y la Fiscal General, Gabriela B. Baigún, interpusieron recursos de casación a fs. 73/77 vta. y 81/92 respectivamente, los que fueron concedidos a fs. 93.

2º) a. El Defensor Público Coadyuvante invocó los motivos previstos en los incs. 1º y 2º del art. 456 del CPPN, por errónea interpretación de los arts. 10 del CP, 32 y 33 de la ley 24.660 e inobservancia de los arts. 5, 69, 123, 404 inc. 2º y 495 del código de rito.

Señaló que "...no puedo pasar por alto que la petición de esta defensa de que se le concediese el arresto domiciliario a [REDACTED] contó con el consentimiento de la Fiscal. Pese a ello el Tribunal resolvió rechazar el



pedido".

Indicó que "...el apartamiento de lo dictaminado por la doctora Baigún por parte del <tribunal, sin que su dictamen sea tachado de nulidad, no hace más que evidenciar el yerro en la resolución, en la cual no se recogió de manera alguna la voluntad de la vindicta pública".

Expresó que el tribunal resolvió apartándose de su rol imparcial, en franca violación al art. 18 de la CN, vulnerando la independencia del Ministerio Público Fiscal.

Agregó que "...existió por parte del Tribunal una arbitraria valoración de los informes socio ambientales glosados en esta incidencia, que lo llevaron a fallar en contra de las pretensiones de esta defensa...".

Manifestó que "...es necesario detenerse en la situación de salud que presenta el menor [REDACTED]. Conforme se desprende del informe socio ambiental glosado a fs. 50/9 padece un trastorno del espectro autista -TEA-, el cual le fue diagnosticado a temprana edad, enfermedad que requiere un seguimiento médico exhaustivo, y que a su vez involucra a galenos de distintas especialidades".

Continuó diciendo que "...el menor también presenta antecedentes de crisis epilépticas desde hace cuatro años, para lo cual se lo medica con una droga llamada levetiracetam. Asimismo, asiste ocho horas semanales a una institución sita en el barrio de Belgrano,





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

lugar donde lleva a cabo sesiones de psicología, fonoaudiología, terapia ocupacional, psicopedagogía y tratamiento cognitivo conductual".

Manifestó que el Tribunal se apartó de las conclusiones arrojadas por el informe social, en donde se concluía que la madre del causante presenta una edad avanzada e inconvenientes de salud, que hasta el momento habría logrado mantener la rutina del menor y que la relación con la madre del niño no siempre había sido amena, habiendo logrado cierto equilibrio con la misma en la actualidad.

Señaló que del informe arrojado por la Licenciada García mencionaba que el padre del niño aparece como un referente fundamental para el niño desde su nacimiento, siendo el vínculo más cercano y estable que habría sostenido a lo largo de su ciclo vital, sosteniendo en la actualidad contacto telefónico permanente con su progenitor.

Manifestó que del informe antes mencionado, se volcaron los dichos de la madre del encausado según el cual tanto su hijo como el niño habrían sufrido la separación al momento de la detención, ya que previamente sostenían convivencia y una relación de apego mutuo.

Agregó que los dichos de la madre de su asistido fueron corroborados por la madre del menor, donde surgía que el niño era muy cercano a su padre y que se encontraría atravesando momento de tristeza manifiesta desde el momento



en el que el mismo fue detenido.

Señaló que el Tribunal al momento de resolver no dio los argumentos necesarios que pudieran coincidir con los hechos narrados tanto por la madre así como también por la ex pareja de [REDACTED] los cuales dan cuenta de la extrema necesidad de [REDACTED] de reanudar la convivencia con su padre.

Sostuvo que teniendo en cuenta que la tenencia del menor se reparte entre la madre de su asistido, [REDACTED] [REDACTED], una señora de 83 años, quien padece insuficiencia respiratoria, distintas alergias, problemas cardíacos y de hipertensión.

Agregó que la otra persona que está a cargo del menor es su madre, [REDACTED] quien refirió tener como antecedentes de salud problemas psiquiátricos, por lo que no puede descartarse que el menor no termine viviendo en forma permanente con su padre, para el caso que se le conceda el arresto domiciliario.

Por último, manifestó que *"...ante un pedido de la señora [REDACTED] de mantener una audiencia -con posterioridad al rechazo del arresto domiciliario- con los jueces del Tribunal con el fin de poner en conocimiento la situación que padece el menor por la falta de contacto con su padre, el mismo fue denegado por entender que ella no es parte en este proceso"*.

Finalmente, solicitó se haga lugar al recurso de casación interpuesto, se case la resolución recurrida y se





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

conceda a [REDACTED] la prisión domiciliaria.

Hizo expresa reserva del caso federal.

b. Por su parte, la Fiscal General Gabriela B. Baigún, invocó los motivos previstos en los incisos 1º y 2º del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, por errónea interpretación de los arts. 10 del CP y 32 de la ley 24.660.

En primer lugar, señaló que "...es indiscutible que [REDACTED] es un sujeto especialmente vulnerable, por su calidad de menor de edad y por padecer autismo, razón por la cual deben agotarse todos los esfuerzos para minimizar las consecuencias nocivas que sobre él trae aparejada la detención de [REDACTED], quien además de ser el imputado en autos, es su padre y referente, y se hizo cargo de él durante toda su vida...".

Indicó que "...lo que se halla en crisis es la tutela efectiva del interés superior del menor discapacitado [...], por lo que, en el marco de circunstancias tan extraordinarias como las reseñadas, el Tribunal no debía valorar meramente si 'sus necesidades afectivas y materiales se encontraban satisfechas', sino si la concesión de la prisión domiciliaria era la solución que mejor servía a la protección de los derechos de [REDACTED] así como a su desarrollo en plenitud y en un entorno adecuado para sus condiciones particulares, que es justamente el análisis



que hizo esta fiscalía".

Consideró que "...el Tribunal yerra en el alcance que debe asignarle a dicho extremo en el supuesto concreto, pues no le da la importancia que merece al hecho de que se trata de un niño con autismo, al que hay que atender con especial cuidado a fin de maximizar sus potencialidades, y que fue su padre quien ocupó ese rol a lo largo de su existencia".

Manifestó que "...de acuerdo a lo que se desprende de las constancias arrimadas, los requisitos antes señalados se cumplen. Por un lado, la discapacidad que sufre [REDACTED] conlleva una disminución de sus capacidades para socializar, pudiendo hacerlo [...] con un número muy acotado de personas. De tal manera, quitarle la posibilidad de reunirse con el familiar con el que tiene relación más cercana, atentaría sin duda alguna contra su adecuado desarrollo psíquico y emocional, pues se estaría provocando una reducción aún mayor del círculo de personas con el que puede interactuar...".

Indicó que "No se encuentra en tela de juicio que el menor tiene su centro de vida en el hogar familiar que integraba su padre hasta su detención, y en tal sentido, es indiscutible que a ese sitio, con todo lo que significa para [REDACTED], le hace falta la presencia paternal...".

Agregó que "Dado que al momento de la interposición de este recurso el imputado aún tiene el





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

carácter de procesado, y no habiendo peligro de entorpecimiento de la investigación, resta analizar si el riesgo de fuga se encuentra suficientemente reducido como para habilitar la concesión del beneficio. Al respecto, las particulares circunstancias del caso me convencen de que [REDACTED] no se sustraerá del accionar de la justicia, ya que, por sus antecedentes personales, resulta sumamente inverosímil que vaya a alejarse de su hijo, una vez que se lo restituya al hogar familiar".

Continuó diciendo que "Desde el punto de vista del cumplimiento de una pena que aún no se le ha impuesto, pero cuya solicitud se realizó en el marco de un acuerdo de juicio abreviado suscripto por las partes, cabe efectuar, por si acaso, las misma consideraciones".

Argumentó que el Tribunal incurrió en una interpretación errónea de la ley de fondo, apartando al menor [REDACTED] de su padre Pablo Ortega, por lo que entiende que corresponde incorporar al imputado al régimen de detención domiciliaria.

Por otra parte, manifestó que "...corresponde exponer el otro agravio que motiva el presente recurso, consistente en el exceso de jurisdicción que importa la resolución impugnada, puesto que, al no haber conflicto entre las partes, el Tribunal no podía imponer una solución más gravosa que la propuesta por ellas y, especialmente, que la propiciada por el único órgano que constitucionalmente detenta el interés punitivo, esto es,



el Ministerio Público Fiscal”.

Agregó que “...no puede soslayarse que la vigencia del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal es una clara e incontrastable previsión de orden constitucional (arts. 1, 18 y 120 de la CN; art. 8.1 de la CADH; y art. 14.1 del PIDCP), en el marco del cual resulta fundamental el principio de contradicción...”.

Por último, manifestó que “...lo solicitado por el fiscal es el límite que tiene el órgano jurisdiccional para pronunciarse y, consecuentemente, el Tribunal no puede ir más allá de la pretensión requerida por la acusación. Conforme a ello, la postura sustentada por el Tribunal, en cuanto resolvió de manera contraria a la planteada por esta fiscalía y por el defensor, implica una clara violación al principio acusatorio y de contradicción que rige todas las etapas del proceso (arts. 1, 18 y 120 de la CN) y desvirtúa las funciones propias de este Ministerio Público Fiscal, así como los límites que su actuación impone al órgano jurisdiccional (arts. 120 de la CN y 1 de la ley 27.148)”.

Finalmente, hizo expresa reserva del caso federal.

3º) Que en la oportunidad prevista en el art. 465 bis, en función de los artículos 454 y 455 del C.P.P.N. - mod. Ley 26.374-, a fs. 118/118 vta. se presentó el Fiscal General, Raúl Omar Pleé, y acompañó breves notas y mantuvo





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

el recurso interpuesto oportunamente por la señora Fiscal General doctora Gabriela B. Baigún.

Por su parte, el Defensor Público Coadyuvante, doctor Juan Manuel Mendilaharsu, presentó breves notas, amplió los fundamentos del recurso interpuesto y adjuntó un informe actualizado (fs. 119/139).

Asimismo, se presentó la Procuración Penitenciaria de la Nación, en carácter de "Amigo del Tribunal", solicitando se tengan en cuenta los fundamentos de derecho expuestos a fs. 140/151.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Mariano Hernán Borinsky y en segundo y tercer lugar los doctores Ana María Figueroa y Gustavo M. Hornos, respectivamente.

El señor juez doctor Mariano H. Borinsky dijo:

I. Que, previo a ingresar al examen de los agravios traídos a estudio por los impugnantes, cabe recordar que el artículo 10 del C.P. -según ley 26.472 (B.O.: 20/01/2009)- y el art. 32 de la ley 24.660 establecen, en su parte relevante, que podrán a criterio de juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria "a) *El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad*



incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El interno mayor de setenta (70) años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

II. En tal contexto, se advierte que, conforme lo invocan tanto la defensa como la fiscal en sus recursos de casación, en el presente caso no se verificó controversia entre lo solicitado por la asistencia técnica del interno y lo dictaminado por la Representante del Ministerio Público Fiscal.

Al respecto, cabe tener presente que en reiteradas oportunidades he sostenido que la ausencia de contradictorio entre la defensa y el dictamen fundado del Fiscal impide, como en este caso, la convalidación del fallo impugnado (cfr. votos del suscripto, en lo pertinente y aplicable, C.F.C.P., SALA IV: causa n° 15.443, “Villa, Daniel Tomás s/recurso de casación”, reg. n° 2239/12 del 20/11/12; causa n° 85/2013, “Miranda, Adrián Fernando s/recurso de casación, reg. nro. 166/13 del 01/03/13; causa n° CCC 6670/2013/T01/CFC1, “Areco, Emanuel Franco s/recurso de casación”, reg. nro. 1012/14 del 28/05/14; causa n° CFP 11882/2010/T01/7/CFC6, “Flores Romero, Haminton s/ recurso de casación”, reg. 294/15, del 06/03/2015; causa n° 24434/2013/T01/1/CFC1, “Seballos, Agustín Fabián s/ recurso





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

de casación", reg. 382/15, del 17/03/2015), entre otros).

En ese sentido, cabe recordar que "...el principio de contradicción, no atiende a un aspecto concreto del proceso, sino que es un presupuesto de la existencia del mismo: sin contradicción no hay proceso, sino algo distinto y, por lo tanto, este principio es previo a cómo se conforme después el proceso, a lo que corresponde agregar que: ...el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas..." (cfr. CIDH, caso "Castillo Petruzzi y otros", 30/5/1999, parágrafo 161).".

III. Por ello, de conformidad con lo propiciado por el señor Fiscal General de Casación, Dr. Raúl Pleé, propongo al Acuerdo: I. Hacer lugar a los recursos de casación interpuestos por la fiscalía general y por la defensa, sin costas en esta instancia (arts. 470, 471, 530 y 531 del C.P.P.N.); anular la decisión recurrida, y remitir a su procedencia a fin de que se dicte una nueva resolución de conformidad con lo aquí expuesto. II. Tener presente la reserva de caso federal.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

1º) Que habré de disentir con la solución propiciada por el juez que me precede en el presente Acuerdo, por las argumentaciones que a continuación se exponen.

2º) En primer término, he de ingresar en el tratamiento del agravio articulado tanto por la defensa de [REDACTED] como por el Ministerio Público Fiscal, concretamente



en lo que respecta al vicio *in procedendo* en el que habría incurrido el *a quo* al no haber resuelto dentro de los límites establecidos por el dictamen de la representante de la vindicta pública, vulnerando de ese modo el principio acusatorio.

Sobre el punto, adelanto mi voto en el sentido de que he de rechazar el planteo.

Tal como he sostenido en anteriores oportunidades, sobre el modelo procesal constitucional regulado en el art. 102, actual art. 118, de la C.N., "... como surge del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Casal Matías Eugenio" (fallos 328:3399), considerandos 7º y 15º, fue establecido como meta constitucional el juicio por jurados, oral y público, señalando que el avance legislativo fue derivando en el jurisprudencial, sin haberse declarado la inconstitucionalidad de las normas que no regularon específicamente dicho sistema, sino que por una cuestión de oportunidad se deja reservado al legislador la progresividad, que agrego, surge del sistema republicano y que corresponde al Congreso de la Nación legislar en dicha materia. Hasta tanto ello ocurra, el sistema en nuestro país es mixto, por ello no comparto la posición sobre el determinismo fiscal y la reducción de las facultades otorgadas normativamente a los jueces" (causa n°15.680, "Giliberti, Juan Pablo s/recurso de casación", reg. 20.717, rta. el 25/10/2012, de la Sala II de la CFCP, entre otros).





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Específicamente en lo atinente al instituto de la prisión domiciliaria, el art. 32, primera parte, de la ley 24.660 determina que es el juez de ejecución o juez competente quien ostenta la facultad discrecional de disponer el cumplimiento de la pena impuesta bajo la modalidad alternativa antes referida, ello frente a la verificación de las circunstancias de especialidad allí enunciadas (mujer embarazada, padecimiento de una enfermedad incurable en período terminal, entre otras).

En esta inteligencia, la sección tercera de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, en sus artículos 32 a 34 establece los supuestos para la concesión o revocación de la modalidad domiciliaria, lo que se encuentra sujeto a la verificación de los requisitos previstos en la citada normativa y se erige como una facultad discrecional de la judicatura, no habiendo limitado el legislador dicha *juris dictio* al temperamento fiscal.

Así, "[e]l ejercicio de la Magistratura debe tender al control del poder acusador a efectos de que éste no opere discrecional e irracionalmente con relación a la ejecución de la pena, desde que dicha atribución se debe subordinar a la existencia de un control adecuado para preservar la legalidad. Afirman Amadeo-Palazzi que como órgano superior de control de la actividad penitenciaria y garantía de los derechos de los internos, la ley configuró la institución del juez de vigilancia, a quien corresponde



entre otros cometidos, resolver sobre la libertad condicional, las reducciones de penas ordinarias y extraordinarias, aprobar las sanciones de aislamiento, resolver los recursos de los internos, proveer sobre las quejas que los mismos presenten, autorizar los permisos de salida en determinados casos y realizar visitas periódicas a los establecimientos penitenciarios." (Arce Aggeo, Miguel Ángel en AA.VV. -Director Miguel Ángel Almeyra- "Código Procesal Penal de la Nación comentado y anotado.", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, Tomo III, pág. 395).

Dicho esto, considero que no asiste razón a los recurrentes toda vez que el legislador ha facultado expresamente a la judicatura, en lo relativo al examen de procedencia y concesión del instituto de morigeración de la pena en cuestión, ello mediante la verificación de los requisitos legales y en consecuencia, propicio al Acuerdo el rechazo del presente agravio.

3º) Descartado el anterior motivo de agravio, la cuestión sometida a estudio en las presentes actuaciones se circunscribe al examen de la solicitud de aplicación del régimen normado en el art. 32, inc. "f", de la ley 24.660 en favor de [REDACTED], ya que el imputado es padre de [REDACTED], quien tal como se relevará más adelante, resulta ser niño (5 años) y presenta un cuadro clínico de autismo y epilepsia.

Al respecto, adelanto mi voto en el sentido de rechazar el recurso de casación de ambas partes





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

recurrentes, pues considero que el decisorio en crisis no es descalificable como acto jurisdiccional válido, toda vez que constituye una derivación razonada del derecho vigente, y asimismo se sustenta en un examen integral de las particulares circunstancias del caso, las que fueran puestas de resalto por las partes, ello en observancia de los estándares internacionales en la materia.

Dicho esto, la CSJN en la causa 7537 "García Méndez, Emilio y otra" -02/12/2008- sostuvo que los jueces deben dictar *"...las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia..."*, en consonancia con la OC 17 de la Corte IDH donde analiza la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño, sentando el principio que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho pleno, merecedores de la aplicación de las normas convencionales y acreedores de protecciones especiales por su posición de desventaja, vulnerabilidad y por tener necesidades específicas en razón de la edad.

Corresponde el análisis constitucional y convencional en la presente causa sometida a jurisdicción, afirmando que las niñas, niños y adolescentes tienen todos los derechos convencionales y constitucionales existentes en nuestro sistema jurídico correspondiente a cualquier



sujeto de derecho y que además disponen de un plus por su situación de vulnerabilidad en razón de la edad por lo que deben ser sometidos a jurisdicción y trato especial, siempre se debe respetar el debido proceso y el derecho a ser oído, tomándose en cuenta su opinión en el momento de tomar decisiones ya sean de índole judicial o administrativa, cuando les afecten a sus derechos y que siempre se deberá resolver a favor del superior interés del niño.

El art. 12 de la Convención del Niño establece que *"se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"*.

Con la misma doctrina y construcción teórica, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17 -OC 17- del 28/08/2002 al someter la Comisión IDH a su interpretación los artículos 8 y 25, para establecer si las medidas especiales del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-, constituyen límites al arbitrio del Estado, en relación a los niños y su solicitud de determinación de criterios generales, ha resuelto sobre la definición de niño, en su considerando 38 en los siguientes términos *"El artículo 19 de la Convención Americana, que ordena adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños, no define*





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

este concepto. El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que "niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

La Corte IDH entiende por "niño" a toda persona que no ha cumplido los 18 años de edad.

Resolvió que las garantías de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana deben aplicarse a la luz de la especialidad que la misma ha reconocido a los niños, en el sentido de "proteger reforzadamente los derechos de niños", tal como sucede con otras situaciones especiales como son las consagradas en sus artículos 5.5 y 27 de la Convención, utilizando criterios amplios de interpretación. La aplicación de dichos artículos debe considerar los principios de interés superior de los niños, protección integral, justicia especializada, presunción de minoridad, principio de lesividad, confidencialidad y privacidad, formación integral y reinserción en la familia y la sociedad, así como la precisión acerca de la manera y condiciones en que los niños pueden acceder a esos recursos judiciales, tomando en cuenta que su capacidad de actuar no es plena, "sino que está vinculada al ejercicio de la autoridad parental, y determinada por su grado de madurez emocional y capacidad de discernimiento".

El artículo 19 de la Convención Americana obliga a los Estados a desarrollar la normativa para garantizar



las medidas de protección que los niños requieran en su condición de tales, de manera que cualquier desarrollo normativo que los Estados elaboren en torno a las medidas de protección de los niños, deben reconocer que los mismos son sujetos de derechos plenos, que deben realizarse dentro del concepto de protección integral. Estas medidas positivas *"no consagran una potestad discrecional del Estado"* con respecto a esta población.

Los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención han sido contemplados y desarrollados en el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo relevantes para la solicitud de opinión los artículos 3, 9, 12.2, 16, 19, 20, 25 y 37 del mismo instrumento internacional.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por casi todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, el gran número de ratificaciones pone de manifiesto un amplio consenso internacional *"opinio iuris comunis"* favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia.

El principio regulador de la normativa de los derechos 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, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

del Niño.

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. El mismo principio se reitera en los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40, para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

En el considerando 61 de la OC 17 afirma que "...es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño". En el 64: "la puntual observancia de obligaciones establecidas en el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención". En el 95: "Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los



derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño".

Asimismo, debe recordarse que la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (Ley 26.378 sancionada 21/5/08 y promulgada el 6/6/08) ha reconocido en su Preámbulo que "...las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación..." (punto q) y que "...los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño" (punto r).

El citado cuerpo normativo, en su Artículo 7º "Niños y niñas con discapacidad" dispone que "1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño. 3. Los Estados Partes





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión, que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho".

4º) Que analizadas las constancias e informes glosados al incidente de prisión domiciliaria traído a conocimiento de esta Alzada y examinada la resolución puesta en crisis, tal como adelantara en párrafos anteriores, considero que la decisión adoptada por el tribunal es susceptible de ser reputada como acto jurisdiccional válido en tanto no se han soslayado elementos pertinentes para un integral análisis del contexto en el que se encuentra el niño [REDACTED], en tanto ese análisis ha sido efectuado en resguardo del interés superior del niño como guía de interpretación para casos como el aquí planteado (arts. 75 inc. 22 C.N.; art. 18 de la Convención de los Derechos del Niño; art. 25 inciso 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 7 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

En efecto, de la lectura de la resolución recurrida no se advierte que se haya efectuado una interpretación arbitraria de la prueba o una omisión de los



informes producidos, como así tampoco el incumplimiento de los preceptos constitucionales referidos a la violación del principio de igualdad por la condición de varón del peticionante, en tanto de las constancias de autos no surge que esa haya sido la argumentación para la denegación del arresto domiciliario, sino exclusivamente porque el "interés superior del niño" se encuentra salvaguardado (art. 75, inciso 22, C.N.).

Por el contrario, el tribunal *a quo* efectuando un análisis pormenorizado de la situación que se presenta en autos, ha rechazado fundamente la petición del imputado, haciendo especial hincapié en que el menor no se encuentra en estado de desprotección.

Asimismo, del estudio de la resolución recurrida surge que el *a quo* ha desplegado un detallado y específico tratamiento de todas las cuestiones de hecho y derecho aportadas por la Defensa Pública de Menores (fs. 61/63), el informe socio ambiental practicado por la Delegada Judicial perteneciente a la Oficina de Delegados de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad (fs. 50/59vta.), por lo que no se observan los motivos invalidantes argüidos por las partes, toda vez que el decreto impugnado luce fundado y ajustado a la exigencia de motivación prescripta en el artículo 123 del C.P.P.N., por lo que en consecuencia no se verifica la causal de invalidación prevista en el artículo 404, inc. 2º, del mismo cuerpo normativo.





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

A mayor abundamiento, es del caso poner de relieve que el tribunal ha echado por tierra la trascendencia negativa que podría irrogar la privación de libertad de Ortega respecto del niño [REDACTED] al sostener que conforme surge del informe formado por la delegada judicial, "... a partir de la detención del padre, el niño evidenció algunos retrocesos en su tratamiento, aunque en la actualidad habría generado nuevamente esos avances. También se destacó la importancia de las salidas extraordinarias concedidas por [ese] Tribunal para afianzar la relación padre-hijo y el contacto telefónico que mantienen, así como que no manifestó inconvenientes de relevancia en la institución educativa a la que asiste." (cfr. fs. 69).

La denegatoria de la prisión domiciliaria no va en perjuicio del menor, ni del estándar internacional de resguardo del "interés superior del niño", toda vez que el mismo se encuentra contenido material, moral y afectivamente por su madre y su abuela paterna, a lo que se agrega el contacto y buena relación que el niño [REDACTED] tiene con sus medias hermanas (confr. fs. 57/58vta.).

En consecuencia, debe recalcar que el menor tampoco se encuentra en una situación de abandono, ni de extrema vulnerabilidad que justifique el otorgamiento del arresto domiciliario peticionado, máxime cuando el vínculo padre-hijo también ha sido resguardado al concedérsele salidas extraordinarias a [REDACTED] para que pueda ver a su



hijo [REDACTED]

5º) Por los motivos expuestos, propicio al Acuerdo el rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de [REDACTED] con costas, como así también denegar el recurso de casación presentado por el Ministerio Público Fiscal, éste último sin costas -arts. 470 y 471 a contrario sensu, 530, 531 y 532 del C.P.P.N.-.

Tal es mi voto.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. En primer lugar, en atención a lo solicitado por el doctor Rodrigo Borda, Subdirector de la Dirección Legal y Contencioso de la Procuración Penitenciaria de la Nación de ser tenido como *amicus curiae* ante esta instancia a fs. 140/151, ya he tenido oportunidad de señalar (cfr. Sala IV, causa FLP 58330/2014/CFC1, caratulada; "INTERNAS DE LA UNIDAD Nº 31 SPF s/ recurso de casación", rta. el 30/9/15, registro nº 1916/15.4, entre muchas otras) que la actuación de los amigos del Tribunal encuentra apoyatura en el sistema interamericano -art. 63.2 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, habiendo sido autorizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los arts. 44 y 48 de la C.A.D.H., el cual encuentra jerarquía constitucional en nuestro sistema normativo (art. 75, inciso 22 de la C.N.).

Además, nuestro máximo tribunal ha reconocido y reglamentado la actuación de los *amicus curiae* ante la





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la Acordada Nº 7/13.

En este sentido, habiendo el peticionante brindado consideraciones acerca del objeto procesal de las presentes actuaciones, considero que corresponde tener por incorporada su presentación en carácter de *amicus curiae* en las presentes actuaciones.

II. Reiteradamente he sostenido la tesis de que en materia de enjuiciamiento penal debe entenderse por ley vigente la Constitución Nacional, los Tratados de DD.HH. y las normas nacionales aplicables -en este caso el C.P.P.N.-; esta postura puede ser sin dificultad extendida al proceso de ejecución penal en el que hemos, con insistencia, venido procurando el más amplio y efectivo control judicial.

En el caso de autos, la perspectiva que propongo, que es la que mejor concilia los derechos e intereses en juego.

III. La inspección jurisdiccional que se reclama habrá de ceñirse entonces a la concreta aplicación analógica "*in bonam partem*" de los preceptos contenidos en el artículo 10 del Código Penal y en los arts. 32, inciso f, 33 y 34 de la ley 24.660 -modif. ley 26.472-, normativa ésta que, a la luz del interés de los menores, expuesto en el recurso de casación, deberá ser ponderada junto con los preceptos con jerarquía constitucional incorporados a nuestra Carta Magna por el art. 75 inc. 22



-específicamente-, el principio rector del "interés superior del niño" contenido en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En dicha dirección corresponde recordar que la reforma constitucional del año 1994 incluyó dentro del bloque constitucional a la Convención de los Derechos del Niño. En la Convención se establecen dos pautas en base a las cuales se deberán analizar las obligaciones del Estado: 1) el interés superior del niño y 2) la efectividad de los derechos de la Convención (arts. 3.1 y 4, respectivamente).

Al respecto cabe señalar que, "[e]l principio regulador de la normativa de los derechos 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, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos." (Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2002, del 28 de agosto de 2002).

En tal sentido, también la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "(l)a consideración rectora del interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte cuando procede a la hermenéutica de los textos constitucionales" (Fallos 324:975).

Ahora bien, el beneficio en cuestión no se encuentra específicamente legislado, sino que es aplicable para las "madres" tanto en el Código Penal como en la ley 24.660 (arts. 10, 32 y 33 respectivamente). Recuérdese que la entrada en vigencia de la ley 26.472 (B.O. 20/01/2009, modificatoria de la 24.660) amplió el catálogo de supuestos en los que se permitía el arresto domiciliario de las personas que estaban cumpliendo una condena.

De esta manera, se previó -entre otros- el caso de "la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo" como un supuesto para esta modalidad de cumplimiento de la pena.

Entonces, la pena privativa de la libertad cumplida en la modalidad domiciliaria constituye una fórmula más adecuada, conforme a los elementos que han sido enunciados en los párrafos precedentes, con el objeto de dar mejor cumplimiento a los fines que son propios de la pena morigerando los efectos sobre los derechos del niño que se encuentran particularmente en juego según fuera descripto.

Cabe señalar que, en el caso de autos, si bien se



trata del "padre" de la menor, la edad de la niña en cuyo interés superior se solicita la prisión domiciliaria, se condice con el límite etario establecido por la norma en cuestión. Además, la Convención de los Derechos del Niño reconoce en su art. 9 que los Estados Partes deberán velar porque el niño no se encuentre "separado de sus padres", así como también en su art. 18.1 dice: "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres (...) la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño".

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece en su art. 1 que "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" y en su art. 7.2 dispone que "en todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño"

IV. Fijado el marco normativo de la cuestión traída a estudio de esta alzada y en atención a las concretas circunstancias del caso, entiendo que corresponde la concesión de la prisión domiciliaria de [REDACTED]





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

[REDACTED]

En este sentido, caben señalar las circunstancias específicas que presenta el caso en examen, estos es; que el hijo menor de [REDACTED] padece Trastorno del Espectro Autista, Trastornos Generalizados del Desarrollo y epilepsia y su padre, antes de ser detenido, resultaba ser su principal contención.

Asimismo, repárese que de las constancias de la causa surge que el menor se encuentra cuatro días de la semana bajo el cuidado y conviviendo con la madre y la hermana del imputado, siendo que esta última viajó - temporalmente- desde España a esta ciudad a los efectos de colaborar con su madre y sobrino. La abuela del menor tiene 83 años de edad, sufre de hipertensión, insuficiente respiratoria, crisis alérgicas bronquiales y problemas de movilidad. Por su parte, la tía tiene tres hijos más, dos de ellos en España y otro en la ciudad de Valeria del Mar, por lo que resulta inminente su regreso a España en virtud de lo apuntado.

Por otro lado, la mamá del niño [REDACTED] [REDACTED], padece de diferentes dificultades que no le permiten asumir plenamente su responsabilidad debido a problemas vinculados con su salud mental.

Repárese en que de acuerdo al estado de salud del niño, éste requiere asistencia las 24 horas del día, siendo la parte afectiva de suma importancia para su desenvolvimiento.



Además, se ha presentado en autos el Subdirector de la Dirección Legal y Contencioso Penal de la Procuración Penitenciaria de la Nación, quien destacó la necesidad de concederle a [REDACTED] la detención domiciliaria (cfr. fs. 140/151).

En definitiva, lo apuntado me lleva a concluir que la decisión más acertada es la concesión de la prisión domiciliaria que viene solicitando la defensa oficial y el Representante del Ministerio Público Fiscal por aplicación de los Altos Principios que surgen de las normas fundamentales que he mencionado y de la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

V. En virtud de las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia y la Procuración Penitenciaria de la Nación, considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación impetrado por la defensa y la señora Fiscal General, y en consecuencia, otorgar el arresto domiciliario a [REDACTED]

Sin embargo, convocado a expresar mi ponencia en tercer orden y habiendo conocido el sentido de los votos de mis colegas, con el objeto de conformar una mayoría válida y acordar una solución al caso de autos, adhiero al voto efectuado por el doctor Mariano Hernán Borinsky.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

dictaminado por el señor Fiscal General ante esta Cámara, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

I. Hacer lugar a los recursos de casación interpuestos por la fiscalía general y por la defensa, **sin costas** en esta instancia (arts. 470, 471, 530 y 531 del C.P.P.N.); **anular** la decisión recurrida, y **remitir** a su procedencia a fin de que se dicte una nueva resolución de conformidad con lo aquí resuelto.

II. Tener presente la reserva de caso federal.

Regístrese, notifíquese y comuníquese (Acordadas CSJN Nº 15/13, 24/13 y 42/15). Oportunamente devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen. Sirva la presente de muy atenta nota de envío.

