



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A
FRO 81010/2018/16/CA17

Rosario, 23 de octubre de 2019.

Visto, en Acuerdo de la Sala "A" integrada, el expediente Nro. FRO 81010/2018/16/CA17 caratulado "Castelli, Natalí Rafaela s/ Prisión Domiciliaria p/ Ley 23.737 (Ppal. Castelli)", originario del Juzgado Federal de Venado Tuerto, Secretaría Penal.

Vinieron los autos a la alza en virtud de la apelación interpuesta por la Defensora Oficial, Dra. Rosana Gambacorta, a cargo de la defensa Técnica de Natalí Castelli y el Dr. José Luis Severin, Defensor Público Coadyuvante de Menores quien adhirió al recurso de apelación interpuesto, en representación de C. B., A. M. P. C., P. R. P., T. M. C. y K. N. P. (hijos menores de Natalí Castelli) a fs. 91/95 y vta. y fs. 98 respectivamente, contra la resolución dictada el 24 de junio de 2019 (fs. 79/88) que rechazó el pedido de detención domiciliaria de la imputada.

Elevadas las actuaciones (fs. 100) se dispuso la intervención de esta Sala "A" (fs. 103), se designó audiencia oral para informar, poniéndose en conocimiento de las partes la opción por la modalidad escrita establecida en la Acordada N° 161/16 (fs. 106).

A fs. 107/109 se incorporaron las minutas sustitutivas del informe oral de la Fiscalía General, que por los argumentos que expuso, propició la confirmación del auto apelado y formuló reservas recursivas. A fs. 110/111 el Defensor Oficial mantuvo los argumentos del recurso de quien lo precedió en la instancia. Solicitó se revoque el resolutorio en crisis, se disponga la inmediata detención domiciliaria solicitada y mantuvo la reserva de derechos recursivos.

Habiendo pasado el tribunal a deliberar quedaron las actuaciones en estado de resolver (fs. 112).

El Dr. José Guillermo Toledo dijo:

Se agravió la apelante por considerar que el a quo ha soslayado los diversos informes obrantes en las actuaciones que dan cuenta de la trascendencia negativa que la detención de su representada genera en sus hijos y por tanto es contraria al Interés Superior del Niño (artículo 3 CDN). Expresó que el

hecho que los hijos de su asistida superan los cinco años de edad, no implica que las circunstancias particulares del caso en concreto no hayan determinado la necesidad del retorno de su defendida al hogar. Consideró que la exigencia del a quo que los niños se encuentren en una situación de abandono y desamparo, resulta arbitraria en los términos del artículo 123 del C.P.P.N y contraria al principio de legalidad, ya que adiciona condicionamientos no previstos por el legislador.

También la agravió que el juez instructor omitió valorar lo expuesto por el representante de los menores, quien no tuvo objeciones respecto de la concesión del arresto domiciliario de la encartada y señaló que su detención carcelaria trasciende negativamente en los derechos e intereses de sus niños. Finalmente, expuso que el pedido formulado en vista de la situación de los hijos menores, no implica un cambio de su situación procesal, sino una modificación en la forma de detención, no como beneficio personal sino en favor de sus hijos y del interés superior resguardado por las normas que conforman el bloque constitucional. Solicitó en definitiva se revoque la resolución en crisis y se conceda la detención domiciliar a la Sra. Castelli. Citó doctrina y jurisprudencia que consideró aplicable al caso. Formuló reserva de caso federal.

Y considerando que:

1.- En primer lugar cabe señalar que la recurrente planteó que el decisorio en crisis exhibe rasgos de arbitrariedad toda vez que, la exigencia del a quo en cuanto a que los niños se encuentren en una situación de abandono y desamparo, adiciona condicionamientos no previstos por el legislador.

El art. 123 del CPPN establece que las sentencias y los autos deberán ser motivados, bajo pena de nulidad. Esto es que ***“las decisiones judiciales contengan, según el caso, la valoración de la prueba, la explicación de cómo se llegó al juicio de valor y la razón de la aplicación de determinada o determinadas normas del plexo penal”*** (Guillermo R. Navarro-Roberto R. Daray, Código Procesal Penal de la Nación, Editorial Hammurabi, Año 2004, T. I, pág. 361).

La resolución en crisis no presenta los vicios que denuncia la apelante, ya que en ella se expresaron los motivos tenidos en consideración para denegar la prisión domiciliaria, lo que le permitió conocer los argumentos jurídicos por los que se resolvió de tal modo, descartándose entonces



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A
FRO 81010/2018/16/CA17

la crítica que alude a un supuesto de arbitrariedad en el que habría incurrido el *a quo* al emitir el auto venido en crisis. Esto último independientemente de que no se compartan los fundamentos o se consideren insuficientes para denegar la prisión domiciliaria, aspecto que encontrará respuesta en el análisis de los sucesivos agravios que conforman el recurso, a lo largo de la presente.

2.- La defensa pretende la morigeración de la privación de libertad de la encartada argumentando principalmente el interés superior de sus hijos menores de edad (7, 9, 10, 12 y 14 años respectivamente) en razón de la trascendencia negativa que la detención de su representada genera en sus hijos. Invocó la aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

3.- En este sentido, debemos recordar que la Convención de los Derechos del Niño establece en su artículo 3.1. que ***“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”***, pauta ésta que se repite en muchas otras disposiciones, reafirmando su importancia (arts. 3, 9,18,20,21,37,40), como así también que la familia goza de protección constitucional (artículo 16.3 Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana) .

Por otra, también debemos tener presente que, tal como lo ha señalado el Dr. Hornos en su voto emitido en la causa “A.,A.T. s/ recurso de casación”, del 29 de agosto de 2006, esta especial protección que merece la familia no constituye un principio absoluto ya que vgr. el artículo 9 de la Convención antes citada prevé la posibilidad de que los niños puedan ser separados de sus padres y de manera específica como resultado de la detención de sus progenitores, siendo entonces los propios tratados los que contemplan esa posibilidad, en casos excepcionales y de conformidad con las leyes y procedimientos aplicables, expresando en definitiva, que el derecho de los niños debe ser evaluado de acuerdo a las particulares circunstancias de cada caso.

4.- El *a quo* resolvió rechazar la pretensión de la defensa,

fundado en primer lugar, en que la situación de la imputada no encuadra –al menos en principio- dentro de los supuestos previstos por los artículos 32 de la ley 24.660 y 10 del C.P., además, por la gravedad de la imputación que le fue atribuida y principalmente por la agravante por la cual fue procesada (***haberse cometido sirviéndose de menores de dieciocho años o en perjuicio de éstos***), “...ya que en las maniobras que estaba involucrada, también intervenía su hijo de apenas trece años de edad (totito) en cuyo beneficio y superior interés solicita ahora la prisión domiciliaria...”. Asimismo, solicitó diversos informes a la Secretaría de Acción Social de la Municipalidad de Venado Tuerto, al equipo socio-sanitario del Centro Comunitario Rivadavia y al respecto expresó: “...el informe confeccionado por la Secretaría de Acción Social de la Municipalidad de Venado Tuerto (fs. 60/61) precisa que la abuela de los niños -Sandra Castelli- es quien se ha hecho cargo de ellos, y además realizó las gestiones necesarias para garantizar su asistencia al espacio educativo. El niño P.C decidió quedarse con su padre, Oscar Pérez...”, “...Por último, de la ampliación de dicho informe, hecho a solicitud del Defensor de Menores -fs. 66/67- surge que el niño T.M.C. “totito” convive junto a su tío, Walter Castelli en el domicilio de Monseñor Borgarino 146, y que esto se ha planteado de esa manera ya que Sandra Castelli expresa que Walter hace de límite para el adolescente...”, “...surge que los menores K.N.P, A.M.P. y C.B. se encuentran contenidos familiar y afectivamente, descartándose la situación de desamparo que plantea la peticionante, ya que conviven con familiares directos y tienen la activa colaboración y asistencia de su abuela, quien incluso ha procurado su debido apoyo...” y “...de los informes elaborados por especialistas –psicóloga y trabajador social- no surge elemento alguno que permita considerar que los menores están en una situación de abandono o desamparo, más bien todo lo contrario...”.

5.- Adentrándome en el análisis del caso, en cuanto a la detención domiciliaria de la encartada cabe señalar que:

La ley 24.660 en su artículo 32 reza: “ **El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un**



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A
FRO 81010/2018/16/CA17

establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al 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) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo. (Artículo sustituido por art. 1º de la Ley Nº 26.472 B.O. 20/01/2009).

No puede extraerse del tenor literal del artículo que la sola verificación de alguno de los presupuestos contenidos en la norma referida impone la concesión del instituto. Por el contrario, gramaticalmente la ley está diciendo que se trata de una facultad judicial. En este sentido, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal ha seguido como criterio que **"la nueva regulación del art. 32 ley 24.660 no impone automáticamente la ejecución de la prisión bajo la forma domiciliaria cuando se presenta alguno de los supuestos de hecho de dicho canon o del art. 10 C.P., sino que exige del juez una tarea de apreciación que justifique la concesión o rechazo del beneficio ..."** (causa nº 11366, "C., J. C. s/ recurso de casación", rta. 09/11/09).

De modo que, la ley 24.660 –según modificación de la ley 26.472- (inciso f)) establece, reitero, que el juez de ejecución o juez competente "podrá" disponer el cumplimiento de la pena impuesta, es decir que el precepto es "potestativo" y no "imperativo", por lo que su aplicación no resulta automática, más aún cuando, como en el caso no se encuentra contemplada.

6.- Ahora bien, analizadas las constancias que surgen de autos y lo antes señalado, advierto que la situación de la imputada no encuadra en ninguno de los supuestos que habilitan la procedencia de la prisión domiciliaria, según requisitos establecidos en el artículo 32 de la Ley 24.660 (modif. Ley 26.472), ni reviste características excepcionales que ameriten la concesión de una medida morigerada de encierro, por el contrario operan en su contra la circunstancia que en el domicilio sito en calle Monseñor Borgarino al 100 de la ciudad de Venado Tuerto, donde se detuvo a la encartada, se secuestró entre otros elementos una bolsa de nylon traslúcida con cocaína con un peso aproximado de

100 gramos, un trozo compacto rectangular de marihuana de aproximadamente 124 gramos y nueve envoltorios de nylon blanco que contienen trozos compactos de marihuana con un peso total aproximado de 52,1 gramos, que fueron secuestrados junto a una balanza digital color blanco marca SF400, otra balanza digital marca Famago y varias bolsas de nylon; por lo cual ese contexto, no resultaba ser lo más favorable para el desarrollo de los niños, sumado a que en numerosas escuchas se pudo observar que el menor "totito" tomaba parte de las maniobras de su madre y de los restantes imputados, consumía estupefacientes con conocimiento de su progenitora, vendía estupefaciente y manipulaba un arma que se encontraba a su alcance en la vivienda (v. comunicaciones 11 Cd35, Cd 7 audio 9, fs. 240 del Ppal., entre otras).

7.- De lo expuesto se desprende que el derecho que asiste a los menores de crecer dentro del núcleo de una familia no puede ser interpretado en abstracto y de forma absoluta, sino que debe ser analizado en cada caso evaluando sus características particulares (conf. CNCP, Sala III "Herrera Mara Daniela s/ Rec. De casación", rta. 5/6/2008, reg. N° 696/08).

Sin perjuicio de ello, y trayendo nuevamente los supuestos de procedencia del beneficio, el inciso "f") establece que el tribunal podrá disponer el cumplimiento de la condena en la modalidad de detención domiciliaria **"...a la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo..."**. Situación en la que, reitero, no se encuentra la encartada y además tengo en cuenta, de manera determinante el informe de la Psicóloga Antonela Bovo y del Trabajador Social Javier Capobianco pertenecientes a la Secretaría de Desarrollo Social, Subsecretaría de Políticas Sociosanitarias Integrales del Centro Comunitario Rivadavia, quienes se contactaron con la abuela materna de los niños, hijos de la encartada y expresaron: ***"luego de la detención de su hija, el Sr. Oscar Pérez se lleva a los niños y niñas a su casa..."***, ***"...Luego de una semana Sandra queda a cargo de las niñas y los niños, ya que pedían estar con su abuela, a excepción de Patricio, quien decide quedarse con su padre..."***, ***"... Durante el mes de abril, Sandra pide el pase de colegio para las niñas..."***, ***"...Cambio este pensado por la abuela para garantizar la asistencia de los mismos al espacio educativo..."***, ***"...acuerda con el equipo del Centro Comunitario Rivadavia,***



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A
FRO 81010/2018/16/CA17

comenzar a referenciarse con los profesionales del Centro Comunitario Iturbide con el fin de garantizar los controles médicos para los niños y solicitar espacio de escucha con psicología y evaluar su necesidad...”, es decir que los niños –desde mi punto de vista- cuentan con una red de contención familiar suficiente para su normal desarrollo.

Por otra parte y en consideración a que obviamente los hijos se encontrarían mejor con la presencia de la madre, vale citar lo que ha sostenido la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, expediente Nro. FLP 51010801/2012/21/CFC4, caratulado: “YEPEZ GAVIRIA, Jesús Antonio s/recurso de casación”, acuerdo del 25 de junio 2015: **“En cuanto al aspecto psicológico y emocional de los menores, quienes nada tienen que ver con las conductas ilícitas que se reprochan a sus padres, debo advertir que ello lamentablemente resulta una ineludible consecuencia del contexto analizado y en el que se encuentran inmersas todas aquellas familias que deben atravesar por situaciones similares”.**

De lo expresado anteriormente, se refleja que el régimen de prisión domiciliaria configura una excepción al principio general de que la prisión debe cumplirse en establecimientos penitenciarios, por lo que en atención a su naturaleza, debe ser interpretado de manera restrictiva.

Por tanto, toda vez que las reglas de derecho interno vigente en la materia no han sido cuestionadas ni tachadas de inconstitucionales, como así tampoco resultan contrarias a la normativa supranacional referida por la defensa, deben aplicarse a los presentes.

Así las cosas no se verifican motivos que justifiquen hacer excepción a la normativa vigente en la materia a estudio.

Cabe mencionar que tal ha sido el criterio mayoritario de esta Sala (con otra integración), conforme acuerdos de fechas 22 de octubre de 2013 y 30 de diciembre de 2015 dictados en autos “Incidente de Prisión Domiciliaria de VILLALBA, Marcela Adelina en autos VILLALBA, Marcela Adelina s/ Infracción Ley 23.737 (POPEA)” y “Incidente de prisión domiciliaria en autos: Sabetta, Andrés Pablo p/ infracción ley 23.737” respectivamente; que la Sala III de Casación confirmó. Más recientemente –también confirmando una denegatoria de

prisión domiciliaria- en fecha 30 de agosto de 2017 en Acuerdo de esta Sala "A" en el expediente Nro. FRO 16874/2013/8/CA6 caratulado "Sarria, José Manuel s/ Prisión Domiciliaria p/ Ley 23.737 (PPAL. CHAVERO)" fue declarado inadmisibile por la la Sala III de la CFCP el recurso de casación interpuesto por la defensa (reg. 1527/2017 del 4/12/2017) (Dres. Gemignani, Riggi, Mahiques)

8.- Por lo expuesto y más allá de que la situación de la imputada no encuadraría en ninguno de los supuestos previstos en la ley 24.660 y en el artículo 10 del Código Penal, como se describió previamente, de momento, tampoco se vislumbra que se haya transgredido el estándar internacional de resguardo del "interés superior del niño", ya que conforme surge de las constancias incorporadas a la causa, los niños se encuentran al cuidado de su padre, abuela materna y tío materno, por lo que cuentan con la contención afectiva, de salud y material –esta última en la medida de las posibilidades de cada uno-.

En consecuencia, toda vez que no se advierte que lo decidido en la instancia anterior implique conculcación a la normativa supranacional invocada, corresponde, y así lo propongo, confirmar la decisión objeto de apelación, recomendando al Juez que ordene la continuidad de la intervención de los organismos competentes en materia de asistencia a la minoridad para que se ocupen de evaluar periódicamente el estado de los menores y, en su caso, dispongan lo que resulte necesario.

Es mi voto.

El Dr. Aníbal Pineda dijo:

Adhiero al voto del Dr. José Guillermo Toledo por compartir -en lo sustancial- sus fundamentos y agrego que:

9.- Corresponde resaltar en primer lugar que los hijos de la detenida tienen más de 5 años de edad, por lo cual no se configura el supuesto establecido en el artículo 32 inciso f) de la ley 24.660, sustituido por artículo 1º de la Ley Nº 26.472 (B.O. 20/01/2009) que habilita la detención domiciliaria de la madre.

A su vez, surge de las constancias de la causa que los hijos de la imputada encarcelada son de distintos padres, y solamente uno de ellos (de nombre C.B. de 6 años de edad) también tiene a su progenitor detenido por



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A
FRO 81010/2018/16/CA17

orden judicial y actualmente se encuentra al cuidado de su abuela.

El principio del interés superior del niño en cuanto a que se lo identifica como "la presencia materna en el hogar familiar" se encuentra relativizado en los propios instrumentos internacionales, así la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 7.1 establece que el menor tiene derecho **"en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"**; el artículo 8.1 obliga a los Estados a respetar las relaciones familiares **"de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"**. Más específicamente el artículo 9° se ocupa de los hijos separados de sus padres, a quienes asegura **"mantener relaciones personales y contacto directo... de modo regular"** (art. 9.3), y cuando la separación resulta -entre otros supuestos- de **"la detención... de uno de los padres del niño, o de ambos"**, lo que se garantiza al menor es **"información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes..."** (art. 9.4). Como se aprecia, este instrumento prevee supuestos en los cuales los niños pueden tener a su padres en prisión por haber cometido delitos.

El interés superior del niño se encuentra contemplado no sólo por el artículo 3 de la Convención, sino también por la Opinión Consultiva Nro. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Agosto de 2002, y la Ley 26.061 y su decreto reglamentario. Este material normativo aportó un marco conceptual más específico de ese "interés superior". El valor fundamental de la Convención reside en que inaugura una nueva relación entre la niñez, el Estado, el derecho y la familia. A esta interacción se la conoce como el modelo de la "protección integral de derechos", y establece la obligación internacional asumida por nuestro país de velar principalmente por garantizar "los derechos a una vida digna a esos niños".

Conceptualizar a los niños y a los adolescentes como sujetos de derecho, ya no como meros objetos de protección, implica reconocerles los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más un "plus" de derechos específicos justificados por su condición de personas en desarrollo.

La regla del artículo 3.1 de la Convención en cuestión, que ordena sobreponer el interés del menor a cualesquiera otras consideraciones, tiene —al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias— el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres, razón por la cual, la coincidencia entre uno y otro interés ya no es algo lógicamente necesario.

A su vez, el principio de mínima trascendencia de la pena, surge del artículo 5.3 de la Declaración Americana de Derechos Humanos e implica *que la sanción privativa de la libertad o la prisión preventiva no deben trascender al individuo responsable o al imputado. En los casos en que se aplica la privación de la libertad a hombres y mujeres con hijas o hijos menores de edad, la pena o la medida cautelar afecta inevitablemente a terceros, por lo que el principio de trascendencia mínima de la pena exige que la decisión que se adopte contemple también la mínima extensión posible a las personas ajenas al conflicto penal.*

Por otra parte, de acuerdo con las 100 “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, se encuentran en tal condición aquellos sujetos que tienen una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal (Alejandro O. Tazza, *La trata de personas*, pág. 90, Edit. Hammurabi, 2014, Buenos Aires).

Son patrones objetivos para asignar la condición de vulnerable: la edad, pobreza, exclusión social y cultural, educación limitada, migración, aislamiento del entorno, su problemática familiar, su historia vital, patrones éstos que pueden verse potenciados por acumulación.

Entonces, es vulnerable quien por una adversidad o circunstancia especial se encuentra con menores posibilidades defensivas que el común de las personas, por lo que se presenta como blanco más fácil para que alguien se abuse, lo dañe o le cause un perjuicio. El simple hecho de la niñez donde aún no se encuentra totalmente desarrollada su capacidad de discernir, los torna en el sentido ya expresado como “sujetos vulnerables”. A su vez, el hecho de que



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A
FRO 81010/2018/16/CA17

algunos menores tengan a ambos padres encarcelados los coloca en "extrema" situación de vulnerabilidad.

Sabido es que la reforma constitucional del 1994 otorga primacía a los pactos internacionales. Su lógica consecuencia es que los principios sentados en ellos tienen superior jerarquía y, por ende, deben aplicarse prioritariamente.

Por otro lado, también debemos valorar el incontrolado flagelo de narcotráfico, inseguridad, homicidios, corrupción y demás delitos conexos, lo que me lleva al convencimiento de que es necesario analizar con mayor restricción la procedencia de la detención domiciliaria, cuando como en el caso, los imputados ya fueron procesados por ilícitos que tienen una alta pena de prisión establecida por el legislador. En la presente causa, un juez de primera instancia y esta Cámara Federal de Apelaciones concluyeron que hay elementos de prueba suficientes para sostener que la encausada es parte de una organización criminal compleja dedicada al narcotráfico agravado, en la cual intervinieron varias personas organizadas para la venta de estupefacientes en distintos puntos y que se secuestraron armas, cuya tenencia estaría destinada a generar inseguridad y miedo tanto hacia los vecinos de dichos centros de comercialización de drogas como contra los competidores en esa empresa delictiva. Por lo cual el principio de inocencia previsto en el artículo 18 de la C.N. se encuentra reducido.

A su vez, entiendo que nuestras decisiones deben estar orientadas entre otras cosas, a resolver los conflictos sociales vinculados con la decisión sometida a revisión y no deben alejarse del contexto en el cual van a producir efectos. Contexto a partir del cual es necesario valorar o interpretar la decisión a analizar y el impacto que va a tener en concreto en el colectivo social.

Es en este entendimiento donde no puedo obviar que los delitos de narcotráfico provocan angustia y una infinidad de consecuencias negativas a los vecinos de los lugares donde se cometen. Véase que los mayores índices de robos y homicidios que padece nuestra sociedad se configuran en inmediaciones de puntos de venta de droga. También es negativo el impacto que la detención domiciliaria de este tipo de probables delincuentes provoca en los

testigos y denunciantes que deberán soportar la convivencia en el vecindario con ellos, sobre quienes luego en instancia de juicio deberán atestiguar. Considero además que la libertad provisional o detención domiciliaria de éstos procesados genera en los agentes que conforman las fuerzas preventoras (quienes de por sí no son homogéneos en la lealtad y compromiso en la lucha contra el narcotráfico, ya que es de público conocimiento el alto grado de corrupción que padecen algunas fuerzas) desaliento y controversia sobre la utilidad de su prevención y persecución, todo lo cual no contribuye a fomentar la lucha contra dicho flagelo.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: "I. 74. XXI; Incidente de excarcelación promovido en favor de Mario Firmenich", rta. el 28 de julio de 1987, Fallo: 310:1476, y sus citas nacionales y extranjeras, sostuvo que: "El instituto de la excarcelación, según esta Corte ha tenido repetidas ocasiones de afirmarlo, tiene en cuenta a la par que los intereses del individuo, los de la comunidad, pues es a uno y a otro a quienes alcanza la protección de la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 272:188; 280:297; 290:393; 302:345)" (del voto del Dr. Fayt). En idéntica dirección, ver los recientes fallos de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, en fallo de fecha 9 de mayo de 2019 en autos "Miño, Víctor Hugo s/ recurso de casación": "...no podemos dejar de observar que el Estado Argentino ha asumido compromisos internacionales por medio de la ley 24.072, al ratificar la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, lo que impone la necesidad de efectuar un análisis de la pretensión reparando en el singular daño social que genera la comisión de delitos análogos al investigado en autos, y muy en particular, en el notable y evidente crecimiento de tales actividades criminales, de una actualidad y extrema potencialidad lesiva para el cuerpo social prácticamente sin parangón...".

10.- Es en ese contexto normativo, social y fáctico donde corresponde reparar en el estado de extrema vulnerabilidad en que se encuentra el hijo menor de la imputada (de nombre C. B. y de 6 años de edad) a partir de la prisión preventiva que se impuso en esta causa a ella y a su padre.

Si bien el Estado debe perseguir a quienes cometen delitos y corresponde en algunos supuestos sus encarcelamientos provisorios,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A
FRO 81010/2018/16/CA17

también el mismo Estado (en este caso el Poder Judicial) debe reparar, prevenir y reducir las consecuencias negativas que esa prisión trae aparejada en la vida de los hijos menores de edad de los encarcelados, en especial (como en el caso de C.B.) cuando ambos padres se encuentran detenidos.

El Estado, en sus distintos poderes, debe tender a tener Políticas Públicas integrales, coherentes y no contradictorias. Por lo cual, si encarcela a ambos padres, no debe desentenderse de las consecuencias que esa medida genera en el niño.

Si el Estado no se detiene en advertir las consecuencias que producen en el menor la prisión de sus padres, por un lado incumple sus obligaciones de mayor protección impuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño, pero además, al colocar a ese hijo en situación de extrema vulnerabilidad (ante la falta de contención, protección, alimentación, educación, oportunidades, salud, etc.), reduce de esa forma las posibilidades de que ese niño mantenga un ámbito de autodeterminación que le permita en el futuro motivarse en la norma y evitar caer en el delito.

Por otro lado, si bien (como ya se dijo) la imposición de una prisión a ambos padres coloca a su hijo menor de edad en una situación de extrema vulnerabilidad, otorgarle la libertad a esos imputados colisiona con el derecho de toda sociedad a perseguir y condenar a quienes cometen delitos. Este derecho colectivo se torna más imperativo frente al flagelo del narcotráfico que padece nuestra sociedad y a los altísimos índices de homicidios que existen en nuestra jurisdicción producto de la narcocriminalidad. "El respeto debido a la libertad individual -ha dicho la Corte- no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias no sólo para asegurar el éxito de la investigación sino también para garantizar, en casos graves, que no se siga delinquiendo y que no se frustre la ejecución de la eventual condena por la incomparecencia del reo. Se trata, en definitiva de conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente (Fallos: 280:297), pues la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado

con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro (Fallos: 272:188)".

Esta colisión de intereses individuales y colectivos, le impone al Estado la obligación de poner especial atención en los derechos de ese menor de edad hijo de personas detenidas, quien padece las consecuencias del encarcelamiento de los mayores y a quien el Estado debe proteger.

Mal puede el Estado encarcelar a ambos padres de menores y no reparar o intentar reducir las consecuencias negativas concretas que ello fatalmente provoca en ese hijo menor, ya que no solo violaría las obligaciones impuestas por la Convención sobre los Derechos del Niño suscripta por nuestro país, sino que además estaría aumentando de forma indirecta el problema de la exclusión social, marginalidad y la falta de contención de niños, niñas y adolescentes, quienes ante el desamparo, aumentan sus probabilidades de incurrir en conductas disvaliosas no queridas por nadie.

En síntesis, el Estado es quien (en ejercicio lícito de un derecho), al encarcelar a ambos padres, coloca a sus hijos en situación de extrema vulnerabilidad, por lo cual en este caso le nace a ese mismo Estado la obligación convencional de garantizar una vida digna a esos niños.

Es por ello que, el Poder Judicial al momento de dictar la prisión de ambos padres, debe disponer de las medidas necesarias para el mejor desarrollo de sus hijos menores.

Por otra parte, si analizamos la cuestión con perspectiva, desde el punto de vista colectivo, de ninguna forma estaríamos resolviendo el conflicto ni beneficiando a la sociedad o a la lucha contra el delito, si no tomáramos medidas concretas para intentar que un niño, hijo de padres detenidos, pueda tener las herramientas y oportunidades necesarias para vivir una vida digna y así evitar que en el futuro incurra en delitos.

Si bien en todos los estamentos sociales se verifican conductas delictivas motivadas por distintas causas, es sabido que la falta de contención, educación, alimentación, oportunidades, la marginalidad y la juventud operan como co-causas que reducen la posibilidad de autodeterminarse libremente



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A
FRO 81010/2018/16/CA17

y no incurrir en un delito.

Por otra parte, la “prudencia” (artículo 71 del Código Iberoamericano de Ética Judicial), que debe guiar al juez al momento de resolver, impone la carga de prever las consecuencias de sus decisiones judiciales y se basa en las reglas de la lógica y la experiencia del juzgador. Por lo cual, no puedo dejar de reparar en los efectos negativos que tiene en un hijo la detención de sus padres.

11.- La situación de extrema vulnerabilidad en que quedan esos niños nos impone la obligación de asegurar su contención familiar, su protección y su desarrollo.

Esos hijos resultan perjudicados por la conjunción del delito cometido por sus progenitores y del ejercicio del poder coercitivo del Estado. En algunas oportunidades, el ejercicio lícito y legítimo de un derecho por parte del Estado, puede generar perjuicios a terceras personas y en ese caso se origina la obligación de prevenir mayores daños.

En alguna medida, esos niños son también víctimas de esta situación que se les presenta como una fatalidad que va a condicionar gran parte de su desarrollo.

El principio de protección del interés superior de los menores implica que los organismos del Estado deben propender permanentemente y en todas las decisiones que impacten directa o indirectamente sobre menores, a elegir la alternativa que menos gravosa les resulte a ellos, buscando su normal desarrollo social y cultural lo más ordenado posible, fomentando su crecimiento como individuos integrados a la sociedad y brindarles las oportunidades y herramientas necesarias para su inserción y para tener una vida digna y así lograr la mejor versión de ellos mismos.

La Convención a la que se viene haciendo alusión establece en su art. 3º.2. que: *“Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar...”*. Asimismo en su art. 19.1 dice: *“...Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas,*

administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”.

12.- Todas estas circunstancias descriptas obliga a los órganos de aplicación de la Convención, ya sea la Administración Pública, el Poder Legislativo o el Poder Judicial a asumir la permanente tarea de definir qué curso de acción llevará a la defensa del interés superior del niño en cada caso particular.

Ahora bien, no escapa a mi conocimiento que el juez penal no cuenta con los medios o recursos necesarios para llevar a cabo tan delicada tarea (como resulta ser la protección de los menores) o interpretar lo que hace “al interés superior” de ellos, por lo que corresponde imponer estas obligaciones a los organismos creados a tal efecto en la órbita del poder ejecutivo nacional, provincial y municipal.

Ellos deben amparar ese interés a través del abordaje interdisciplinario de órganos especializados que funcionen de forma coordinada con los Ministerios de Educación, Salud o Desarrollo Social, o los Servicios Locales de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, Direcciones de la Niñez, Adolescencia, Centros de Salud o bien de organizaciones intermedias como son los Centros Comunitarios, Iglesias, escuelas, merenderos.

Se requieren Políticas Públicas uniformes, integrales y no contradictorias de los tres Poderes del Estado a fin de intentar garantizar una vida digna a los niños que son separados transitoriamente de sus padres, por ser ambos encarcelados.

13.- La Ley Provincial N° 12.967, adhiere a la ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. La norma, tiene por objeto la promoción y protección integral de los derechos y garantías de ese grupo, en el cual están comprendidas todas las personas hasta los dieciocho años de edad, que se encuentren en el territorio de la Provincia. Sus derechos y garantías son de orden público, irrenunciables e



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A
FRO 81010/2018/16/CA17

interdependientes.

La Subsecretaría de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia tiene como misión fundamental la formulación y ejecución de las políticas públicas para la promoción y protección de los Derechos de niñas, niños y adolescentes de la provincia de Santa Fe; estableciendo medidas de resguardo integrales o excepcionales en caso de inminencia o vulneración de estos derechos o garantías según lo establecido por la Ley Provincial N° 12.967.

14.- Por todo ello, en primer lugar corresponde instar a los poderes Ejecutivos y Legislativos Nacional, Provincial y Municipal a establecer políticas Públicas concretas orientadas a atender, contener y garantizar la vida digna de los hijos menores de edad, que tienen ambos padres detenidos por disposición del Poder Judicial.

En relación a dicho niño vulnerable se debería implementar un abordaje interdisciplinario tendiente a garantizarle efectivamente la alimentación, educación, salud, oportunidades, esparcimiento, asistencia psicológica, entre otras, con el objetivo de lograr su mejor desarrollo físico, psíquico, moral y espiritual.

Con tales fines, en el orden Municipal, Provincial y Nacional se recomienda crear dependencias específicas que trabajen de forma coordinada con el Poder Judicial una vez que éste les informe que se impuso la prisión de ambos padres de hijos menores de edad.

Las medidas aquí sugeridas no significan de modo alguno separar al menor de la custodia y guarda de sus familiares o vecinos a cargo.

15.- Por otra parte con el objetivo de lograr la máxima satisfacción integral de los derechos y garantías del hijo de los aquí imputados, atento que de las constancias de autos surge que el niño C.B. ha quedado al cuidado de Sandra Castelli (abuela materna), se ordena:

A la Subsecretaría de Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la provincia de Santa Fe, que constate que el menor

continúa a cargo de un familiar mayor responsable y realice un pormenorizado informe ambiental para establecer condiciones habitacionales, grupo familiar conviviente y el que los rodea, estado de salud, higiene, educación, contención afectiva y demás aspectos que resulten útiles para comprender acabadamente la situación real del niño C. B., efectuando un control trimestral del desarrollo del menor e informando la evolución de aquél.

Asimismo, se ordena a esta subsecretaría adoptar las medidas de protección integral necesarias para garantizar efectivamente las comidas diarias, salud, educación, contención psicológica, esparcimiento, a este niño C.B.

Ello, deberá ejecutarse a través de sus equipos interdisciplinarios, con la intervención del Servicio Local de Promoción y Desarrollo de los Derechos del Niño o a través de los centros de acción constituidos en órbitas nacional, provincial o municipal o de otras instituciones intermedias, públicas o privadas, que sean conducentes, los que deberán actuar en articulación con los efectores de salud y educación, entre otros.

A su vez, deberá requerir informe a la institución escolar a la que asiste C. B., a fin de verificar si el menor concurre de manera regular al establecimiento educativo y en los que conste específicamente la apreciación de los docentes y directivos sobre su evolución. Asimismo deberán corroborar los certificados de vacunación y el cumplimiento del plan nacional del menor mencionado.

Estas medidas deberán ejecutarse con el consentimiento previo de sus padres o del familiar que haya quedado a cargo de la custodia del niño C.B. Las prestaciones no deben significar de ningún modo quitarle la guarda o la custodia a su familiar a cargo.

16.- Se establece que la mencionada Subsecretaría deberá informar trimestralmente la evolución del menor y de las asistencias efectivamente brindadas al niño C.B.

17.- Los oficios serán librados por esta alzada y las respuestas de los mismos deberán ser remitidas al Juzgado de origen por parte de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE ROSARIO - SALA A
FRO 81010/2018/16/CA17

las dependencias requeridas.

Es mi voto.

Por lo tanto,

SE RESUELVE:

1.- Confirmar, en cuanto fue materia de apelación, la resolución del 24 de junio de 2019 obrante a fs. 79/88. 2.- Instar a los poderes Ejecutivos y Legislativos Nacional, Provincial y Municipal en los términos dispuestos en el considerando 14. 3.- Ordenar que se cumplan las medidas dispuestas en los considerandos 15 y 16. 4.- Oficiar, en la forma dispuesta en el considerando 17. Insertar, hacer saber, comunicar en la forma dispuesta por Acordada nº 15/13 de la CSJN y oportunamente devolver los autos al Juzgado.

JOSE GUILLERMO TOLEDO
JUEZ DE CAMARA

ANIBAL PINEDA
JUEZ DE CAMARA

ANTE MI

ISABEL FABIOLA MONTESINOS
SECRETARIA