

**Prisión domiciliaria. Madre de menores. Consecuencia accesoria de la pena. Pérdida de la patria potestad. Improcedencia.**

**“Varela, María P.”**

**Cámara Nacional de Casación Penal, sala 2**

En la ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de mayo del año 2011, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los doctores Luís M. García y W. Gustavo Mitchell como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado C.S.J.N. doctor Gustavo Alterini, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la resolución que obra a fs. 135/138 en la causa n/ 13.175 del Registro de esta Sala caratulada: “Varela, María Paola s/ recurso de casación”, representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General, doctor Juan M. Romero Victorica y la Defensa Pública Oficial por la doctora Eleonora Devoto.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto resultó el siguiente orden sucesivo: W. Gustavo Mitchell, Guillermo J. Yacobucci y Luís M. García.

El señor juez doctor W. Gustavo Mitchell dijo:

-I-

1º) El Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nº 1 de Capital Federal, en el legajo Nº 116.181 de su Registro, resolvió el 4 de agosto de 2010 no hacer lugar al pedido de arresto domiciliario de María Paola Varela.

2º) Contra dicha resolución la Defensora Pública Oficial Dra. Virginia Sansone, dedujo recurso de casación a fs. 27/34, el que fue concedido a fs. 41.

3º) La recurrente expresó que el tribunal dictó una resolución que adolece de vicios que impiden que se la pueda tener como un acto jurisdiccional válido, verificándose los recaudos contenidos en el artículo 456 inc. 1º del Código Procesal Penal de la Nación.

A su entender, hubo una inobservancia o errónea aplicación del artículo 32 de la ley 24.660 y el artículo 10 del Código Penal según la modificación introducida por la ley 26.472. Sostuvo, que es madre de tres niños y que el menor de ellos, Ian de dos años de edad, convive con la nombrada en la unidad de alojamiento padeciendo problemas bronquiales lo que llegó a provocar la internación del mismo en el Hospital de Niños de la ciudad de La Plata.

Afirmó que del informe elaborado por profesionales del Programa de Atención a las problemáticas sociales y relaciones con la comunidad se desprende que también es madre de Ludmila de 9 años quien presenta una extrema angustia por la separación con su madre y de su otra hija, Nicole de 5 años la cual nació en la unidad Nº 33 donde actualmente se encuentra alojada su madre.

Alegó que el argumento del juzgador en cuanto al estado de vulnerabilidad en el que se encuentra su defendida no puede serle imputado en su contra ya que es una realidad que supera lo deseado que personas con bajos recursos terminen con detenciones.

Fundamentó sus dichos encontrando apoyo en distintos principios constitucionales, entre los cuales mencionó el de reserva, culpabilidad, legalidad y la garantía de no forzar a un extremo nuestro ordenamiento jurídico y convertirlo en un derecho penal de autor.

Por otro lado, citó también la Convención de los Derechos del Niño incorporada en nuestra Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) la cual tiene rango constitucional por lo que es obligación del Estado garantizar los derechos de los menores. Por este motivo la prisión de María Varela busca amparar y hacer operativos los valores jurídicos superiores como los derechos reconocidos a los sujetos de ésta normativa.

Hizo mención al precedente de esta Sala in re: "Cardozo, Yolanda Beatriz". Entendió la defensa que el otorgamiento del beneficio no es perjudicial, por el contrario del informe de entrevista se desprende que "el núcleo conviviente es favorable y que esta en condiciones de poder ayudar para la reinserción social de la interna... sería beneficioso para los hijos de la interna, de manera de garantizar el vinculo afectivo madre - hijo".

Como argumento en su favor, informó que ostenta buenas calificaciones, en conducta 7 (siete) y en concepto Bueno. Por otra parte, remarcó que corresponde la aplicación de lo previsto en los artículos 3 y 4 inc. a) de la ley 24.660 según lo establecido en la Convención antes mencionada, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 10 y 12) y la Convención Americana sobre Derecho Humanos.

Finalmente, adujo que el decisorio es arbitrario, afectando no solo los intereses de su defendida sino también los de sus hijos, recayendo en una motivación aparente.

Por último, hizo expresa reserva del caso federal.

4º) Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines dispuestos por los artículos 465, primera parte, y 466 del ordenamiento ritual, se presentó la Defensora Pública Oficial solicitando que se haga lugar al recurso, se case la sentencia y se dicte un nuevo pronunciamiento acorde a derecho (fs. 48/50)

Finalmente, habiéndose celebrado la audiencia prevista por el artículo 468 del código de forma, el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

-II Llegadas las actuaciones a este tribunal, considero que el recurso de casación deducido por la defensa de María Paola Varela es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el recurrente invocó fundadamente el artículo 456, inc. 1º y 2º del C.P.P.N., siendo además que el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto en el art. 457 ibidem, por ser resolución equiparable a definitiva.

-III Ingresando en el tratamiento de la cuestión, es preciso recordar que resulta aplicable al caso de autos la Convención sobre los Derechos del Niño. Cabe recordar que su art. 9 reza: "1. los Estados Parte velarán para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño... 4. Cuando esta separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte de uno de los padres del niño, o de ambos..."

Por otro lado, el artículo 10 del Código Penal establece que: “podrán a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: ...f) la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

Ello no implica que la normativa se aplique automáticamente, por el contrario, debe ser el Juez quien, analizando las circunstancias particulares de cada caso, deberá determinar si corresponde aplicar el instituto. Así lo establecen el artículo 32 de la ley 24.660 cuando dispone que “el Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria” y el artículo 10 del Código Penal que establece que “podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria”.

Ahora bien, la situación de la imputada encuadra en éste ordenamiento precedentemente invocado ya que una de sus hijos es menor de cinco años, Ian de dos años de edad el cual convive con ella en la unidad carcelaria. Pero el tema aquí, es que sus restantes hijas, Nicole y Ludmila, se encuentran al cuidado de la hermana y hermano de la recurrente, concurriendo la primera de ellas al Jardín Nº 902 de Berazategui y la segunda a la Escuela Nº 5 de Berazategui, por lo que no se percibe en el presente caso una situación de desamparo y en consecuencia resulta de aplicación al caso cuanto sostuviéramos en nuestro voto al resolver la causa “Mendoza Bravo, Nydia Norminha s/ recurso de casación” (Registro Nº 13.211 de esta Sala II, resuelta el 19/09/2008), donde se señaló que: “el derecho que asiste a los menores de edad a crecer dentro del seno familiar no puede ser interpretado en abstracto y de forma absoluta, sino que debe ser evaluado en cada caso en particular”.

Se adujo que “el encierro decretado en el marco de un proceso penal de uno o ambos progenitores determina un razonable impacto emocional tanto en aquel sujeto que es privado de su libertad, como en su entorno familiar, principalmente en los menores de edad, quienes son más vulnerables a comprender y adaptarse a este tipo de situaciones”.

“Resulta entendible que los niños como sus padres pretendan continuar con su vínculo a pesar de las restricciones impuestas, empero justamente estas circunstancias, por sí solas, no pueden erigirse en el argumento para convalidar una excepción al art. 33 de la ley 24.660. Tampoco encuentro que dicha decisión entre en conflicto con el “interés superior del niño” que persigue la Convención de los Derechos del Niño, normativa que bajo ningún tipo de interpretación tiene los alcances mencionados por la defensa en cuanto a que la restricción de la libertad ocasiona el inmediato perjuicio a los menores por el hecho de estar separados de sus padres”.

La propia Convención acepta que padres e hijos puedan mantener el vínculo sin que implique la necesidad de que convivan en un mismo ámbito. Ello acontecerá siempre que resulte necesario en el interés superior del niño (art. 9), o cuando la imposibilidad de crecimiento en el seno familiar resulte consecuencia “de una medida adoptada por un Estado Parte como la detención, el encarcelamiento ... de uno de los padres del niño, o de ambos” (art. 9.4).

Las excepciones a esta regla, deberán ser evaluadas en el caso concreto, y conforme a las características que se presenten; pero lo cierto es que de acuerdo a los argumentos brindados por la defensa de Varela, no se está frente a una situación extraordinaria que amerite revocar la solución a la que arribó el juez de grado y que fuera confirmada por el a quo.

Es que el propósito que se persigue es brindarle a los niños las mejores condiciones en las que puedan desarrollarse, las que en el sub examine y, por el momento, se encuentran garantizadas por la asistencia que los hermanos de Varela, le brindan a los menores.

Ademas de ello, corresponde memorar que María Paola Varela fue condenada: 1) en la causa Nº 916 del Tribunal oral en lo Criminal Nº 6 el 30 de abril de 1993 a la pena de un año y ocho meses de prisión por ser partícipe necesario del delito de robo calificado por haber sido cometido sobre un vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa; 2) en la causa Nº 2180 del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 3 de Quilmes a la pena de seis años y diez meses de prisión por ser coautora del delito de robo calificado por el uso de arma en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra; y 3) en la presente causa a la pena única de diez años de prisión por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con privación de la libertad agravada por haber sido cometido con violencia o amenazas, los que concursan en forma ideal con el delito de portación de arma de uso civil.

Pese a lo expuesto, Varela pretende que se le otorgue el beneficio del arresto domiciliario amparándose en el resguardo del vínculo familiar, sin tener en cuenta que estuvo ajena al normal desarrollo psicosocial de sus menores si se atiende al descuido y desatención que les dispuso durante todo su crecimiento (Causa: 12.852, "Benítez Villamayor, Clara Ramona s/ recurso de casación", Registro 1880/10 de la Sala III).

Siendo ello así, no se comprende como podría variar la situación si se le concediese el arresto domiciliario pretendido. Además, tal como lo señaló el a quo, la recurrente ya gozó del beneficio de salidas anticipadas, respecto de la pena única que comprendiera las dos condenas, cometiendo un nuevo delito, lo que conllevó a que unificasen las penas y por consiguiente, se verificase el fracaso de la reinserción social. Desde la primera condena en junio de 2009 hasta la última, Varela tuvo a sus tres hijos, sin que ello provocase un cambio en la actitud delictiva.

En virtud de lo expuesto, lo cierto es que los menores no se encuentran en una situación de desamparo ni de inseguridad material ni moral que habilite hacer lugar a la excepción prevista en el art. 33 de la ley 24.66, a fin de garantizar el interés superior del niño. Por todo ello, propicio al Acuerdo que se rechace el recurso interpuesto, con costas.

El señor juez doctor Guillermo J. Yacobucci dijo: De la causa bajo estudio, surge que por sentencia de fecha 22 de junio de 2009, María Paola Varela ha sido condenada a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con privación ilegal de la libertad agravada por haber sido cometida con violencia o amenazas, los que a su vez concursan en forma ideal con el delito de portación de arma civil (arts. 12, 19, 29 inc. 2º, 40, 41, 45, 54, 142, inc. 1º, 166, inc. 2º segundo párrafo, 189 bis inc. 2º párrafo tercero del Código Penal).

Esta Sala ya ha sostenido que "El artículo 12 del Código Penal establece que la prisión por más de tres años importa la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad. Entonces, si la nombrada ha sido privada de la facultad de tomar decisiones respecto de la protección y formación de sus hijos, no puede reconocerse a ella ni a su defensor legitimación procesal para promover una incidencia en protección de un alegado interés mejor de los niños, lo que no prejuzga acerca de la posibilidad de la madre de ser oída como paso previo a toda decisión sobre los derechos de éstos, tomando como consideración primordial 'interés superior' de los niños que, dice, son sus hijos. En otros términos, que pueda ser oída una vez habilitada la jurisdicción para decidir sobre los derechos de quienes sostiene son sus hijos no implica que se le reconozca

legitimación procesal para habilitar a la jurisdicción a decidir sobre los derechos de estos niños” (confr. “Chirino, Elba Rosana s/ recurso de casación”, causa nº 8458, reg. Nº 11.930, rta. el 10 de junio de 2008).

En virtud de lo expuesto, considero que debe rechazarse el recurso interpuesto por la Defensa Pública Oficial de Varela a fs. 164/171.

El señor juez doctor Luís M. Garcia dijo:

Que adhiero al voto que antecede y emito el mío en igual sentido.

En mérito de la votación que antecede, el Tribunal RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial de Varela, con costas (arts. 471 a contrario sensu, 530, 531 y concordantes del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y remítanse las actuaciones, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.  
Fdo: Dres. Gustavo W. Mitchell - Guillermo J. Yacobucci - Luís M. García . Ante mí: Dr. Gustavo Alterini.