

## *Cámara Federal de Casación Penal*

**REGISTRO N°**

///la Ciudad de Buenos Aires, a los días diez del mes de enero del año dos mil trece, reunidos los integrantes de la Sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la doctora Liliana Elena Catucci como Presidente, y los doctores Eduardo Rafael Riggi y Ángela Ester Ledesma como Vocales, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor particular en la presente causa n° 33/12 del registro de esta Sala de FERIA, caratulada: "**FERNÁNDEZ, Ana María s/recurso de casación**". Interviene como fiscal el doctor Raúl Omar Pleé, como defensor particular el doctor Oscar Luis Vignale y como defensor *Ad-Hoc* a cargo de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años, el doctor Gustavo Oreste Gallo.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden: Doctores Liliana E. Catucci, Eduardo R. Riggi y Ángela E. Ledesma.

### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**Los señores jueces, doctores *Liliana E. Catucci* y *Eduardo R. Riggi*, dijeron:**

### **PRIMERO:**

Las presentes actuaciones llegan a conocimiento de este Tribunal a raíz del recurso de casación deducido a fs. 170/198 por el defensor particular de Ana María Fernández, contra el rechazo de su arresto domiciliario resuelto por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24, obrante a fs. 162/164vta.

Concedido el recurso intentado (cfr. fs. 200/200vta.) y radicadas las actuaciones en esta instancia, a fs. 214/214vta., el doctor Gustavo Oreste Gallo, Defensor *Ad-Hoc* de la Defensoría General de la Nación, a cargo de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años, adhirió al remedio deducido por la defensa de Fernández y acompañó a

fs. 211/213 un informe producido por la Trabajadora Social de la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF).

Se ordenó, asimismo, la agregación del escrito presentado a fs. 216/232vta. por el doctor Ariel Cejas Meliari, Director de Protección de los Derechos Humanos de la Procuración Penitenciaria de la Nación como "*amicus curiae*".

Habiéndose dado cumplimiento a la audiencia prevista por el artículo 465 bis del Código Procesal Penal, en función del 454 y 455 *ibídem* (texto según Ley 26.374), asistieron los doctores Oscar Luis Vignale -quien hizo reserva del caso federal-; Gustavo Oreste Gallo; Raúl Omar Pleé y el doctor Rodrigo Diego Borda, en representación de la Procuración Penitenciaria de la Nación como "*amicus curiae*" del tribunal -quien presentó el escrito de fs. 234/234vta.- (fs. 235), quedando el expediente en condiciones de ser resuelto.

**SEGUNDO:**

a) El letrado particular de la condenada Ana María Fernández, con invocación de los dos motivos previstos en el artículo 456 del C.P.PN., planteó la errónea aplicación de la ley sustantiva, adjetiva y constitucional (cfr. fs. 170/171vta.).

Señaló las razones humanitarias de la prisión domiciliaria inspirada en la mantención del vínculo materno-filial fuera de la cárcel, "*...de modo de preservar el interés del menor que es superior a cualquier otro interés particular y público, y [que] se encuentra reconocido convencionalmente...*" (fs. 174vta. y cfr. fs. 175).

Hizo referencia a los precedentes de una gestación compleja, debiendo Fernández permanecer internada para los estudios y controles médicos, y a los problemas respiratorios del hijo biológico de su defendida, Bautista

## *Cámara Federal de Casación Penal*

Fernández Aguad, nacido el 23 de mayo de 2012 actualmente en período de lactancia, que motivaron su internación en la unidad de Neonatología del Sanatorio Anchorena de esta Ciudad, con cuidados posteriores en su domicilio.

Agregó que la cónyuge de su pupila, Gabriela Teresita Aguad, sufre de tendinitis en ambas manos, lo que le dificulta la atención del menor, y trabaja en el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados de 12 a 19 horas (cfr. fs. 174vta.), lo que le implicaría, al no contar con familiares, dejarlo al cuidado "de un desconocido", debiendo hacerse cargo de los gastos con horas extras, que la alejarían del niño (cfr. fs. 195vta./196).

Manifestó que la solución de la Ley de Ejecución de la Pena de que los niños permanezcan con sus madres en el Servicio Penitenciario, "*...resulta aberrante a la luz de las diversas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño...*" (fs. 175), lo que, sumado a la tendencia del menor a enfermedades respiratorias, señalan la detención domiciliaria como el instituto más idóneo para evitar el agravamiento innecesario de las condiciones de encierro de la condenada y su hijo (fs. 175).

Recordó que Fernández se mantuvo a derecho durante todo el proceso (cfr. fs. 175), actitud parcialmente valorada en la resolución atacada, lo que impone la revocación del fallo por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias (cfr. fs. 177vta.).

Aludió al derecho de Fernández concebido en el art. 32, inciso "f", de la Ley 24.660, por lo que solicitó que se case la decisión recurrida y se disponga el cumplimiento de su condena en su domicilio.

Finalmente, efectuó reserva del caso federal (cfr. fs. 197vta./198).

**b)** En su presentación, el señor Defensor *Ad-Hoc* a cargo de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años

adhirió al recurso de casación deducido por la defensa de Ana María Fernández, indicando que el fallo recurrido afectó principios y garantías de raigambre constitucional, tales como los de protección integral de la familia, de la maternidad y la infancia, de no trascendencia de las penas a terceros, de su humanidad y del respeto por la supremacía del interés superior del niño (cfr. fs. 214/214vta.).

Acompañó el informe elaborado por la Trabajadora Social de la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, que dio cuenta de que el menor Fernández Agud recibe atención médica de la obra social de su madre que se encuentra abocada a su crianza desde su nacimiento amamantándolo, y que la señora Agud es el único sostén económico del hogar (cfr. fs. 212/213).

c) En términos similares y como *amicus curiae* se expidió el representante de la Procuración Penitenciaria de la Nación (cfr. fs. 231).

**TERCERO:**

La revisión del pronunciamiento recurrido exhibe, a primera vista, que el juez de ejecución denegó a Ana María Fernández, condenada a la pena de tres años y seis meses de prisión por ser autora penalmente responsable de los delitos de omisión de deberes de funcionaria pública en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte, por un fallo que se encuentra firme, el arresto domiciliario que solicitara en el marco de las facultades previstas en el artículo 32, inciso f) de la ley 24.660, modificada por la ley 26.272.

En efecto, la redacción de esa norma deja bien en claro que la ampliación de las hipótesis de arresto domiciliario entra dentro de las posibilidades del juzgador para el caso que se den los supuestos de procedencia, y que no se trata de una imposición legal.

Por otra parte es de señalar que tampoco se dan

## *Cámara Federal de Casación Penal*

las situaciones de excepción contenidas en el artículo 10, inciso f) del Código Penal en la versión de la ley 26.472, según se verá.

En esa dirección normativa se observa que la denegación de la forma de cumplimiento de pena fue sustentada en el debido resguardo de la relación materno filial de la enjuiciada y en particular en el resguardo de la protección del bebé según las actuales circunstancias.

En la síntesis expuesta ya se vislumbra el correcto sentido de la aplicación de la ley y la ausencia de arbitrariedad en la decisión atacada.

Sin embargo, la enunciación de los riesgos que el recurrente trae a la alzada imponen su necesaria respuesta, a fin de sostener legal y jurídicamente la resolución impugnada.

La condenada Fernández fue detenida para cumplir el fallo firme el 21 de diciembre de 2012, y alojada en la Unidad n° 31 del Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza, junto a su hijo Bautista Fernández Aguad, nacido el 23 de mayo de 2012.

En ese orden de argumentación ha de recordarse que el artículo 32 de la Ley 24.660 vigente prescribe que "*...el Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: ...a)....; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo...*".

A su vez, el artículo 10 del Código Penal, según modificación de la ley 26.472 reza en la parte pertinente: "*...podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a)....; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo...*".

Esas previsiones legales imponen la evaluación casuística de la posibilidad otorgada por la ley.

En esa línea de pensamiento, analizadas las

constancias de autos, la normativa de aplicación y el *iter* argumentativo desarrollado por el tribunal de mérito (ver fs. 163/164), se desprende que al presente ni la salud del niño ni la de su madre están en riesgo.

La lectura del dictamen fiscal obrante a fs. 144/147, en el que se indicó que en la unidad penitenciaria en la que Fernández se encuentra alojada, "*...el Servicio Penitenciario cuenta con sectores de plantas para madres alojadas con hijos, a los que se les brinda satisfactoriamente todos los cuidados permanentes que requiere el menor, protegiendo su vínculo con su progenitora...*" (fs. 146vta.), luce como suficiente respaldo de lo decidido y aventa cualquier suposición en contrario por parte de los interesados. Y la consecuente resolución aquí recurrida resguarda, tal como lo han apuntado tanto el representante del Ministerio Público ante el tribunal de mérito como el *a quo*, "*irrenunciables imperativos humanitarios*".

En efecto, de las constancias agregadas al expediente surge que el niño Fernández Aguad no se encuentra en situación de desamparo ni de inseguridad material o moral. Ilustrativo es en ese sentido el informe socio-ambiental glosado a fs. 140 en cuanto señala que la crianza, cuidado y atención del menor está a cargo de ambas integrantes de la pareja, quienes mantienen una relación armónica, de diálogo e integración; y que la señora Aguad sostiene económicamente el hogar, cubriendo todos los gastos de la familia.

Se puede ir concluyendo pues en este orden de ideas que, si bien resultaría deseable que no se produjeran situaciones como las que motivan la intervención de este Tribunal en la presente causa, las disposiciones legales vigentes contienen razonables y suficientes herramientas para posibilitar que las consecuencias jurídicas de la privación de la libertad que sufren las madres debido a

## *Cámara Federal de Casación Penal*

procesos penales seguidos en su contra, no se trasladen y sean sufridas por sus hijos menores, de manera alguna que pueda llegar a comprometer el interés superior del niño.

Al respecto, corresponde también mencionar que la unidad carcelaria donde se encuentra alojada la aquí recurrente cuenta con instalaciones aptas para albergar a madres con niños menores de edad, brindándoles condiciones apropiadas para su desarrollo integral y asistencia médica necesaria.

Es de agregar además que no se ha dado cuenta al presente, de que el menor o su madre padezcan dolencia alguna, de donde la decisión de que el niño Bautista Fernández Aguad permanezca al cuidado de su madre biológica -alojada en la unidad n° 31 de Ezeiza- no se advierte reñida con las normas nacionales o internacionales que protegen sus derechos.

Por otra parte, la decisión de mantener al bebé consigo es del resorte decisivo de su progenitora, habida cuenta que su pareja no se encuentra impedida de hacerse cargo en la medida de sus posibilidades. Alternativas que no inciden en detrimento de la integralidad de los derechos del niño.

Es entonces que nada obsta a que el niño permanezca con la madre, si ésta así lo decide, en el establecimiento en que se aloja -tal y como viene ocurriendo hasta la fecha, desde el 21 de diciembre ppdo.-, dado que no sólo cuenta con la edad requerida para ello, sino que además no existe constancia alguna que en el caso la actual estancia del menor en la unidad penitenciaria haya perjudicado su salud física o psíquica, atendiendo a los pocos meses del menor.

Sobre el particular, es de hacer notar que las alegaciones de la defensa en torno a las afecciones de la madre y del niño carecen de actualidad porque ocurrieron en el período gestacional y en los primeros meses de vida del

menor.

Así lo acredita el informe glosado a fs. 211/213, de la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, al dar cuenta de que el niño Bautista se encuentra actualmente junto a la condenada en el penal de Ezeiza en buenas condiciones, y con desarrollo normal del vínculo materno filial.

En suma y como síntesis es de recalcar que la defensa no ha podido precisar ni fundar los agravios que enunciara, en particular no ha demostrado vulneración alguna a los derechos del menor ni la existencia de razones humanitarias que constituyen el fundamento del instituto previsto en la normativa que rige la materia, ni ha logrado controvertir los argumentos pertinentes que sustentaron el rechazo del beneficio solicitado.

En consonancia con lo que se ha venido exponiendo surge como deducción simple que el fallo puesto en crisis se ajusta, en lo concerniente, a la doctrina sentada por la Sala en numerosos precedentes entre los cuales merece destacarse "Herrera, Mara Daniela s/recurso de casación" (causa n° 9038, reg. n° 696/08, rta. el 05-06-08) en el que se hizo hincapié en las disposiciones de los artículos 193 a 195 de la ley 24.660 en cuanto establecen que el tratamiento penitenciario no deberá interferir en el cuidado que la madre debe dispensar al niño, la prohibición de aplicación de correctivos disciplinarios que a juicio médico pudieran afectar al niño lactante, y el derecho de las internas madres a permanecer junto a sus niños menores de cuatro años de edad; y se citó además el artículo 17 de la ley 26.061 en cuanto prescribe que *"...la mujer privada de su libertad será especialmente asistida durante el embarazo y el parto, y se le proveerán los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras ésta permanezca en el medio carcelario, facilitándose la comunicación con su familia a efectos de*

## *Cámara Federal de Casación Penal*

*propiciar su integración a ella...". En sentido análogo a la decisión que se anticipa, merecen citarse: "Maglio, Albana María Luján s/recurso de casación" (causa n° 11.187, reg. n° 1149/09, rta. el 21-08-09); "Benítez Villamayor, Clara Ramona s/recurso de casación" (causa n° 12.852, reg. n° 1880/10, rta. el 07-12-10) y "Dos Santos, Mariela Ester s/recurso de casación" (causa n° 15.003, reg. n° 1733/11, rta. el 17-11-11); entre otras.*

Por consiguiente y atento a que por los argumentos aquí expuestos la resolución impugnada no viola garantías constitucionales ni las contempladas en la Convención sobre los Derechos del Niño citada, el recurso contra ella dirigido no resulta procedente ,con costas.

En ese sentido nos expedimos.

**La señora juez, doctora Ángela E. Ledesma, dijo:**

Que a mi modo ver corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y conceder el arresto domiciliario pretendido, por los argumentos que a continuación expondré.

La ley 24.660, reformada por Ley 26.472 en su art. 32 inc. F), conforme también la actual redacción del art. 10 inc. F) del Código Penal resulta clara respecto a la concesión del arresto domiciliario a la madre de un menor de cinco años.

Ello sobre la base que debe primar el interés superior del niño conforme lo prevé el Artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como eje interpretativo cuando se presenta un conflicto de este tipo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "*La 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 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). En otra oportunidad, se pronunció haciendo suyas las palabras del Procurador General de la Nación, en punto a que "Los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés de la autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos" (del dictamen de la Procuración General de la Nación, al que remitió la Corte, en Fallos 326:2906, rta. el 21/8/03).

Con respecto a los principios contenidos en la Convención, "la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades" (Cilero Bruñol, Miguel: *El interés del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en AA. VV. "Infancia, Ley y Democracia en América Latina", citado, p. 77).

Estos principios y precedentes fueron desoídos por el Tribunal cuando parece claro que la norma antes citada busca evitar que la madre sea separada de su hijo. Tal es así que el legislador fijó como base hasta los cinco años

## *Cámara Federal de Casación Penal*

edad, lo que demuestra que en esos casos la protección de esa vital relación no puede ser sustituida por otros factores externos como ser la contención familiar que pudiera tener el menor (Conforme Art. 9.1 CDN). Dicho análisis puede proceder, a mi entender, cuando se presentan casos de hijos mayores al límite de edad.

Sin perjuicio que lo expuesto, resulta suficiente para conceder el instituto bajo examen, no puedo dejar de mencionar que la recurrente es la madre biológica que amamanta a su hijo, circunstancia vital para el crecimiento del menor. Sin embargo, llama poderosamente la atención que el Tribunal valore que Fernández se haya casado con otra mujer, lo que garantizaría la presencia de dos madres en el hogar.

La visión expuesta en la decisión impugnada, parece traslucir que la relación y vínculo de la madre (o padre) con los hijos puede llegar a variar si los progenitores son del mismo género. En este caso, dos mujeres que contrajeron matrimonio garantizarían que pese a que una se encuentra presa existe otra "madre" en libertad que supliría aquél rol.

En otro orden, tal como señala el *amicus curiae* (Procuración Penitenciaria), el contexto de nuestras cárceles no es el más adecuado para un niño en sus primeros momentos de la vida, menos aún que durante la lactancia permanezca allí.

De ahí que la circunstancia de existir un lugar habilitado en la cárcel para que las madres privadas de libertad den de mamar, no constituye un impedimento para conceder el beneficio que autoriza la norma, máxime cuando no existe ningún motivo de hecho ni de derecho para así decidirlo.

Por el contrario en el caso, conforme surge de la histórica clínica del menor éste durante su corto período de vida ha padecido dos episodios de bronquiolitis. En tal

sentido es de particular relevancia valorar las condiciones de alojamiento que existen en pabellón N° 16, conforme se desprende del informe presentado el día de la audiencia por la Procuración Penitenciaria, del que surgen las deficiencias que adolece el lugar, que sus paredes tienen humedad, que las detenidas deben convivir con cucarachas porque las fumigaciones no resultan efectivas y entre otras que el pabellón no tiene prácticamente luz natural. A ello se suma que la Unidad Penitenciaria en cuestión no cuenta con guardia de pediatría activa durante las 24hs y los pedidos de consultas médicas son tramitados con días de demora. Allí se concluye que ese pabellón es prácticamente igual a los comunes de detención. Circunstancias que no solo atentan contra la condición primordial del interés superior del niño, sino también contra el Art. 3.3 de la CDN, en lo que hace a su protección en materia de sanidad.

En la disyuntiva que implica la tutela del interés superior de niño por un lado y el cumplimiento de pena intramuros por el otro, adquiere importancia lo expresado por el Dr. Gallo en la audiencia, por cuanto habrá que asegurar al niño que junto a su madre se desarrolle de modo normal en un ambiente adecuado, así se valora también lo aconsejado a fs. 211/13 por de la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de la Secretaría Nacional de la Niñez Adolescencia y Familia, a través de la presentación hecha por el Defensor Ad Hoc de la Defensoría General de la Nación, a cargo de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años, por cuanto Fernández es quien alimenta a su hijo. En tal contexto no podemos dejar de apreciar la influencia que el hábitat provoca en el estado anímico de las personas, en este caso de la madre, el que puede ser transmitido al menor dada la mimetización que en las primeras etapas de su vida tiene el ser humano con su progenitora. En éste sentido cabe también considerar, como lo destacara el Dr. Vignale, el contenido del informe

## *Cámara Federal de Casación Penal*

glosado a fs. 140, en lo que hace a la vivienda en la que se cumpliría la prisión domiciliaria, es decir el domicilio de la Señora Aguad, con quien Fernández mantiene un vínculo armonioso y sostenido en el tiempo, más allá de haber contraído matrimonio.

Por último, quiero dejar en claro que el arresto domiciliario es una modalidad de cumplimiento de pena y no un sinónimo de impunidad. Tal vez, cuando se comprenda esa circunstancia se evitarán decisiones como la recurrida en donde se citan principios y reglas de jerarquía constitucional de manera contraria al fin que se pretende tutelar.

Por razones de economía procesal, remito a la interpretación hecha sobre los alcances de la garantía fundamental "interés superior del niño", en el voto emitido en la Causa n° 7280, Espíndola, Alejandra Karina s/recurso de casación, Sala III, rta. el 27 de noviembre de 2006. Ello en cuanto a la efectividad de los derechos de la Convención y la tarea del Poder Judicial de "descubrir" que curso de acción llevará a la defensa de dicho interés (Cfr. Martínez Ruiz, Analía, *Interés superior*, en AA.VV. "Convención internacional sobre los Derechos del Niño", págs. 101/2). Criterio también sostenido por Mary Beloff para quien el concepto implica la permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares (Cfr. *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en AA.VV. "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales", Editores del Puerto).

En consecuencia conforme lo previsto por la Convención sobre los Derecho del Niño, Arts. 3.1., 3.3, 9.1 y cttes. (Art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional), Art. 10 del Código Penal y Art. 32 inc. F) de la ley 24.660, reformada por Ley 26472, y por estricta aplicación del principio *pro homine*, es que propongo al acuerdo hacer lugar

al recurso de casación deducido y disponer el cumplimiento de la pena de prisión de Ana María Fernández en detención domiciliaria.

Tal es mi voto.

Por ello, y en mérito al acuerdo que antecede el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE: RECHAZAR** el recurso de casación deducido por la defensa de Ana María Fernández, con costas (arts. 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase a su procedencia, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.-