



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

DICTAMEN N° 11.476
Causa n° CCC 74181/2015/43/CFC21
"Blanco Flores s/prisión domiciliaria"
Sala III, Fiscalnet 99804/2016

BREVES NOTAS (27/12/17 a las 11:15 hs.)

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía Nro. 4, en los autos N° CCC74181/2015/43/CFC21", me presento y digo:

I.- Vengo por el presente a emitir opinión en breves notas para la audiencia a realizarse el próximo 27/12/17 a las 11:15 hs.

El 10/10/17 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 **de la Capital Federal** resolvió no conceder el arresto domiciliario a Ely Blanco Flores, en el entendimiento de que no se habían introducido nuevos argumentos de carácter jurídico que determinasen la necesidad de un nuevo análisis de la cuestión resuelta ya por el juez de instrucción y la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.

El tribunal oral sostuvo que de los informes producidos en autos no surgía que su hijo **J.A.P.B.** se encontrara en estado de desprotección. De modo que no se advertían circunstancias objetivas de una concreta afectación al interés superior del niño, que justificasen **la prisión domiciliaria.**

Contra ello **interpuso** recurso de casación la defensa particular de Blanco Flores. Planteó **la** arbitrariedad de la decisión impugnada por la falta de motivación, dado **que a su entender se había omitido** el tratamiento de lo alegado por esa parte, así como también la vulneración de normas procesales, sustanciales y garantías constitucionales.

Expresó que había cursado el pedido de arresto domiciliario de su defendida en los términos del art. 10, inc. "f" del Código Penal y el art. 32 inc. "f" de la Ley 24660 y el tribunal se apartó de los informes que aconsejan la concesión del arresto domiciliario.

Además, señaló que los jueces hicieron una errónea interpretación de la ley de fondo que afecta el principio de legalidad (art. 18 CN),

ya que no analizó el inciso “f” del artículo 32 de la Ley 24660 como reglamentario del derecho constitucional.

II.- Es preciso señalar que la Procuración Penitenciaria de la Nación se presentó en el incidente en carácter de “Amigo del Tribunal” y tras esbozar las cuestiones de hecho y derecho respecto de la situación de encierro de Blanco Flores, sostuvo que la concesión de la prisión domiciliaria impactaría de manera positiva en la integralidad de su núcleo familiar, resguardando adecuadamente el interés superior del niño.

III.- Cabe destacar que a Ely Blanco Flores se le imputan los delitos previstos en **los artículos** 210, párrafo 2º; 201; **208**; 85 inc. 2º del Código Penal y 865, inc. h. del Código Aduanero.

En punto a analizar la cuestión en estudio, considero que asiste razón a la defensa de Blanco Flores y que la decisión del tribunal oral **encuadra en la doctrina de arbitrariedad de sentencias elaborada por la Corte Suprema**, dado que los argumentos esbozados por los jueces se apartan de las constancias de la causa y de la normativa aplicable en la materia.

En primer lugar, debo señalar que las normas del derecho positivo argentino, **sean ellas** sustantivas o adjetivas, deben ser interpretadas a la luz de los principios constitucionales y de los tratados internacionales suscriptos por la República, y no al revés (art. 31 CN). Las directrices que surgen de normas de este nivel deben ser contempladas en toda inteligencia que se haga de las primeras. De ese modo, su incidencia puede hacer variar completamente la interpretación y aplicación tradicional de los preceptos locales e infraconstitucionales.

Bien, el artículo 10, inciso “f” del Código Penal y el artículo 32 de la Ley 24660, **facultan** al juez a conceder el arresto domiciliario a la madre de niños menores a cinco años. Como ya se puede vislumbrar, fue con motivo del desarrollo de otras ramas del derecho, distintas a la penal, que esta redacción se apartó del texto original que sólo contemplaba el cumplimiento de pena (aplicable a procesadas también) fuera del establecimiento carcelario **a** las mujeres condenadas hasta seis meses de prisión.

Ahora, el otorgamiento de la prisión domiciliaria no es imperativo, pero ello no significa que quede librado a la infundada discreción del magistrado, pues aquél está **concebido para** la protección de los derechos



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

reconocidos a las mujeres encarceladas y a sus hijos en los tratados de derechos humanos (ver Defensoría General de la Nación, informe “Punición & Maternidad. Acceso al Arresto Domiciliario”, Buenos Aires, 2015, págs. 19, 53. 69).

Precisamente, se vincula con el amparo a derechos con jerarquía constitucional como el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a la dignidad, a la integridad, a una vida digna, a la protección de la familia, a la protección especial del embarazo y del interés superior de niñas, niños y adolescentes, la proscripción de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes y el principio de trascendencia mínima de la pena (art. 75, inc. 22 CN, arts.1, 2.1, 5, 7, 16.1, 16.3, 25.1 DUDH; 2.1, 3, 5, 7, 10.1, 10.3 PIDCP; 2, 6, 7 DADH; 1.1, 5.2, 5.6, 17, 19, 24 CADH; 1, 2.1, 2.2, 3, 4, 7.1, 9 CND, entre otros).

Al respecto, los estándares internacionales en esta materia señalan el imperativo de priorizar el interés superior del niño frente a la detención de la madre, debido al claro efecto negativo que el encierro de su progenitora provoca en el desarrollo integral de aquél.

En particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, tiene dicho que “[...] también en función del interés superior del niño, las autoridades judiciales competentes deberán aplicar con mayor rigurosidad los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de considerar la aplicación de la prisión preventiva en el caso de personas que tengan la responsabilidad principal de niños a su cargo. En estos casos debe potenciarse el empleo de otras medidas cautelares no privativas de la libertad. La Comisión ha observado, por ejemplo, que en los hechos un alto porcentaje de las mujeres privadas de libertad que tienen niños a su cargo han sido detenidas por delitos no violentos [...]” (OEA/Ser. L/V/II, Doc. 46/13 del 30 de diciembre 2013, pág. 98).

Idéntico criterio mantuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-17, párrs. 71 y 72 y caso "Fornerón e Hija vs. Argentina", sentencia del 27 de abril de 2012, párr.116).

En consonancia con ello, cabe mencionar que las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la

libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) recomiendan la aplicación de medidas alternativas a la prisión (véase regla 45, 46, 56, 58, 59).

De manera que las normas de derecho local o su interpretación literal no pueden oficiar como un obstáculo para el cumplimiento del pleno ejercicio de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, suscriptos por el estado argentino.

En esta dirección, se pronunció la Procuradora General de la Nación, en el dictamen al que se remitió la Corte Suprema de Justicia en Fallos: 336:720, donde dijo: “[e]n el caso de B.F.A, la cámara de casación efectuó una interpretación de la procedencia de la prisión domiciliaria que no tuvo en cuenta la tutela del interés superior del niño, pues no optó por la solución que restringía en menor medida sus derechos. Para el tribunal, únicamente la acreditación de circunstancias excepcionales en las que se compruebe una ‘situación de desamparo’ o de ‘inseguridad material o moral’ habilitarían el arresto domiciliario. No obstante, a los fines de cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos, el criterio de interpretación debió ser el inverso. El tribunal debía merituar que la concesión del arresto domiciliario es la solución que mejor protege los derechos de B.F.A y solo si acreditaba que existían circunstancias excepcionales que demostraban que su interés superior quedaba mejor tutelado si permanece en prisión con su madre, o separándolo de ella, rechazar esta modalidad de cumplimiento de la pena”.

“Pues, el interés superior del niño incluye su derecho a desarrollarse en un entorno adecuado, a la libertad personal, a mantener su vínculo materno filial y a no ser separado de su familia salvo en condiciones de absoluta necesidad. En tal sentido, las soluciones propiciadas por la cámara de casación no logran tutelar, de la mejor manera posible, el interés superior del niño. Crecer en una prisión para adultos no puede constituir, de ningún modo, el mejor entorno para el desarrollo de un niño e incluso puede ocasionarle graves perjuicios. Por su lado, el mantenimiento del vínculo materno filial es esencial en los primeros años de vida para el desarrollo psicofísico y emocional de las niñas y niños. Máxime, en casos como el de estas actuaciones, en que el contacto permanente con la madre se convierte en condición necesaria para que B.F.A. pueda acceder a la lactancia materna protegida en diversos instrumentos internacionales (artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 5 de la Convención sobre la



Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que protegen la maternidad)”.
la maternidad)”).

“Esta, por otra parte, es la regla que surge del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionada, la que debe ser interpretada a luz de las Reglas de Bangkok de Naciones Unidas. Estas reglas, luego de considerar ‘los efectos en los niños de la detención y el encarcelamiento de los padres’ establecen como pauta de interpretación que ‘[c]uando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños’ (A/RES/65/229, Regla 64)”.

“Cuando en casos como el de este proceso, no existen motivos que justifiquen la separación del niño de su madre, los jueces deben actuar con especial prudencia ya que, la decisión de rechazar el arresto domiciliario puede acarrear el alojamiento del niño en una prisión. Esta alternativa puede servir en casos excepcionales para evitar la disolución del vínculo materno filial, pero no puede dejar de observarse que, además de los derechos señalados, lesiona el derecho a la libertad personal, a la integridad personal de las niñas y niños y el principio de intrascendencia de las penas según el cual la sanción privativa de la libertad no puede trascender de la persona condenada penalmente (artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

“Por último, al solo efecto de completar el razonamiento expuesto, cabe destacar que la ley 26.472, promulgada en enero del 2009, introdujo modificaciones al artículo 32 de la ley 24.660 y al artículo 10 del Código Penal dirigidas a ampliar la procedencia del instituto de la prisión domiciliaria. Así, esta modalidad de ejecución de la pena originalmente prevista para el ‘condenado mayor de setenta años y el que padezca una enfermedad incurable en periodo terminal’, comprende ahora, de manera expresa, el supuesto de la ‘madre de un niño menor de cinco años’ (artículo 32, inciso (f), de la ley 24.660 según la redacción de la ley 26.472)”.

“Un estudio del debate que precedió a la sanción de la ley 26.472 refleja la inequívoca voluntad del legislador de incluir este nuevo supuesto con el fin de adecuar la legislación argentina a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. De la transcripción del debate parlamentario en la Cámara de Diputados puede leerse que, por ejemplo, la diputada Marcela Rodríguez expresó que ‘[e]sto no significa eliminar un reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen; lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los condenados o procesados. Menos aún se puede tener a niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera todos los derechos contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño’. En el mismo sentido, la diputada Paola Spatola manifestó: ‘lo que estamos haciendo es blanquear -entre comillas- lo que establecen las diferentes convenciones internacionales a las que adhirió nuestro país. Por otro lado, los niños que hoy se encuentran detenidos junto a sus madres en nuestras unidades carcelarias -aunque en este Parlamento nos llenamos la boca hablando de derechos humanos- no tienen por qué pagar la condena de sus padres’ (Cámara de Diputados de la Nación, sesión ordinaria del 7 de noviembre de 2007, disponible en www.hcdn.gov.ar)”.

“En otro orden de ideas, la cámara, al adoptar su decisión, prescindió de la opinión de dos organismos especializados en la materia como la Procuración Penitenciaria de la Nación (Informe citado) y la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de la SENAF (fs. 212-213 del expediente 33/12). Ambos manifestaron que, dado el contexto social y familiar favorable de B.F.A., correspondía conceder la prisión domiciliaria. Sobre la base de lo informado allí, no encuentro razón suficiente para justificar un rechazo del arresto domiciliario”.

Aunado a lo expuesto, es menester resaltar que cuantiosa jurisprudencia de esta Cámara Federal de Casación sostuvo que la pretensión punitiva debe ceder frente al interés superior del niño (Sala I, causa n° 11744, caratulada “Garro, Marcela Viviana s/recurso de casación”, del 25/08/09, Reg. 14419.1.; Sala II, causa N° 2384/16, caratulada “Reyna, Vilma Vanesa”, del 25/11/16, Reg. 23772; causa 502/13 “Gutiérrez, Verónica s/recurso de casación, del 6/12/13, entre otros).



Desde esta perspectiva, entiendo que corresponde la concesión de la prisión domiciliaria a Blanco Flores, toda vez que su situación **enmarca** dentro de la normativa citada. En efecto, se encuentra alojada en el Complejo Penitenciario Federal IV en carácter de procesada y es madre de un menor de 4 años de edad - **J.A.P.B.**-, a quien la situación de encierro de su madre le produjo un estado de angustia y retroceso en su aprendizaje, pese a encontrarse al cuidado de su abuela (con la que mantiene un vínculo afectivo positivo).

La problemática que afecta al niño se agrava aún más si se tiene en cuenta que el padre del menor también se encuentra detenido en el marco de estas actuaciones, lo cual amerita adoptar la solución mencionada.

Ello es así a la luz de los criterios referidos, porque los informes incorporados al legajo **que** señalan que el menor no se encuentra en desamparo, en realidad desatienden todos los demás aspectos que hacen a la crianza de un niño que van más allá de lo meramente material, sanitario y alimenticio. Lo que no dicen de los informes es cuál es el contenido de la expresión **“en situación de desamparo”** **que están empleando como criterio para emitir su opinión.**

Y además, **debo señalar una última cuestión**, porque existe cierto pensamiento irracional en esa dirección: el niño es inocente de **la conducta de sus padres. Luego, el respeto del principio que prohíbe la “transpersonalización” de la pena (la pena no puede trascender al delincuente o al acusado) no tiene otra solución en casos como el presente que el de prisión domiciliaria de su madre, porque** es el modo más idóneo de cumplimiento de la prisión preventiva impuesta a Blanco Flores para la protección de los derechos de su hijo.

IV.- Por lo tanto, debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa Blanco Flores en los términos expuestos en el presente dictamen.

Fiscalía n° 4, 27 de diciembre de 2017.

FD.-