



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSM 25005863/2012/TO1/29/CFC2

REGISTRO N° 1065/18

//la ciudad de Buenos Aires, a los 24 días del mes de agosto del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente y los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por la Secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensora particular María Elizabeth Gasaro a fs. 75/80 vta. de la presente causa FSM 25005863/2012/TO1/29/CFC2 del registro de esta Sala, caratulada: "**GONZÁLEZ,** s/ **recurso de casación**"; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de San Martín, provincia de Buenos Aires, con fecha 9 de febrero de 2018, en lo que aquí interesa, resolvió "**I.- NO HACER LUGAR al pedido de arresto domiciliario en favor de GONZÁLEZ**" (conf. fs. 61/63).

II. Que, contra esa decisión, interpuso recurso de casación la defensa de González, doctora María E. Gasaro, el que fue concedido por el tribunal a quo a fs. 81/82 vta.

III. En primer lugar, la defensa consideró que la resolución recurrida resulta arbitraria por no haber tenido en cuenta el interés superior del niño a la hora de resolver el arresto domiciliario solicitado para su ahijado procesal.



Asimismo, manifestó el impedimento de González para cumplir con su rol de padre y puso de resalto que si bien el menor de 13 años no es su hijo biológico, sino que es el hijo de su concubina, a quien crió y con quienes convivía además de ser su sustento económico.

Por su parte, detalló que el menor carga con la responsabilidad del cuidado de su madre enferma, quien está bajo tratamiento de quimioterapia y se realiza una serie de estudios para los que necesita estar acostada por varios días, debiendo su hijo realizar los cuidados que antes realizaba González, lo que le ocasiona un gran trastorno emocional.

Agregó por otro lado que la privación de libertad no puede implicar la pérdida de su derecho de padre de atender y cuidar a su hijo, ni del derecho del niño a estar con su padre, y que la resolución recurrida debió contemplar los derechos del niño y la protección del núcleo familiar.

Que en esta instancia, la defensa efectuó una nueva presentación donde profundizó los fundamentos y respaldó con legislación y jurisprudencia, sus dichos (fs. 85/90 vta.).

Finalmente, hizo reserva del caso federal.

IV. A fs. 93/95 vta. se presentó el Defensor Público de la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años, quien adhirió al pedido de arresto domiciliario oportunamente solicitado.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSM 25005863/2012/TO1/29/CFC2

V. Que en la oportunidad prevista en el art. 465 bis, en función de los arts. 454 y 455 del C.P.P.N. (modif. ley 26.374), las partes optaron por no informar oralmente (fs. 97).

Que a fs. 100 González mantuvo el recurso y ratificó a la doctora María E. Gasaro como su defensora.

Superada dicha etapa procesal, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: Juan Carlos Gemignani, Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky.

El **señor juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

I. En primer término corresponde señalar que las resoluciones que involucran la libertad del imputado, resultan equiparables a sentencia definitiva, ya que pueden ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela judicial inmediata (Fallos: 280:297; 290:393; 308:1631; 310:1835; 310:2245; 311:358; 314:791; 316:1934; 328:1108; 329:679; entre otros).

Ello, sumado a la necesaria obligación jurisdiccional de dar cumplimiento con el "derecho al recurso" que le asiste a todo imputado contra cualquier temperamento que le fuere dictado en su contra, conforme el contenido y alcance que brindado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 8.2.h, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8), el Pacto Internacional de



Derechos Civiles y Políticos (art. 14 inc. 5) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente "Herrera Ulloa vs. Costa Rica".

Asimismo, adviértase que la vía impugnatoria bajo examen satisface las exigencias normativas referentes a la legitimación activa del recurrente (art. 459 del C.P.P.N.), a la materia casatoria (art. 456 del C.P.P.N), y a los requisitos formales (art. 463 C.P.P.N.).

II. La cuestión a resolver se centra en verificar si corresponde integrar a Gonzalez al régimen de detención domiciliaria. Ello habrá de ceñirse entonces a la concreta aplicación de los preceptos contenidos en el artículo 10 del Código Penal y en los arts. 32, inciso f, 33 y 34 de la ley 24.660 - modif. ley 26.472 -, normativa ésta que, a la luz del interés del menor, expuesto en el recurso de casación, deberá ser ponderada junto con los preceptos con jerarquía constitucional incorporados a nuestra Carta Magna por el art. 75 inc. 22 - específicamente -, el principio rector del "interés superior del niño" contenido en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Cabe señalar que, en el caso de autos, la edad del menor en cuyo interés superior se solicita la prisión domiciliaria, no se condice con el límite etario establecido por nuestra legislación.

También ya he dejado asentado mi criterio en cuanto a que para casos de este tipo, la concesión de la detención domiciliaria es de carácter facultativo; ya que se trata de una





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSM 25005863/2012/TO1/29/CFC2

potestad y no de un imperativo, debiendo el magistrado fundar razonablemente su decisión, basándose en las características personales del justiciable y demás circunstancias del caso para analizar la procedencia o no del instituto.

III. El recurrente sostuvo que la resolución atacada resulta arbitraria por carecer de fundamentación suficiente.

Para rechazar la solicitud, los magistrados de la instancia anterior manifestaron: *"En el caso traído a estudio se valoraron las características del hecho investigado, los fundamentos esgrimidos por los abogados defensores y la documentación aportada, los que no denotan la existencia de alguna de las causales contempladas en los arts. 10 del C.P. o 32 de la ley 24.660 que impida su permanencia en una unidad carcelaria, por lo que corresponde rechazar el pedido de prisión domiciliaria por no encuadrar la situación del nombrado dentro de las previsiones de las normas mencionadas precedentemente.*

Es por ello que, el caso traído a estudio no encuadra, de momento, pues no reúne los requisitos exigidos por la norma de los artículos 10 del C.P ni 32 de la ley 24660, y no surge tampoco de estas actuaciones que la restricción de la libertad ambulatoria del encartado en el establecimiento carcelario ocasione sufrimientos intolerables, o degradantes para el mismo, coartando así otras garantías resguardadas constitucionalmente." (fs.62 vta.).



Sentado cuando precede, y analizados que fueran los argumentos esgrimidos, entiendo que la resolución recurrida se presenta como carente de fundamentación.

Entiendo que le asiste razón a la defensa en cuanto a que la decisión cuestionada resulta arbitraria, ello así, dado que la petición fue rechazada sin haberse corroborado las condiciones socio-ambientales en las que se encuentra el menor con su madre y el estado de salud de la mujer de González.

Corresponde señalar que la defensa aportó nume documentación que da cuenta de una situación delicada que debe ser analizada por el a quo, solicitando informes médicos y sociales para constatar dicho escenario.

Por lo expuesto entiendo que debieron recabarse también informes psicológicos y socio-ambientales, así como verificarse el estado de salud de la señora , a los fines de realizar un análisis adecuado para la ponderación de los intereses en juego.

Por ello, es que corresponde anular la decisión impugnada, sin que ello implique un análisis axiológico en orden a la cuestión de fondo aquí recurrida.

VI. En consecuencia, corresponde HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto la defensa particular de González, ANULAR la decisión impugnada y REMITIR las presentes actuaciones al juzgado de origen a fin de que dicte una nueva resolución





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSM 25005863/2012/TO1/29/CFC2

conforme a derecho y a las pautas aquí establecidas. Sin costas en esta instancia (artículos 530 y 531 del C.P.P.N.).

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Que coincido en lo sustancial con el colega que lidera el presente acuerdo en cuanto a que en las particulares circunstancias del caso de autos corresponde la realización de un informe socio ambiental que releve la situación actual tanto de la madre como del niño J.F.B.; en cuyo interés superior se ha solicitado la prisión domiciliaria de GONZÁLEZ.

En el caso de autos, cobran relevancia las disposiciones previstas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación relativas al "progenitor afín", describiéndolo como "el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente" (cfr. artículo 672 del Código Civil y Comercial).

El artículo 673 dispone que el "cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia".

Y el art. 674 establece que el progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando "...no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y



siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente.”.

El articulado incorporado a partir de la reciente reforma operada en la materia responde a la realidad de las nuevas formas de relaciones familiares; el padre y la madre afines que conviven con los niños/as y asumen roles diariamente.

Asimismo corresponde señalar que llevo dicho que en casos como el de autos, corresponde la intervención del órgano que se encuentra en condiciones de alegar objetivamente sobre qué es lo mejor para atender al Interés Superior de los niños que ha sido invocado en sustento del requerimiento, esto es, la Defensoría Pública de Menores e Incapaces (cfr. causa Nro. 11.430 de esta Sala IV, “Paez, Natalia Geraldine s/recurso de casación”, Reg. Nro. 12.666.4, rta. 23/11/09, entre otros).

Es que cuando se invoca “el Interés Superior del Niño” en los términos del artículo 3.1 del CDN, resulta primordial que el caso sea suficientemente sustanciado a los fines de dotar a los jueces de la información pertinente y suficiente para decidir si la morigeración del régimen de prisión preventiva que se solicita en función del interés del niño, sería necesaria e idónea para asegurarlos en los términos de la normativa citada (cfr. *in re* “Páez”).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSM 25005863/2012/TO1/29/CFC2

En función de ello, resulta ineludible la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, en el adecuado resguardo del derecho a ser oído del niño en tanto la cuestionada intervención estatal lo ha separado -en el caso- de su padre y el pedido de prisión domiciliaria es efectuado principalmente en su nombre (artículo 12 de la C.D.N.), pues es aquel el órgano que se encuentra en condiciones de alegar, objetivamente y de un modo no condicionado, sobre el punto, en tanto debe intervenir *"en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores o incapaces"* y puede *"entablar en defensa de éstos las acciones y recursos pertinentes"* (art. 54 de la ley 24.946).

En atención a que dicho órgano no ha intervenido en el caso sino recién ante esta instancia (ver fs. 93/95 vta.), entiendo que la decisión recurrida, aparece desprovista de fundamento, pues al momento de resolver el tribunal no contó con el dictamen del Asesor de Menores; defecto que acarrea la nulidad del fallo recurrida (art. 123 del C.P.P.N.).

Asimismo, considero que el fallo recurrido debe analizarse también desde una perspectiva igualitaria y evolutiva de género, teniendo especialmente cuenta la situación de salud de la madre del niño.

En este sentido, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, anular la resolución recurrida para que -teniendo en



cuenta lo informado por el Asesor de Menores y por el informe socio ambiental a fin de corroborar las condiciones actuales de la madre y del niño- se dicte una nueva que contemple la situación actual de los niños.

III. Por lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la doctora María E. Gasaro, defensora particular de GONZALEZ; anular la decisión recurrida y remitir los autos al tribunal de origen para que dicte una nueva conforme los parámetros aquí establecidos. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

Sellada que está la suerte del presente acuerdo por el voto coincidente de mis distinguidos colegas que me preceden en el orden de votación, me limito a señalar que -en igual sentido que lo propiciado por el representante del Ministerio Público Fiscal de la instancia anterior- en las concretas circunstancias de autos, el tribunal a quo realizó una correcta aplicación al caso en estudio de la ley sustantiva (art. 32, inc. "f", de la ley 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad -mod. por ley 26.472-) tomando en cuenta las constancias de la causa, así como la situación particular de González y del hijo menor de edad de -concubina del nombrado-.

En dicho orden de ideas, los fundamentos brindados por los magistrados intervinientes,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSM 25005863/2012/TO1/29/CFC2

quienes entendieron que el caso en estudio no encuadra en los supuestos del art. 32 de la ley 24.660, resultan suficientes para considerar que la resolución cuestionada se encuentra motivada en los términos del art. 123 del C.P.P.N., razón por la cual no puede ser descalificada como acto jurisdiccional válido.

Por lo demás, habré de agregar que la falta de intervención del Defensor de Menores e Incapaces ante la instancia anterior ha sido subsanada por la posterior intervención de la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años ante esta instancia (cfr. C.F.C.P., Sala IV: causa FSA 7147/2014/13/CFC3, "González, na Giselle s/ recurso de casación", reg. nro. 1085/16, rta. el 5/09/16; causa nro. FBB 5332/2016/2/CFC2, "Pérez, Clidia Gladys s/ recurso de casación", Reg. n° 1555/17.4, rta. el 2/11/17, causa nro. FMZ 11356/2013/TO1/25/1/CFC4, "Vargas Méndez, Silvana Natalí s/ recurso de casación", Reg. Nro. 1876/17.4, rta. el 27/12/17, de aplicación al caso en lo pertinente).

Por ello, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de González, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine*). Tener presente la reserva del caso federal.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría,

RESUELVE:



HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la doctora María E. Gasaro, defensora particular de GONZALEZ; **ANULAR** la decisión recurrida y **REMITIR** los autos al tribunal de origen para que dicte una nueva resolución conforme los parámetros aquí establecidos. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (Acordada CSJN 15/13 y Lex 100). Remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARIANO HERNÁN BORINSKY

JUAN CARLOS GEMIGNANI

GUSTAVO M. HORNOS

Ante mí:

