

//n la Ciudad de Buenos Aires, a los 2 días del mes de noviembre del año dos mil diez, se reúnen los integrantes de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, Dres. Angela Ester Ledesma, Liliana Elena Catucci y W. Gustavo Mitchell, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María de las Mercedes Lopez Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la causa n°12. 923 caratulada “**Sosa, Cármen s/recurso de casación**”, con la intervención del representante del Ministerio Público ante esta Cámara, Dr. Raúl Omar Pleé, del señor Defensor Ad- Hoc a cargo de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años, Dr. Gustavo Oreste Gallo, y del Dr. Albino Stefanolo , por la defensa de la imputada.

Efectuado el sorteo para que los Señores Jueces emitan su voto, resultó el orden siguiente: Catucci, Mitchell, Ledesma.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

La Sra. Juez, **Dra. Liliana Elena Catucci**, dijo:

PRIMERO:

Las presentes actuaciones llegan a conocimiento de este Tribunal a raíz del recurso de casación interpuesto a fs.60/66 por el titular de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años, Dr. Gustavo Oreste Gallo en representación de la menor A T F S, contra la resolución dictada por el Tribunal

Oral en lo Criminal Federal nº 5, que no hizo lugar a la prisión domiciliaria solicitada a favor de Carmen Sosa (fs.41/45).

Concedido el remedio intentado mediante resolución de fs. 68, las actuaciones quedaron radicadas ante esta Cámara y a fs. 77 se presentó el Dr. Stefanolo quien adhirió al recurso ya deducido.

Habiéndose dado cumplimiento a la audiencia prevista por el artículo 465 bis del Código Procesal Penal, en función del 454 y 455 *ibidem* (texto según ley 26.374), sólo asistió por la defensa particular de Carmen Sosa, el Dr. Albino Stefanolo, quien reiteró los argumentos que expuso en su adhesión; a partir de la cual el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

SEGUNDO:

a) El representante de la menor, encarrila su recurso en el artículo 456 de nuestro ordenamiento de rito por considerar que el decisorio en crisis incurre en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, e inobservancia de las reglas procesales que aparejan la sanción de nulidad.

Estima que se interpretaron de manera errónea los preceptos constitucionales establecidos en los arts. 3 y concordantes de la Convención de los Derechos del Niño, el art. 10 del Código Penal y los arts. 32 y 33 de la ley 24.660, lo que derivó en un pronunciamiento arbitrario.

En primer lugar, recuerda que su representada tiene once años, una altura de un metro cincuenta y ocho centímetros y pesa noventa kilogramos, que posee arritmia cardíaca y una inminente diabetes, y que su situación empeoró a raíz del encierro de su madre.

Manifiesta que no está de acuerdo con lo sostenido por el *a quo* en cuanto a que *"...un punto que no se puede dejar de considerar en lo que importa al estado de salud de la niña A. es que tanto su madre como su hermana también padecen de problemas alimenticios. Vale decir entonces, que dicha situación no reconoce su explicación en la detención de Carmen Sosa, sino más bien en hábitos alimenticios del propio seno familiar"*.

Estima que esa afirmación no es totalmente acertada, pues se lee del informe socio-ambiental que *"...de lo revelado en las entrevistas administradas, surge claramente que, desde que se ha visto privado de sus cuidados y afecto, esta niña ha manifestado síntomas y cambios de conducta que podrían atribuirse al debilitamiento del vínculo materno filial"*, lo que demuestra la necesidad de que la menor conviva con su madre.

Afirma que el pedido se basa en razones humanitarias, ya que se encuentra afectado el interés superior del niño. En este sentido cita un fallo del Alto Tribunal, donde se sostuvo 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 a juzgamiento de estos casos"*. (del dictamen del Procurador General de la Nación, al que remitió la Corte en N. 108. XXXIX, Neira, Luis Manuel y otra c/ Swiss Medical Group S.A.", rta. el 12 de agosto de 2003.).

En definitiva, considera que el *a quo* debió resolver conforme lo establecido en los arts. 3 y 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ser la interpretación más ajustada conforme al interés superior del niño.

Por lo expuesto, solicita que se haga lugar al recurso de casación interpuesto, se anule la resolución recurrida y se ordene la prisión domiciliaria a favor de Carmen Sosa.

Hace reserva del caso federal.

b) Por su parte, el Dr. Stefanolo en oportunidad de adherir al recurso del Asesor de Menores, sostiene que el arresto domiciliario de su asistida es a todas luces procedente, pues reúne las condiciones procesales necesarias.

Asimismo, considera que se lo debe conceder para mantener la integridad de las menores y proteger su estado de salud.

Por ello solicita que se haga lugar al recurso deducido.

TERCERO:

En relación al tema en examen se desprende de la lectura de la resolución en crisis y del recurso de casación deducido, que la defensa no ha logrado rebatir los fundamentos del pronunciamiento recurrido.

Ha de señalarse que la detención domiciliaria no es de aplicación automática, sino que obedece a “irrenunciables imperativos humanitarios” que deben ser evaluados por el magistrado que la concede en virtud de la “facultad” que le otorga el ordenamiento legal (cfr. causa n° 10.970 “Maglio, Albana María Luján s/recurso de casación” Reg. 1149/09 del 21 de agosto de 2009 y causa n° 11.595 “Sosa, Claudia Beatriz s/recurso de casación” Reg. 1644 del 16 de

noviembre de 2009, ambas de la Sala III, entre otras).

En ese sentido, de las constancias de la causa y de las normativas aplicables al caso puede concluirse que la situación de Carmen Sosa no se encuentra prevista en alguno de los supuestos taxativos contemplados por la normativa involucrada.

No pasa inadvertido que la ley 26.472 (B.O. 20/1/09) no sólo ha mantenido los dos incisos previstos en el antiguo artículo 33 de la ley 24.660 sino que ha ampliado los casos de procedencia del instituto, sin modificar las restantes normas complementarias que rigen el instituto (arts. 10 del Código Penal, 314 y 495 del Código Procesal Penal de la Nación, y Decreto 1058/97).

Reza ahora el artículo 32 de la Ley 24.660: *“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 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.”*(el subrayado me pertenece).

Por su parte, el artículo 33 quedó redactado de la siguiente manera: *“La detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución*

o competente. En los supuestos a), b) y c) del artículo 32, la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social. El juez, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.”

A su vez, el artículo 10 del Código Penal fue modificado y dice hoy:
“Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El 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) El interno mayor de setenta (70) años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.”

Se parte de la premisa de que el legislador al crear tal disposición otorgó facultad al juez para aplicarla; facultad que se amplía ahora con la reforma legislativa ya que sin excluir ninguno de los antiguos supuestos incorporó otros antes no contemplados. Esta redacción impone evaluar en cada caso la posibilidad o no de disponer la excepción a que se alude.

En tal sentido, la solución adoptada por el *a quo* no va en perjuicio concreto de la menor, toda vez que A. S. se encuentra contenida material y

afectivamente.

En efecto, surge del informe de fs. 25/26 que el aspecto económico está satisfecho por el usufructo de la tarjeta de Ciudadanía Porteña de la que es titular Sosa, y el aporte monetario de su abuela paterna, y en el plano afectivo la menor está al cuidado de su hermana Florencia, y no se halla en una situación de abandono ni de extrema vulnerabilidad (cfr. causa n° 11.550 "Trabalos, Norma Beatriz s/rec. de casación" rta. el 24 de febrero de 2010).

Asimismo se tuvo en consideración el informe socio-ambiental, en el que consta que la menor padece de sobrepeso y que si bien luego de la detención de su madre, presentó dos episodios de dolores de cabeza y estómago, después de concurrir al Hospital General de Niños "Dr. Pedro de Elizalde" donde le prescribieron medicación antihipeglucemiante y la derivaron al nutricionista, su salud se encuentra controlada (fs.27/28).

Si a lo que se viene exponiendo se añade que su madre se encuentra acusada por un delito de suma gravedad vinculado con el tráfico de estupefacientes, una vez más, se pone de relieve, que son precisamente los niños los que sufren las carencias afectivas y materiales de modo que esa preocupación debe ser evaluada por quienes son tentados a delinquir de antemano, no después como pretexto.

Por otra parte, debe señalarse que Carmen Sosa estuvo prófuga de la justicia desde el 23 de marzo de 2009, hasta que fue aprehendida en el mismo domicilio que ofrece como lugar de cumplimiento del arresto domiciliario.

Por último, resulta oportuno puntualizar que conforme surge de fs.

101, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 5, fijó audiencia de debate para el día 15 de noviembre próximo, oportunidad en que se resolverá en forma definitiva la situación procesal de Carmen Sosa.

Por lo expuesto, propicio al acuerdo rechazar el recurso de casación deducido, con costas (arts. 456, 470 y 471 *contrario sensu*, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

El Sr. Juez **doctor W. Gustavo Mitchell** dijo:

Que se adhiere al voto de la Dra. Catucci.

La Sra. Juez **Angela Ester Ledesma**, dijo:

Sellada que se encuentra la suerte de este recurso, disiento con el voto de los colegas preopinantes, toda vez que si bien el presente caso no encuadra en los supuestos del artículo 10 del CP y 32 de la ley 24.660, en tanto la hija menor de Sosa tiene 11 años, lo cierto es que no debe perderse de vista el interés superior del niño. En efecto, los informes obrantes a fs. 25/30 dan cuenta de la situación de desamparo que padece la menor. Es así que ambos padres se encuentran detenidos, razón por la cual vive con su hermana de 19 años en un inmueble ubicado en el barrio de La Boca. Por otro lado, ambas deben subsistir con el subsidio que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires le otorga a su madre y con el aporte que su abuela paterna les hace llegar. Asimismo, según se desprende de los certificados y estudios médicos de fs.31/38, la menor padece sobrepeso y a partir de la detención de Sosa presentó dos episodios sintomáticos a consecuencia de los cuales se detectó una arritmia cardíaca y una diabetes

inminente.

Al respecto, la Licenciada Analía Alonso expresó que *“a partir de la detención de Sosa, la dinámica familiar se ha alterado profundamente. Hasta entonces ésta se ocupaba del cuidado y crianza de sus hijas, se encargaba de las tareas domésticas y constituía el principal sostén económico del grupo familiar conviviente”* y agregó que *“ Sosa constituye el único referente adulto de sus hijas, manteniendo con ellas un lazo afectivo, claramente diferenciado y preferido, y un vínculo estrecho y cariñoso. Por tal motivo, su reinclusión en el grupo familiar redundaría en un beneficio para el desarrollo psicoemocional y la salud de ambas.”*

En consecuencia, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas.

Así es mi voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, **RESUELVE**:

I) TENER POR DESISTIDO el recurso interpuesto por el titular de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años, Dr. Gustavo Oreste Gallo, **CON COSTAS** (arts. 454, 530 y ccdtes. del Código Procesal Penal de la Nación.).

II) RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de Sosa, **CON COSTAS** (arts. 456, 470 y 471 *contrario sensu*, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, hágase saber y devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo: Angela E Ledesma, Liliana Elena Catucci y W. Gustavo Michell. Ante mi:
María de las Mercedes López Alduncin, Secretaria de Cámara.