

**PRISIÓN DOMICILIARIA. MUJER EMBARAZADA que se encuentra en la última etapa de su embarazo. Artículo 32 de la ley 24.660. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Principio de intrascendencia de la pena. Tribunal que estima que el hecho de que el domicilio se encuentre en una “presunta zona de riesgo” introduce un riesgo procesal e impediría el debido control del acatamiento de la prisión domiciliaria. Rechazo de tales argumentos. La ineficacia del Estado no puede colocarse en cabeza de la condenada y ser merituada en su perjuicio. Concesión del beneficio.**

**Causa 684/13 – “Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de casación” – CFCP - SALA II - 20/09/2013**

“Sobre la ratio legis de la norma, se ha dicho que: “No cabe duda de que la cárcel no constituye un ámbito adecuado para garantizar el desarrollo satisfactorio de un embarazo; y que lo mismo puede decirse respecto de la crianza de los hijos” (y que) “...se suma que el estrés del encierro puede tener un efecto negativo sobre la salud de la mujer y el curso del embarazo. Por otra parte el alumbramiento durante el encierro y los niveles de ansiedad y estrés tienen directa incidencia en la mayor o menor salud física y emocional del niño” (cfr. Di Corletto, Julieta B. y Monclús Masó, Marta, “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años”, en Anitua y Tudesco, compiladores, “La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler”, Editores del Puerto, Bs. As., 2009, págs 288/289).”

“ (...) el Estado argentino evidenció, por medio de la sanción de la ley 26.472, su preferencia por que las mujeres madres en conflicto con la ley penal permanezcan junto con sus niños pese a la existencia de un proceso penal o condena en su contra. Pero, además, y más importante aún, se inclinó a garantizar este vínculo prioritariamente fuera de los muros de la cárcel” (Alderete Lobo, Rubén, “la expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas (Una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o la separación de éstos de su madre, cuando la prisión domiciliaria no es una opción posible)”

“... por exigencias de orden internacional y constitucional, reunidas las previsiones de ley, el estándar debe constituirse a partir de que ningún parto puede tener lugar en prisión por atentar contra la dignidad de la madre y de su hijo, quienes resultan acreedores de protecciones especiales por su posición de desventaja y vulnerabilidad y guardan necesidades específicas que no pueden reunirse en el encierro carcelario.”

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, de manera reiterada, que toda restricción al ejercicio de un derecho debe estar prevista por ley, ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin que intenta proteger. Además, al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una restricción se debe examinar que no exista una medida alternativa “menos gravosa respecto al derecho intervenido” (Corte IDH, Opinión Consultiva n°5, caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párrafo 93, entre muchos otros).”

“En igual sentido, el principio pro homine o pro persona manda a escoger, entre varias interpretaciones posibles, aquella que tutele mejor los derechos humanos (cf., por ejemplo, Fallos: 332:1963, considerando 23).”

“Criterios similares han sido reafirmados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al expresar: “La consideración primordial del interés del niño (...) orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema a quien corresponde aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, C.N.). La atención principal al interés superior del niño (...) apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos” (Fallos 328:2870, considerandos 4 y 5).”

“(…) no pueden dejar de evocarse las Reglas de Bangkok en cuanto señalan que: “Cuando 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 y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños (Regla 64).”

“(…) debe gobernar en la especie el principio constitucional de trascendencia mínima de la pena”

“... cabe resaltar que –por definición- ninguna acción paternalista puede sustituir un reclamo de libertad. Por ello carece de todo fundamento la presunción que el real o eventual cuidado que pueda recibir una embarazada para dar a luz en cautiverio supere un alumbramiento en el medio libre, bajo las condiciones que la peticionaria decida, sea en un centro hospitalario o en su vivienda; sólo su autodeterminación puede definir el modo de llegada de su hijo.”

“... los jueces que impusieron su voz en el acuerdo mencionaron que: “...al realizar el informe social requerido se sostuvo que la vivienda propuesta por Álvarez Contreras para obtener el beneficio impetrado, “es de difícil acceso revistiendo ciertos índices de riesgo social” (y que) más allá de la situación de control profesional desfavorable en la que se encontraría la interesada de accederse a lo peticionado, lo cierto es que, tal como destacó la Sra. Fiscal de Juicio, el debido contralor del acatamiento de la prisión domiciliaria, tal como lo exige el art.33 de la ley 24.660, resultaría de imposible cumplimiento.”

“Corresponde advertir que la ineficacia del estado en relación a las conjeturales limitaciones al acceso al domicilio denunciado no puede colocarse en cabeza de la condenada y ser merituada en su perjuicio. Una vez más se invirtieron las variables para decidir su denegatoria.

Al respecto, cabe traer a colación lo señalado por esta Sala en cuanto a que: "... no puede hacerse cargar al niño con la imposibilidad que pudiera tener el Patronato de Liberados, como parte integrante del Estado, de ejercer un correcto control sobre quienes pesa una modalidad de detención diferente por el hecho de vivir en una "zona de riesgo"... (cfr. causa n°15.691, caratulada: "Naranjo, María Laura s/recurso de casación", rta. 29/8/2012, reg. n° 20.371)."

Citar: elDial AA836B

Copyright 2013 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina



**Causa 684/13 – “Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de casación” – CFCP - SALA II - 20/09/2013**

/// la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 20 días del mes de septiembre de dos mil trece, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y los jueces Ángela Ester Ledesma y doctor Pedro R. David como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la causa 684/2013 del registro de esta Sala caratulada “Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de casación”. Interviene representado el Ministerio Público Fiscal el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé y por la defensa la señora Defensora Pública Oficial ad –hoc doctora Graciela Galván.- Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designado para hacerlo en primer término el juez Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar los jueces Ángela Ester Ledesma y Pedro R. David, respectivamente.-

El señor juez doctor Alejandro W. Slokar dijo:

1º) Que por decisión de fecha 7 de mayo de 2013, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°2 de esta ciudad, en el marco de la causa n°2010 de su registro, resolvió – por mayoría- no hacer lugar al pedido de arresto domiciliario efectuado por la defensa de Flor de María Álvarez Contreras (fs15/19).-

Contra esa resolución, la defensa interpuso recurso de casación (fs.28/38vta.), que fue concedido (fs.39/vta.).-

2º) Que el recurrente manifestó en primer lugar que: "... el objetivo que el legislador tuvo en mira ha sido delineado en función de garantizar el integral desarrollo del "nasciturus", entendiéndolo como una pauta natural, que el contexto de encierro en prisión de su eventual progenitora no representa el más adecuado en pos de proveer condiciones aptas para su

nacimiento y posterior crecimiento, incluso una vez que se encuentre afuera del vientre materno”.-

En ese orden, se agravió por entender que: “- lo resuelto por la mayoría del colegiado conduce a desnaturalizar el fin primordial del arresto domiciliario (-) El objetivo del arresto domiciliario apunta a mejorar las condiciones que resultan inherentes al encierro carcelario –que van mucho más allá de la mera condición sanitaria-, no a recomponer eventuales deficiencias o complicaciones que puedan surgir a raíz de la estadía en prisión”.-

Asimismo, destacó que: “...los mismos miembros de la Sección de Asistencia Social de la Unidad 31 del Servicio Penitenciario Federal emitieron un dictamen por intermedio del cual propician la concesión del arresto domiciliario”.-

Afirmó luego que el Tribunal para sostener el riesgo social de la vivienda donde residiría la imputada se basó en sus propios dichos y que: “extrae un fragmento del informe que está sustentado en un hecho que la agencia penitenciaria no comprobó tácticamente, porque la constatación del emplazamiento estuvo a cargo de la comisaría con jurisdicción en la zona y el personal que materializó la diligencia tampoco ha hecho ninguna clase de manifestación”.-

Al respecto, agregó que: “(l)a mayoría del Colegiado estima que el hecho de que el domicilio se encuentre en una “presunta zona de riesgo” introduce un riesgo procesal que se pone en peligro la realización de la ley sustantiva y el desarrollo del contradictorio. Pero, (-) existe una innumerable cantidad de medidas alternativas que pueden garantizar que tal finalidad no se frustre...”.-

En suma, concluyó que: “(l)os argumentos que propician el rechazo de la medida de morigeración del encierro cautelar de Álvarez Contreras, tampoco tienen en cuenta un principio tan básico (-) como el de intrascendencia de la pena. La consecuencia inmediata que produce el rechazo del arresto domiciliario de (su) defendida arrastra una repercusión punitiva que se proyecta directamente sobre el no nato...”.-  
Por ende, solicitó que se revoque la resolución en crisis y se le conceda a su pupila el arresto domiciliario.-

3º) Que a fs. 50 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 465 bis del CPPN, y de haber presentado breves notas la defensa, que quedaron agregadas a fs. 49. En esas condiciones, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.-

-II-

Que se bien la decisión recurrida no es ninguna de las enumeradas en el art. 457 del rito, el tribunal ha de conocer de la impugnación habida cuenta que, por sus efectos, debe considerarse equiparable a definitiva. Además, en el recurso se ha postulado que el art 32 de la ley n° 24.660- texto según ley n°26.472- habría sido interpretado y aplicado de un modo inconciliable a la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que el agravio ha sido presentado, prima facie, como una cuestión federal que impone su tratamiento por vía del recurso de casación en los términos de la doctrina sentada por la Corte Suprema en Fallos: 328:1108 (“Di Nuncio, Beatriz Herminia”), que ha erigido a esta Cámara como tribunal intermedio y la ha declarado “facultada para conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que intenten someterse a su revisión final, con prescindencia de obstáculos formales” (considerando 11).-

Que, por lo demás, se ha invocado inobservancia de disposiciones procesales sancionadas con nulidad, en tanto se alega que la decisión recurrida no satisface las exigencias de motivación (art 123 CPPN).-

-III-

Que, liminarmente, cabe señalar que la prisión domiciliaria se solicita en virtud de lo establecido en el artículo 32 de la ley n° 24.660, habida cuenta que la imputada se encuentra en la última etapa de su embarazo.-

Para dar adecuada solución al sub examine, interesa subrayar que el instituto cuya aplicación se postula ha sido regulado tanto en el Código Penal como en la ley n° 24.660 – texto según ley n°26.472-. Así, un análisis detenido de la normativa en cuestión permite afirmar que no se vincula necesariamente con el régimen de progresividad establecido para la ejecución de las penas privativas de libertad, sino que importa una modalidad distinta, diríase autónoma, que responde a reglas propias.-

De tal manera, el encierro domiciliario constituye una solución más aceptable para los casos en que el carcelario implica una afectación que trasciende las restricciones a la libertad ambulatoria propias de la ejecución de la pena.-

Sobre la ratio legis de la norma, se ha dicho que: “No cabe duda de que la cárcel no constituye un ámbito adecuado para garantizar el desarrollo satisfactorio de un embarazo; y que lo mismo puede decirse respecto de la crianza de los hijos” (y que) “...se suma que el estrés del encierro puede tener un efecto negativo sobre la salud de la mujer y el curso del embarazo. Por otra parte el alumbramiento durante el encierro y los niveles de ansiedad y estrés tienen directa incidencia en la mayor o menor salud física y emocional del niño” (cfr. Di Corletto, Julieta B. y Monclús Masó, Marta, “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años”, en Anitua y Tudesco, compiladores, “La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler”, Editores del Puerto, Bs. As., 2009, págs 288/289).-

En esa línea, se sostuvo que: “La ley 24.660 establece en su art. 1, -como fin de la ejecución de la pena- “lograr que el (la) condenado (a) adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social” ... “Por otra parte, en su art. 5 y refiriéndose específicamente al tratamiento de la persona condenada, la ley establece que “el tratamiento del (la) condenado(a) deberá ser programado e individualizado...”... En su segundo párrafo establece que tanto en lo que se refiere al régimen como al tratamiento “deberá atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades para el momento de egreso, dentro de las posibilidades de la administración penitenciaria”... En estas dos normas define la ley dos principios básicos del régimen de ejecución de las penas en nuestro país: pudiendo afirmarse que el Estado asume frente a las personas condenadas, cualquiera sea su sexo, la obligación de brindar condiciones de detención que le permitan a éstas ejercer su derecho a resocializarse y de respetar los intereses y necesidades individuales en cada caso” (Belmont, Natalia, “Mujeres en situación de encierro. Las prácticas discriminantes de las agencias del estado” en “Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal”, Baigún-Bustos Ramírez, directores, n°6 “Cárceles”; Ediciones del Instituto, INECIP, Bs. As, 2005, pág. 65).-

De otra banda, con invocación de la exposición de motivos se mencionó que: “... el contacto con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental para el desarrollo

de los niños. Por eso mismo, se procura mantener unidos a la madre del niño existiendo dos opciones legislativas: la primera es la privación de la libertad de la madre y el niño (la más frecuente en los órdenes jurídicos latinoamericanos) y la otra opción es disponer la prisión domiciliaria de la madre. Evidentemente, la primera opción implica la privación de la libertad de un niño, sometiéndolo a las consecuencias lesivas de un proceso de institucionalización, sólo para garantizarle su contacto con la madre. Consideramos que para estos supuestos existen medidas menos restrictivas de la libertad para el niño como la prisión domiciliaria garantizando tanto el cumplimiento de la pena y el contacto madre-hijo... “(y que) “Esto demuestra, sin lugar a discusión, que el Estado argentino evidenció, por medio de la sanción de la ley 26.472, su preferencia por que las mujeres madres en conflicto con la ley penal permanezcan junto con sus niños pese a la existencia de un proceso penal o condena en su contra. Pero, además, y más importante aún, se inclinó a garantizar este vínculo prioritariamente fuera de los muros de la cárcel” (Alderete Lobo, Rubén, “la expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas (Una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o la separación de éstos de su madre, cuando la prisión domiciliaria no es una opción posible)” en Chinkin, Christine et. Al., “Violencia de Género. Estrategias de Litigio para la Defensa de los Derechos de las Mujeres”, Defensoría General de la Nación, Bs. As, 2012, pág 265, el destacado no es del original).-

Asimismo, se ha reconocido que: “El crecimiento exponencial de la población carcelaria femenina, superior al 200% en los últimos 15 años, además de una asistencia más intensa como grupo sobrevulnerado, obliga a ensayar estrategias penales más idóneas económica y socialmente y, por sobre todo, menos crueles que la de la prisión” (y por sobre todo que) “...ningún ser humano debería ser engendrado en cautiverio –y, mucho menos, producido su alumbramiento, permanecer recluso junto a su madre...” (Kent, Jorge, “La Criminalidad Femenina. ¿Madres e hijos en prisión? La degradante complejidad de una atribulada problemática”, Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 2007, págs. 179 y 55 respectivamente; el destacado no es del original).-

También se señaló que: “En la mayoría de las sociedades, las mujeres son las principales responsables de la familia, en especial si hay niños implicados. Ello supone que cuando una mujer es enviada a prisión, las consecuencias para la familia que queda detrás pueden ser muy graves” (y que) “Todo ello implica que deben adoptarse medidas especiales para asegurar que las reclusas puedan mantener un contacto provechoso con sus hijos. El caso de los niños muy pequeños requiere una actitud especialmente sensible” (además que) “La aplicación de cualquier restricción de seguridad durante el parto supone una serie de problemas especialmente delicados. Siempre debe tenderse a que ninguna mujer embarazada dé a luz en prisión” (como también que) “En muchos casos, la suerte de sus hijos puede ser motivo de gran preocupación y tensión para las reclusas, situaciones que tendrán una fuerte repercusión sobre su bienestar mental y harán que el encarcelamiento les resulte psicológicamente más doloroso que al hombre” (Coyle, Andrew, “La Administración Penitenciaria en el contexto de los Derechos Humanos. Manual para el Personal Penitenciario”, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, 2002, págs. 131/132 y 133/136; el destacado no es del original).-

En ese sentido, se profundizó empíricamente refiriéndose que: “La vida en la cárcel de las embarazadas o de quienes permanecen alojadas con sus hijos menores a 4 años no parece ser menos compleja que la del resto. A la inversa, además de las carencias que padece la

población penitenciaria en general, este grupo debe enfrentar mayores dificultades para satisfacer las necesidades específicas de los niños, o las propias de su condición de gestantes” (y que) “Las necesidades propias del cuidado durante el embarazo y de los bebés y niños pequeños hacen que estas mujeres estén aún más preocupadas por la alimentación que el resto de las detenidas. Son, en proporción, menos las que se alimentan principalmente con alimentos provistos por el penal –el 38,9% de las embarazadas y madres que están con sus hijos en la cárcel, frente al 56,2% del resto de las entrevistadas- y son más críticas al evaluar la cantidad y calidad de la comida que provee el SPF (la mitad de las embarazadas o madres que viven con sus hijos pequeños contestó que la comida es mala o muy mala, y la otra mitad, que no es ni buena ni mala. En el caso de las embarazadas y madres de lactantes, una sola de las 11 encuestadas respondió que se modificó la alimentación durante el período de embarazo o durante el amamantamiento (...))

Apreciaciones similares pueden realizarse con respecto a las condiciones de higiene en las que deben transitar el embarazo o criar a sus hijos. Ninguna de las 18 mujeres considera que la provisión de elementos para la limpieza es buena.” Asimismo se refirió que: “La condición de gestante trae aparejadas necesidades específicas que ameritan una atención especial de este grupo. Un ejemplo de ello es la forma en que se realizan los traslados. Ya se señaló que si bien resulta imperiosa la necesidad de que toda la población penitenciaria sea trasladada en condiciones dignas, éstas tienen un mayor impacto y afectación en el caso de las embarazadas. Estas circunstancias justifican un trato diferenciado hacia este grupo. Otros requerimientos especiales se refieren a, por ejemplo, la atención de la salud, la necesidad de contar con una mejor alimentación, el acceso a una vestimenta adecuada y, también, a la contención necesaria para soportar el estrés que implica transitar un embarazo en prisión.” (“Mujeres en prisión, Los alcances del castigo en prisión”, Siglo Veintiuno, Bs.As., 2011, compilado por CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación, págs. 172/6).-

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, de manera reiterada, que toda restricción al ejercicio de un derecho debe estar prevista por ley, ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin que intenta proteger. Además, al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una restricción se debe examinar que no exista una medida alternativa “menos gravosa respecto al derecho intervenido” (Corte IDH, Opinión Consultiva nº5, caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párrafo 93, entre muchos otros). En igual sentido, el principio pro homine o pro persona manda a escoger, entre varias interpretaciones posibles, aquella que tutele mejor los derechos humanos (cf., por ejemplo, Fallos: 332:1963, considerando 23). De acuerdo con estas reglas, frente a distintas alternativas, el juez debe seleccionar siempre aquélla que restrinja en menor medida el ejercicio de los derechos humanos”. Agregó que: “Estos criterios han sido aplicados por una conteste jurisprudencia internacional que ordena tutelar el interés superior del niño adoptando aquellas soluciones que sean las menos lesivas para sus derechos y que reservan las medidas de separación familiar como último recurso y para casos de absoluta excepcionalidad (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17, párrs. 71 y 72, caso “Fornerón e Hija vs. Argentina”, sentencia del 27 de abril de 2012, párr. 116).-

También la doctrina judicial impone a los jueces un deber de tutela reforzado y de especial protección frente a grupos en situación de vulnerabilidad social como lo son las niñas y los niños (Corte IDH, caso “Furlán vs. Argentina”; sentencia del 31 de agosto de 2012, párr.

Criterios similares han sido reafirmados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al expresar: “La consideración primordial del interés del niño (...) orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema a quien corresponde aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, C.N.). La atención principal al interés, superior del niño (...) apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos” (Fallos 328:2870, considerandos 4 y 5).-

Por otro andarivel, no pueden dejar de evocarse las Reglas de Bangkok en cuanto señalan que: “Cuando 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 y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños (Regla 64).-

En ese sentido se ha dicho que: “Es importante destacar que las Reglas de Bangkok no pueden resultar intrascendentes para nuestro ordenamiento desde que la Asamblea General las ha declarado “complementarias de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas”. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado en el fallo “Verbitsky”: Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas –si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal- se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad” (vid., Alderete Lobo, Rubén, cit., pág. 274).-

Por fin, no resulta ocioso destacar que – como en otras hipótesis- debe gobernar en la especie el principio constitucional de trascendencia mínima de la pena (Zaffaroni, E. Raúl, et. al., “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Bs. As., 2002, págs. 131/2).-

Así es: repárese que, de antiguo, la trascendencia de la pena a la familia se reputaba como una suerte de muerte jurídica y social, y así es resistida en las Siete Partidas (Setena Partida. Título XXXI, Ley IX): “Cómo non deben dar pena al fijo por el yerro que el padre ficiere, nin á una persona por otra. Por el yerro que el padre ficiere non deben recibir pena nin escarmiento los fijos, nin los otros parientes, nin la uger dél” (“Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”, cotejadas con varios códigos antiguos por la Real academia de la Historia y glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M., Nueva Edición, Librería de Rosa y Bouret, París, 1861, Tomo Cuarto, pág. 710).-

El naturalismo humanista de Grocio en “De iure belli” (Libro Segundo, Capítulo XXI, “De la comunicación de las penas”, XIII) ya en 1625 advertía: “porque la obligación a la pena nace del mérito, y el mérito es personal, pues que tiene origen en la voluntad, por la cual nada nos es más propio... Ni las virtudes ni los vicios de los padres, dice Jerónimo, se imputan a los hijos. Y el Agustino dice que el mismo Dios fuera injusto si castigase a algún



inocente” (Grocio, Hugo, “Del derecho de la guerra y de la paz”, trad. de Jaime Torrubiano Ripio, Madrid, Reus, 1925, tomo III, pág. 179).-

Pero es a partir de la Revolución Francesa que contra la injusticia del Anciene Régime se plantea un ambicioso programa de reformas para lograr una justicia humanizada, que influyó decisivamente en la constitucionalización y codificación europea y americana del siglo XIX.-

Así, Robespierre era premiado en 1784 en su obra sobre la trascendencia de la pena y afirmaba: “Pero, en fin, aunque pudiéramos paliar con este frívolo pretexto nuestra injusticia hacia los padres ¿Cómo la justificaríamos en relación con otros parientes del culpable? ¿Qué autoridad tiene el hermano para corregir al hermano? ¿Qué poder ejerce el hijo sobre su padre? Y la tierna, tímida, la virtuosas esposa ¿Es culpable de no haber reprimido los excesos del señor al cual la ha sometido? ¿Con qué derecho llevamos la desesperación a su corazón abatido? ¿Con qué derecho la forzamos a ocultar, como un doloroso testimonio de sus vergüenza, las lágrimas mismas que le arranca el exceso de su infortunio?” (Robespierre, Maximilien, “Discurso sobre la trascendencia y la personalidad de las penas”, traducción y estudio Preliminar de M. de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 2009, págs. 70/71).-

Ya a partir de 1780, para Filangieri: “El legislador, al determinar las penas a las diversas especies de delitos, no debe permitir más que el grado de severidad necesaria para reprimir la tendencia viciosa que los produce. Si ultrapasa ese confín cae en la tiranía, puesto que, si la sociedad debe ser protegida, los derechos de los hombres deben ser respetados (Libro III, acápite XXVII)” (Filangieri, Gaetano, “Ciencia de la Legislación”, Ediar, Bs.As., 2012; del estudio preliminar de Sergio Moccia, Gaetano Filangieri o la verdadera luz de la razón, pág.23).-

En la actualidad, en el orden comparado, la Constitución de la República Italiana señala en su art. 27 que: “La responsabilidad es personal” y la de Brasil de 1988 en su art. 5, apartado XLVICR que: “Ninguna pena pasará de las persona del condenado (Vid., Zaffaroni, E. Raúl- Batista, Nilo, et. Al., “Directo Penal Brasileiro”, tomo I, Revan, Rio de Janeiro, 2003, págs. 232/33). Más allá de las previsiones del art. 5.3. de la CADH, expresamente nuestro texto constitucional en su art. 119 al definir la traición, establece –incluso a su respecto- que la pena: “no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se extenderá a sus parientes de cualquier grado”: De tal suerte, por exigencias de orden internacional y constitucional, reunidas las previsiones de ley, el estándar debe constituirse a partir de que ningún parto puede tener lugar en prisión por atentar contra la dignidad de la madre y de su hijo, quienes resultan acreedores de protecciones especiales por su posición de desventaja y vulnerabilidad y guardan necesidades específicas que no pueden reunirse en el encierro carcelario.-

-IV-

Que, fijado el marco normativo de la cuestión traída a estudio de esta Cámara, en la especie, la mayoría del a quo señaló que: “...no se vislumbra que el cuidado profesional que recibe en la actualidad sea deficiente ni se imponga por ello adoptar una medida drástica en cuanto a su cuidado y modalidad de cumplimiento del encierro preventivo” (y que) “...no puede perderse de vista el carácter incipiente del embarazo, que cursa el proceso sin ningún tipo de complicaciones, y que se ha informado que se halla en buen

estado general de salud”.-

Sobre el extremo, cabe resaltar que –por definición- ninguna acción paternalista puede sustituir un reclamo de libertad. Por ello carece de todo fundamento la presunción que el real o eventual cuidado que pueda recibir una embarazada para dar a luz en cautiverio supere un alumbramiento en el medio libre, bajo las condiciones que la peticionaria decida, sea en un centro hospitalario o en su vivienda; sólo su autodeterminación puede definir el modo de llegada de su hijo.-

Al efecto, la necesaria asistencia que está obligada a brindarse por el estado no puede ser reemplazada por una vocación tuitiva que condiciona la voluntad del beneficiario, tanto más cuando invoca el derecho a la libertad ambulatoria por vía de la morigeración de un encierro institucionalizado.-

Por último, los jueces que impusieron su voz en el acuerdo mencionaron que: “...al realizar el informe social requerido se sostuvo que la vivienda propuesta por Álvarez Contreras para obtener el beneficio impetrado, “es de difícil acceso revistiendo ciertos índices de riesgo social” (y que) más allá de la situación de control profesional desfavorable en la que se encontraría la interesada de accederse a lo peticionado, lo cierto es que, tal como destacó la Sra. Fiscal de Juicio, el debido contralor del acatamiento de la prisión domiciliaria, tal como lo exige el art.33 de la ley 24.660, resultaría de imposible cumplimiento.”

No obstante ello, es dable advertir, tal como lo hace el recurrente, que la decisión ignoró el favorable dictamen del informe social elaborado por la sección Asistencia Social de la Unidad n°31 del Servicio Penitenciario Federal. Al respecto, de sus conclusiones surge: “... que la interna contaría con un espacio habitacional y contención afectiva para la obtención de la presente solicitud” (y que) “... se estima conveniente propiciar dicha solicitud”.-

De otra banda y tal como señaló el juez de la disidencia: “... más allá de la situación al día de la fecha de la procesada, existen ribetes genéricos vinculados al buen desarrollo del embarazo que, a (su) entender, deben ser atendidos. Frente a dichas consecuencias que el encierro posee para una mujer embarazada, consider (a) que la solución que propon(e) resulta armoniosa con las recomendaciones contenidas en el plano internacional, tanto 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) como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la Libertad (Reglas de Tokio).-

Así las cosas, y muy a pesar del mentado informe profesional favorable realizado por personal de la misma Unidad Penitenciaria en la cual está alojada la encausada, el tribunal sólo consigna de esa actuación que: “...la vivienda propuesta por Álvarez Contreras para obtener el beneficio impetrado, “es de difícil acceso revistiendo ciertos índices de riesgo social” (y que) más allá de la situación de control profesional desfavorable en la que se encontraría la interesada de accederse a lo peticionado, lo cierto es que, tal como destacó la Sra. Fiscal de Juicio, el debido contralor del acatamiento de la prisión domiciliaria, tal como lo exige el art. 33 de la ley 24.660, resultaría de imposible cumplimiento”.-

Corresponde advertir que la ineficacia del estado en relación a las conjeturales limitaciones al acceso al domicilio denunciado no puede colocarse en cabeza de la condenada y ser merituada en su perjuicio. Una vez más se invirtieron las variables para decidir su denegatoria.-

Al respecto, cabe traer a colación lo señalado por esta Sala en cuanto a que: "... no puede hacerse cargar al niño con la imposibilidad que pudiera tener el Patronato de Liberados, como parte integrante del Estado, de ejercer un correcto control sobre quienes pesa una modalidad de detención diferente por el hecho de vivir en una "zona de riesgo"... (cfr. causa n°15.691, caratulada: "Naranjo, María Laura s/recurso de casación", rta. 29/8/2012, reg. n° 20.371).-

Por lo expuesto y al encontrarse reunidos los requisitos legales, la excepción –esto es, el rechazo del beneficio- debía ser fundada sobre la base de normas jerárquicamente superiores. En el presente caso, no solamente se encontraban reunidas las exigencias de la ley, sino que –además de los cánones de orden superior- el propio personal de la misma Unidad en la cual está alojada la encausada se pronunció favorablemente.-

Por fin, y a todo evento, corresponde memorar cuanto ha dicho la jueza Ángela Ledesma en su voto disidente en la causa n°33/12, Sala de FERIA, caratulada: "Fernández, Ana María s/recurso de casación", reg. n°35/13, rta- 10/1/2013 en orden a que: "el arresto domiciliario es una modalidad de cumplimiento de pena y no un sinónimo de impunidad".-

De tal suerte, resulta indudable que la decisión ha prescindido abiertamente de la aplicación de los arts. 32 de la ley n° 24.660 y 10 del CP, por lo que propicio al acuerdo hacer lugar al recurso, sin costas, casar la resolución recurrida, conceder la prisión domiciliaria de Flor de María Álvarez Contreras, en las condiciones y forma que –con las medidas de resguardo que el caso amerite- deberá imponer el órgano de origen (arts. 470, 471, 530 y ccdd. CPPN, art. 10 del CP y 32 de la ley 24.660).-

Así voto.-

La señora Juez Angela Ester Ledesma dijo:

He de señalar que la prisión domiciliaria se solicita en virtud de lo establecido en el artículo 32 inciso "e" de la ley 24.660, ya que la imputada está embarazada. Nótese que, conforme surge del informe de fs.69, Álvarez Contreras se encuentra cursando un embarazo en estado avanzado, con fecha de parto prevista para el día 15 de octubre de 2013; de modo tal que el caso encuadra en los parámetros fijados por la citada norma.-

En esta línea, en virtud de los argumentos que vengo postulando en las causas nro. 5206 "Aliaga, Ana María s/recurso de casación", rta. el 4/5/05, reg. nro. 34/05; nro. 12.789 "Ortiz Carla Paola s/ recurso de casación", rta. el 6/4/11, reg. nro. 365/11, de la Sala III, y más recientemente, en la causa nro. 15.691 "Naranjo, María Laura s/recurso de casación", rta. el 29/8/12, reg. 20.371, de esta Sala II, y nro. 33/12 "Fernández, Ana María s/recurso de casación", rta. el 10/1/13, reg. nro.35/13, Sala de FERIA, entre muchas otras, a las que me remito en honor a la brevedad, adhiero al voto del doctor Slokar y emito el mío en igual sentido.-

Así es mi voto.-

El señor Juez doctor Pedro R. David dijo:

Que en las particulares circunstancias del sub examine, adhiere a la solución que propicia el juez Slokar.-

Por todo lo expuesto, el Tribunal RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación, SIN COSTAS, CASAR la resolución recurrida, CONCEDER la prisión domiciliaria de Flor de María Álvarez Contreras, en las condiciones y forma que – con las medidas de resguardo que el caso amerite- deberá imponer el órgano de origen (arts. 470, 471, 530 y ccds. CPPN, art.32 ley n° 24.660 y art. 10 CP).-

Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n°2 de esta ciudad, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.-

Fdo: Pedro R. David – Alejandro W. Slokar

Ante mí: María Jimena Monsalve, Secretaria de Cámara

NOTA: Se deja constancia que la señora Juez Angela Ester Ledesma, participó de la deliberación, emitió su voto y no firma la presente por hallarse en uso de licencia (art. 399 in fine CPPN).-

Citar: elDial AA836B

Publicado el: 21/11/2013

copyright © 2012 editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina