Sala II
Causa Nº FSM 57535/2014/TO1/15/CFC7
"Tavella, Aldana Florencia s/
recurso de revisión"

Registro nro.: 924/19
LEX nro.: FSM 057535/2014/TO01/15/CFC007

Fdo. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 9 días del mes de MAYO del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por la juez Angela E. Ledesma como Presidente, el doctor Guillermo Jorge Yacobucci y el doctor Alejandro Walter Slokar como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora Mariana Andrea Tellechea Suárez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la **causa Nº FSM 57535/2014/TO1/15/CFC7** del registro de esta Sala, caratulada "**TAVELLA, Aldana Florencia s/ recurso de casación**". Representa al Ministerio Público Fiscal el doctor Raúl Omar Pleé, asiste a Aldana Florencia Tavella el Defensor Público Oficial, doctor Cristian Barritta.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el juez Guillermo Jorge Yacobucci y en segundo y tercer lugar los jueces Alejandro W. Slokar y Angela E. Ledesma, respectivamente.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral Federal Nº 5 de San Martín, con fecha 5 de octubre 2018, resolvió: *"I- REVOCAR la prisión domiciliaria concedida a Aldana Florencia con fecha 18 de marzo de 2015. II.- ORDENAR la inmediata detención de la nombrada y su alojamiento en un establecimiento dependiente*

del Servicio Penitenciario Federal en calidad de condenada…" (cfr. fs. 336 vta.)

Contra dicha decisión la defensa interpuso recurso de casación a fs. 358/364 vta., el que fue concedido a fs. 369/371.

2º) Que el recurrente estimó procedente el remedio incoado en virtud de lo dispuesto por el art. 456, inciso 2º del CPPN.

En primer lugar, afirmó que el tribunal resolvió la cuestión *"desentendiéndose sin dar razón alguna de la cuestión más trascendente y central para la recta solución del thema decidenci: UNA MAMÁ FUE REITERADAMENTE AMENAZADA Y GOLPEADA POR SU PAREJA MOTIVANDO INCLUSO HOPSTITALIZACIÓN Y GENERANDO DENUNCIAS CONCRETAS POR VIOLENCIA DE GÉNERO (…) la resolución se limitó a postular que las niñas conviven con Matías Fisser, que valora el contexto familiar del nombrado y que las necesidades habitacionales, de salud y económicas de las niñas son cubiertas por el nombrado, por lo que las menores no se hayan en un estado de desprotección, desamparo o inseguridad material o moral que amerite el arresto domiciliario de su madre"* (cfr. fs. 361 vta.).

Consideró que tal situación, *"validadora de la violencia física, psicológica y de género que reinaba ne le hogar de las niñas, que además conllevará un innegable impacto negativo en su desarrollo"* resultaba inaceptable.

En tal sentido, manifestó que *"los señalamientos del a quo y las citas que incluye no vuelcan, ni tratan, ni abordan las comprobadas circunstancias de violencia de género que Tavella sufriera (…) con el agravante de que las niñas involucradas quedaron a cargo del indicado como agresor de género"* (cfr. fs. 361 vta./362).

Agregó que *"la revocatoria al arresto domiciliario de mi asistida y la orden de su detención (…) desatendi[ó] los*

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

principios que en la materia garantiza nuestra C.N. y el DIDH y revel[ó] una meridiana falta de la motivación reclamada a todo acto republicano de gobierno, extremo que la descalifica como acto jurisdiccional válido e impone su invalidez procesal…" (cfr. fs. 362 vta.)

Por dichos motivos, peticionó que se *"declare la nulidad del auto que revoca el arresto domiciliario de Aldana Florencia Tavella y ordena su detención, disponiendo sin reenvío, pues sólo importaría en los hechos la convalidación de la arbitraria denegación del derecho reclamado y la prolongación de los perjuicios irrogados a las menores, la continuidad de su detención domiciliaria en los términos solicitados por la defensa"* (cfr. fs. 362 vta.).

3º) Que a fs. 379/396 se agregó un informe presentado por la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, acompañando copias de un Informe Interdisciplinario de Situación de Riesgo realizado por la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se da cuenta de la denuncia efectuada por Aldana Florencia Tavella por ser víctima de violencia de género en relación a su ex pareja, el Sr. Matías Gabriel Fisser.

Luego de desarrollar los antecedentes fácticos de la situación de la señora Tavella y reseñar los estándares normativos aplicables, peticionaron que se haga lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial, se case la resolución impugnada y se mantenga el

arresto domiciliario de la Sra. Tavella en el domicilio denunciado a tal efecto.

4º) Que el Defensor Público Coadyuvante, coordinador a cargo de la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años, doctor Marcelo Carlos Helfrich, se presentó a fs. 400 en representación de R.S.K. y P.F. -las hijas menores de la imputada- a efectos de hacer saber que había sostenido una entrevista con sus representadas y con el Sr. Fisser, quien actualmente ejerce su tutela.

Al respecto, manifestó que *"se pudo observar un trato cariñoso y de contención por parte del Sr. Fisser para ambas niñas, evidenciándose una cordial interacción entre los tres"* (cfr. fs. 400).

Asimismo, sostuvo que *"a preguntas formuladas al respecto, el Sr. Fisser manifestó que registra una causa que le habría iniciado la Sra. Tavella contra él por violencia de género,- no así hacia las chicas y que él sí habría denunciado a la Sra. Tavella por violencia física hacia su persona y hacia las niñas, encontrándose ambas causas en trámite"*.

Por otro lado, dijo que *"de lo evaluado en la entrevista surge además que ls niñas cuentan con cuidados adecuados para su desarrollo. Se encuentran escolarizadas, realizan actividades deportivas y no presentan cambios de conducta ni regresiones. Pero preguntan por la mamá, la vieron en Octubre en una plaza por última vez. Actualmente el Sr. Fisser estaría buscando un espacio terapéutico para las niñas"* (cfr. fs. 400 vta.).

Al respecto de Aldana Florencia Tavella, mencionó que *"intentó por distintos medios mantener contacto con la Sra. Aldana Florencia resultando imposible localizarla"*.

A su vez, en relación al domicilio que la mencionada había propuesto para continuar el cumplimiento de la prisión domiciliaria, comentó que *"mantuv[o] comunicación telefónica*

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

con la Sra. Verónica Gamszyk, quien me manifestó que por razones personales no estaría dispuesta a recibir a la Sra. Tavella en su casa y que desconoce su paradero ya que no se ha vuelto a comunicar con ella"

Por tales razones, concluyó que no estaban dadas las condiciones para expedirse respecto al arresto domiciliario solicitado.

4º) Que a fs. 410 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa procesal prevista en el art. 465 *bis* del CPPN; oportunidad en la que la defensa hizo uso de su derecho a presentar breves notas a fs. 406/409, en las que mantuvo la impugnación y amplió los fundamentos oportunamente expuestos.

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456 del C.P.P.N. es formalmente admisible, toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que la defensa invocó la errónea aplicación de la ley procesal; además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 491 del Código Procesal Penal de la Nación.

-III-

1º) Previo a dar tratamiento a los agravios invocados por la recurrente, cabe recordar que el 25 de septiembre de 2017 el Tribunal Oral en lo Federal nº 5 de San Martín resolvió *"condenar a Aldana Florencia Tavella a la pena de 10 años de prisión, con accesorias legales, por ser*

coautora penalmente responsable del delito de secuestro extorsivo, agravado por haberse logrado su propósito y por la intervención en el hecho de tres o más personas, en concurso ideal con el delito de robo en poblado y en banda (arts. 45, 54, 167 inc. 2°, 1709 primer párrafo último supuesto, inc. 6° del Código Penal), manteniéndose el arresto domiciliario oportunamente concedido. Conforme se consigna en el cómputo respectivo, la nombrada permanece detenida desde el 18 de diciembre de 2014 en forma ininterrumpida y agotará la pena impuesta el 17 de diciembre de 2024" (cfr. fs. 326 vta.)

2º) Abocado al estudio de la presente cuestión, entiendo que el recurso interpuesto por la defensa de Aldana Florencia Tavella no podrá tener favorable acogida, en tanto advierto que el recurrente no ha logrado confutar los argumentos que sustentan la resolución recurrida, la que cuenta con los fundamentos necesarios para constituir un acto jurisdiccional válido en los términos del artículo 123 del CPPN.

Para resolver como lo hizo, el *a quo* valoró una serie de constancias objetivas que le permitieron concluir que no subsistían las circunstancias que motivaron la concesión de la prisión domiciliaria a Aldana Florencia Tavella ni se presentaban otras sobrevinientes que ameritasen su continuación con miras a proteger el interés superior de sus hijas menores, a cuyo tener se encuadró oportunamente el arresto domiciliario concedido (art. 32, inc. f).

En tal sentido, consideró que *"las niñas conviven con Matías Fisser, padre biológico de la menor y padre de crianza de la mayor. Éste por su parte manifestó su disposición para continuar a cargo tanto de Paloma como de Renata, a quien también le brinda el trato de hija. Ésta a su vez reconoce a Matías Fisser en el ejercicio de la función paterna".*

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Asimismo, valoró *"el contexto familiar del nombrado, compuesto por padres y hermanos, quienes además de haber manifestado su interés en que las niñas pertenezcan en el hogar, han mostrado ser un fuerte apoyo en la crianza y asistencia de las menores, siendo muy fuerte el lazo afectivo observado, tal como se desprende de los numerosos informes de supervisión incorporados a esta incidencia, especialmente del agregado a fs. 293/4"* (cfr. fs. 335).

Agregó que *"las necesidades habitacionales, de salud y económicas de las niñas son cubiertas por Matías Fisser. Aún luego de la partida de Tavella del domicilio compartido, se encontraban asistidas en su aseo personal, se las observaba cuidadas en su aspecto, contenidas afectivamente por Matías Fisser y sus familiares directos y asistiendo con regularidad a los establecimientos educativos"*.

Todo ello lo llevó a concluir que *"las menores no se hallan en un estado de desprotección, desamparo o inseguridad material o moral que amerite el arresto domiciliario de su madre"*

Por otro lado, evaluó que *"la continuidad de la prisión domiciliaria en los términos pretendidos por la condenada —en un domicilio diferente de aquel en el que residen las niñas actualmente- provocaría una forzada adaptación a otro hábitat, alejadas de este modo de la compañía y ya conocidas buenas costumbres hacia ellas por parte de Matías Fisser y sus familiares convenientes"* (cfr. 335 vta.).

Respecto de la situación de la menor R.S.K., valoró particularmente que *"pese a carecer de un vínculo de*

consanguinidad con el nombrado se encuentra a su cargo desde el 6 de febrero de 2015, fecha en que le fuera entregada para su cuidado y custodia en los términos de la acordada 40/1997 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, asumiendo en ese acto las responsabilidades y obligaciones inherentes a dicho rol (ver. Fs. 58), las cuales cumple acabadamente conforme se consigna en todos los informes producidos desde entonces por el Cuerpo de Delegados Tutelares"

De la reseña efectuada se desprende que el Tribunal ha analizado acabadamente la situación de las hijas menores de Aldana Florencia Tavella, teniendo en consideración en todo momento el interés superior del niño y que ha resuelto revocar la prisión domiciliaria oportunamente concedida con fundamento en que aquellas se encuentran contenidas material y afectivamente en su actual situación y que alejarlas de ese ámbito, forzándolas a adaptarse a un nuevo ambiente, podría ser perjudicial para su adecuado desarrollo.

Tal valoración se ve reforzada por la opinión emitida ante esta instancia por el Defensor Público Coadyuvante a cargo de la asistencia de las menores, quien, tal como se reseñó anteriormente, valoró que pudo observar un trato cariñoso y de contención de parte del Sr. Fisser para con sus asistidas y que aquellas cuentan con los cuidados adecuados para su desarrollo, destacando que *"se encuentran escolarizadas, realizan actividades deportivas y no presentaron cambios de conducta ni regresiones"* (cfr. fs. 400 vta.).

A lo expuesto cabe agregar que, de acuerdo a lo informado por el Defensor de Menores en su dictamen, la Sra. Verónica Gamszyk, cuyo domicilio había sido aportado por la imputada para el cumplimiento de la prisión domiciliaria, manifestó que no estaba dispuesta a recibir a la Sra. Tavella

en su casa y que desconoce su paradero ya que no se ha vuelto a comunicar con ella.

En ese mismo sentido, no puede soslayarse la circunstancia de que el 5 de octubre de 2018 se ordenó la captura de Tavella, la cual no pudo hacerse efectiva en razón de que la nombrada se encontraba ausente del domicilio que había aportado a la judicatura, situación que no ha variado a la fecha, desconociéndose actualmente su paradero.

3º) Finalmente, en lo que respecta a la situación de violencia de género invocada por el recurrente, cuyos fundamentos fueron ampliados por la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de La Nación a fs. 379/396, cabe recordar que la *ratio legis* del instituto cuestionado es preservar el interés superior del niño, siendo la morigeración de la pena de la madre condenada, el medio establecido por el legislador a tal fin. Este tópico es el núcleo de lo controvertido en el caso. Ello así, sin perjuicio de las medidas que el juez estime pertinentes, una vez que Tavella regularice su situación frente a la ley.

Por ello, toda vez que de los informes agregados a la presente causa y de lo manifestado por el Defensor que asiste a las hijas menores de la condenada, surge que aquellas se encuentran en una situación de contención y que poseen una relación afectiva con Matías Fisser, la resolución adoptada por el Tribunal Oral Federal de San Martín, que atiende adecuadamente dicho extremo, se encuentra fundada.

4º) Por los motivos expuestos, propongo al acuerdo rechazar el recurso deducido, con costas (arts. 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

Que habrá de adelantar que el planteo casatorio tendrá favorable acogida, por cuanto la decisión puesta en crisis no cumple acabadamente con las exigencias de fundamentación que impone el ceremonial (art. 123 CPPN).

Al respecto, dable es mencionar que el requisito de la fundamentación sirve no sólo a la publicidad y control republicano, sino que también persigue la exclusión de decisiones irregulares o arbitrarias y pone límite a la libre discrecionalidad del juez, en tanto exige que el fallo judicial sea **una derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias comprobadas en la causa** (Fallos: 236:27; 240:160, entre tantos otros).

En efecto, del pronunciamiento puesto en crisis se advierte que el *a quo* indicó que: "…la continuidad de la prisión domiciliaria de Aldana Florencia Tavella dependerá de la necesidad de proteger el interés superior de sus dos hijas, tanto el de la menor, P.F., de dos años y 11 meses de edad, como el de la mayor, R.S.K, quien supera actualmente los 5 años", concluyendo que: "…no existen elementos que permitan afirmar que P.F y R.S.K se encuentren en una situación de riesgo o desamparo que habiliten la prisión domiciliaria de su madre, pues se encuentran bajo el cuidado y contención de Matías Fisser y cuentan con un contexto familiar que considero conveniente preservar en pos de su saludable desarrollo".

No obstante ello, es dable advertir que la decisión del *a quo* omite dar adecuada relevancia a las alegaciones de la defensa en torno al contexto de violencia física, psíquica y de género en que se encontrarían la encausada y sus hijas, a

punto tal de no haberse requerido previo a resolver testimonios de la causa que se tramitara a partir de la denuncia formulada por la encausada, ni contar con los informes de la Oficina De Violencia de Género de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que fueran presentados por los cotitulares de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación con fecha posterior a la resolución en crisis.

Al respecto, menester es recordar que el *petitum* en cuestión no puede sino ser analizado a la luz de las obligaciones contraídas por el estado argentino al ratificar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará, ratificada por ley 24.632 B.O. del 9/4/1996), especialmente en cuanto su art. 7. Impone: "b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer", […] "e. tomar todas las medidas apropiadas […] para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer".

Así, se impone tomar todos los recaudos necesarios para no comprometer la responsabilidad internacional del estado argentino y, tal como lleva dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no enviar a la sociedad: "…el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las

mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia" (Corte IDH, Caso "González y otras 'Campo Algodonero' v. México", sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 400).

A mayor abundamiento, no es ocioso recordar que sobre la *ratio legis* del instituto en cuestión, se ha dicho que el legislador ha considerado tanto el interés y el derecho de los niños en cohabitar con sus progenitoras, como el derecho de las mujeres de poder criarlos en un ambiente adecuado (cf. Di Corleto, Julieta B. y Monclús Masó, Marta, *El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años*, en Anitua y Tedesco (compiladores), "La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp. 288-292).

A todo evento, corresponde memorar cuanto ha dicho la colega señora juez Angela Ledesma en su voto disidente en la causa nº 33/12, Sala de Feria, caratulada: "Fernández, Ana María s/recurso de casación", reg. nº 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".

En virtud de todo lo expuesto, se propicia al acuerdo hacer lugar, sin costas, al recurso de casación interpuesto por la defensa, anular la resolución puesta en crisis, y remitir las actuaciones al tribunal de origen a los efectos de que, con la celeridad que el caso impone, dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad a las pautas aquí establecidas, las que de ningún modo implican anticipar juicio respecto de la continuidad del instituto *sub examine* (arts. 123,471, 530 y ccds. CPPN).

Así vota.

La señora Juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

En primer lugar, habré de señalar que comparto las

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

consideraciones del doctor Slokar en punto a que el tribunal no ha dado adecuado tratamiento a las alegaciones de la defensa en torno al contexto de violencia física, psíquica y de género en que se encontraría la encausada y sus hijas, pues no sólo no ha ponderado sus argumentos sino que tampoco ha recabado la opinión de especialistas en la temática de manera previa a revocar la prisión domiciliaria.

De igual manera, advierto que no se ha analizado adecuadamente la situación de las menores de conformidad con el interés superior del niño, pues el asesor tutelar puso de resalto que frente a la posibilidad de riesgo de las niñas, debía darse intervención al juez competente a fin de que disponga lo necesario sobre su guarda y adopte las medidas pertinentes para proteger su bienestar. Asimismo, solicitó expresamente que, con anterioridad a la decisión, se celebre una audiencia con la intervención de las menores y las partes para garantizar el derecho a ser oídas, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño en su art 12.2. No obstante ello, el juez omitió completamente dar intervención al juez y realizar la audiencia requerida.

Dicha circunstancia, implicó una afectación al derecho a ser oída de las niñas y al derecho de defensa de la imputada, que se cristalizó en una decisión que optó por distanciar a la madre de sus hijas, aun cuando la situación de Tavella todavía se encontraba comprendida por las previsiones del art 32 inc. f) de la ley 24.660.

Así pues, observo que el tribunal no ha extremado las medidas necesarias para disipar las dudas existentes sobre el posible riesgo de las menores y la imputada ante los

episodios de violencias denunciados, como así tampoco para conocer fehacientemente las necesidades afectivas de las niñas con respecto a su madre, todo lo cual importa una desatención de los principios constitucionales y convencionales que regulan la materia.

En consecuencia, entiendo que la decisión del magistrado no se ajusta a los parámetros exigidos por las normas vigentes que imponen dar preeminencia al interés superior del niño, motivo por el cual habré de adherir a la solución del doctor Slokar.

Sin perjuicio de ello, atento a que el juez deberá dictar un nuevo pronunciamiento, estimo conveniente que se recabe información actualizada sobre las circunstancias del caso y de manera previa a cualquier decisión, se realice una audiencia con la intervención de todas las partes interesadas a fin de que puedan expresar sus argumentos y, gracias a la inmediación y contradicción propia de la oralidad, los magistrados puedan adoptar una nueva decisión acorde con los parámetros señalados y los principios constitucionales que rigen la materia.

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE: HACER LUGAR**, sin costas, al recurso de casación interpuesto por la defensa de Aldana Florencia Tavella, anular la resolución puesta en crisis y remitir las actuaciones al tribunal de origen a los efectos de que, con la celeridad que el caso impone, dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con las pautas aquí establecidad (arts. 123, 471, 530 y ccds. del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber, comuníquese y remítase al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

ANGELA ESTER LEDESMA

GUILLERMO YACOBUCCI

Sala II
Causa Nº FSM 57535/2014/TO1/15/CFC7
"Tavella, Aldana Florencia s/
recurso de revisión"

ALEJANDRO W. SLOKAR

Ante mí:

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA