REGISTRO N° 1742/19.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como presidente y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Javier Carbajo como vocales, asistidos por la Secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 26/28 vta. de la presente causa **FCR 18519/2016/TO2/27/1/CFC3** del registro de esta Sala, caratulada: **"BILLENA, Moisés Javier s/ recurso de casación"**; de la que **RESULTA**:

I. Que la Presidenta del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur dispuso el 3 de junio de 2019, en la causa mencionada en el epígrafe: *"…NO HACER LUGAR a lo peticionado por la Defensa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 214 de la ley 24.660 y la situación carcelaria informada por el Sr. Director del SP de [la] provincia."* (cfr. fs. 25).

II. Que contra dicha resolución, interpusieron recurso de casación los defensores particulares de Javier Moisés Billena, doctores Walter Weisswein y Hernán Bazán Güemes (fs. 26/28 vta.). El recurso de casación fue concedido por el tribunal "a quo" (fs. 30/31).

III. En primer lugar, la recurrente se refirió a los requisitos de admisibilidad del recurso de casación.

Seguidamente señaló que en el caso se había solicitado el traslado de Moisés Javier Billena a los fines de garantizar el Interés Superior del Niño. Explicó que el hijo de su defendido tiene 15 años de edad, que en la actualidad se encuentra en tratamiento para las adicciones, monitoreado por un Programa para Jóvenes en conflicto con la ley. Se refirió a

cuestiones vinculadas a la resocialización y al vínculo padre-hijo.

En definitiva, la recurrente solicitó que se haga lugar al traslado de Javier Moisés Billena a la Unidad Nro. 1 de Río Grande, provincia de Tierra del Fuego.

IV. A fs. 35 se le dio intervención a la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años en relación al menor C. J. B. y a fs. 36/36 vta. se presentó el defensor público coadyuvante, doctor Marcelo Carlos Helfrich quien consideró que la Unidad Funcional no podía dictaminar, dado que no se trata de un caso de arresto domiciliario.

V. En la oportunidad prevista en el art. 465 bis, en función de los arts. 454 y 455 del C.P.P.N., el defensor particular de Javier Moisés Billena, doctor Walter Weisswein presentó breves notas (fs. 37/38 vta.). Así, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas (fs. 39).

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Javier Carbajo y Mariano Hernán Borinsky.

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

I. Llegan los autos a esta instancia en virtud del recurso de casación interpuesto por los Defensores particulares de Moisés Javier Billena contra el auto que no hizo lugar al traslado del nombrado a la Unidad Nro. 1 de Río Grande, provincia de Tierra del Fuego.

Mediante proveído de Presidencia se dispuso no hacer lugar a lo solicitado por la Defensa, toda vez que, *"…en la presente causa el Tribunal no dispuso el traslado de Moisés Javier Billena a una unidad del SPF, ya que a la fecha del dictado de la sentencia -la que no se encuentra firme- ya se había materializado el traslado a la U15 del SPF conforme fuera ordenado en la causa FCR1915/2013/TO1; y que el Sr. Juez de Ejecución ya se ha pronunciado en esa causa sobre la*

petición del interno detenido a disposición conjunta en las causas FCR79I5/2O73/1O1 y FCR18519/2016/TO2… de conformidad con lo dispuesto en el art. 214 de la ley 24660 y la situación carcelaria informada por el Sr. Director del SP de esta provincia.” (cfr. fs. 25).

En el caso de autos, la Defensa solicita el traslado a la Unidad Nro. 1 de Río Grande en Tierra del Fuego con el fin de garantizar el Interés Superior del hijo de Billena de 15 años de edad (C.J.B.) quien –según refieren los recurrentes- presenta problemas de adicción y se encuentra monitoreado por el Programa de Jóvenes en conflicto con la ley.

Corresponde entonces que el caso sea abordado desde la perspectiva del Interés Superior del Niño, contextualizando las normas de rango constitucional, en el caso concreto de la Convención de los Derechos del Niño.

En efecto, la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959; y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos de los organismos especializados. En la Declaración de los Derechos del Niño se indica que "*el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*.

La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece. Sobre este punto, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador -instrumento adicional a la

Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- (firmado por la República Argentina el 17/11/1988 y ratificado el 30/6/03), manifiesta que *"... todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo ..."*.

De este modo, tal y como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos *"... en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia..."* (Corte IDH, OC-17-02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/8/2002).

En este sentido, y en aras de la tutela efectiva del niño, los instrumentos internacionales en materia de protección de derechos de los menores hacen especial hincapié en la importancia del núcleo familiar en cuanto a la materialización efectiva de los derechos de los niños.

En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

Bajo estos lineamientos, el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la

sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana.

Por otra parte, ya he tenido oportunidad de pronunciarme en cuanto a que *“resulta claro que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños y, consecuentemente, que los niños tienen el derecho a crecer junto a sus padres”* (Sala IV, “ABREGÚ, Adriana Teresa s/recurso de casación” y “VIZCARRA, Mabel Gerónima s/recurso de casación”; causa n°6667, rta. el 29/08/06, reg. n°7749 y causa n° 6693, rta. el 21/09/06, reg. n°7858, respectivamente).

En el mismo orden, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de éstos requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto implica la adopción de medidas de carácter económico, social y cultural, entre otras, y en igual medida, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño mediante el arbitrio de medios que promuevan la unidad familiar (Comité de Derechos Humanos, Comentario General 17, Derechos del Niño, 7/4/1989, CCPR/C/35, párr. 3 y 6).

Bajo estos parámetros, considero entonces que cuando se invoca “el Interés Superior del Niño” en los términos del artículo 3.1 de la 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.

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 de su padre pues es aquél el órgano que se encuentra en condiciones de alegar, objetivamente y de un modo no condicionado, sobre el punto y puede entablar en defensa de éstos las acciones y recursos pertinentes.

En este escenario corresponde asimismo señalar que el Tribunal ha fundado su decisión en consideraciones genéricas que no autorizan a concluir que los específicos planteos formulados por el impugnante con específica relación a la conflictiva familiar que involucra a su hijo menor, hayan sido suficientemente meritados en la decisión impugnada.

En tal sentido, la sola referencia a lo decidido en la causa FCR 1915/2013/TO1, sin otro análisis, no alcanza a los fines dispuestos por los arts. 123 y 404, inciso 2, a *contrario sensu*, del C.P.P.N.

II. Por ello, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensa, anular la decisión recurrida y remitir los autos al tribunal de origen para que se dicte una nueva resolución conforme a derecho. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

El **señor juez Javier Carbajo** dijo:

I. El recurso interpuesto por la defensa de Moisés Javier Billena resulta formalmente admisible en virtud de lo normado por los artículos 30 *bis* y 491 del Código Procesal Penal de la Nación, y 3º de la ley 24.660, toda vez que la decisión recurrida fue dictada en el marco del legajo de ejecución penal del nombrado. Por lo demás, el remedio ha sido deducido en término (art. 463 del C.P.P.N.) por quien tiene legitimación para recurrir (art. 491 del C.P.P.N.), invocando el motivo casatorio previsto en el primer inciso del artículo 456 del C.P.P.N. y,

fundamentalmente, por apego a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal" (R. 230. XXXIV del 9 de marzo de 2004), en tanto afirmó la vigencia del principio de judicialización de la etapa ejecutiva de la pena.

II. Las presentes actuaciones tuvieron origen con la solicitud de traslado efectuada por la defensa de Billena a fs. 22/24, quienes indicaron que "*Conforme al convenio firmado por el gobierno Nacional y la Provincia de Tierra del Fuego, sobre la creación de una Unidad Penitenciaria Federal en Tierra del Fuego, mi asistido posee todo su grupo familiar en Tierra del Fuego, siendo que en este momento uno de sus hijos, C. J. B., de 15 años de edad, tiene problemas de salud (tratamiento de Adicción) dicho tratamiento está siendo monitoreado por la Dirección General de Medidas de Seguridad excepcionales (Programa de Jovenes en conflicto de Ley), se solicita el traslado del mismo a esta Provincia a fin de poder afrontar la conflictividad referida…*".

De seguido, a fs. 25 obra la resolución de la juez a cargo de la ejecución, quien mediante decreto no hizo lugar a lo peticionado, expresando que "*Visto que en la presente causa el Tribunal no dispuso el traslado de Moisés Javier Billena a una unidad del SPF, ya que a la fecha del dictado de la sentencia –la que no se encuentra firme- ya se habría materializado el traslado a la U15 del SPF conforme fuera ordenado en la causa FCR1915/2013/TO1; y que el Sr. Juez de Ejecución ya se ha pronunciado en esa causa sobre la petición del interno detenido a disposición conjunta en las causas FCR1915/2013/TO1 y FCR18519/2016/TO2, NO HA LUGAR a lo peticionado por la Defensa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 214 de la ley 24660 y la situación carcelaria informada por el Sr. Director del SP de esta provincia*".

Finalmente, en oportunidad de evaluar la admisibilidad formal del recurso de casación, el *a quo*

agregó *"…Que, como ya se ha manifestado en la sentencia definitiva en relación al traslado del coimputado Torres, la situación en las cárceles provinciales se vio expresada en variadas oportunidades a través de diferentes disposiciones por las cuales la Provincia de Tierra del Fuego ha decretado la emergencia carcelaria (Decreto 148/13, entre otros) y en ese mismo sentido ha informado y solicitado el Sr. Director del Servicio Penitenciario provincial, acorde con el art. 214 de la ley 24660"* (cfr. fs. 30/31).

III. Sentado lo precedente, advierto que la decisión de la anterior instancia se sustenta en afirmaciones genéricas, sin correspondencia con los extremos comprobados de la causa, lo cual constituye una causal de arbitrariedad que impone su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos: 339:635; 340:1283; 341:1091, entre otros).

En ese sentido, si bien se ha hecho referencia a *"la situación carcelaria informada por el Sr. Director del SP de esta provincia"*, y a *"diferentes disposiciones por las cuales la Provincia de Tierra del Fuego ha decretado la emergencia carcelaria (Decreto 148/13, entre otros)"*, no hay en el expediente constancias que demuestren que se haya efectuado un análisis individualizado sobre la situación de Billena, y tampoco elementos de convicción que permitan desarrollar el control exigible a la doble instancia judicial, debiendo puntualizarse, por lo demás, que el Decreto 148/13 de la gobernación provincial declaró la emergencia en materia penitenciaria *"…por el término de trescientos sesenta días (360) a partir del día de la fecha [01/02/2013]"*, plazo que a la fecha se encuentra vencido.

IV. Por lo expuesto, coincido con la solución propuesta por el colega preopinante, pues corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Moisés Javier Billena, anular la resolución

impugnada, y reenviar al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. Sin costas (cfr. arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

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

I. Sellada que se encuentra la suerte del recurso de casación articulado por la defensa de Moisés Javier Billena por el voto coincidente de mis distinguidos colegas que me preceden en el orden de votación, cabe señalar que del estudio de los presentes actuados se desprende que el recurso de casación interpuesto no será aceptado.

II. La presente incidencia encuentra su origen en la solicitud de traslado de unidad de detención efectuada por la defensa particular de Moisés Javier Billena (cfr. fs. 22/24).

En virtud de ello, la juez a cargo de la ejecución de sentencias del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, con fecha 3 de junio de 2019, resolvió: *"Visto que en la presente causa el Tribunal no dispuso el traslado de Moisés Javier Billena a una unidad del SPF, ya que a la fecha del dictado de la sentencia –la que no se encuentra firme- ya se habría materializado el traslado a la U15 del SPF conforme fuera ordenado en la causa FCR 1915/2013/TO1; y que el Sr. Juez de Ejecución ya se ha pronunciado en esa causa sobre la petición del interno detenido a disposición conjunta en las causas FCR 1915/2013/TO1 y FCR 18519/2016/TO2, NO HA LUGAR a lo peticionado por la Defensa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 214 de la ley 24660 y la situación carcelaria informada por el Sr. Director del SP de esta provincia"* (cfr. fs. 25).

III. Asimismo, es dable señalar que con fecha 5 de junio de 2019, esta Sala IV resolvió en el marco de los autos principales FCR 18519/2016/TO2/24/CFC2, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Moisés Javier

Billena contra la sentencia dictada el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, mediante el cual rechazó planteos de nulidad y un planteo de inconstitucionalidad del art. 34 bis de la ley 23.737 efectuado por la defensa, y condenó al nombrado a la pena de 7 (siete) años de prisión, multa de 45.000 (cuarenta y cinco mil) pesos, accesorias legales y costas como coautor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes (arts. 403, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación, 5, 12, 29 inc., 30, 40, 41 y 45 del Código Penal de la Nación y 50 inc. "c" de la Ley 23.737) y unificó la pena con la de 8 (ocho) años de prisión impuesta por el mencionado tribunal en la causa FCR 1915/2013/TO1 en la pena única de 13 (trece) años y 6 (seis) meses de prisión, multa de $45.000 (cuarenta y cinco mil pesos) accesorias legales y costas (arts. 58 C.P.) -Reg. Nro. 1139/19.4-. Asimismo, corresponde recordar, que contra dicha resolución la defensa de Billena interpuso recurso extraordinario federal el cual fue declarado inadmisible por esta Sala IV, el pasado 4 de julio de 2019, Reg. 1368/19.4.

IV. Ahora bien, de una lectura pormenorizada del recurso de casación interpuesto, se desprende que el recurrente no ha logrado rebatir el decisorio del tribunal de la instancia anterior.

En efecto, la defensa se limitó a señalar que el pedido de traslado del imputado obedece a que la familia de Billena se encuentra en la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y que el hijo menor del nombrado, de 15 años de edad tendría problemas de salud, el cual se encontraría en tratamiento por su adicción a los estupefacientes, *"monitoreado por la Dirección General de Medidas de Seguridad Excepcionales (Programa de Jóvenes en conflicto de Ley)"* -según surge de la presentación efectuada por el letrado de confianza a fs. 22-, sin fundamentar de qué manera dicha circunstancia implica

la vulneración de las garantías constitucionales aludidas por la defensa, la cual adujo conspiraría contra el fin de resocialización de la pena (cfr. fs. 27vta./28vta.).

En definitiva, más allá de la cuestión invocada por el recurrente, lo cierto es que no ha logrado demostrar en su presentación que la resolución impugnada haya incurrido en un apartamiento de la correcta solución normativa del caso, que ameriten su descalificación como acto jurisdiccional válido. Máxime si se repara en que el impugnante no incorporó nuevos argumentos más que los que ya había reproducido ante el *a quo*.

En estas condiciones, cabe concluir que la defensa no ha podido demostrar un perjuicio que permita hacer lugar al planteo de la defensa consistente en que se proceda al traslado de su asistido (cfr. en lo pertinente y aplicable causa CFP 7387/2009/TO1/9/1/CFC9, “BENITEZ DIAZ, Shiva Narada s/ recurso de casación”, reg. Nro. 1681/18, rta. 2/11/18 -la cual se encuentra firme-).

Por último, corresponde recordar que la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos: 295:140, 329:2206 y sus citas; 330:133, entre otros), extremos que no se verifican en el caso en análisis.

Por ello, estimo que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 26/28 vta. por la defensa particular de Moisés Javier Billena, sin costas (arts. 530, 531 *in fine* del C.P.P.N.).

En mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría,

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 26/28 vta. por la Defensa particular de Moisés Javier Billena, **ANULAR** la resolución

recurrida y **REMITIR** los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte una nueva resolución. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y comuníquese (Acordada 5/19, CSJN). Remítase al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO HERNÁN BORINSKY **JAVIER CARBAJO**

Ante mí:

Fecha de firma: 30/08/2019
Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: JAVIER CARBAJO, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado(ante mi) por: SOL M. MARINO, Secretaria de Cámara

#33743993#242960569#20190830150356173

Fecha de firma: 30/08/2019
Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: JAVIER CARBAJO, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado(ante mi) por: SOL M. MARINO, Secretaria de Cámara

#33743993#242960569#20190830150356173