



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 78309/2017/3/1/CNC1

Reg. n° 370/2018

//n la ciudad de Buenos Aires, a los 13 días del mes de abril del año dos mil dieciocho, se reúne la **Sala II** de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Luis Fernando Niño –quien reemplaza a Daniel Morin– Eugenio C. Sarrabayrouse, Horacio L. Días, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de A. G. G. (cfr. fs. 74/92), en el presente incidente n° 78309/2017/3/1/CNC1 caratulado “**G., A. G. s/ prisión domiciliaria**”, de la que **RESULTA:**

I. La Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó el rechazo del pedido de arresto domiciliario de G., efectuado en los términos de los incs. “f” de los arts. 10, CP y 32, Ley 24.660 en razón de que es madre de una niña menor de cinco años que había dictado el juez de menores.

Para así decidir, el juez Scotto consideró que la concesión de la prisión domiciliaria es una facultad discrecional del juzgador; que el instituto debe armonizarse con las disposiciones legales que se refieren a la libertad durante el proceso y la posibilidad de restringirla cuando se verifican riesgos procesales; que la hija de la imputada se encuentra alimentada y contenida al cuidado de sus abuelos y el temor manifestado por las víctimas del hecho atribuido frente al eventual otorgamiento.

Asimismo, valoró el riesgo al que fue expuesta la niña en la maniobra investigada, ya que G. fue detenida con su hija en brazos al lado del vehículo en que ella y los restantes imputados habrían usado para ir a cobrar el dinero exigido.

El juez Divito, en tanto, aclaró que lo que se debe ponderar en este tipo de pedidos es el *interés superior del niño*, en virtud del cual, por la situación de peligro en que se colocó a la beba, adhirió a la solución propuesta por su colega.

Fecha de firma: 13/04/2018

Firmado por: HORACIO L. DIAS,

Firmado por: LUIS F. NIÑO,

Firmado por: EUGENIO C. SARRABAYROUSE

Firmado(ante mi) por: PAULA GORSO, Secretaria de Cámara



#31136200#202651301#20190412#14321671



II. Contra dicho pronunciamiento, el defensor oficial Alberto Giordano interpuso recurso de casación (74/92), que fue concedido en la anterior instancia (cfr. fs. 94).

Encauzó sus agravios en el inc. 2° del art. 465, CPPN y tildó de arbitraria la sentencia.

Sostuvo que el *a quo* hizo caso omiso a la especial vulnerabilidad de la menor y enfatizó en que el encarcelamiento de G. ha trascendido a su hija. Con el fin de demostrarlo, repasó los distintos informes producidos en el expediente, en los que diversos especialistas describieron el estado del grupo familiar, de la niña y de la madre. También citó regulación, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional que se refieren al interés superior del niño y a la especial importancia que tiene en su desarrollo la convivencia materno-filial.

Por otro lado, precisó que el razonamiento del fallo atacado importa afirmar que exclusivamente procede la concesión de la morigeración peticionada cuando se verifiquen situaciones de desamparo o peligro para el niño.

En lo relativo al peligro al que fue sometida la hija de G. en el hecho, el recurrente reprochó la violación al principio de inocencia por haber sido ponderadas circunstancias del hecho enrostrado, respecto del cual no hay todavía una sentencia firme. Asimismo, afirmó que si G. llevaba consigo a su hija en ese momento, era por el gran apego que tiene hacia ella.

Finalmente, el impugnante se agravió de la influencia en la decisión del temor manifestado por las víctimas. En este sentido, resaltó que su asistida no vive cerca del domicilio de los damnificados, no se conocen con anterioridad y no se han acreditado con posterioridad al hecho investigado otras denuncias de las que se desprenda algún tipo de hostigamiento o amenaza.

Indicó también que otros coimputados han recuperado ya su libertad, por lo que si el grupo pretendiera amedrentar, podrían





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 78309/2017/3/1/CNCI

morigeración de la prisión preventiva, razón por la cual los movimientos de G. serán monitoreados y, entonces, se desvirtuaría el peligro para las víctimas.

III. Arribada la causa a esta sede, la Sala de Turno le imprimió el trámite previsto en el art. 465 *bis*, CPPN (cfr. fs. 97).

Fijada la audiencia establecida en los arts. 454 en función del 465 *bis*, CPPN (cfr. fs. 99), concurrieron a ella el defensor público Pablo Tello, en representación de G., y la defensora de la Unidad Funcional para la Asistencia de personas menores de 16 años de edad Anahí Fernández, en representación de la niña.

Ambos mantuvieron la postura asumidas por las dependencias del Ministerio Público de Defensa en las instancias anteriores, es decir, propiciaron la concesión de la morigeración, y expusieron sus motivos.

IV. Efectuada la deliberación prevista en el art. 455, CPPN y el tribunal arribó al siguiente acuerdo.

Y CONSIDERANDO:

El juez Luis Fernando Niño dijo:

I La resolución de la que se agravia la defensa pública oficial de A. G. G., glosada a fs. 64/65 del incidente respectivo, consiste en la confirmación del fallo del juez de menores, obrante a fs. 41/46 del mismo expediente, que no hizo lugar al arresto domiciliario de la nombrada, impetrado en base a lo dispuesto en el artículo 32, inciso f, de la ley 24.660, modificado por ley 26.472.

Si bien se mira, en ambas piezas han sido dos las razones esenciales para denegar la petición ensayada por dicha parte: la permanencia de la niña M. I. P. G., nacida el , hija de la precitada, al cuidado de un núcleo familiar que se ocuparía de su bienestar y -de cara a la peticionante- “la circunstancia de haber llevado a su hija al lugar del hecho” y “el rol protagónico ejercido en el ilícito” por aquella (v. fs. 45 vta.), dato que “fundamentalmente, en el caso concreto se valora negativamente”



(del voto del juez Mariano Scotto, v. fs. 64 vta.), “en función de los peligros que la cita evidentemente podía deparar” (del voto del juez Divito, v. fs. 65). Un tercer factor, añadido como argumento accesorio en ambas resoluciones, deriva del desacuerdo de las víctimas del hecho sujeto a investigación con la promoción del instituto en cuestión, al temer “por lo que pueda llegar a pasar”, aunque admitieron que “no han recibido otras comunicaciones de similares características” (fs. 25).

II. En un primer análisis, asiste razón a la defensa en punto a que no se ha prestado mayor atención a la suma de elementos de juicio, recogidos durante dicho trámite, favorables a la consecución de la medida alternativa. Entre ellos, vale consignar los siguientes: a) en su temprana intervención en la incidencia, el Licenciado Hernán Calgabrina se expidió considerando “*que estarían dadas las condiciones socio-ambientales para el egreso (sic) de la Srta. G. A. G. a su hogar, quien se erige como el adulto responsable más continente para su hija...al tiempo que favorecer la relación de apego madre-hijo garantiza los lazos emocionales que deben establecerse entre ellos*” (fs. 4/6); b) en las conclusiones del informe de la Licenciada en Trabajo Social Gabriela Bacin, integrante del Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad, de la Defensoría General de la Nación, se señaló que “*(e)n caso de concederse el arresto domiciliario, A. podría cumplir la medida privativa de la libertad a la vez que retomaría la convivencia con la niña, lo que indudablemente favorecería su bienestar*” (fs. 12/13); c) a través del informe social expedido por la Subadjutora Paula Altamirano, de la Dirección de Asistencia Social del Complejo Penitenciario Federal IV de Mujeres, se acompañó la moción de que se trata, considerando “*hacer lugar a la solicitud de arresto domiciliario*” (fs. 18/19); d) en el dictamen suscrito por el letrado coordinador de la Unidad Funcional de Menores de 16 años, de la Defensoría General de la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 78309/2017/3/1/CNC1

hecho y de derecho que tornan propicia la medida pretendida en función del interés superior del niño, recalándose que no cabe concebirla como un beneficio para la encartada sino de un recurso acorde al respeto debido a esa manda convencional (fs. 33/36).

En tales documentos se incluyen detalles que dan cuenta de los distintos efectos que la disrupción del vínculo materno-filial produjo en la criatura (v. especialmente el punto II del informe social de fs. 12/13 y la reseña social que clausura el informe penitenciario de fs. 18/19). No se ha particularizado sobre tales extremos en el decisorio atacado ni en el que este último confirmó. En cambio, se ha tomado en especial consideración el informe de fs. 30/31, en el que, extrañamente, el mismo Licenciado Calgabrina, autor de la rotunda conclusión destacada al comienzo del párrafo precedente, ahora acompañado por la Delegada Inspectora Eliana Brienza, aparece desdibujando su propio criterio, obrante a fs. 4/6, mediante un mensaje tranquilizador en el cual se resta trascendencia a los inconvenientes derivados de la incapacidad física de la abuela de la menor, y se computan, como factores supuestamente constitutivos de un estado de bienestar, la convivencia en dicho ámbito de otra menor de 16 años, hija de aquella, puesta al cuidado de la niña, o el hecho de que la madrina de esta última, “quien vive a cuatro cuadras del lugar, a veces le da el pecho”.

III. Lleva razón el recurrente al denunciar una falla lógica de razonamiento ínsita en el desarrollo argumental de la primera de las razones opuestas a la petición de arresto domiciliario por parte de los magistrados de ambas instancias: ni la ley de marras ni su claro soporte convencional -incorporado al ordenamiento jurídico argentino por ley 23.849 y elevado a jerarquía constitucional a través de la reforma constitucional de 1994 (CN, art. 75, inc. 22)- reclaman una situación de desamparo o peligro del niño o niña para facultar la concesión del arresto domiciliario de su madre. Tampoco el relativo bienestar que pueda lograrse a través del sacrificio de parientes o vecinos supte el deber estatal de velar porque el niño



permanezca junto a aquella. En el caso de la ley 24.660, en su actual texto, la situación descrita se limita –en lo que aquí interesa- al nudo presupuesto de “la madre de un niño menor de cinco (5) años”; en tanto que el juego armónico de los artículos 3.1. y 9.1. de la Convención erige como axioma el interés superior del niño; como regla, la permanencia del niño con sus padres y, como excepción, la necesidad de separarlos en función de ese interés superior en casos particulares, tales como el maltrato o descuido por parte de sus padres o la propia separación de estos últimos.

No es ocioso dejar expuesto aquí que vislumbrar en la previsión del inciso 4 del citado artículo 9, CIDN una limitación de los deberes de las autoridades de los Estados Partes, en casos de detención, encarcelamiento, exilio, deportación o muerte de uno de los padres del niño, a la información básica sobre el paradero del familiar o familiares ausentes, es lógicamente insostenible, a la luz de lo previsto en el inciso 1 de ese dispositivo y preceptos concordantes.

Por el contrario, tal como lo ha sostenido el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, al decidir en sentido favorable a una acción colectiva innominada promovida por el Defensor de Niñas, Niños y Adolescentes de dicha Provincia, *“la inclusión de las mujeres embarazadas y de las madres de menores...obedece al deber de protección integral de los niños y las niñas. Esta necesidad de proporcionar una "protección especial" al niño (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño) y la exigencia de brindarle una atención primordial al interés superior del niño (art. 3 de la CDN), el cual implica la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que le son reconocidos (art. 3 de la Ley 26.061), brindan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que ellos están involucrados, debiendo tenerse en consideración aquellas soluciones que les resulten de mayor beneficio”*¹.

¹T.S.J., Sala Penal, Sentencia n° 66, 23/3/10, "ACTUACIONES LABRADAS POR EL JUZGADO DE EJECUCIÓN N° 2 -CAPITAL- C/MOTIVO DE LA PRESENTACIÓN EFECTUADA POR EL SR. DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA, DR. HÉCTOR R DAVID -ACCIÓN





Más allá de todas las notas negativas en torno a la capacidad real del núcleo de convivencia de M.A.P.G. para amortiguar la separación de la menor con su progenitora, registradas ya en las cuatro piezas documentales mencionadas en el considerando I, a las que vienen a sumarse con peculiar contundencia las aportadas por la Dra. Anahí Fernández a fs. 101/110, nada logra persuadir a quien emite este voto en favor del argüido bienestar psicofísico de una niña de poco más de un año de vida que permanece desde hace más de tres meses separada de su madre, tras haber convivido con ella sin interrupciones los primeros doce de su vida. Con las certeras palabras del insigne pediatra y psicoanalista Donald Winnicott,“(e)n el desarrollo emocional del individuo, el precursor del espejo es el rostro de la madre”². Sin intención de discurrir aquí largamente munido de mis conocimientos de licenciado en Criminología, me limito a mencionar que esa misma idea, tomada expresamente por Winnicott de la obra de Jacques Lacan, aparece paralelamente reelaborada por dos notables filósofos contemporáneos aplicados a la Psicología: Gastón Bachelard³, quien reemplaza el rígido objeto lacaniano por el espejo de las aguas, por cuanto “el agua sirve para naturalizar nuestra imagen”⁴, y Jean-François Lyotard⁵, que propone la visión del rostro de la madre como un “paisaje” a los ojos del bebé⁶.

COLECTIVA INNOMINADA- (PRISIONES DOMICILIARIAS)”.
antes de las coordenadas del sonido, antes del destino”.

² WINNICOTT, Donald: “A Mirror-role of Mother and Family in Child Development”, documento que compone el capítulo 9º de la obra “*Playing & Reality*”, Tavistock Publications, Londres, 1971.

³ BACHELARD, Gastón: “El agua y los sueños. Ensayo sobre la imaginación de la materia”, Fondo de Cultura Económica, México, 4ª reimposición, 2003.

⁴ BACHELARD, G.: op. cit., p. 39. En el capítulo V, “El agua maternal y el agua femenina”, resume su visión sobre el tema: “*el amor filial es el primer principio activo de la proyección de las imágenes, es la fuerza proyectara de la imaginación, fuerza inagotable que se apodera de todas las imágenes para ponerlas en la perspectiva humana más segura: la perspectiva maternal*” (p. 177).

⁵ LYOTARD, Jean-François: “*Scapeland*”, en: “*The inhuman: reflections on time*”, Stanford University Press. Stanford, 1991, p. 189.

⁶ LYOTARD, J.-F.: op. et loc. cit.: “*Un bebé debe ver la cara de su MADRE (en mayúsculas en el original) como un paisaje. No porque su boca, sus dedos y su mirada se muevan sobre ella mientras ciegamente agarra y chupa, sonrío, llora y gimotea. Ni porque esté "en simbiosis" con ella, como suele decirse. Demasiada actividad por un lado, demasiada connivencia por el otro. Deberíamos asumir, más bien, que la cara es indescriptible para el bebé... es más que una marca, más que un apoyo... Esta madre es una madre que es un timbre antes de que suene, que está allí* antes de las coordenadas del sonido, antes del destino”.



IV. La restante razón primordial a que se alude en sendos pronunciamientos judiciales –el directamente impugnado y aquel que recibió confirmación a través de este último- reside en el hipotético riesgo que el arresto domiciliario implicaría para la niña M. I. En ambas piezas jurisdiccionales se evoca el cuadro de situación en el que la peticionante resultó detenida, portando en brazos a su pequeña hija.

Al respecto, vale comenzar recordando que, hasta el momento, A. G. G. goza del estado de inocencia que la Constitución Nacional provee a través de su artículo 18, situación que siempre merece nuestra atención al elaborar cualquier cuadro de situación incidental.

Mas se torna forzosamente necesario examinar las circunstancias reales de aquella detención, toda vez que de ellas extrae el *a quo* la demostración de la situación excepcional que fundaría, en el caso concreto, la denegatoria al arresto domiciliario peticionado.

De las declaraciones testimoniales prestadas por el damnificado Alejandro Javier Boers, tanto en sede policial cuanto en la sede judicial pertinente (fs. 31 y 177/79, respectivamente), se deduce que la aquí peticionaria no protagonizó el episodio de cobro del dinero ilícitamente exigido al nombrado a través de diversos mensajes telefónicos previos. Un sujeto de sexo masculino, ulteriormente detenido, fue el encargado de entrevistarse con el ciudadano Boers quien, al replicar que tenía la indicación de entregar la suma reclamada a una mujer, logró que aquel individuo le aclarara, antes de retirarse provisoriamente de la escena, que aquella se hallaba próxima al lugar, con una criatura. No obstante, fue el mismo interlocutor el que regresó -segundos más tarde y teléfono celular en mano-, facilitando al afectado una nueva comunicación telefónica del personaje que lo extorsionara reiteradamente, quien le indicó que procediera a entregar el dinero a quien se lo requería.

Luego, la hipotética inminencia de riesgo para la niña que G.

Fecha de firma: [REDACTED] basada en una virtual exposición de ambas en el propio
Firmado por: HORACIO L. DIAS,
Firmado por: LUIS F. NIÑO,
Firmado por: EUGENIO C. SARRABAYROUSE
Firmado (ante mi) por: PAULA GORSO, Secretaria de Cámara





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 78309/2017/3/1/CNCI

escenario del delito oportunamente frustrado, se relativiza a partir del propio relato del principal sujeto pasivo; ello, sin perjuicio de haber resultado aprehendida aquella, poco después, a raíz del veloz despliegue policial pre-ordenado, en el marco de lo que, en rigor, constituyó una entrega vigilada. Al tiempo que recobra consideración el desdeñado argumento de que llevaba a la niña consigo porque no se separaba de ella en ninguna circunstancia.

Sentado ello, si de lo que se tratare es de evaluar riesgos de cara al futuro, a partir de la procurada reanudación de la convivencia mediante el arresto domiciliario, de los informes recabados surge que la joven G. cuenta con veinte años de edad, es huérfana de madre desde los doce años de edad, fue criada por su abuela paterna, posee estudios secundarios incompletos, interrumpió sus estudios de bachillerato de adultos al cursar el embarazo de su única hija, no se hallaría identificada con el consumo de sustancias psicoactivas ni de tabaco, habría desempeñado actividades laborales junto a su suegra, consistentes en el lavado y planchado de ropa del vecindario, y convivía con sus suegros, quienes se manifestaron prestos a ayudarla encargarse de ella (cf. , especialmente, fs. 4/6, 12/13 y 18/19 de la presente incidencia).

Asimismo, de acuerdo a lo informado por el Registro Nacional de Reincidencia y por la Policía Federal, G. no registra antecedentes (v. fs. 9 y 10 del legajo respectivo).

V. De la situación de la hija de la peticionaria a partir de la desvinculación entre ambas ya se ha hecho mención. Mas, habida cuenta de que ha menester tomar en consideración, a la hora de resolver, circunstancias sobrevinientes que pudieran revestir importancia para la resolución del caso traído a revisión, cabe apuntar, además de las constancias glosadas a fs. 101/105, ya mentadas, que la División Visita y Correspondencia del centro penitenciario donde G. se encuentra alojada ha respondido, frente a la exhortación de la nombrada que incluía a su hija como visitante, que “no cuenta con lugar destinado y adecuado para dicha solicitud, a fin de que la



misma efectúe la visita en un lugar diferenciado; solamente se dispone de los lugares donde se lleva a cabo las visitas ordinarias y las mismas son compartidas por los demás visitantes” (fs. 71).

Con las mismas salvedades, la alegación consecutiva de los letrados oficiales Marcelo Helfrich y Anahí Fernández ante estos estrados dio cuenta del empeoramiento de la situación familiar del núcleo en el que se mantiene a la niña, de las penurias de su principal referente adulto en la actualidad y de las privaciones resultantes para el desarrollo físico y emocional de la menor de edad, patentizadas, básicamente, en el informe conjunto agregado a fs. 106 del legajo respectivo.

VI. En síntesis: ni el relativo bienestar brindado por el grupo familiar que aloja a la niña, progresivamente deteriorado, suple la ruptura del vínculo real y afectivo entre madre e hija, ni los potenciales riesgos a los que se ha aludido en la decisión puesta en crisis se evidenciaron –en su hora– de la manera determinante como se los ponderó; ni se advierten riesgos presentes o futuros para el caso de disponerse la medida alternativa mocionada.

En cuanto a los damnificados y su interés contrario a la concesión del instituto por el que se aboga, sin perjuicio de la debida consideración y el respeto que su condición de víctima merecen, no es posible subordinar el interés superior en juego en la emergencia al difuso temor subsistente en el ánimo de aquellos ante lo que pudiera acontecer, si no se cuenta con pautas objetivas que permitan enlazar el otorgamiento del arresto domiciliario con futuros e inciertos eventos negativos, máxime cuando se ha reconocido que no se sucedieron maniobras de corte ilícito tras el procedimiento policial que neutralizó el éxito de la extorsión por ellos padecida.

VII. La precipitación con que se zanjó el tópico en ambos pronunciamientos sucesivamente impugnados coartó la consideración de medidas perfectamente pasibles de implementación, en aras de conservar un equilibrio entre la eficacia del sistema penal y el interés





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 78309/2017/3/1/CNCI

complementen la seguridad de mantener a un encausado sometido a las resultas de la causa y a la autoridad del tribunal, sin perjuicio del cambio de ámbito que supone el arresto domiciliario.

En el caso “Encina, Pamela Beatriz s/incidente de prisión domiciliaria”, resuelto el 6 de Febrero de 2017 por la Sala II de esta Cámara Nacional de Casación (registro 42/2017) hemos hecho hincapié respecto del recurso previsto en el artículo 33, último párrafo, de la ley 24.660, reformado por ley 27.375, con cuya posibilidad de provisión se cuenta en nuestro medio, a despecho del disfavor con que lo ha recibido la judicatura, en términos generales.

En dicho decisorio, paralelamente, el apreciado colega Daniel Morin, adhiriendo a mi voto preopinante, puso de relieve la Recomendación VI, emitida por el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias denominada “Derecho de las Mujeres Privadas de la Libertad –Género en Contextos de Encierro”, mediante la cual se exhorta a los miembros del Poder Judicial a que *“al momento de adoptar medidas relativas a la prisión preventiva y/o a la condena, tengan presente lo dispuesto en las Reglas de Bangkok (números 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64), y demás estándares en materia de Derechos Humanos de las mujeres, vinculado a la excepcionalidad del encierro y la necesidad de implementar medidas no privativas de libertad. Con esa finalidad, será procedente indagar y valorar las responsabilidades de cuidado y los antecedentes de victimización por violencia de género que tienen las mujeres en conflicto con la ley penal”*.

La ausencia de toda referencia a dicho mecanismo de aseguramiento, así como a tales reglas convencionales suma motivos para casar la decisión específicamente atacada en esta ocasión y hacer lugar a la medida alternativa solicitada, con el añadido de la activación del sistema del dispositivo electrónico de control puntualmente preceptuado en la ley, respecto de A. G.
G..

Fecha de firma: 13/04/2018

Firmado por: HORACIO L. DIAS,
Firmado por: LUIS F. NIÑO,
Firmado por: EUGENIO C. SARRABAYROUSE
Firmado(ante mi) por: PAULA GORSO, Secretaria de Cámara



#31136200#202651301#20180412114321671

VIII Considero, en definitiva, carente de la debida fundamentación la decisión de confirmar el rechazo a la promoción de tal medida, en beneficio de la menor involucrada y en aras a preservar el principio delimitador de la coerción penal consistente en evitar la trascendencia a terceros de la operatividad del sistema punitivo, consagrado en el artículo 5.3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, alegado temporáneamente por la parte; y entiendo que debemos obrar en consecuencia, con la premura que el caso exige.

Por ende, propongo al pleno hacer lugar al recurso de casación ensayado por la defensa pública oficial, y conceder la morigeración de prisión preventiva que pesa sobre A. G.

G. para que pase a cumplirla en forma domiciliaria, bajo un dispositivo de control electrónico que deberá ser provisto por el Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica – dependiente de la Dirección Nacional de Readaptación Social de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios de la Secretaría de Justicia–, y remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que disponga lo necesario para efectivizar la medida dispuesta y dé intervención al organismo que considere conveniente para que realice un seguimiento de la nombrada; sin costas. Rigen el caso los artículos 32, inciso “f” y 33, último párrafo, de la ley 24.660, reformada por leyes 26.472 y 27.375, respectivamente, 456, inciso 1º, 530 y 531 del CPPN, y –en el plano convencional- los artículos 5.3. del Pacto de San José de Costa Rica y 3.1., 9.1. y concordantes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Tal el sentido de mi voto.

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1. El recurso de la defensa plantea dos cuestiones: a) la vulneración en el caso del interés superior del niño; y b) la arbitrariedad de la resolución recurrida, en tanto para rechazar el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 78309/2017/3/1/CNCI

pedido de arresto domiciliario de A. G. G., no se tuvieron en cuenta *todos* los informes obrantes en la causa.

2. A su vez, la sentencia recurrida (fs. 64/65) se basó en dos argumentos centrales: que la niña se encontraba cuidada y que había sido expuesta por su madre a un riesgo cierto al llevarla al lugar donde ocurrió el hecho investigado. Así, según los jueces de la instancia anterior, la hija de A. G. G. se encuentra al cuidado de sus abuelos paternos, su tía, y su madrina “... *eventualmente le da el pecho...*”; además, la menor se encuentra adecuadamente cuidada, contenida y alimentada. A ello se sumaba que “...*en el caso concreto...*” se valoraba “...*negativamente que la nombrada fue detenida –junto a otros imputados– con su hija menor en brazos al lado del vehículo que usaron para ir a cobrar el dinero exigido...*”.

3. Al resolver el caso “**Gerez Lapuente**”⁷ (y, posteriormente, “**Díaz López**”⁸) se dijo que la prisión o detención domiciliaria es una forma alternativa de cumplimiento de la pena privativa de la libertad para aquellos casos donde el encierro carcelario excede la restricción de aquélla y se transforma en un sufrimiento, por la situación particular en que se encuentra la persona detenida. Es una modalidad morigerada de encierro, que de manera general se funda en razones humanitarias y de máxima jerarquía constitucional, en tanto están prohibidas las penas y los tratos crueles.⁹ Su fisonomía actual ha sido establecida por la ley 26.472, en cuanto modificó los arts. 32, ley 24.660 y 10, CP; y, más recientemente, por las leyes 26.813 y 27.375 que hicieron lo propio con los arts. 33 y 34 de aquella misma norma.

El artículo 32, inciso “f”, ley 24.660, quedó redactado de la siguiente forma: “...*el juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención*”

⁷ Sentencia del 8.3.16, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro 164/16.

⁸ Sentencia del 23.6.16, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 468/16.

⁹ Cfr. DIVITO, Mauro, *Prisión domiciliaria*, en Divito, Mauro / Vismara, Santiago (Directores), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 1289.



domiciliaria: ... f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo". En el mismo sentido, el art. 10, CP señala que "...podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria...f) La madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo...". Como puede apreciarse, ambas reglas han tomado en cuenta también los intereses del niño involucrado en el caso, cuando es menor de cinco años, por el especial vínculo emocional y físico con su madre. Por su parte, en virtud de lo establecido en el art. 11, ley 24.660, y el art. 314, CPPN, el instituto es aplicable a los procesados.

Asimismo, y como se sostuvo en la causa "Altamirano"¹⁰, la sanción de la ley 24.660 consagró, entre otros principios básicos, el fin de la resocialización en la ejecución de la pena (art. 1) y el control judicial de la etapa (arts. 3 y 4). De esta manera, se estableció un régimen progresivo, donde el interno, según la calificación de su conducta durante el encierro, avanza en diferentes etapas hasta recuperar su libertad. Como aspecto positivo, la ley optó por un sistema flexible del contenido de la pena, de acuerdo con las características y necesidades de cada condenado.

Ahora bien, este objetivo implica, necesariamente, prestar atención a la diversidad del ser humano, de tal forma que en la medida de lo posible se tengan en cuenta las necesidades básicas de las diferentes personas y grupos que integran la población carcelaria; de allí que se hable de los "grupos especialmente vulnerables", entre ellos, las mujeres. En este colectivo en particular se agrega una circunstancia que agrava aún más la situación de vulnerabilidad señalada: la maternidad, lo que lleva también a analizar la situación tanto del alumbramiento como las soluciones referidas a la cohabitación en la cárcel de la madre con su hijo recién nacido o de corta edad.¹¹

¹⁰Sentencia del 26.5.15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 100/15.

¹¹Cfr. AA.VV., *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, Colección

Documento de Trabajo n° 17, Eurosocial, Madrid, 2014, ps. 505 y sigs.

Firmado por: LUIS F. NIÑO,

Firmado por: EUGENIO C. SARRABAYROUSE

Firmado(ante mi) por: PAULA GORSO, Secretaria de Cámara





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 78309/2017/3/1/CNCI

En el precedente citado también se dijo que estos aspectos han sido contemplados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: las Reglas de Bangkok para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, aprobadas por la Asamblea General de la Naciones Unidas mediante Resolución 65/229, del 21 de diciembre de 2010, se ocupan del tema. De ellas, tienen relevancia para nuestro caso las disposiciones 57 y 64, en tanto esta última señala que “...cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan hijos a cargo, y se estudiará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presentes los intereses superiores del hijo o los hijos y velando por que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos hijos...”. Estas disposiciones del denominado *soft law* son directrices dirigidas a los Estados para que sus funcionarios diseñen políticas públicas que tengan en cuenta las necesidades específicas de las mujeres privadas de su libertad y la atención y tratamiento de sus hijos, y a sea que convivan con sus madres en la cárcel o no lo hagan.

En relación con tales reglas, en el precedente “**Ledesma**”¹² se compartió lo resaltado por el juez Morin sobre la Recomendación VI emitida por el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias denominada “Derecho de las Mujeres Privadas de la Libertad –Género en Contextos de Encierro” (traída a colación, asimismo, en el voto del juez Niño que lidera este acuerdo), la cual exhorta a los miembros del Poder Judicial a que “...al momento de adoptar medidas relativas a la prisión preventiva y/o a la condena, tengan presente lo dispuesto en las Reglas de Bangkok (n° 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64), y demás estándares en materia de Derechos Humanos de las mujeres, vinculado a la excepcionalidad del encierro y la necesidad de implementar medidas no privativas de libertad. Con esa finalidad,



será procedente indagar y valorar las responsabilidades de cuidado y los antecedentes de victimización por violencia de género que tienen las mujeres en conflicto con la ley penal”.

En ese mismo fallo el colega aludió al debate del proyecto de la que luego resultaría sancionada y promulgada como ley 26.472, en el recinto de la Cámara de Diputados, donde se dijo expresamente –entre otras cuestiones– que “...otros supuestos en los que resultaría aplicable el instituto [de la prisión domiciliaria] es para las embarazadas y madres de niños pequeños. Eso se debe a que la sanción no debe trascender al individuo responsable penalmente (principio de intrascendencia penal)...”.¹³

También en adhesión al juez Morin se sostuvo, en los casos “**Bejar**”¹⁴ y “**Rojas**”¹⁵, que cuando los derechos que asisten a las mujeres condenadas o inmersas en procesos penales entran en conflicto con los intereses de los menores, son estos últimos los que deben primar. En el segundo incluso se citaron diversas normas que apuntan a la relevancia del *interés superior del niño* y a su vinculación con la relación materno-filial, tal como las reglas n° 28, 22, 42, 49, 52.1 y 52.3, 64 de Bangkok; los arts. 3.1, 5.1, 9.1, 9.3, 18.1 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño; los arts. 3, 5, 7, 11, 35 y 37, 39 de la ley 26061; las recomendaciones del Sistema de Coordinación y Seguimiento del Control Judicial de Unidades Carcelarias, en particular la VI/2016; y la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (apartados 69 y 97).

En el mismo sentido, ya en el caso “**Fernández**”¹⁶ se había coincidido con el juez García en cuanto a que, aunque las formas alternativas –de encarcelamiento– no constituyen una regla general para todos los casos, la consideración del mejor interés de los niños obliga a un examen caso por caso, de modo que incumbe al Estado justificar por qué en un supuesto dado no corresponde ofrecer

¹³ Cfr. Antecedentes Parlamentarios Ley 26.472, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, exposición de motivos de la Diputada Diana Conti, parágrafo 16.

¹⁴ Sentencia del 19.9.17, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 865/17.

¹⁵ Sentencia del 28.2.18, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 134/18

¹⁶ Sentencia del 16.2.16, Sala I, jueces Garrigós de Rebori, García y Sarrabayrouse, registro n°





y aplicar esa alternativa, para lo que no son suficientes fórmulas genéricas.¹⁷

Sin perjuicio de estos criterios, cabe agregar aquí que, de acuerdo con las particularidades del caso (punto V del voto del juez Niño), la recurrente nada argumentó sobre el derecho que *también* tiene la imputada a ejercer su papel de madre, con independencia de los derechos del niño o niña involucrado.¹⁸

4. Sentado este marco general, se comparte el análisis y las conclusiones a las que arriba el juez Niño en los puntos II y III de su voto, particularmente en lo referido a los diversos dictámenes no considerados en la sentencia recurrida (II), que fueron destacados en el recurso (fs. 88/89); y a la interpretación de las reglas aplicables, en todo lo atinente al *interés superior del niño* (III).

En cuanto al examen efectuado en el punto IV de la referida ponencia, los cuestionamientos introducidos por la defensa con respecto al peligro real a que habría sido expuesta la niña (fs. 90 vta./91) demuestran que no necesariamente de la imputación se deriva que ella *no pueda vivir con su madre*. En la sentencia no se ha explicado con la necesaria claridad de qué modo el “riesgo cierto” presuntamente corrido por la menor (fs. 64 vta.), de acuerdo con las particulares circunstancias del hecho, se traduciría sin más en la inconveniencia del otorgamiento del beneficio a su progenitora; menos aún a la luz del principio de inocencia alegado por la recurrente.

También, en lo que respecta a la intervención de la presunta víctima en el caso, se comparte lo expuesto por el juez Niño en el punto VI de su voto; del mismo modo, lo referente a la aplicación de un dispositivo electrónico, según lo prevé el art. 33, último párrafo, ley 24.660.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Al respecto, véase Marta Monclús MASÓ, *El arresto domiciliario como alternativa al encierro carcelario en el caso de mujeres embarazadas o madres de niños/as pequeños/as*, en Julieta Di Corleto (compiladora), *Género y justicia penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017, ps. 371 - 395, en particular, p. 392.



5. Por tales razones, dada la deficiente motivación de la resolución recurrida y la inobservancia de la totalidad de las reglas que rigen el caso, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de G., casar la sentencia impugnada, conceder la morigeración de prisión preventiva que pesa sobre A. G. G. para que pase a cumplirla en forma domiciliaria, bajo un dispositivo de control electrónico que deberá ser provisto por el Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica – dependiente de la Dirección Nacional de Readaptación Social de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios de la Secretaría de Justicia–, y remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que disponga lo necesario para efectivizar la medida dispuesta y dé intervención al organismo que considere conveniente para que realice un seguimiento de la nombrada; sin costas (arts. 11, 32 inc. “f” y 33 último párrafo, ley 24.660; 454, 455, 456 inc. 1º y 2º, 465 bis, 470, 530 y 531, CPPN).

El juez Horacio L. Días dijo:

En los términos del criterio desarrollado en el precedente “Parra”¹⁹, adhiero a la solución propuesta por los colegas Niño y Sarrabayrouse.

Tal es mi voto.

En consecuencia, la **Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal RESUELVE:**

CASAR la decisión impugnada, **CONCEDER** la morigeración de prisión preventiva que pesa sobre A.

G. G. para que pase a cumplirla en forma domiciliaria, bajo un dispositivo de control electrónico que deberá ser provisto por el Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica –dependiente de la Dirección Nacional de Readaptación Social de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder

¹⁹ Incidente de prisión domiciliaria en autos Parra, Leonela A., causa n° 62949/2013, rta.: Fecha de firma: 13/04/2018
Firmado por: **Horacio L. Días**, Sala II, reg. n° 97/15.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 78309/2017/3/1/CNCI

Judicial y Asuntos Penitenciarios de la Secretaría de Justicia-, y **REMITIR** las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que disponga lo necesario para efectivizar la medida dispuesta y dé intervención al organismo que considere conveniente para que realice un seguimiento de la nombrada; sin costas (arts. 10, inc. "f", CP; 454, 455, 456, 465 bis, 470, 530 y 531, CPPN; 11 y 32, inc. "f", 33, Ley 24.660; 5.3, CADH; 3.1., 9.1. y ccdtes., CIDN).

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100). Remítase al Juzgado Nacional de Menores n° 4, sirviendo la presente de atenta nota de estilo, y envíese copia de la presente resolución a la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional vía oficio.

LUIS F. NIÑO

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

HORACIO L. DÍAS

Ante mí:

PAULA GORS
Secretaria de Cámara

