



En la ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes de febrero de 2017, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarabayrouse, Daniel Morin y Luis Fernando Niño, asistidos por la secretaria actuante Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 40/61 por la defensa de la imputada en la presente causa n° CCC 71814/2015/2/CNC4, caratulada “R, M de los A s/ rechazo de prisión domiciliaria”, de la que

RESULTA:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 18 no hizo lugar a la detención domiciliaria de M de los A R ni a su inclusión en el programa de asistencia de personas bajo vigilancia electrónica (fs. 29/31).

II. Contra dicha resolución la defensora pública oficial Graciela De Dios interpuso recurso de casación (fs. 40/61), que fue concedido a fs. 62 y al que la Sala de Turno otorgó el trámite previsto por el art. 465 bis, CPPN (fs. 67).

III. La recurrente encauzó sus agravios por la vía del inciso 2° del art. 456, CPPN.

Adujo que la sentencia resultaba arbitraria por haberse dictado en ausencia de una controversia entre las partes, es decir cuando no había un caso a resolver, en violación a garantías constitucionales. Explicó que el titular de la acción había entendido que correspondía hacer lugar a la prisión domiciliaria de R y los magistrados no podían actuar de otra manera que no fuera concediendo lo solicitado por esa defensa. Ello, dado que el dictamen fiscal no había sido cuestionado en el fallo, ni considerado arbitrario o ilegal, sino que únicamente se habían criticado las conclusiones del representante de los menores.

A su vez, la parte recurrente estimó que el resolutorio carecía de motivación suficiente y ello lo tornaba inválido a la luz del art. 123, CPPN, pues había brindado argumentos aparentes sin analizar debidamente lo peticionado. Criticó que la decisión se ceñía a la relación de su asistida con su hija mayor y omitía toda referencia a los hijos no convivientes, en cuyo interés también se había basado el pedido y el dictamen del defensor de

menores. Dicha circunstancia demostraba que no se había evaluado la situación en forma conjunta y en miras al interés superior del niño. Añadió que, si bien los arts. 10 inc. f, CP y 32 inc. f, ley 24.660 excluían la aplicación de esa modalidad de encierro ante niños mayores a 5 años, en realidad la norma no podía ser considerada en forma literal cuando su fin tuitivo era velar por el interés superior del niño, siendo éste todo menor de 18 años de edad según la Convención de los Derechos del Niño.

Por otro lado, sostuvo que el razonamiento jurisdiccional había sido erróneo dado que el caso encuadraba literalmente en uno de los supuestos contemplados en el protocolo de actuación del programa de vigilancia electrónica del Ministerio de Seguridad, sin que nada dijera éste de la necesidad de que el menor de entre cinco a diez años de edad se encontrara con un problema de salud o desamparado. Por ende, la sentencia agregaba un requisito que la norma no exigía; además, había omitido evaluar la procedencia del instituto a la luz del art. 177 inc. i y j del nuevo Código Procesal Penal.

Remarcó, en cuanto a la situación de la niña A., que los propios jueces afirmaron que la nombrada estuvo a cargo de su madre y de sus abuelos, pero en realidad estos últimos no eran sus padres. Más allá de que su pupila hubiera estado un tiempo en situación de calle, ello no modificaba la necesidad de sus hijos de estar con ella, quienes no podían no ser oídos ni considerados.

En relación con el peligro de fuga, cuestionó que los riesgos procesales valorados habían sido tenidos en cuenta para la imposición de la medida cautelar, pero la situación debía observarse a la luz de la neutralización de esos peligros con el cambio de modalidad de esa misma medida. Por ejemplo, mediante la aplicación de los medios de control electrónicos, cuyo análisis había sido omitido. De ese modo, podrían conciliarse las necesidades procesales del encierro preventivo y el debido respeto de los derechos y garantías constitucionales de la imputada.

Finalmente, destacó que el defensor Gallo, representante de los niños, expuso la situación de deseo y necesidad de los dos hijos mayores de ver a su madre, y que la medida facilitaría el vínculo filial y resultaría propicia para todo el núcleo familiar, pues quien se encargaba de los cuidados de la menor A. –el abuelo– también debía cuidar a su mujer, que padece de



depresión crónica. De todo ello se concluía que en la sentencia se habían evaluado los informes sociales de manera aislada y fragmentada.

IV. El 8 de febrero de 2017 se celebró la audiencia prevista en el art. 454 en función del art. 465 bis, CPPN, de lo cual se dejó constancia en el expediente a fs. 81. A ella comparecieron el defensor oficial Mariano Patricio Maciel y el padre de la imputada, Ramón Enrique R.

El primero sostuvo, en lo sustancial, el recurso interpuesto y reiteró los cuestionamientos plasmados en tal pieza.

Por su parte, el Sr. R explicó, en respuesta a preguntas formuladas por los jueces, que su hija vivía en su casa pero por su adicción a las drogas estuvo en situación de calle, aunque nunca había estado presa. Aclaró que durante el año 2015 llevó en reiteradas ocasiones a M de los A al hospital Cenarios, pero los tratamientos duraban sólo tres meses y en ese corto lapso no pudieron brindarle la contención necesaria y garantizar una curación; así fue que, tras serle otorgada el alta, no regresó a su vivienda.

En cuanto a su nieto Dylan, especificó que también estaba a cargo suyo pero cuando su mujer se enfermó de depresión, aproximadamente dos años atrás, pasó a estar al cuidado de su padre. Sin perjuicio de ello, los abuelos lo buscan y llevan a su casa cada quince días, y en tales oportunidades el niño siempre pregunta si irán a ver a su mamá (que supone internada en un hospital), pues él es quien más la extraña y nunca la olvida.

Explicó que su hija actualmente no realiza ningún tratamiento por drogadicción en el lugar donde está detenida, pero que sí lo hizo cuando ingresó al penal y hasta que las personas a su cargo dejaron de considerarlo necesario. Refirió que ahora nota que ella se encuentra bien, normal, mucho mejor que en años anteriores, y puede estimar que se encuentra curada en un 80 por ciento. Refirió que todos los sábados concurren a visitarla junto a la niña A., con quien M de los A juega permanentemente, demostrando un mejor vínculo madre-hija y que tiene ganas de salir y estar con la menor, a diferencia de lo que ocurría antes.

V. En atención a la facultad que otorga el art. 455, segundo párrafo, CPPN, el tribunal decidió continuar con la deliberación, tras la cual se encuentra en condiciones de resolver.

CONSIDERANDO:

El juez Daniel Morin dijo:

1.- Tal como se expuso, la defensa solicitó, en primer término, el arresto domiciliario de M de los A R y, subsidiariamente, la morigeración de su encierro carcelario bajo el control de un dispositivo electrónico.

2.- El a quo trató ambas peticiones conjuntamente, y rechazó tanto la principal como la subsidiaria.

Apoyó su decisión, básicamente, en dos tipos de consideraciones; vinculadas unas, a que la menor A. M. R. no se encuentra en situación de abandono y otras, a la existencia de elementos objetivos que hacen presumir el peligro de fuga que podría generar la detención domiciliaria.

3.- En lo que se refiere a la primera de las cuestiones, los jueces de la instancia han entendido que en el caso concreto el rechazo de lo solicitado no colisiona con el interés superior de la menor porque ésta “se encuentra con sus abuelos en un entorno familiar favorable y satisfactorio para sus necesidades”.

Puntualizaron que “la situación de la encausada no encuadra en ninguno de los supuestos del artículo 10, inciso f) del Código Penal ni permite la concesión del arresto domiciliario a modo de excepción para poder ser incluida en el programa de vigilancia electrónica, conforme el orden de prioridad establecido en el Protocolo aprobado por resolución 808-E/2016 (para madres de niños entre cinco y diez años de edad)”.

Valoraron la presentación efectuada por la defensa y los informes incorporados en autos, y destacaron que la niña “se encuentra escolarizada, cursando cuarto grado de la Escuela n° 14 Gral. San Martín, que vive en la casa de sus abuelos maternos –la que resulta adecuada– a cargo de éstos, que su abuelo, el Sr. R, es apoderado y cobra en relación a sus nietos A. y L. la asignación universal por hijo”, haciendo hincapié en que está bajo el cuidado “principalmente de su abuelo por cuanto su abuela padece una depresión crónica y se encuentra bajo tratamiento médico farmacológico”.

Sobre esta base, descartaron la existencia de una “situación de abandono, de desamparo o de desprotección, de inseguridad material o moral”, señalando que no está “en riesgo ni la salud física ni psíquica de la niña, al menos en un grado tal que justifique el apartamiento de la norma que regula la prisión domiciliaria para que sea concedida de modo excepcional, cuando la edad de la menor no se ajusta al tope previsto en el inciso f) del artículo 10 del Código Penal”.



Aludieron, asimismo, a lo consignado en el informe de fs. 12/13 y a lo referido por la propia M de los A R, y sostuvieron que “la niña estuvo a cargo de su madre y de los abuelos y a exclusivo cuidado de éstos cuando su mamá se fue de la casa y vivió en la calle, situación que se repite en la actualidad”, por lo que “no está a cargo de desconocidos sino de las personas que siempre estuvieron, en mayor o menor medida, al cuidado de la niña”.

4.- Estos elementos valorados por el a quo resultan, sin embargo, insuficientes para demostrar, en el caso bajo examen, que al decidir como lo hicieron se tuvo en especial consideración el interés superior del niño.

Es que si bien los magistrados han estimado que dicho interés estaba protegido porque los abuelos de la menor cuidan de ella “en un entorno familiar y satisfactorio para sus necesidades”, lo cierto es que no han tomado en consideración que aquél se encuentra íntimamente ligado al derecho que tiene todo niño a crecer junto a su madre.

Diversas normas aluden al interés superior del niño, como por ejemplo, las reglas nº 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 (en adelante: CDN) y los arts. 3, 5, 7, 11, 35 y 37, 39 de la Ley nº 26061.

Y muchas otras lo hacen definiendo la preeminencia que debe dársele, en este marco, a la convivencia materno-filial.

Resulta ilustrativo, en esta dirección, lo previsto en la regla nº 2.1. de Bangkok, la que establece que “(a)ntes de su ingreso o en el momento de producirse, se deberá permitir a las mujeres con niños a cargo adoptar disposiciones respecto de ellos, previéndose incluso la posibilidad de suspender la reclusión por un período razonable, en función del interés superior de los niños”.

Cabe destacar también las recomendaciones del Sistema de Coordinación y Seguimiento del Control Judicial de Unidades Carcelarias, en particular la VI/2016 que recomienda “a los señores y señoras magistrados competentes que la procedencia del arresto domiciliario se evalúe en consonancia con el deber de asegurar el interés superior del niño, el principio pro homine y con la jurisprudencia, recomendaciones y observaciones generales en la materia de derecho internacional de derechos humanos”.

La Observación General Nº 14 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración

primordial, por su parte, en el apartado 69 establece: “cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito deben ofrecer y aplicar al caso alternativas a la privación de la libertad teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados”.

Y en su apartado 97 especifica que “(a) fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada (...). Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones”.

Todas las normas apuntan a la importancia del interés superior del niño, el que, de conformidad con lo previsto en el art. 1 CDN es “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Asimismo, hacen referencia a la relevancia que debe tener dicho interés cuando lo que se discute son cuestiones como la que aquí se analiza, y explican cómo y porqué ese interés se vincula a la relación materno-filial.

El análisis de qué es lo que constituye el interés superior del niño debe efectuarse, necesaria y lógicamente, caso por caso.

Esto es lo que los jueces del tribunal omitieron hacer en la instancia, pues si bien citaron mi voto en la causa “Maquieira”¹, desatendieron no sólo el contexto en el que aquél fue dictado, sino además las razones que allí se brindaron acerca de la necesidad “de demostrar que en el momento

¹ Causa n° 51.212/2014, rta. el 14/4/2016, reg. n° 277/16.



presente los efectos de la separación sobre la situación física, espiritual y moral de su estadio de desarrollo, son tan graves que justificarían un tratamiento de la prisión preventiva del padre diferenciado de las reglas generales que la rigen” –de conformidad con lo establecido en el art. 9.3, CDN–.

En el precedente de mención me remití a lo expuesto en la causa “Reyes Salvatierra”², en la que, en concordancia con las reflexiones formuladas por el juez García en la causa “Andrada”³, se sostuvo que “(t)odo niño tiene derecho, en general, a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos. Sin embargo este derecho (no) es absoluto porque la Convención no prohíbe la separación cuando ésta sea el resultado de medidas tales como la detención o encarcelamiento (arts. 9.1 y 9.4 C.D.N.). La necesidad de mantener la detención o encarcelamiento debe ser enjuiciada en cada caso, atendiendo al interés superior del niño, porque incumbe al Estado velar porque los niños no sean separados de sus padres (9.1).”

No resulta un dato menor, en este marco de análisis, que en el caso de Maquieira, sus hijos tenían 6 y 9 años de edad, y eran niños que “no se encontraban debidamente documentados, que vivían en la clandestinidad, que no estaban escolarizados y que residían en condiciones prácticamente salvajes, rodeados de excrementos”.

En ese caso, su madre, que solicitaba su prisión domiciliaria pero además tenía una causa en trámite por corrupción de menores, no había cumplido con los requerimientos médicos que se le hacían ni con la vacunación de sus hijos, quienes no solo padecían desnutrición sino que además tenían un evidente retraso madurativo y en el lenguaje que no se debía a cuestiones físicas.

Es decir: su madre los había expuesto a situaciones de riesgo en cuanto a su salud física y psicológica.

² Causa n° 51.724/2013, rta. el 1/4/2016, reg. n° 229/16.

³ Cfr. causa n° 13.142, caratulada “Andrada, Omar Antonio s/recurso de casación”, Sala II, CFCP, rta. el 24/5/11, reg. n° 15.524.

Esos menores, por otra parte, habían entablado una buena relación y vínculo con su abuelo, quien los alimentó, les dio un hogar, los llevó al médico y se preocupó por su escolarización.

En ese caso no solo no se había demostrado la gravedad de los efectos que la separación madre/hijos provocaba sino que, por el contrario, se hacía evidente el riesgo que corrían los menores junto a su progenitora.

En el caso “Reyes Salvatierra”, por otra parte, quien solicitaba la prisión domiciliaria alegando el interés superior del niño era la misma persona que se encontraba cumpliendo pena por el homicidio de una menor de cuatro años que tenía a su cuidado.

Las circunstancias apuntadas demuestran las diferencias existentes entre los casos citados por el a quo y el que se encuentra bajo estudio, y, en consecuencia, evidencian por qué esos precedentes no resultan aplicables al presente incidente.

5.- Veamos entonces qué es lo que ocurre en el caso bajo análisis.

A fs. 40/41 vta. se ha constatado tanto la edad de A. M. R. – actualmente, 9 años– como la relación materno-filial existente entre esta última y M de los A R.

Ciertamente, la situación de M de los A R no encuadra en el artículo 10, inciso f), CP ni en el 32, inciso f) de la Ley nº 24.660, en virtud del límite etario allí previsto.

Ello, empero, no resulta un impedimento para la concesión de la prisión domiciliaria pues, en el marco de las múltiples normas de derecho internacional y de derecho interno referidas, en las que, reiteradamente, se alude al interés superior del niño y a la importancia de la relación madre/hijo, dicho obstáculo legal debe relativizarse.

En el caso, por otra parte, no puede perderse de vista que no sólo se encuentra en juego el interés superior de A. M. R. –de 9 años–, sino también el de su hermano M. D. A. V.–de 6 años–.

En esta línea, cabe consignar lo expresado por su abuelo, Ramón Enrique R, en la audiencia celebrada en los términos del art. 454 en función del 465 bis, CP, en la que manifestó que cada quince días los abuelos llevan a su casa al menor, y que siempre pregunta si irán a ver a su mamá al hospital, que es él el que más la extraña y no la olvida.

En el mismo orden, cabe destacar el informe social de fs. 12/13, elaborado por la licenciada M Eugenia Cuiuli, en el que se expuso que “el



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2 CCC
71814/2015/2/CNC4

arresto domiciliario facilitaría otras condiciones materiales y simbólicas, pudiendo propiciar un marco para el afianzamiento del vínculo de la defendida con sus hijos (a partir de la convivencia cotidiana con Martina y la provisión de sus cuidados, y de los encuentros quincenales con Dylan que se llevarían a cabo en el domicilio familiar), lo que a su vez descomprimiría a sus padres, garantizando que la Sra. Pagaburú pueda abocarse al cuidado de su propia salud”.

En la misma línea, el titular de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años, Gustavo Oreste Gallo, destacó las circunstancias detalladas por la licenciada M Eugenia Cuiuli, y consideró, en su dictamen de fs. 23/25 vta., que debía hacerse lugar al arresto domiciliario solicitado.

De lo relevado no es posible derivar que la cohabitación de la madre con los menores entrañe un peligro concreto que justifique una separación que viene contraindicada por todas las normas que regulan la cuestión.

Al contrario, en el informe de fs. 12/13 se concluye que su concesión repercutirá en la posibilidad de afianzar no solo el vínculo con su hija A. M., sino también con su hijo M. D..

Lo reseñado demuestra cómo el tribunal omitió analizar una de las facetas del interés superior del niño al dictar su resolución, es decir, la referida a la necesidad y conveniencia de que los niños desarrollen su vida acompañados de su madre.

6.- Cuando lo que se encuentra en juego es la concesión de institutos como los solicitados, no pueden soslayarse, por otra parte, los estándares internacionales que deben guiar las decisiones que involucren a mujeres privadas de su libertad.

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–” exhorta a los miembros del Poder Judicial a que “l.... 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”.

Las Reglas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusas y Medidas no Privativas de Libertad para las Mujeres Delincuentes conocidas como Reglas de Bangkok disponen, en lo que aquí puede tener relevancia:

“Regla 57:...En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas”.

“Regla 58: Teniendo en cuenta las disposiciones del párrafo 2.3. de las Reglas de Tokio (que dispone que el sistema de justicia establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia), no se separará a las delincuentes de sus parientes y comunidades sin prestar la debida atención a su historial y sus vínculos familiares. Cuando proceda y sea posible, se utilizarán mecanismos opcionales en el caso de las mujeres que cometan delitos, como las medidas alternativas y otras que sustituyan a la prisión preventiva y la condena”.

“Regla 64: Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de 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”.

El primero de los informes que figuran en el incidente, elaborado por la licenciada M Eugenia Cuiuli del Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación, a fs. 12/13, da cuenta de que la imputada es una mujer de 26 años, madre de tres hijos y que su biografía se encuentra atravesada por situaciones “que fueron profundizando su vulnerabilidad y condicionando sus posibilidades de ejercicio del rol materno”, ya que “ha transitado desde su infancia escenarios de precariedad socioeconómica, con aportes relacionales frágiles, expuesta a situaciones que atentaron contra su



integridad sexual, una escolarización incompleta y consumo problemático desde su pre-adolescencia”.

Allí se asentó, además, que si se incorpora al análisis “la noción de daño que propone la socióloga Elizabeth Jelin, que afecta el proyecto vital de los jóvenes en situación de vulnerabilidad y tiende a ser acumulativo, podemos observar cómo éste se ha ido inscribiendo en la trayectoria de M de los A, impidiendo el desarrollo de sus potencialidades en los distintos ámbitos de su vida (trabajo, familia, ciudadanía) afectando tanto el presente como su futuro personal, restringiendo sus capacidades y su horizonte de oportunidades. Y en este contexto, su encarcelamiento y la perpetuación en el tiempo de este, podría constituirse en un nuevo factor de profundización y/o acumulación de daños”.

Y se añadió que en caso de concederse el arresto domiciliario, “desde este programa podríamos solicitar la intervención del Programa de Atención de Niños/as con Madres en Situación de Detención, dependiente de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, quienes estarían en condiciones de gestionar un ingreso monetario, así como un acompañamiento profesional”.

En el segundo de los informes, elaborado por el Patronato de Liberados de la Provincia de Buenos Aires (fs. 17/19), se especifica, en función de lo informado por el padre de M de los A R, que “su hija no ha tenido continuidad en los tratamientos para las adicciones a las sustancias psicoactivas, ha estado en situación de calle porque se escapaba de su domicilio o de las instituciones donde realizaba tratamiento, no posee experiencia laboral en ningún rubro y ha abandonado el segundo año del nivel secundario”.

De acuerdo a las normas de derecho internacional antes reseñadas, el alto grado de vulnerabilidad social que atravesó la vida de la imputada debe ser tomado en consideración para evaluar, precisamente, una vía alternativa a la privación de libertad.

Y este aspecto, según surge de la decisión cuestionada, tampoco fue valorado por los jueces de la instancia.

7.- Cabe añadir, por otra parte, que el a quo ha omitido explicar por qué “el contenido y alcance de la Convención de los Derechos del Niño” y “las circunstancias detalladas con relación a la problemática en la que desde

su infancia se encontró inmersa la encausada”, invocadas por el defensor Gallo en su presentación, debían considerarse “a los fines de graduarse una eventual sanción” pero no al “disponerse la morigeración de un encierro carcelario bajo el régimen de la prisión domiciliaria con o sin vigilancia electrónica”.

En el marco de las distintas normas que resultan de aplicación al caso –citadas en el punto 4 y 6 de este voto–, la ausencia de una explicación acerca de por qué razón el interés superior del niño y las condiciones de vulnerabilidad de la imputada no son valorables de modo previo al dictado de una sentencia condenatoria, repercute en una errónea interpretación de la ley sustantiva.

8.- El segundo punto de apoyo de la resolución recurrida tiene por base el peligro de fuga.

Ciertamente, conforme bien lo apunta el tribunal, M de los A R fue declarada rebelde en dos oportunidades en el marco de este proceso y se ha escapado de su domicilio por razones de adicción, lo que constituye una pauta de análisis plausible respecto de la posible concurrencia de ese peligro.

Todo análisis vinculado a la existencia del peligro de fuga implica un pronóstico acerca de lo que puede suceder en el futuro. Partiendo de ciertas circunstancias, se especula acerca de si la persona involucrada se va a sujetar –o no– a la jurisdicción.

El encierro cautelar, esto es, la medida de restricción de la libertad más fuerte que tiene el sistema, tiene por base la presunción de que la persona no va a estar a derecho y que, por tanto, no existe una medida de menor entidad que permita asegurar los fines del proceso. Este pronóstico, como es sabido, se da en un contexto en el que –se declama– la prisión preventiva constituye una medida excepcional.

Sin embargo, precisamente por la excepcionalidad que reviste la privación de la libertad durante el proceso es que debe extremarse el análisis en pos de la búsqueda de una solución que atienda a los distintos intereses en conflicto.

Si bien por lo establecido en el art. 10, inciso f), CP y 32 inciso f) de la Ley nº 24.660, no procedería la concesión del arresto domiciliario en razón del límite etario allí previsto, en función del interés superior del niño y de la situación de vulnerabilidad de M de los A R, la procedencia de un instituto que morigera la privación de libertad, sólo podría ser denegada –desde la



perspectiva del peligro de fuga– si no existiera ninguna medida que pudiera asegurar –en clave de pronóstico– que los fines del proceso no pueden ser asegurados por un mecanismo menos invasivo.

Ese mecanismo, con el que efectivamente cuenta el Estado, y cuya aplicación se encuentra previsto inclusive como obligatorio por el artículo 33 de la Ley de Ejecución para ciertos supuestos que el legislador considera especialmente graves, es el que ha sido descartado – sin el menor análisis– por el tribunal a quo.

Me refiero, concretamente al dispositivo de control electrónico cuya implementación se encuentra a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación por medio del PROGRAMA DE ASISTENCIA DE PERSONAS BAJO VIGILANCIA ELECTRÓNICA. Dicho programa, instrumentado mediante Resolución 1379/15, presenta a su vez la particularidad de que viene acompañado de la labor de un grupo interdisciplinario cuya función primordial es la de contribuir a mejorar las condiciones de vida de las personas incorporadas al sistema a los efectos de promover su reinserción social.

Es decir, conjuga la problemática relativa al peligro de fuga con la cuestión vinculada a la situación personal de los beneficiarios del sistema.

En este orden de ideas, no se puede dejar de señalar que con fecha 13 de septiembre de 2016 ese ministerio reguló el protocolo de asignación prioritaria del dispositivo electrónico remarcando que “corresponde fijar un orden preferencial y no excluyente de asignación de dispositivos que asegure la incorporación al Programa de colectivos de personas que se encuentren en particulares condiciones de vulnerabilidad, respecto de los cuales el abordaje interdisciplinario constituye a priori una herramienta de utilidad en el proceso de reinserción social” y, sobre esa base se dispuso a “las madres de niños entre cinco y diez años, siempre que la autoridad judicial competente considere razonable otorgar el arresto domiciliario como excepción a lo previsto normativamente”, es decir, en el tercer orden de prioridad.

9.- Una última consideración. En distintas oportunidades (cfr. “Soto Parera”⁴, “Albornoz”⁵, “Guernica”⁶, “Sales”⁷, “Placeres”⁸, “Braslavsky”⁹, “Benítez Yurtz”¹⁰ y “Gómez”¹¹) me he pronunciado en el sentido de que, salvo que se trate de cuestiones vinculadas al impulso de la acción penal, el dictamen del fiscal no resulta vinculante.

Ello no implica, empero, que en un caso como el presente, en el que lo que se discute es la concesión de un instituto como la prisión domiciliaria o la inclusión en el programa de asistencia de personas bajo vigilancia electrónica a una interna con hijos menores de edad, su opinión favorable no deba ser tenida en consideración.

El representante del Ministerio Público Fiscal, Guillermo Morosi, estimó que correspondía disponer la prisión domiciliaria de M de los A R, destacando que aunque su situación no encuadraba en ninguno de los supuestos del artículo 32, inciso f) de la ley 24.660, correspondía “velar por la finalidad tuitiva respecto de los derechos reconocidos a los menores”, teniendo en cuenta para ello la depresión crónica que padece la abuela de la menor que exige el pleno cuidado y atención de su marido y abuelo de la menor.

10.- En tales condiciones, entiendo que el tribunal a quo no ha realizado una correcta interpretación de la ley sustantiva – concretamente de los arts. 10 inc. f), CP y 32 inc f) de la Ley nº 24.660–, pues no consideró las distintas normas –tanto nacionales como internacionales– citadas en los puntos 4 y 6 de este voto al rechazar la prisión domiciliaria de M de los A R.

Sobre esta base, propongo al acuerdo: casar la decisión impugnada, conceder la prisión domiciliaria a M de los A R 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

⁴ Causa nº 10.960/2010, rta. el 13/7/2015, reg. nº 240/15.

⁵ Causa nº 34.368/2009, rta. el 16/7/2015, reg. nº 247/15.

⁶ Causa nº 19.650/2014, rta. el 3/10/2015, reg. nº 616/15.

⁷ Causa nº 47.932/2007, rta. el 14/12/2015, reg. nº 759/15.



actuaciones al tribunal de origen a fin de que disponga la intervención del Programa de Atención de Niños/as con Madres en Situación de

⁸ Causa nº 1.584/2010, rta. el 23/12/2015, reg. nº

818/15. ⁹ Causa nº 50.943/2010, rta. el 25/2/2016, reg. nº 122/16.

¹⁰ Causa nº 15.932/2015, rta. el 13/12/2016, reg. nº

1001/16. ¹¹ Causa nº 76.628/2016, rta. el 20/1/2017, reg. nº 27/17.

Detención –dependiente de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia– o del organismo que considere conveniente, a fin de realizar un seguimiento de la nombrada, en el que se tenga en especial consideración su problema de adicción a sustancias estupefacientes.

11.- Por último, en razón de la solución que se propone en el punto anterior, deviene inoficioso el tratamiento del planteo efectuado de modo subsidiario por la parte, vinculado a la aplicación al caso del precedente “Arias”.

Así voto.

El juez Eugenio Sarraabayrouse dijo:

1. Del análisis del primer agravio de la recurrente se advierte que, una vez interpuesta la solicitud para que M de los A R accediera al régimen de prisión domiciliaria (fs. 1/5), intervino el fiscal general Guillermo Morosi, quien se pronunció positivamente (fs. 27).

Tras su primigenio dictamen, en que tuvo en cuenta el informe del Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación (fs. 12/13) y el del Patronato de Liberados Delegación II de Lomas de Zamora (fs. 17/19), amén de requerir la intervención de la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años (fs. 21), se expidió finalmente tomando en consideración la contestación del defensor Gallo, quien había expresado la conveniencia del otorgamiento del beneficio en atención a los derechos de los menores (fs. 23/25).

El titular de la acción expuso que, si bien el caso no se encontraba comprendido en ninguno de los supuestos que prevé el art. 32 inc. f, ley 24.660, pues la hija de la causante tiene 9 años de edad, en realidad no se trataba de amparar su situación personal, que no había sido contemplada por el legislador, sino de velar por la finalidad tuitiva respecto de los

derechos reconocidos a los menores. Ello, sumado a las particularidades del presente supuesto, principalmente la depresión crónica que padece la abuela de la niña y que exige el pleno cuidado y atención de su marido, lo llevaban a sostener la viabilidad de la concesión del instituto.

2. Por su parte, como se dijo en el punto I, los jueces del Tribunal Oral en lo Criminal n° 18 de esta ciudad rechazaron el pedido. Resumidamente entendieron que, no obstante la opinión favorable del fiscal, la menor A. M. R. no se encontraba en situación de desamparo y de las constancias de la causa surgían elementos objetivos que permitían presumir un peligro de fuga por parte de la imputada. Destacaron que el caso no encuadraba en ninguno de los supuestos previstos por el art. 10 inc. f, CP ni permitía la concesión del arresto domiciliario a R a modo de excepción para poder ser incluida en el programa de vigilancia electrónica, conforme al orden de prioridad establecido en el protocolo aprobado por resolución 808-E/2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (fs. 29/31).

3. Así las cosas, en el caso se advierte que los magistrados de la instancia anterior se apartaron de la interpretación de la ley propuesta por las partes, sin que existiera controversia para ello.

En efecto, en los términos expresados en los precedentes “Vera”⁸ y “Souza Pelayo”⁹, en la misma línea de las sentencias dictadas en las causas “Soto Parera”¹⁰, “Pesce”¹¹, “Albornoz”¹² y “Fernández”¹³, no estamos ante un “caso” que habilite a los tribunales a rechazar el pedido efectuado, en tanto la posición sustentada por la fiscalía, si bien escueta, resulta razonable y no se advierte un error en la interpretación de la ley o un proceder arbitrario. Máxime si se considera que el pedido ha sido efectuado también con respecto a los otros hijos menores de R, en particular M. D., al cual mencionó su abuelo en la audiencia resumida en el punto IV.

De esta manera, el Ministerio Público Fiscal es el que tiene a su

⁸ Sentencia del 15.7.15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 245/2015.

⁹ Sentencia del 7.01.16, Sala de feria, jueces García, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 4/2016.

¹⁰ Sentencia del 13.7.15, Sala II, jueces Bruzzzone, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 240/15.

¹¹ Sentencia del 17.7.15, Sala II, jueces Bruzzzone, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 258/15.

¹² Sentencia del 16.7.15, Sala II, jueces Bruzzzone, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 247/15.

¹³ Sentencia del 16.02.16, Sala I, jueces García, Garrigós de Rébori y Sarrabayrouse, registro n° 78/2016.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2 CCC
71814/2015/2/CNC4

cargo el ejercicio de las pretensiones estatales sobre la acción penal y, cuando presta su asentimiento para que la privación de la libertad se concrete de un modo menos riguroso, asume la responsabilidad institucional, legal y administrativa que le compete.

Por ende, asiste razón a la defensa en este punto.

4. Por estos motivos, adhiero, en lo sustancial, a la solución propuesta por el colega Morin.

El juez Luis Fernando Niño dijo:

La fórmula cifrada en la frase “interés superior del niño”, contenida en el artículo 3, numeral 1, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de cuya jerarquía constitucional se hace cargo el artículo 75, inciso 22 de nuestra Ley Fundamental, fue certeramente redefinida en su operatividad como “...pauta hermenéutica constitucional y principio rector para la solución de los derechos en pugna, que deberá ser determinado en lo que hace a su contenido en cada caso en concreto...” (CSJN Fallos 330:1671, voto del Dr. Fayt).

Ella inclina en el “sub examine”, en el que -además de la situación de la niña A. M. R., por quien se mocionara originariamente- aparece necesitada de atención la de otros hijos de M de los A R, en particular M. D. V., de 6 años de edad, a adoptar la solución propiciada por el Dr. Guillermo E. H. Morosi a fs. 27. Rigen la materia las diferentes disposiciones convencionales y legales citadas en el voto del Dr. Morin.

Por lo demás, el colega que lidera este acuerdo se ha ocupado de demostrar acabadamente las diferencias existentes entre este cuadro general y el de casos como el ventilado en la causa “Maquieira” (reg. 277/16), que explican al buen entendedor las respectivas posturas asumidas por este órgano colegiado.

Luego, en aras a la economía procesal, adhiero a lo sustentado precedentemente, haciendo propias las citas de indiscutible autoridad normativa en las que se sustenta nuestro criterio unánime. Tal el sentido de 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 prisión domiciliaria a M de los A R 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 para que disponga lo necesario para efectivizar la medida dispuesta y dé intervención del Programa de Atención de Niños/as con Madres en Situación de Detención –dependiente de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia– o al organismo que considere conveniente, a fin de realizar un seguimiento de la nombrada, en el que se tenga en especial consideración su problema de adicción a sustancias estupefacientes, sin costas (art. 10, CP; arts. 454, 455, 456, 465 bis, 470, 530 y 531, CPPN; y arts. 11 y 32, ley 24.660).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100). Remítase al Tribunal Oral en lo Criminal n° 18 de la Capital Federal, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

DANIEL MORIN

LUIS F. NIÑO

Ante mí:

PAULA GORS
SECRETARIA DE CÁMARA