



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EP1/1/CNC1

Reg. n° 677/2018

/// nos Aires, 14 de junio de 2018.

VISTOS:

Para resolver el recurso de casación interpuesto en la causa n° CPN 166913/2017/EP1/1/CNC1, caratulada "Incidente de prisión domiciliaria de [REDACTED] en autos [REDACTED] s/robo con armas en tentativa".

RESULTA:

I. El Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3 de esta ciudad resolvió no hacer lugar a la incorporación de [REDACTED] al régimen de prisión domiciliaria (fs. 38/41).

II. Contra esa decisión, la defensa del señor [REDACTED] interpuso recurso de casación (fs. 44/62), que fue concedido (fs. 63) y oportunamente mantenido en esta instancia (fs. 69).

III. Los integrantes de la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal decidieron otorgarle al recurso el trámite previsto en el artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 71).

IV. Durante la etapa contemplada en el artículo 465, párrafo cuarto, del cuerpo legal citado, el recurrente presentó el escrito obrante a fs. 75/77. Con posterioridad, la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 Años de la Defensoría General de la Nación presentó el escrito de fs. 81/86.

V. Conforme lo dispuesto en el artículo 465, último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, se fijó audiencia para el día 15 de mayo de 2018, a la que comparecieron la parte recurrente, representada por la defensora pública coadyuvante Nuria Saba Sardaños, letrada a cargo de la asistencia técnica del señor [REDACTED] y Marcelo Carlos Helfrich, defensor público coadyuvante, coordinador de la Unidad Funcional de Personas



Menores de 16 Años de la Defensoría General de la Nación (fs. 87).
De esta manera, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

VI. Tras la deliberación realizada, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Mario Magariños dijo:

I

El Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3 resolvió no hacer lugar a la incorporación de ██████████ al régimen de prisión domiciliaria. Para arribar a esa conclusión, entendió que el artículo 32, inciso f, de la ley 24.660 no contempla la posibilidad de que sea una persona del género masculino aquella que cumpla su pena bajo esa modalidad, y que una interpretación extensiva a ese grupo de supuestos resulta absolutamente extraña y ajena a la voluntad parlamentaria, que optó por restringir la aplicabilidad de la norma únicamente al caso de las madres. Contra esa decisión, la asistencia técnica del condenado interpuso recurso de casación.

El recurrente se agravió, en primer término, por la violación al principio acusatorio y de contradicción, en tanto se había verificado en el caso una pretensión coincidente entre las partes — al haber solicitado también el representante del Ministerio Público Fiscal la incorporación del señor ██████████ al instituto de prisión domiciliaria —, que, por el principio *ne procedat iudex ex officio* y por la garantía de imparcialidad, constituía un límite a la decisión del juzgador.

En esta dirección, la defensa indicó que, en sentido contrario a lo sostenido por el magistrado *a quo*, las posturas de los jueces de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional son monolíticas y se han pronunciado, en su mayoría, por considerar que el dictamen fiscal favorable opera como límite al examen del juez respecto de cuestiones vinculadas a la ejecución de la pena.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EP1/1/CNC1

Asimismo, la asistencia técnica expresó que, incluso de estar a la posición que considera que la opinión fiscal debe ser tenida en cuenta, escuchada y merituada, sin resultar vinculante de ningún modo, en el caso se observa que las razones invocadas constituyen argumentos legales, aptos y suficientes para considerar fundada su posición, por lo que el magistrado debía explicar por qué se apartaba de las conclusiones del representante del Ministerio Público Fiscal.

En segundo término, el impugnante criticó la resolución recurrida por arbitrariedad, pues se habría efectuado un análisis parcializado de la petición de las partes – sin atender a la totalidad de los argumentos por ellas expuestos – y de las constancias obrantes en el expediente, lo que afecta su fundamentación y la descalifica como un acto jurídico válido.

Específicamente, el recurrente señaló que la decisión recurrida omitió considerar la información vinculada con el estado de salud de la concubina del señor ██████████, así como la precaria situación del grupo familiar, y, por tanto, censuró que no surgen del resolutorio cuestionado los motivos por los cuales se sostiene que la incorporación de su asistido al régimen de prisión domiciliaria no tendería a un mejoramiento de esa situación, que no sólo resguardaría los derechos de los menores y los de su concubina, sino que preservaría de mejor manera el respeto al principio de intrascendencia de la pena a terceros.

En tercer lugar, el recurrente alegó la errónea interpretación y aplicación de la norma contenida en el artículo 32, inciso f, de la ley 24.660 y afectación al principio de legalidad, pues no se habría llevado a cabo una interpretación extensiva de la ley que permita incluir al padre como sujeto pasible de acceder al instituto de prisión domiciliaria y que, en consecuencia, armonice con los principios constitucionales de igualdad, interés superior del niño, interpretación



pro persona, mínima intervención penal, fin resocializador de la pena y prohibición de trascendencia de ésta a terceros.

Sobre el punto, el impugnante señaló que, en sentido contrario a lo que correspondía resolver conforme los principios de jerarquía constitucional referidos, la solución adoptada refleja la comprensión del arresto domiciliario como una facultad discrecional del juzgador, fruto de una opción valorativa, que no se ajusta a las normas internas ni a estándares internacionales aplicables al caso concreto.

Además, la defensa del señor [REDACTED] postuló que también correspondía entender que procedía el arresto domiciliario, en virtud de la discapacidad sufrida por la concubina de su asistido —a quien tendría a su cargo, al ser él la única persona que puede colaborar en su desarrollo diario—, circunstancia que, según sostuvo, fue soslayada por el magistrado decisor al centrarse exclusivamente en la cuestión del género del interno y omitir la consideración de las obligaciones internacionales emergentes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo que, a su ver, conlleva la responsabilidad internacional de nuestro país al tiempo que importa un supuesto de trascendencia de la pena a terceros.

Por último, el recurrente alegó también que una correcta interpretación de la norma bajo análisis debe atender al interés superior del niño, el que exige, en el caso, ante la discapacidad de la madre, la presencia del señor [REDACTED] en el hogar familiar.

II

En punto al primer agravio presentado por el recurrente, esto es, la afectación al principio acusatorio y, por consiguiente, la garantía de imparcialidad del juez, corresponde señalar que la pretensión relativa a que debe regir un sistema conforme al cual la decisión jurisdiccional sobre el derecho aplicable se encuentre vinculada y limitada por la opinión del representante del Ministerio Público





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EPI/1/CNCI

Fiscal, ciertamente no encuentra apoyo en ninguna norma del derecho positivo vigente.

Sobre el punto, cabe observar que ni siquiera, en aquellos ordenamientos positivos en donde los valores en juego son de carácter estrictamente individual o particular y no público – a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal –, la decisión del juez se encuentra indisolublemente vinculada al interés de las partes. En efecto, aun en esos regímenes propios del derecho privado existen normas de orden público que no están sometidas a la voluntad de aquellas. En consecuencia, pretender sostener un agravio con base en la invocación de un sistema que no tiene ninguna consagración normativa, demuestra lo insustentable del planteo.

En este marco, entender que un magistrado se encuentra atado a lo postulado por el representante del Ministerio Público Fiscal, importaría además un quebrantamiento de la exigencia de sometimiento exclusivo a la ley, que alcanza sólo al juez, en favor de los ciudadanos sometidos a su jurisdicción. Tal exigencia, deriva de la garantía de independencia impuesta por virtud del principio republicano de división de poderes, así como de la garantía fundamental del juez natural (artículos 1, 18 y 33 de la Constitución Nacional).

Por lo demás, la ley de ejecución penal, conforme su letra, clara y precisa, reconoce al juez como el sujeto procesal a cargo de la constatación de ciertos requisitos, a fin de evaluar la procedencia de la prisión domiciliaria – esto es, define la incumbencia jurisdiccional para el análisis de una cuestión de carácter normativo – y de la correspondiente decisión final acerca de la concesión de esta modalidad de cumplimiento de la pena.

Esto se condice, a su vez, con lo que he sostenido, de modo reiterado, entre otros, en el precedente “Ullua” – reg. 605/2016 (ver el voto del juez Magariños) –, así como en un trabajo de doctrina



(“Estado de Derecho, interpretación y aplicación de la ley penal (pública) frente a las pretensiones de ‘un proceso adversarial’”, en *La infracción a la ley penal como conflicto de orden público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 54 y ss.), donde expliqué que: “[l]a voluntad general expresada a través de la ley se orienta así a fijar *standards* de valoraciones e intereses comunes para la sociedad y, por lo tanto, las normas penales poseen la finalidad de estabilizar esas valoraciones de modo objetivo y con carácter general”, al tiempo que “[l]as características institucionales de imparcialidad, independencia y vinculación exclusiva a la ley de las que se encuentra investido sólo el poder jurisdiccional, de acuerdo con la distribución de incumbencias establecida por la propia Constitución Nacional, determinan la legitimidad única y excluyente del juez en la función de selección, interpretación y aplicación de la ley penal para la resolución de cada caso particular”.

En definitiva, por los motivos expuestos, corresponde rechazar el primer agravio del recurrente.

III

Ahora bien, en cuanto a la crítica de la defensa vinculada con la arbitrariedad que encerraría la decisión impugnada, en virtud de la omisión, por parte del magistrado interviniente, de considerar los argumentos articulados en las presentaciones tanto del recurrente, como del Ministerio Público Fiscal, cabe señalar que tampoco puede ser atendida.

En efecto, se observa que, en sentido contrario a lo indicado por la asistencia técnica del señor [REDACTED], el *a quo* ponderó aquellos elementos relativos a la situación familiar del nombrado, conforme surge de los pasajes de su resolución, en donde se la caracteriza como “especial” y, a partir de lo cual, posteriormente, destacó que otorgaba “absoluto crédito a los informes específicos que indican la conveniencia de que el nombrado sea incorporado al régimen de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EPI/1/CNCI

prisión domiciliaria para favorecer la dinámica familiar”, al tiempo que reconoce que “[s]e advierte una clarísima situación de vulnerabilidad respecto de la señora López y del menor de edad” (fs. 40 vta.).

Como consecuencia de estas consideraciones, y en razón de las constancias obrantes en el legajo que sustentaron los argumentos de las partes, el juez de ejecución dispuso, finalmente, dar intervención al Programa de Atención de Niños/as con Madres en Situación de Detención, dependiente de la Dirección Nacional de Protección y Promoción de Derechos de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF).

De tal modo, es dable apreciar que el magistrado no ignoró las circunstancias concretas relativas al contexto familiar y, a ello cabe agregar que, en contra de lo alegado por el recurrente, reconoció que la concesión de la prisión domiciliaria favorecería el funcionamiento del núcleo familiar. Esto deja en evidencia que la crítica de la defensa trasunta, en verdad, un desacuerdo con la solución a la cual arribó el juez *a quo*, con base en la hermenéutica de la norma aplicable al caso que el magistrado efectuó.

Por consiguiente, el recurrente no demuestra, ni se observa, que la decisión adoptada haya omitido dar tratamiento al argumento basado en la particular situación de vulnerabilidad que vive la familia del señor [REDACTED] y, en definitiva, lo que reclama la asistencia técnica bajo la denominación de “arbitrariedad”, en rigor, encubre, por una vía elíptica, un cuestionamiento a la interpretación y aplicación de la ley que el juez efectuó para resolver el caso. En consecuencia, corresponde rechazar también el presente agravio.

IV

Por último, en punto a la crítica del recurrente, orientada a cuestionar la interpretación y aplicación del artículo 32, inciso f, de la



ley 24.660, efectuada por el magistrado de la anterior instancia, cabe señalar que también debe ser rechazada.

En el caso, se trata de un condenado que reclama su incorporación al instituto de prisión domiciliaria y, para ello, funda su pedido en que su núcleo familiar se encuentra constituido por su hijo de seis años, por un menor de doce años — hijo de su concubina, de quien él se ha hecho cargo — y, además, por su concubina, quien debido a la enfermedad que padece no puede seguir cuidando de los menores de manera autónoma.

Específicamente, el recurrente sostiene que procedería la solicitud de cumplimiento de pena en el domicilio, tanto en razón del primer supuesto que contempla la norma del inciso “f” del artículo 32 de la ley 24.660 — por tener un hijo menor —, como por el previsto en segundo término, en atención a la enfermedad que sufre su concubina.

Ahora bien, la aplicación al presente caso de la norma contenida en el artículo 32, inciso f, de la ley 24.660, de conformidad con lo postulado por el recurrente, importaría, en cualquiera de las dos variantes por él pretendidas, hacer una lectura de la ley totalmente desapegada de su letra y, a su vez, aplicarla a constelaciones de casos no contemplados por el legislador.

En este sentido, la solicitud de la defensa se orienta a reclamar la creación pretoriana, por fuera de los límites semánticos de la norma, de dos supuestos de procedencia no tipificados en la norma que regula la prisión domiciliaria, esto es, el impugnante pretende simplemente prescindir de lo dispuesto por la regla legal.

Cierto es que la aplicación analógica *in bonam partem*, a partir del fundamento de la norma consagrada por el legislador, no se ve impedida de plano por el principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional) pues, si bien corresponde estar a la expresa letra de la ley, lo cierto es que aquel principio no se erige en un obstáculo insalvable para ello. En esta dirección me he pronunciado,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EPI/1/CNCI

entre otros, en el precedente “Orellano” – reg. 1023/2016 (ver el voto del juez Magariños) –, citado por la defensa, toda vez que allí se sostuvo que era viable incluir al padre como posible beneficiario de esta modalidad de cumplimiento de la pena, en virtud del sustento de la regla, esto es, del interés superior del niño.

Sin embargo, las consideraciones allí efectuadas no pueden, sin más, ser extrapoladas al presente caso, tal como pretende la defensa.

Ello pues, en el *sub examine*, para que resulte procedente la prisión domiciliaria del señor ██████████, no sólo debería incluirse como potencial beneficiario al “padre”, sino que, además, debería desatenderse el límite que el Congreso de la Nación fijó respecto de la edad de los menores, en cuyo interés se consagró la regla, o, bien, debería exceptuarse directamente la relación paterno-filial que debe mediar entre el interno y la persona con discapacidad.

Pues bien, en cuanto a la posibilidad de comprender como viable la prisión domiciliaria sin atender a los límites establecidos por el legislador, cabe señalar, en primer lugar, que la excepción a los requisitos referidos – es decir, a quién puede ser incorporado a este instituto y a las características que debe reunir el sujeto en cuyo interés se fundamenta la excepcional modalidad de cumplimiento de pena –, como se señaló, implicaría la creación, por parte de un departamento del gobierno federal distinto al legislativo – el Poder Judicial –, de un supuesto normativo novedoso que reemplazaría, en su totalidad, el texto de la ley vigente.

En esta dirección, corresponde recordar que el método teleológico de interpretación de la ley puede ser utilizado como una herramienta para orientar la lectura de una determinada regla, pero no puede fundar, por sí, una interpretación absolutamente desapegada de lo que su letra consagra, pues el texto de la ley es el punto de partida de cualquier método de hermenéutica.



De este modo, es evidente que un proceder, por parte de la jurisdicción, como el reclamado por el recurrente, se encontraría en abierta contradicción con el principio de legalidad y, más específicamente, con el principio de seguridad jurídica que de allí se deriva. En efecto, sin una constatación previa acerca de que una norma resulta ilegítima, no es posible que el intérprete desatienda las exigencias del ordenamiento jurídico —en el presente caso, las restricciones que la letra de la ley establece— cuando las circunstancias del caso reclaman su operatividad, pues ello importaría, sin más, la arrogación de funciones propias del Poder Legislativo, lo cual supondría una palmaria violación de la división de poderes.

Es oportuno recordar que la aplicación de una norma penal a un caso determinado, no depende de una decisión basada en la discrecionalidad del juzgador: si una norma es legítima y los requisitos que exige para su aplicación no se verifican en el caso, el intérprete no se halla habilitado a prescindir de ellos y, en consecuencia, resolver soslayando el texto de la norma, fundando esa decisión en su discrepancia valorativa con el contenido de la regla y con la solución que traería aparejada.

Precisamente, razones de orden institucional determinan la restricción del juzgador para operar de ese modo, pues la jurisdicción, en función de la sujeción exclusiva y excluyente a la ley, sólo debe decidir en función de, y con base en, la letra de la ley, para evitar cualquier tipo de discrecionalidad o capricho. Como se señaló, sólo en la hipótesis en que una norma no resulte compatible con otra regla de jerarquía normativa superior, corresponderá resolver el caso por aplicación de esta última, dejando de lado así la disposición legal de la cual se trate, previa declaración de inconstitucionalidad. De lo contrario, es evidente que la decisión jurisdiccional, consistente en no aplicar la ley al caso, sólo hallaría fundamento en el arbitrio del juzgador y alteraría además las funciones que al Poder Judicial se





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EP1/1/CNC1

asignan en nuestro orden constitucional (confr. arts. 1, 28, 31 y 116 de la Constitución Nacional).

Por último, conviene destacar que, en tanto la restricción legal relativa al sujeto beneficiario del instituto de prisión domiciliaria, esto es, la referida a la “madre”, contenida en el inciso f del artículo 32 de la ley 24.660 y en el inciso f del artículo 10 del Código Penal, no es razonable interpretarla de modo exclusivamente gramatical, pues ello implicaría desatender el fin de la norma en aquellos supuestos en los cuales el único progenitor en condiciones de hacerse cargo del niño o niña sea el “padre”, el límite impuesto por el legislador en punto a la edad del menor (cinco años) se presenta, en cambio, como el resultado de una ponderación razonable entre el interés general respecto al cumplimiento de la pena impuesta y la teleología normativa de protección de aquellos niños o niñas que, en virtud de su muy corta edad, requieren con mayor intensidad la presencia de alguno de sus progenitores como modo de garantizar el particular cuidado exigido para los primeros años de la infancia; finalidad ésta que también orienta a la regla en aquellos casos en los cuales se trate del progenitor a cargo “de una persona con discapacidad” (confr. los citados incisos del artículo 32 de la ley 24.660 y del artículo 10 del Código Penal).

En otros términos, el más alto grado de desprotección derivado tanto del tránsito por los primeros años de la infancia, como del padecimiento de una discapacidad, ha sido la circunstancia que orientó, de modo absolutamente razonable, la decisión legislativa de conceder el instituto a los progenitores, a efectos de beneficiar a aquellas personas que se encuentren en alguna de tales situaciones.

En síntesis, es dable afirmar que las exigencias legales referidas tanto a la edad de los hijos menores, como a la condición de que entre la persona discapacitada y quien pretende la concesión del instituto medie una relación materno/paterno-filial, no desatiende en absoluto el *standard* de protección establecido por la Convención de



los Derechos del Niño y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por las razones hasta aquí expuestas, corresponde rechazar el agravio del recurrente en torno a la errónea interpretación y aplicación de la ley.

V

En definitiva, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirmar la decisión recurrida; sin costas (artículos 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación, artículo 32, inciso f, *a contrario sensu*, de la ley 24.660 y artículo 10, inciso f, *a contrario sensu*, del Código Penal).

El juez Pablo Jantus dijo:

I. El señor juez a cargo del Juzgado de Ejecución Penal n° 3 del fuero rechazó la solicitud de arresto domiciliario efectuada por la defensa de [REDACTED].

Para decidir así sostuvo que la situación del detenido no se encuentra contemplada en el artículo 32 inciso f Ley n° 24.660 –según la reforma introducida por Ley n° 26.472– pues conforme su interpretación, dicha previsión legal, cuya aplicación se solicitó en este caso, contempla exclusivamente los casos de personas detenidas que sean mujeres y madres de un hijo menor de cinco años.

Fundó su postura con citas de partes del debate parlamentario de la norma que modificó el régimen original y que, a su modo de ver, tuvo por objeto principal garantizar la adecuada gestación, alumbramiento y crianza de los niños pequeños, fuera del ámbito carcelario; observó, en este sentido, que ninguna discusión mereció en ese contexto ni fue contemplado el supuesto del padre.

Luego de reconocer que la situación que se nos presenta resulta “especial” y de “clarísima vulnerabilidad” –en la medida en que la concubina del peticionante se encuentra gravemente enferma y





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EPI/1/CNCI

que es padre de un niño de seis años de edad-, concluyó afirmando que “en la incidencia se ha intentado forzar la ley mediante la formulación de una interpretación extensiva que es absolutamente extraña y ajena a la voluntad parlamentaria (ya que) si el legislador hubiese querido incluir en la posibilidad del instituto a los internos varones que sean padres de niños menores de cinco años de edad o cuyas parejas sean vulnerables no tenía más que presentar tales extremos en la norma”, así como también que la de la defensa constituye una “postura dogmática basada en conceptos generales de la Convención sobre los Derechos del Niño que no se encuentran dirigidos a solventar este tipo de situaciones”.

II. En cada caso de esta Sala vinculado a la interpretación del art. 32 inciso f de la Ley n° 24.600 según su redacción actual, hemos sostenido sin excepciones que no existe duda acerca de que el fundamento de este supuesto de arresto domiciliario es garantizar el *interés superior del niño* –a diferencia de los restantes casos previstos por el legislador en el mismo artículo, referidos a la persona del condenado– (cf. causas “Silva”, Reg. n° 191/2015; “Acosta Cuba”, Reg n° 409/2016; “Orellano”, Reg. n° 1023/2016; “Carbone”, Reg n° 1031/2016 y, más recientemente y con la actual integración: “Bertolo”, Reg n° 1221/2017).

El reconocimiento de los niños como individuos con pleno derecho al desarrollo físico, mental y social, y a expresar libremente sus opiniones –derechos de la infancia– se encuentra consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22 CN); en consecuencia, su observancia resulta de carácter obligatorio para nuestro país como Estado firmante y lo obliga a adoptar las medidas necesarias para promoverlos y hacerlos efectivos.

La Convención recuerda en su preámbulo que 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, además de estar reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos –que proclamó que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales–, 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 pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Luego, establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deberá considerarse primordialmente el interés superior del niño (artículo 3, párrafo 1).

Al definir los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado en la Observación General n° 14 –sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)– que se trata de uno de los valores fundamentales de la Convención, y establecido que abarca tres dimensiones:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EP1/1/CNC1

para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. Finalmente, ha determinado que debe ser aplicado como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto (párrafos 1, 6, 7 y 10).

Al delimitar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados partes, ha sostenido el Comité que estos “deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho” (párrafo 13), y que aquellos poseen, en función de dicha norma, “tres tipos



diferentes de obligaciones (...): a) La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños; b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión. c) La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño” (párrafo 14).

Se estableció también, en el sentido comentado, que “para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones, los Estados partes deben adoptar una serie de medidas de aplicación (...) y velar por que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas sus actuaciones; entre esas medidas, cabe citar: a) Examinar y, en su caso, modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho para incorporar el artículo 3, párrafo 1, y velar por que el requisito de que se tenga en cuenta el interés superior del niño se recoja y aplique en todas las leyes y reglamentos nacionales, la legislación provincial o territorial, las normas que rigen el funcionamiento de las instituciones públicas o privadas que prestan servicios relacionados con los niños o que repercuten en ellos, y los procedimientos judiciales y administrativos a todos los niveles, como un derecho sustantivo y una norma de procedimiento; b) Reafirmar el interés superior del niño en la coordinación y aplicación de políticas en los planos nacional,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EPI/1/CNCI

regional y local (...) f) Proporcionar información y capacitación sobre el artículo 3, párrafo 1, y su aplicación efectiva a todos los responsables de la toma de decisiones que afectan directa o indirectamente al niño, entre ellos los profesionales y otras personas que trabajan para los niños y con ellos” (párrafo 15).

Y determinó que “al dar pleno efecto al interés superior del niño, deben tenerse en cuenta los parámetros siguientes: a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; b) El reconocimiento de los niños como titulares de derechos; c) La naturaleza y el alcance globales de la Convención; d) La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención; e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo” (párrafo 16).

Luego, con relación al análisis jurídico del artículo 3 párrafo 1 de la Convención, se explicó en la recomendación comentada que el deber de considerar el interés superior del niño abarca, entre otras instituciones públicas y privadas, a los “tribunales” –en alusión a “todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna”– y con la aclaración de que, “en la vía penal, el principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley. El Comité subraya que la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes”. Además, con relación a los órganos legislativos, estableció que “la aprobación de



cualquier ley, reglamento o convenio (...) debería regirse por el interés superior del niño. El derecho del niño a que se evalúe su interés superior y constituya una consideración primordial debe figurar de forma explícita en toda la legislación pertinente, no sólo en las normas que se refieren específicamente a los niños” (párrafos 17, 27, 28 y 31).

En cuanto a su aplicación, señaló que debe determinarse “caso por caso” por tratarse de un “concepto complejo, flexible y adaptable”, con lo que los operadores deben “aclarar(lo) y ponerlo en práctica de manera concreta (...) ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales (...) en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto”; en cuanto a las “decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general” (párrafo 32).

Aclaró, además, que “la expresión «consideración primordial» significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar” (párrafo 37).

Por último, es relevante señalar que también ha quedado debidamente establecido en ese marco interpretativo 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,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EPI/1/CNCI

cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. 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. Es preciso tener en cuenta las circunstancias en que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial” (párrafo 97).

Ahora bien, al contrario de lo que se sostuvo en la resolución recurrida, es muy claro a mi modo de ver que garantizar la plena vigencia del *interés superior del niño* fue el espíritu que guió la reforma –no debe olvidarse que adecuar la legislación interna a tales parámetros resulta un mandato convencional, según se mencionó precedentemente (cf. Observación General 14, párrafo 15 cit.)– y es el fundamento de la norma. Ello resulta sin hesitación, como se verá a continuación, de sus antecedentes parlamentarios.



Al presentar el proyecto de ley que incorporó la previsión legal en tratamiento, los firmantes de uno de los proyectos, diputados Marcela Virginia Rodríguez y Emilio García Méndez, fundaron el supuesto del que se trata haciendo específica referencia al artículo 3 párrafo 1 de la Convención y a la Ley n° 26.061 –de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes–; y propusieron, en definitiva, que la pena de privación de la libertad sea ejecutada en el domicilio a fin de asegurar su cumplimiento y el respeto de los derecho de todos los sujetos involucrados en el asunto.

Luego, surge del debate correspondiente (Cámara de Diputados de la Nación, período n° 125, 22ª reunión, 14ª sesión, del 7/11/2007) que la diputada Diana Conti expresó: “también entran en juego las normas internacionales que protegen a los niños. Por otro lado, se arguye el contacto con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental para el desarrollo de los niños. Por eso mismo, se procura mantener unidos a la madre del niño existiendo dos opciones legislativas: la primera es la privación de la libertad de la madre y el niño (la más frecuente en los órdenes jurídicos latinoamericanos) y la otra es disponer la prisión domiciliaria de la madre. Evidentemente, la primera opción implica la privación de la libertad de un niño, sometiéndolo a las consecuencias lesivas de un proceso de institucionalización, sólo para garantizarle su contacto con la madre. Consideramos que para estos supuestos existen medidas menos restrictivas de la libertad para el niño como la prisión domiciliaria garantizando tanto el cumplimiento de la pena como el contacto madre-hijo (...) una vez más analizadas las normas constitucionales y los estándares internacionales se concluye que la prisión domiciliaria debe estar regulada para ser aplicada (...) (a) las madre de niños pequeños en aras de resguardar (...) la tutela especial de los niños”.

Los legisladores Rodríguez y García Méndez, por su parte, manifestaron: “entendemos que nuestro ordenamiento jurídico impide





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EP1/1/CNC1

que prevalezca el interés general de la sociedad en reprimir ciertos delitos con la pena privativa de la libertad en un establecimiento penitenciario, cuando ello trae aparejado la violación de los derechos a la vida, a la salud, a la integridad y a la dignidad de los condenados o procesados. Esto no implica eliminar todo reproche penal en tales actos, sino que la sanción punitiva se cumpla en el domicilio de forma tal que no constituya un trato inhumano o degradante de la persona que sufra una enfermedad o discapacidad grave. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de la pena privativa de la libertad debe, como ideal, implicar únicamente ello, privar de un derecho al sujeto condenado: del derecho a la libertad. Cuando esta privación implica un grave cercenamiento de otros derechos que se ven afectados por la privación de la libertad, ésta debe ser morigerada a través de su cumplimiento domiciliario. Más aún, cuando esta privación de la libertad en establecimiento carcelario afecta a un sujeto distinto del condenado, como por ejemplo, los niños (...) finalmente, también se promueve incluir la posibilidad de establecer el cumplimiento de la pena privativa de la libertad en el domicilio cuando se trate de la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, cuando estén a su cargo (...) la conveniencia de que los niños de corta edad queden al cuidado de sus padre está reconocida en distintos instrumentos. En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño (...) la recientemente sancionada ley 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, conduce a igual conclusión (...) es decir, permitir que las mujeres condenadas a penas privativas de la libertad mantengan consigo a los niños menores de cinco años posee fuerte asidero en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, consideramos que la solución de la Ley de Ejecución de la pena –que permanezcan con sus madres en el servicio penitenciario– resulta aberrante a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Fecha de firma: 14/06/2018

Firmado por: MARIO MAGARIÑOS,

Firmado por: PABLO JANTUS,

Firmado(ante mi) por: PAOLA DROPULICH, SECRETARIA DE CÁMARA



#31435693#208946878#20180614110031254

Por lo demás, esa es la doctrina del precedente “Fernández” de la CSJN (*fallos* 336:720, “Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156”, del 18/6/13 –referido al caso de una mujer alojada en dependencias del Servicio Penitenciario Federal con su hijo de pocos meses de edad–), en la que el Máximo Tribunal aplicó como estándar interpretativo que “la sentencia que denegó la petición para que la recurrente cumpliera la pena de prisión bajo la modalidad el arresto domiciliario no sólo omitió considerar el agravio referido a que la decisión estuvo basada en un entendimiento contrario al principio constitucional que proscribe todo trato discriminatorio, sino que también se limitó a analizar el planteo tomando como mira el hecho de si el bienestar del menor se veía o no afectado por la situación de encarcelamiento de la madre y, ante la opinión negativa, denegó la posibilidad del arresto domiciliario pero incausadamente se omitió el análisis desde otra óptica cual es la de determinar si el cambio pretendido, que a todas luces se ofrece como más beneficioso para la vida diaria y desarrollo del menor, podía llegar a frustrar la conclusión del debido trámite del proceso al que se ve sometida la imputada, y sobre dicha base, eventualmente fundar la denegatoria” (cf. reseña del caso).

En ese caso la señora Procuradora General de la Nación dictaminó que como criterio de interpretación para resolver el caso debía primar el interés superior del niño consagrado en la Convención, que “implica que los jueces deben adoptar aquéllas medidas que le permitan al niño ejercer, con la mayor plenitud, su derecho a la libertad personal y al desarrollo físico y mental en un entorno adecuado y bajo el cuidado de sus padres” y que “la concesión de la prisión domiciliaria es la decisión que mejor compatibiliza el cumplimiento de la pena por parte de su madre con los derechos del niño”, con cita del art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y de los arts. 3.1, 8.1, 9, 27 y 37 de la Convención.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EP1/1/CNC1

Señaló también que “Estos derechos de los niños deben ser garantizados plenamente por el Estado y, en como consecuencia, no pueden ser restringidos de cualquier modo. Para interpretar en qué supuestos las autoridades públicas pueden limitar el efectivo disfrute de estos derechos, el derecho internacional de los derechos humanos contiene un conjunto de reglas o principios de interpretación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, de manera reiterada, que toda restricción al ejercicio de un derecho debe estar prevista por ley, ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin que intenta proteger. Además, al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una restricción se debe examinar que no exista una medida alternativa »menos gravosa respecto al derecho intervenido« [Corte IDH, Opinión Consultiva n° 5, caso »Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador«, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párrafo 93, entre muchos otros]. En igual sentido, el principio *pro homine* o *propersona* manda a escoger, entre varias interpretaciones posibles, aquella que tutele mejor los derechos humanos [cf, por ejemplo, Fallos: 332:1963, considerando 23]. De acuerdo con estas reglas, frente a distintas alternativas, el juez debe seleccionar siempre aquélla que restrinja en menor medida el ejercicio de los derechos humanos”

Y agregó “Estos criterios han sido aplicados por una conteste jurisprudencia internacional que ordena tutelar el interés superior del niño adoptando aquellas soluciones que sean las menos lesivas para sus derechos y que reservan las medidas de separación familiar como último recurso y para casos de absoluta excepcionalidad [Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17, párrs. 71 y 72, caso »Fornerón e Hija vs. Argentina«, sentencia del 27 de abril de 2012, pár. 116]. También por la doctrina judicial que impone a los jueces un deber de tutela reforzado y de especial protección frente a grupos en situación de vulnerabilidad social como lo son las niñas y los niños [Corte IDH,



caso »Furlán vs. Argentina«, sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 127, 169 y 201]. Criterios similares han sido reafirmados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al expresar: »La consideración primordial del interés del niño [...] orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema a quien corresponde aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado con la preeminencia que la Constitución les otorga [art. 75, inc. 22, CN.]. La atención principal al interés, superior del niño [...] apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos« [Fallos: 328:2870, considerandos 4 y 5]”.

Finalizó diciendo que “un estudio del debate que precedió a la sanción de la ley 26.472 refleja la inequívoca voluntad del legislador de incluir este nuevo supuesto con el fin de adecuar la legislación argentina a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos”, con cita de las manifestaciones de las diputadas Marcela Rodríguez y Paola Spatola.

En el mismo orden, el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias recomendó 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 (recomendación n° 16).

En base a tales consideraciones, sostener, como en el fallo, que la aplicación de la norma según se pretende importa desconocer el fundamento de la ley y se basa en conceptos generales de la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EPI/1/CNCI

Convención, no relacionados con el caso, resulta desde mi punto de vista una interpretación que es a todas luces errónea.

Aun cuando en el seno de la discusión legislativa haya tenido especial consideración la situación de los niños de muy corta edad institucionalizados a raíz de la detención de sus madres, por el impacto negativo de ese contexto en su desarrollo –cuestión por lo demás fallada en el precedente recién mencionado–, resultan muy elocuentes las expresiones de los legisladores nombrados y las referencias que efectuaron a la Ley n° 26.061 y a la Convención, y en consecuencia, a la especial consideración del concepto en cuestión en las medidas con injerencia en aquellos.

Además, el Comité ha sido muy específico al señalar, conforme se enunció anteriormente, que el *interés superior del niño* es concepto complejo, flexible y adaptable, y recomendar, en consecuencia, que sea analizado en cada caso en particular, según las circunstancias específicas de cada niño.

Tanto es así que la satisfacción del estándar mencionado nos ha llevado a sostener que el dictamen del asesor de menores resulta imprescindible en este tipo de casos para dictar una resolución suficientemente fundamentada y razonable; y por ellos que hemos anulado aquellas que fueron adoptadas al margen del mismo (v. causas “Encina”, Reg n° 622/2016 y “Acosta Cuba” y “Carbone” ya citadas, además del voto pronunciado, en lo personal, en los casos “Cané”, Reg. n° 200/2016; “Encina”, Reg. n° 42/2017; “Sillerico Condori”, Reg n° 963/2017)

La Convención específicamente reconoce en su artículo 12 el derecho del niño a ser escuchado, al establecer que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano



apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

En este sentido, la Observación General n° 12 del Comité hizo hincapié en que para la adopción de medidas que los afecten deben ser oídos mediante un procedimiento accesible y apropiado, de forma directa o a través de un representante, y ellos comprender la situación y obtener el resultado, para indicar que fue tomada en cuenta (párrafos 34, 35 y 57).

Por lo demás, la resolución resulta arbitraria. Al margen de la equivocada exégesis que importa, y que llevó a prescindir de toda consideración en el caso en particular del interés superior del niño –reconocido en la Convención, como se enunció, como un derecho y como un principio jurídico interpretativo fundamental–, ningún esfuerzo de argumentación se realizó para justificar por qué la norma en cuestión no resulta aplicable al caso.

Se ha sostenido en los casos “Orellano”, “Bertolo” y “Carbone” que ya cité –referidos a hombres que solicitaron la aplicación del instituto– que la hermenéutica de la norma en cuestión exige ir más allá de la mera literalidad de la regla e integrarla, en su definición y contenido, en función del *interés superior del niño*; y que si bien en principio corresponde estar a la expresa letra de la ley y atender a sus términos, una aplicación analógica *in bonam partem* no se encuentra prohibida –no la limita el principio fundamental de legalidad–, con lo que el precepto debe ser exceptuado en estos supuestos para garantizar la satisfacción del estándar en cuestión.

Con tales antecedentes no encuentro obstáculo para sostener que el arresto domiciliario peticionado resulta viable aun cuando [REDACTED], por contar cuando se formuló el pedido y al día de hoy con seis años de edad, supere el rango etario establecido por el legislador.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EP1/1/CNC1

Nose trata únicamente de la repercusión del encierro del padre en el vínculo con el hijo y en la organización y en la economía del hogar, o de la angustia que la detención de aquél le genera a éste – todo lo que, más allá de encontrarse aquí acreditado podría considerarse común a la mayoría de los casos– sino de la desatención de las necesidades básicas del niño a raíz de los severos impedimentos físicos que padece su madre como consecuencia de una extendida y grave enfermedad, y de la ausencia de otros familiares y referentes afectivos.

En función de las características propias de los niños tan pequeños, establecer un límite de edad y sostener que debe ser aplicado a todos los casos sin excepción vulnera abiertamente el mandato convencional –y, por ende, constitucional– de analizar cada caso en particular, según sus propias características y contexto, y resolver en función del mejor beneficio de aquellos.

En este sentido, el Comité, en la Observación General n° 7 – sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia y cuyo objeto es, entre otros, el de “reforzar la comprensión de los derechos humanos de todos los niños pequeños” – consideró que las definiciones de primera infancia varían en los diferentes países y regiones según las tradiciones locales y la forma en que están organizados los sistemas de enseñanza primaria: en algunos la transición de la etapa preescolar a la escolar tiene lugar poco después de los 4 años de edad y en otros en torno a los 7. Y en función de ello y con el fin de incluir en el examen de estos derechos a todos los niños pequeños, desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar hasta la transición al período escolar, propuso como definición adecuada de la primera infancia el período comprendido hasta los 8 años de edad; y estableció que los Estados Partes deberán reconsiderar sus obligaciones hacia los niños pequeños conforme a esa definición (párrafo 4).



En particular, al referirse a las características de la primera infancia, se sostuvo en dicha recomendación que se trata de un período esencial para la realización de sus derechos, ya que “los niños pequeños atraviesan el período de más rápido crecimiento y cambio de todo su ciclo vital, en términos de maduración del cuerpo y sistema nervioso, de movilidad creciente, de capacidad de comunicación y aptitudes intelectuales, y de rápidos cambios de intereses y aptitudes (...) Los primeros años de los niños pequeños son la base de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes” (párrafo 6 apartado a).

En consecuencia, rechazar la aplicación del instituto porque el niño ha superado en pocos meses el límite en cuestión resulta arbitrario a mi modo de ver, por la absoluta desconexión con la norma que debe guiar su interpretación y con las circunstancias del caso.

En un supuesto parcialmente análogo al presente se resolvió que la decisión de disponer automáticamente el regreso de la imputada a la unidad una vez cumplidos los cinco años de su hijo menor, además de vulnerar el modelo de proceso acusatorio –por haber sido dispuesto al margen de lo dictaminado por el representante del Ministerio Público fiscal, que no impuso ninguna limitación temporal o condicionamiento a su petición–, se basa en una interpretación restrictiva de la ley, en desmedro del interés superior del niño consagrado en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos de Niño, en función del art. 75.22 de la Constitución Nacional. Y que una exégesis tan rigurosamente literal sobre la disposición que autoriza la prisión domiciliaria a las mujeres con hijos menores de cinco años, no se encuentra en armonía con el espíritu de la norma y en especial se halla en pugna con disposiciones de rango constitucional. Se puso de resalto, además, que la entrada en vigencia de la Ley n° 26.472 amplió el catálogo de supuestos previstos en la n° 24.660, para los casos en que el encierro carcelario implica un





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EP1/1/CNC1

desmedro que trasciende las restricciones propias de la ejecución de la pena; de esta manera, sin perjuicio de importar el tiempo total de la condena, se incluyó a la mujer embarazada y a la madre de un niño menor de cinco años, o de una persona con discapacidad a su cargo, quienes podrán solicitar esta modalidad de cumplimiento de la pena. Con cita de la exposición de motivos de la reforma, se afirmó que la intención del legislador al sancionar la ley fue establecer un marco normativo respetuoso de la tutela especial de los niños, adecuando este instituto a las pautas fijadas en numerosos tratados internacionales de derechos humanos. Así, se concluyó que en función de interés superior del niño y del principio *pro homine* el límite legal de cinco años previsto por la ley debe ser entendido de modo orientativo y nunca aplicarse *ex ante* en forma automática para todos los casos, pues es claro que un menor de edad aún puede requerir de los cuidados y protección de su progenitora pasado ese límite etario – circunstancia que debe ser analizada y valorada en atención a las particularidades de cada supuesto en el momento oportuno, para no transformar a la norma en una pauta genérica, desprovista de las necesidad e intereses del menor-. Se citó, en ese sentido, la opinión de Julieta Di Corleto y de Marta Manclús Masó (*El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madre de niños menores de cinco años*, en *La cultura penal: Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Comp. Anitua, Gabriel I. y Tedesco, Ignacio F., Editores del Puerto, Bs. As., 2009, p. 295), quienes consideran que “con relación al límite de cinco años establecido por la ley 26.472, cabe señalar que este parámetro se ha establecido en consonancia con la ley civil que otorga a las mujeres el cuidado de los hijos de hasta los cinco años de edad, pero ello no obsta a que se conceda el arresto domiciliario a una mujer cuando sus hijos ya han superado esta edad. En efecto, la edad máxima establecida por el legislador no puede ser interpretada como un límite rígido, sino más bien como una previsión con carácter



indicativo, que puede ser exceptuada en los casos en que aparezca como necesario extender el período de detención domiciliaria para garantizar la preservación de un bien jurídico superior, como puede ser el interés superior del niño” (v. Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 16.452, “Marasco, Clarisa Noemí s/ recurso de casación”, Reg. n° 1321/2013, Rta. 17/9/2013, voto de la jueza Ángela Ledesma, al que adhirieron los jueces Pedro David y Alejandro Slokar).

En el mismo sentido, se ha dicho que “en el caso de una madre de un niño menor de cinco años (...) se trata de evitar la ruptura del vínculo familiar y, de este modo, se adecua a los principios de unidad familiar y del interés superior del niño consagrado en los tratados internacionales. El enfoque acá está en miras del niño (...) asegurando su bienestar. La crítica que corresponde es que no se incluyó a un padre en las mismas condiciones, pero como ocurría antes de la reforma, ello puede ser incluida vía jurisprudencial” (cf. Anzit Guerrero, Ramiro, *Ejecución penal: ley de ejecución penal 24.660, comentada*, Bs. As., Cathedra jurídica, 2014, p.143).

Acreditada entonces como se encuentra la conveniencia para [REDACTED] de que su padre cumpla con la sanción en su domicilio, por la función de contención que en este caso representaría para aquél -al verificarse una situación de vulnerabilidad que todas las partes y el propio juez admiten-, y considerando que “no hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana” (Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, Naciones Unidas, 30 de septiembre de 1990), voto por hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar y revocar la resolución recurrida y conceder la prisión domiciliaria a [REDACTED] con dispositivo de control electrónico; sin costas (artículos 470,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EP1/1/CNC1

471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación y artículos 32 inciso f y 33 último párrafo de la Ley n° 24.660).

Por lo demás, la interpretación normativa y la solución propuestas coinciden con la efectuada por la señora representante del Ministerio Público Fiscal, conforme a las consideraciones que formuló en el punto III de su dictamen de fs. 164/168.

Por lo tanto, resulta aplicable *mutatis mutandi* el criterio desarrollado recientemente al decidir en la causa “Vega” de esta Sala (Reg. n° 181/2015), en la que se casó la resolución recurrida por afectación de la garantía constitucional del debido proceso, al haber sido resuelta la incidencia por el juez contra la opinión de las partes. En esa oportunidad se analizó el valor que corresponde asignar al dictamen fiscal en el marco de la ejecución penal, etapa en la que la pretensión estatal ha sido definida y de lo que se trata es de determinar el modo en que debe cumplirse una condena que ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Se concluyó que el Ministerio Público Fiscal conserva la función de requirente en ese sentido y se fundó su reconocimiento en el resguardo de los principios constitucionales de separación de poderes, independencia, acusatorio, imparcialidad y representación de los intereses de la sociedad (cf. arts. 120 de la Constitución Nacional; art. 29 de la Ley n° 24.050, arts. 491 y 493 del Código Procesal Penal de la Nación y Res. P.G.N. n° 1779/13).

El juez Alberto José Huarte Petite dijo:

Comparto en lo sustancial los fundamentos vertidos en su ilustrado voto por el Dr. Jantus.

En efecto, una interpretación del artículo 32, inciso f, de la ley 24.660, con arreglo a las disposiciones de jerarquía constitucional mencionadas en forma precedente, impone concluir en primer término (conforme a los precedentes de esta Sala a los que alude el Dr. Jantus, coincidentes también en lo sustancial con el criterio sostenido en el fallo “Scopa, Marcelo”, del 20 de marzo de 2018, reg. N° 256/2018,



de la Sala 1 de este mismo colegio), que la disposición de marras no debe entenderse como limitada a la “madre” del niño, sino que, dadas ciertas circunstancias, como las que se verifican en el caso, debe extenderse la norma también al “padre”.

En segundo lugar, también con sustento en la doctrina que se desprende de los precedentes mencionados por el Dr. Jantus, y el alcance que debe asignarse a las disposiciones legales en juego, no se advierte inconveniente alguno, desde el prisma constitucional, para considerar que, también verificada una determinada situación de hecho, como ocurre en autos, debe extenderse la norma a aquellos supuestos en los cuales, si bien se ha excedido el límite etario por ella fijado, no lo ha sido de un modo tal que superase con holgura la edad establecida y pudiese todavía predicarse que el niño se encuentra aún en lo que se ha denominado, conforme lo precisó aquel magistrado, la “primera infancia”.

Por lo demás, se cuenta con el dictamen favorable del Sr. Defensor de Menores (representante de los intereses del niño involucrado en el caso de autos), expresado de modo claro y motivado en la audiencia respectiva, y en el mismo sentido se expidió el Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica (fs. 11/2), que concluyó en que “se encuentran dadas las condiciones psicosociales” para que [REDACTED] ingrese al mencionado programa.

Por todo ello, emito mi voto en igual sentido que el colega que me precedió.

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR** y **REVOCAR** la resolución recurrida y **CONCEDER** la prisión domiciliaria a [REDACTED] con dispositivo de control electrónico; sin costas (artículos 470, 471, 530





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CPN 166913/2017/EP1/1/CNC1

y 531 del Código Procesal Penal de la Nación, artículo 10, inciso f, del Código Penal y artículos 32, inciso f, y 33, último párrafo, de la ley 24.660).

Se hace constar que el juez Alberto Huarte Petite participó de la deliberación llevada a cabo luego de celebrada la audiencia prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del Código Procesal Penal de la Nación y emitió su decisión en el sentido indicado, pero no suscribe la presente por encontrarse actualmente en uso de licencia (artículo 399 *in fine* del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al juzgado de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota.

MARIO MAGARIÑOS
(en disidencia)

PABLO JANTUS

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA

