

Reg. n° 256/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 20 días del mes de marzo del dos mil dieciocho, se reúne la sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, Luis F. Niño y María Laura Garrigós de Rébora, asistidos por el secretario Santiago Alberto López, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 66/72 en la presente causa n° CCC 33981/2017/TO1/CNC2, caratulada “S., M.

A. s/ rechazo de prisión domiciliaria”, de la que RESULTA:

I. Contra la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 25 de esta ciudad, de 21 de diciembre de 2017, por la que no hizo lugar al pedido de la defensa de M. A. S. para que se morigere la prisión preventiva que sufre bajo la modalidad de arresto domiciliario (fs. 53/54), la defensa interpuso recurso de casación (fs. 66/72), que fue concedido (fs. 73/76).

II. La Sala de Turno de esta Cámara ha dado al recurso el trámite del art. 465bis del Código Procesal Penal de la Nación (ver fs. 82).

III. En la audiencia llevada a cabo ante esta Sala a tenor del art. 465 *bis* CPPN, ha comparecido el Defensor Público Mariano Maciel, a cargo de la Unidad de Actuación n° 2 ante esta Cámara, quien sostuvo el recurso presentado, y la Dra. A. Hí Fernández, interinamente a cargo de la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años de la DGN.

Tras la deliberación que tuvo lugar se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

La jueza María Laura Garrigós de Rébora dijo:

1) Introducción

1.1. S. se encuentra detenido en virtud de la prisión preventiva que se le ha impuesto en la causa n° 33981/2017, actualmente radicada ante el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 25 de esta ciudad.

Su defensa promovió ante éste que se morigerara la prisión preventiva en razón de que se encuentra a cargo de sus hijos menores de

edad, los cuales fueron abandonados por su mamá y se encuentran al cuidado de la abuela (madre de S.).

Solicitó a partir de una A.lugía *in bonam partem* por el principio hermeneutico *pro homine*, aplicar el inciso f) del art. 10 CP y 32 de la ley 24.660, para conceder el arresto domiciliario a S.. Indicó que la situación de encierro afectaba tanto a sus niños como a su madre, quien se ha visto obligada a hacerse cargo del cuidado de los menores en soledad a partir de la ausencia de S.. Invocó al efecto el interés superior de los niños, contemplado en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 1/4vta.).

Adjuntó un informe social confeccionado por el “Programa de Atención a las problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad” de la Defensoría General de la Nación, en el cual se detalló el núcleo familiar en virtud del cual solicitaba el arresto domiciliario, integrado por sus tres hijos biológicos de S., de 8, 9 y 13 años de edad, y por una adolescente de 17 años, hermA. de sus hijos, de quien se constituyó en padre afin, todos los que se encuentran al cuidado de la progenitora de S., A. J. V., de 66 años.

En ese informe se ha señalado que la abuela ha podido desplegar algunas estrategias para sostener su crianza, pero se halla al frente de una carga de responsabilidades y tareas que exceden sus posibilidades. Hay un quinto hijo, de 3 meses, que S. tuvo con una nueva pareja, pero que actualmente no está viviendo en ese mismo domicilio, sino que se encuentra viviendo (junto a la actual pareja de S.) en la casa de los padres de ésta (fs. 6/7vta.).

1.2. En la causa se incorporó otro informe social llevado a cabo por la Sección Asistencia Social de CPF I, Unidad Residencial IV del SPF (fs. 28/29vts.), en cuyas conclusiones la Lic. en Trabajo Social de ese establecimiento carcelario destacó que la situación del interno no encuadraba en ninguna de las causales estipuladas por la ley dado que los niños son mayores a 5 años y que la actual situación no resultaba novedosa para la Sra. V., dado que asumió el cuidado de sus nietos hace cuatro años, mientras su hijo se hallaba detenido.

1.3. A fs. 38 obra el dictamen fiscal en el que se solicitó se rechazara el pedido de acceder a prisión domiciliaria en virtud de que la

situación de M. A. S. no se encontraba dentro de las previstas por el artículo 33 de la ley 24.660.

1.4. También se incorporaron al trámite de la incidencia informes psiquiátrico y psicológico confeccionados por profesionales del Cuerpo Médico Forense que examinaron al detenido S. (fs. 44/48 y 49/52 del incidente).

1.5. El Tribunal Oral ha denegado el pedido bajo la siguientes afirmaciones: “...*lo que surge del informe social practicado a fs. 36 del legajo de personalidad (el cual pudo llevarse a cabo pese a la negativa formulada por el imputado respecto a la confección del informe socioambiental -según lo informado a fs. 28/29 del mencionado legajo-, oportunidad en la que se refiere a la adicción del nombrado a las drogas aparentemente controlada bajo supervisión en el S.P.F.*” . Seguidamente el tribunal *a quo* hizo hincapié en que difícilmente la madre del imputado pudiera ejercer el control de permanencia del nombrado en el domicilio fijado “...*denotando lo expuesto una ausencia de seguridad, contención, acompañamiento del interno y apoyo al mismo. Lo que conlleva, reiteramos, a un peligro significativo y/o riesgos especiales para sí y/o para terceros por lo que no se adecúa a la prevista por los arts. 10 del Código Penal y 314 del Código Procesal Penal*”. Concluyó que tampoco resultaba viable la posibilidad de que S. pudiera retomar actividades remuneradas en su domicilio y ayudar a reestablecer la empoblecida economía doméstica, bajo el argumento de que en su declaración indagatoria el imputado había dicho que no tenía trabajo desde hacía seis meses, y que, además, por cada uno de sus hijos cobra la asignación universal (fs. 144). También se hizo alusión, en la resolución, a que una cuestión decisiva a tener en cuenta para analizar la viabilidad del beneficio era “...*consultar la finalidad del instituto y verificar si en el caso concreto, la permanencia del mismo en un establecimiento penitenciario implica un riesgo grave para la salud, lo que no ocurriría en el caso*”. Se relevó el escaso tiempo que venía sufriendo S. en detención (desde el 6 de junio de 2017) y la necesidad de asegurar su sujeción al proceso por lo menos hasta el debate, cuya fecha fue fijada para el 21 de agosto próximo. Finalmente, sostuvo que “*el nombrado no necesita recuperación ni tratar alguna dolencia adecuadamente fuera del establecimiento carcelario (a), tampoco padece una enfermedad incurable en período terminal(b), ni es un interno discapacitado (c), no tiene más de setenta años de*

edad(d), y los hijos del imputado se encuentran contenidos con su abuela paterna – según informe social de fs. 6-.” (fs. 53/54).

1.6. La defensa técnica de S. articuló recurso de casación contra esa decisión, bajo ambos incisos del art. 465 CPPN. Sostuvo que se ha efectuado una errónea interpretación de normas sustantivas al negarle el pedido de prisión domiciliaria, en lo que refiere a los artículos 10 inc. “F” del ordenamiento de fondo y 32 “F” según ley 24.660 de su actual redacción (inciso 1º del art. 465 CPPN), y que además, se ha incurrido en arbitrariedad al fundamentarse dicha negativa (inciso 2º del art. 465 CPPN), por lo que se vieron afectadas las disposiciones de los arts. 1, 18 y 75 inc. 22. de la Constitución Nacional y los arts. 3.1, 3.2, 5, 6.2 y 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 123 del CPPN.

Adujo que la mera mención a que la solicitud no encuadraba en los supuestos del art. 32 de la ley 24.660 o el escaso tiempo que viene sufriendo en detención y la necesidad de sujeción al proceso, no resultaban argumentos suficientes frente al planteo realizado ni cumplía con los requisitos previsto en el art. 123 CPPN.

2) Análisis de la resolución recurrida

Al momento de abordar las cuestiones, habré de señalar, en primer lugar, que en la instancia anterior no se ha corrido vista para que intervenga el Defensor Público Oficial de Menores e Incapaces que es, en el sistema legal vigente, un operador judicial idóneo, competente y no comprometido con eventuales intereses de la persona detenida, para garantizar que los intereses del niño sean escuchados.

Fue recién ante esta sede que fue anoticiado y convocado a la audiencia fijada en los términos del art. 465 bis CPPN que finalmente se celebró el 1º de marzo de 2018 y a la que concurrió la Dra. A. Hí Fernandez a explicar las vicisitudes del núcleo familiar y recomendó se hiciera lugar al arresto domiciliario en resguardo de los derechos y garantías de jerarquía constitucional de P. M. S., S.T. S., L. T. S. y M. L. V. (arts. 3, 7, 9 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 17 y 19 de la Convención AmericanA. de Derechos Humanos).

Tal circunstancia deviene reveladora del enfoque incorrecto realizado por el *a quo* en la resolución porque soslayó que el supuesto

invocado por la parte para solicitar el arresto domiciliario no tenía como beneficiario directo al imputado sino a sus hijos menores de edad, en cuyo interés superior se basó la petición. En tal sentido, de los párrafos de la decisión recurrida puede fácilmente advertirse la mezcla de argumentos para denegar el instituto y la omisión de dar adecuado tratamiento a aquello que fue sustento de la petición, cual es el interés superior de los niños, en los términos del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Tampoco considero acertado el fundamento expuesto en el fallo que se revisa atinente a que S. podría resultar peligroso para sí o para terceros, basado únicamente en que su progenitora no podría cumplir con el rol de control y contención dado que ésta se encontraría ocupada con sus nietos. Advierto que se intenta sustentar esa afirmación en una suposición inconsistente y en información que no es la que surge de la causa.

La aparente necesidad de control que pretende hacerse recaer sobre A. J. V. no es más que aquélla correspondiente al Estado y que en forma fácil y práctica puede llevarse a cabo a través de un dispositivo de control electrónico (ver las consideraciones que expuse, junto con el colega Daniel Morin en la causa n° 61537/2014 “Arias” de la Sala 2 de esta Cámara, rta. 25/09/15, Reg. n° 489/2015, a propósito de la viabilidad de aplicación de dispositivos de vigilancia electrónica).

Por otra parte, tanto el informe psiquiátrico como el psicológico glosados a fs. 44/48 y 49/52 de este incidente, que fueron confeccionados por profesionales del Cuerpo Médico Forense, no dan ninguna pauta objetiva para poder conjeturar alguna adicción actual a las drogas de S., mucho menos que se esté brindando un tratamiento específico por parte del S.P.F, de modo que la referencia efectuada por los jueces de tribunal oral en relación a “...*la adicción del nombrado a las drogas aparentemente controlada bajo supervisión en el S.P.F.*” no es tal. Basta leer el infome que se cita, glosado a fs. 36 del LIP, para comprobar que lo que se ha expresado allí¹ no da sustento a la interpretación que el *a quo*

¹ “En cuanto a los antecedentes adictivos, el causante manifiesta haber consumido de los 14 años, sustancias adictivas, como ser cocaína, marihuA. y pastillas, habiendo realizado tratamiento en el

ha tenido, antojadizamente, para realizar una afirmación de ese tenor. Tampoco los profesionales de la salud del CMF han relevado patología o trastorno alguno de los que pueda suponerse un potencial peligro para los niños.

En otro orden, la conjetura efectuada por el tribunal *a quo* en relación a que no resultaría viable la posibilidad de que S. retomara sus tareas remuneradas en su domicilio bajo el fundamento de que en su declaración indagatoria había referido estar desocupado desde hacía seis meses -dando a entender, el tribunal, que S. no podría retomar aquello que no tenía-, es una afirmación falaz, puesto que a poco de leer el informe social de fs. 6/7 puede extraerse que allí se hizo alusión a la posibilidad de “retomar tareas laborales” en general para aportar al sustento del hogar y, en particular, se hizo referencia a aquella actividad que realiza por las noches su progenitora, A. J. V., que consiste en la confección de unos “*juegos de reparación para automotores*” (labor que ésta desempeña en su domicilio para la fábrica de su hermA.

-la tía del imputado-). En otras palabras, y tal como lo aclaró el defensor Maciel en la audiencia, la idea que dejaba ver ese informe era la de señalar que M. A. S. podría realizar la confección de esos elementos, en reemplazo de su madre (V.), actividad que ya conocía, y que le permitiría tener ingresos monetarios. De manera que aquella deducción que efectuó el *a quo*, además de no resultar dirimente para el supuesto invocado, es incorrecta.

Por lo demás, la única referencia a los niños en cuyo beneficio se solicitó el instituto en cuestión que surge del auto decisorio puesto en crisis es aquella que reza “*los hijos del imputado se encuentran contenidos con su abuela paterna -según informe social de fs. 6-*”, frase que tampoco puede considerarse como una respuesta a la petición original (aplicación A.lógica un bonam partem del inc f) del artículo 32 de la ley 24660 sobre la base del interés superior de los niños hijos de S.), mucho menos refleja un análisis de lo que resulta mejor para los niños.

En rigor, en la resolución se ha omitido A.lizar dicha petición y, en su lugar, se han expuesto fundamentos que, por lo que

vengo exponiendo, resultaron arbitrarios, contrarios a la información que surge del expediente o impertinentes.

Sin perjuicio de que esta circunstancia permitiría, formalmente, anular la decisión y reenviar al tribunal de origen, lo cierto es que se ha logrado recabar la información pertinente sobre la situación en la que se encuentran los hijos de S., la defensora a cargo de la Unidad Funcional para asistencia de Menores de 16 años presentó un dictamen que responde a los intereses de los niños y ha aportado ante esta instancia un informe de un Equipo Interdisciplinario, todos los que se han entrevistado con los sujetos involucrados en la petición. De manera que, se encuentran dadas las condiciones para resolver el caso.

3) Solución del caso

Entiendo que los supuestos contemplados en los artículos atinentes a prisión domiciliaria y más concretamente el supuesto previsto en el inciso f) de los arts. 10 CP y 32 de la ley 24.660 para *“la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”*, responde a la necesidad de cohesión familiar y al interés superior del niño y resulta una presunción *iuris tantum* en favor de su otorgamiento. Sin embargo, la edad y el género allí consignados no pueden ser interpretados restrictivamente en detrimento de los principios rectores que subyacen de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, es constitucional (art. 75 inc 22 CN), es decir superior al de las leyes sancionadas a través del órgano legislativo, y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La normativa bajo estudio (esto es, inciso f de los arts. 10 CP y 32 de la ley 24.660) se enmarcaban, al momento de su legislación, en una situación cultural y jurídica que colocaba el cuidado de los menores en cabeza de la mujer sin que esa circunstancia resultara objetable en ese contexto social en el que fueron sancionadas.

Sin embargo hoy, no sólo a partir de los compromisos asumidos en los Tratados incorporados a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22, sino más recientemente, por las normas plasmadas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ya no se puede sostener que el cuidado de los menores sea privativo de las mujeres.

Es, pues, inverso, el razonamiento que debe hacerse cuando se ha invocado el "interés superior" de un niño (o varios, en este caso) para la concesión de un arresto domiciliario. No debe A.lizarse si se dan, objetivamente, los presupuestos previstos en el inc f) del artículo 10 CP y 32 de la ley 24660, sino si se están viendo garantizados los derechos y obligaciones que emA.n de esa Convención para el desarrollo integral de ese sujeto de derechos, y luego A.lizar si los supuestos legales previstos por el legislador cA.lizan adecuadamente esas necesidades o aquellas que se hubieren evaluado en el caso concreto al dilucidar cuál es el interés superior del niño en la especie. Puesto que, si se advierte que no se están cA.lizando esas necesidades, se impone una interpretación de aquellas normas que rigen el proceso que, aún por fuera de los supuestos previstos, permita garantizar el normal u óptimo desarrollo de un niño.

Poco y nada se ha A.lizado en torno a qué resultaba ser lo mejor para los niños en cuyo beneficio se solicitó el instituto. Como adelanté, en la instancia anterior siquiera se convocó al auxiliar letrado de la DGN que en nuestro sistema reviste el carácter de representante y vocero de aquello que el niño no puede por sí expresar, sino que el tribunal *a quo* se limitó a señalar que los niños se encontraban contenidos por su abuela.

Cuando de las obligaciones coparentales se trata, no debe A.lizarse si los niños se encuentran en una situación de desamparo, sino si hay alguno de los progenitores está conviviendo y cuidando de los menores de edad, para asegurar su desarrollo integral y espiritual.

En sintonía con lo que sostuve en el fallo "P., E. V. s/ prisión domiciliaria" del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de esta ciudad, rta. 7/12/10, ante la ausencia de la madre -o del restante progenitor que no se encuentra detenido- de los niños en cuyo beneficio se solicita la prisión domiciliaria -este caso por abandono- y bajo el deber de A.lizar si se encuentra garantizado el contacto diario y cotidiano de los chicos con uno de sus padres durante su crianza, es que considero que debe ser concedido el instituto petitionado.

Tal ha sido el señalamiento efectuado por las profesionales del Equipo Interdisciplinario que colabora con las defensorías de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 33981/2017/TO1/5/CNC2

menores de la DGN a fs. 95/99 de este incidente, al sostener que “...*la presencia de M. A. S. en su hogar le brindará la oportunidad a P., S., L. y M. de ser acompañados por su padre, recuperar el contacto cotidiano y contar con la presencia de uno de sus progenitores ante la ausencia de su madre. (...) la relación paterno-filiar es esencial en el desarrollo psíquico de un niño, y (...) la separación podría generar daños psíquicos irreparables*”. Finalmente, “...*recomenda[ron] que se conceda el beneficio de arresto domiciliario al Sr. M. A. S. quien, ante todo es un padre con el deber de cumplimentar con su función de protección y formación integral, sumado en este caso a su importante papel de sostén afectivo y material ante la ausencia de la figura materna*” (el subrayado me pertenece).

En este informe al que hago alusión², las licenciadas en trabajo social hicieron foco, naturalmente debido a su especialidad, en las necesidades afectivas y vinculares de los niños -personas en plena formación- respecto de su progenitor, así como también al rol y deber de protección y formador que posee un padre/madre para con sus hijos.

En cuanto a la arista normativa de esas cuestiones, la asesora de menores en su dictamen de fs. 100/104vta. de este legajo, abordó los lineamientos plasmados en la Convención sobre los Derechos del Niño, así como también de la ley nacional n° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, para definir y resguardar el interés superior del niño como máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías que se reconocen a los sujetos menores de 18 años de edad.

Tal como desarrollé más extensamente en el precedente “Álvarez” de Sala 1 de esta Cámara, Reg. 863/17, rta. 18/09/17 en relación a la responsabilidad parental en el cuidado personal de los hijos que regula el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 640), el carácter que reviste -y a la vez obliga- a los progenitores para con el desarrollo

² En el que se dio cuenta de la situación familiar en la que se encuentran los niños: “*La Sra. V., madre del Sr. S. tiene 66 años de edad, ser argentina, de estado civil viuda, refiere tener como ocupación el armado de piezas pequeñas de automotor (cubetas) desde su domicilio. Vive en una vivienda de su propiedad ubicada en la calle Uruguay 2094 de la localidad de Villa Madero junto con sus nietos P. M. S. de 14 años de edad, S.T. S. de 9 años y L.T. S. de 8 años. El grupo familiar se completa con la adolescente M. L. V, medio herm.A. de los hermanos S. por parte materna*”. También referieron, puntualmente, a los problemas que posee uno de los niños (S. T. S. de 9 años) quien se encuentra bajo tratamiento psicológico y psicopedagógico por indicación del equipo escolar y acompañado por una maestra integradora durante el año escolar (fs. 95/99 de este legajo).

cotidiano de sus hijos, concluyo que no puede ser suplido sin más por la abuela.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su art. 9 que los estados partes deberán velar porque el niño no se encuentre separado de sus padres, así como también en su art. 18.1 dice: *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tiene obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres (...) la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”*.

En cuanto a la materia legislativa nacional aplicable al caso, y que advierto que se ha soslayado por completo, es pertinente reseñar el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación que sella quién resulta ser el responsable a cargo y cuál es el supuesto en el que su guarda puede ser asignada a otra persona.

En virtud de lo normado en los arts. 25 y 101 inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación³, y toda vez que no ha sido privada ni suspendida de su responsabilidad parental (confr. Arts. 700/704 CCyC)⁴, y toda vez que no se cuenta con la atención de la

³ ARTÍCULO 25. Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

ARTÍCULO 101. Enumeración. Son representantes: a) de las personas por nacer, sus padres; b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe; c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.

⁴ ARTÍCULO 700.- Privación. Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a. ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b. abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c. poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; d. haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo. En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró

ARTÍCULO 702.- Suspensión del ejercicio. El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: a. la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; b. el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años; c. la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio; d. la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales.

ARTÍCULO 703.- Casos de privación o suspensión de ejercicio. Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente.

ARTÍCULO 704.- Subsistencia del deber alimentario. Los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

ARTÍCULO 706.- Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a. Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b. Los jueces ante los cuales

madre de los niños, el principal sujeto a cargo de las obligaciones inherente por sus edades, es su padre.

De ningún modo puede el tribunal deslindarse de la responsabilidad de brindar una respuesta jurisdiccional al tener que resolver sobre la tutela efectiva del interés superior de los niños, hijos del imputado, bajo el argumento de que *“se encuentran contenidos por la abuela paterna”*, porque esa escueta afirmación deja sin abordar innumerables temáticas que hacen al desarrollo integral de esos sujetos de derechos, a la vez que desconoce la legislación nacional y supra nacional que se cita.

En ese orden, el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que ha receptado las directrices emanadas de los diferentes instrumentos internacionales, dispone que la responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a. el interés superior del niño; b. la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 639).

Además, se establece el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, colocando en pie de igualdad a ambos progenitores (arts. 640).

Entre los deberes de los progenitores enumerados: a. cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b. considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; c. respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; d. prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; e. respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; f. representarlo y administrar el patrimonio del hijo (art. 646).

El cuidado personal de los hijos es una derivación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 640), acotada a la vida cotidiana del hijo. El juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo (art. 651). Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición (art. 656).

“Esta pauta legal, sin dudas, procura evitar los prejuicios, estereotipos o preconcepciones ideológicas en las decisiones judiciales, y es una aplicación directa de la interpretación efectuada por la Corte IDH, cuyas sentencias forman parte integrante del ordenamiento jurídico argentino. En efecto, “... la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia... Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño” Corte IDH, “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile” (Fondo, Reparaciones y Costas), 24/02/2012.

Este criterio fue reiterado por la misma Corte IDH en otra sentencia, justamente en un caso contra Argentina: “El estado civil de soltero del señor F., equiparado por uno de los jueces a ‘la ausencia de familia biológica’, como fundamento para privarle judicialmente del ejercicio de sus funciones de padre, constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad de manera individual, ello sin haber considerado las características y circunstancias particulares del progenitor que quiere, en su

individualidad, ejercer su función de padre”. Corte IDH, “Caso Fornerón e hija vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/04/2012.)⁵

Específicamente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación prevé la posibilidad de otorgar la guarda a un pariente. Se trata del supuesto establecido en el art. art. 657 CCyC, en el que se especifica que en caso de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro periodo igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

Es decir que sólo a través de una decisión del juez – competente- y ante un supuesto de especial gravedad puede un pariente ser asignado como guardador (art. 657).

No ha ocurrido ello en el caso que nos convoca.

La copia del Acta de Protección de Derechos que luce a fs. 36 del incidente de prisión domiciliaria solamente da cuenta de que la Defensoría Zonal Lugano -Comuna 8-, bajo la órbita del Consejo de los Derechos de los Niños, Niños y Adolescentes del GCBA, se encontraba interviniendo y que el equipo técnico había tenido varias entrevistas con A. J. V. –madre de M. A. S.- con relación a sus nietos –hijos del nombrado y de J. V. G.-. Se asentó, al 9 de diciembre de 2014, las vicisitudes que estaba atravesando el grupo familiar. En concreto, allí se hizo referencia a que la niña P. hacía un año que se encontraba viviendo con esa abuela –paterna- y que desde hacía unos días también se encontraban a su cargo los restantes nietos, puesto que su mamá los había dejado en la puerta de su casa (el domicilio de la Sra. V.) para que se ocupara de ellos. También se dejó asentado que “...se compromet[ía] a solicitar en un plazo único y perentorio de 15 días la guarda judicial de los niños”, lo que no puede ser interpretado como un

⁵ Pellegrini, M.V., “Título VII. Responsabilidad parental” en Herrera, M.; Carmelo, G. y Picasso, S. (Coord), *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo II, Libro Segundo, Artículos 401 a 723, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1º Edición, 2015, pág. 504.

otorgamiento de guarda en los términos de los artículos del CCyCN recientemente citados.

Como corolario de todo lo expuesto, advierto que en el expediente no se ha probado que exista una guarda judicial otorgada a pariente alguno y que, habiendo abandonado la madre a los niños, el padre (M. A. S.) resulta ser quien debe desplegar el ejercicio de responsabilidad parental y cuidado cotidiano, pero que, ante la necesidad de ponderar los riesgos procesales que se habrían advertidos en este proceso penal que se le sigue al imputado, entiendo que la prisión domiciliaria resulta ser una modalidad de encierro cautelar que aparece como una solución equitativa a fin de cumplimentar y asegurar el derecho de los niños a crecer al amparo de su familia de origen.

Si bien es cierto que el art. 32 de la ley 24.660, no contempla específicamente la procedencia de la prisión domiciliaria en estos supuestos –al padre para hacerse cargo de niños y niñas menores de cinco años–, no resulta menos cierto que la CDN impone al Estado argentino la obligación de proteger el interés superior de éstos, y que, en virtud del art. 27 de la Convención de Viena, los Estados no pueden alegar disposiciones de derecho interno para incumplir las obligaciones asumidas internacionalmente. Esta circunstancia torna, a mí modo de ver, imperativa en este caso la aplicación A.lógica de lo dispuesto en el art. 32, inc. f), de la ley 24.660, a fin de cumplir con la manda asumida por nuestra nación de tutelar el interés superior de niños y niñas, el que se ha visto detallado por la Asesora legal de los hijos de S. en el dictamen de fs. 100/107vta. del legajo.

En otro orden de ideas, esta A.logía, de ningún modo puede considerarse prohibida por nuestro ordenamiento jurídico; la aplicación extensiva del inc. f) de la norma bajo análisis, no resulta en detrimento del imputado (al que se le impondría una modalidad morigerada de la prisión preventiva, pero sin que ésta cese) y, el beneficio para los niños resulta indubitable. Por lo que, lejos de encontrarse vedada, en este caso, la A.logia es alentada por el ordenamiento jurídico, e incluso, necesaria.

Por otro lado, tampoco considero que la solución propuesta conduzca de modo general a impedir la ejecución de penas de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 33981/2017/TO1/5/CNC2

prisión de los padres de hijos menores de edad, cuestión que no se compadecería con la ratio del art. 9.4 CDN que se hace cargo expresamente de los efectos que produce la detención o encarcelamiento de uno o de ambos padres, puesto que según el art. 9.3 CDN el Estado deba asegurar que padres e hijos puedan mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular, y en este caso, ante el abandono de la madre, la prisión domiciliaria resulta ser la modalidad de encierro cautelar que garantizaría ese ejercicio de responsabilidad parental por parte de uno de los progenitores.

Finalmente, dados los intereses en juego, es decir la necesidad de los niños de contar con la asistencia y cuidado de uno de sus progenitores, y la necesidad estatal de garantizar la comparecencia del imputado al proceso para viabilizar el efectivo ejercicio de la acción penal, encuentro que hoy en día, las facilidades que brinda el control electrónico del arresto domiciliario, satisface ambas necesidades, por lo que, de adoptarse esa modalidad no encuentro que hubiera posible conflicto entre estas porturas. Máxime si se atiende a que la detención de S. es sólo una medida cautelar pendiente de un juicio que recién llegará a producirse en el mes de agosto próximo, y entretanto los menores padecen los efectos de su ausencia sin importar el sexo del progenitor obligado.

Otro sería el caso si, ante la detención de uno de los padres el otro estuviera en condiciones de asumir la tarea. Pero no se verifica esa circunstancia en este caso, ya que los niños no cuentan con la asistencia de su madre.

En base a las consideraciones expuestas, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de M. A. S., casar la resolución recurrida, conceder la prisión domiciliaria a M. A. S., bajo el mecanismo de monitoreo electrónico, y remitir al tribunal de origen a fin de que, para hacerla efectiva, implemente el Mecanismo de Vigilancia Electrónica en coordinación con el “Programa de Asistencia de personas bajo vigilancia electrónica”, creado en la órbita de la Dirección Nacional de Readaptación Social de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios de la Secretaría de Justicia del

Ministerio de Justicia y Derecho Humanos implemente el Mecanismo de Vigilancia Electrónica, sin costas atento al éxito obtenido (arts. 465 bis, 471, 530 y 531 CPPN; art. 10 inc. f) del CP; arts. 11 y 32 inc. f) de la ley 24.660; arts. 3.1, 9.3, 9.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 640 y cctes. del Código Civil y Comercial de la Nación).

Así voto.

El juez Luis F. Niño dijo:

Adhiero en lo sustancial a los argumentos desarrollados por la colega Garrigós de Rébori en su voto y, consecuentemente, acompaño la solución por ella propuesta.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría RESUELVE:

1) HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa de M. A. S., CASAR la resolución recurrida y CONCEDER la morigeración de la prisión preventiva, bajo la modalidad de PRISIÓN DOMICILIARIA, a M. A. S., disponiendo que la cumpla en su domicilio bajo el mecanismo de monitoreo electrónico, sin costas atento al éxito obtenido (arts. 465 bis, 471, 530 y 531 CPPN; art. 10 inc. f) del CP; arts. 11 y 32 inc. f) de la ley 24.660; arts. 3.1, 9.3, 9.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 640 y cctes. del Código Civil y Comercial de la Nación).

2) REMITIR al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 25 a fin de que fin de que, haciendo efectivo el punto anterior, implemente con la mayor celeridad posible el Mecanismo de Vigilancia Electrónica en coordinación con el “Programa de Asistencia de personas bajo vigilancia electrónica”, creado en la órbita de la Dirección Nacional de Readaptación Social de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos.

Se deja constancia que el juez Gustavo A. Bruzzone manifestó que, atento a la coincidencia de argumentos y solución del caso de los jueces Garrigós de Rébori y Niño, estimaba innecesario

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 33981/2017/TO1/5/CNC2

emitir su voto, por aplicación de lo que establece el art. 23, último párrafo, CPPN (texto según ley 27.384, BO. 02/10/2017, que ya ha entrado en vigencia según el art. 8).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

LUIS FERNANDO NIÑO

MARIA LAURA GARRIGÓS DE RÉBORI

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
SECRETARIO DE CÁMARA