

Reg. n° 468/2016

En la ciudad de Buenos Aires, a los 23 días del mes de junio de 2016, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Luis Fernando Niño y Daniel Morin, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 46/61 por la defensa de la imputada en la presente causa n° CCC 71273/2014/TO1/5/CNC3, caratulada “D. L., J. C. s/ incidente de prisión domiciliaria”, de la que **RESULTA:**

I. El 22 de abril de 2016, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 resolvió, por mayoría, no hacer lugar al pedido de detención domiciliaria de J. C. D. L. (art. 32 inc. “e” de la ley 24.660, según la redacción de la ley 26.472, a *contrario sensu*).

II. Contra dicha resolución el defensor público oficial Ricardo Richiello interpuso recurso de casación (fs. 46/61), concedido el 10 de mayo de 2016 (fs. 64/65) y declarado admisible por la Sala de Turno, que le imprimió el trámite previsto por el art. 465 *bis*, CPPN (fs. 70).

III. El recurrente encauzó sus agravios por ambos incisos del art. 456, CPPN.

Adujo que el tribunal oral había denegado el pedido de prisión domiciliaria desconociendo el interés superior del niño, la protección integral de la familia y el derecho de ambos a la salud. Que había utilizado fórmulas genéricas y abstractas y omitido valorar las constancias relativas a la situación de vulnerabilidad de su pupila, dadas las precauciones y excesivos cuidados que se le deben brindar por atravesar un embarazo portando el virus de hepatitis C y contando con 40 años (situaciones de riesgo para ella y su bebé). Enfatizó que tales recaudos no podían ser atendidos en la unidad de detención, a diferencia de lo que había destacado la mayoría del tribunal, pues ese establecimiento carece de la variedad de profesionales especializados

para un servicio integral periódico que sí ofrece el Hospital Municipal de Pinamar (ciudad donde pretende residir D. L.).

Añadió que la interpretación dada a la ley 24.660 había inobservado el régimen nacional e internacional aplicable en materia de prisión domiciliaria y transgredido, además del interés superior del niño, principios como los relativos a la infancia, el del debido proceso, el de inocencia, el del respeto a la vida y a la integridad física, psíquica y moral, y el de no trascendencia de las penas.

Consideró que, por no haber tratado prueba dirimente para la resolución del planteo, como los informes sociales confeccionados, el resolutorio carecía de motivación suficiente y resultaba arbitrario.

Por otro lado, criticó el particular interés resaltado por el tribunal acerca del riesgo de fuga, en el entendimiento de que la valoración de la existencia o no de riesgos procesales son parámetros propios del instituto de la excarcelación y, a fin de determinar la procedencia del arresto domiciliario, desvirtuaba la finalidad y la naturaleza propia de esa particular forma de detención, que en este caso fue solicitada al solo efecto de garantizar el derecho a la salud de la mujer embarazada y del niño por nacer.

Cuestionó el argumento principal de la mayoría para rechazar la solicitud en cuanto a que se trataba de una “facultad judicial”, interpretando que consistía en una alternativa para el tribunal, y no en el auténtico derecho que en realidad debería operar para quienes se encuentran en las situaciones que describe la norma.

Finalmente, dijo que la sentencia no daba cuenta de las razones por las cuales la prisión domiciliaria podía frustrar la conclusión del proceso al que se ve afectada su asistida, y que en el caso no había habido ponderación de principios sino la anulación de uno (interés superior del niño) en favor de otro (cumplimiento de la prisión preventiva).

Formuló reserva del caso federal.

IV. El 15 de junio de 2016 se celebró la audiencia prevista en el art. 454 en función del art. 465 *bis*, CPPN, a la que compareció el defensor oficial Mariano Patricio Maciel, de lo cual se dejó constancia en el expediente a fs. 74.

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

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

CONSIDERANDO:

1. Los jueces del tribunal *a quo* que integraron la mayoría denegaron el pedido de detención domiciliaria de J. C. D. L. (fs. 28/39).

2. Para así decidir, el juez Nardiello tuvo en cuenta que la finalidad de la detención domiciliaria era garantizar el trato humanitario del condenado y evitar la restricción de los derechos fundamentales no afectados por la pena impuesta; y que su concesión se trataba de una función jurisdiccional, pues la ley dice que el juez “puede” otorgarla y no que “debe”.

Sobre tales bases, consideró que en el caso no se había acreditado que el derecho a la salud de D. L. o el de su hijo por nacer se encontraran en riesgo si se mantenía la condición de encierro en el penal, o que éste constituyera un tratamiento cruel, inhumano o degradante o una restricción indebida de un derecho fundamental a la libertad ambulatoria. Estimó que, por el contrario, de lo informado se desprendía que la nombrada se halla suficientemente atendida y no podía afirmarse que estuviera atravesando una situación que requiriera una asistencia médica que no pudiera serle brindada en la unidad carcelaria. Por ello, concluyó que la medida excepcional reclamada por la defensa devenía improcedente.

Por su parte, la jueza Cusmanich coincidió en que el otorgamiento de la detención domiciliaria constituía una potestad jurisdiccional y resultaba del relevamiento de las circunstancias particulares del caso concreto. Añadió que, además de la constatación del embarazo de D. L., correspondía la evaluación de otras circunstancias que se vinculaban, por ejemplo, con la posibilidad de que el encierro domiciliario constituyera suficiente garantía para contrarrestar los factores de riesgo procesal que puedan presentarse en el caso. Al analizar la situación de la encausada, señaló la importante amenaza de pena que enfrentaba por haber sido sancionada con cinco años de prisión (pena que vence el 25 de noviembre de 2019, sin que se encuentre aún en condiciones de acceder a beneficios legales por haber sido declarada reincidente) y también la circunstancia de que ella misma ha admitido que su situación de arraigo estuvo signada siempre por la incertidumbre. Luego, sumó las múltiples identificaciones que había brindado en diversas causas y el consecuente entorpecimiento del accionar de la jurisdicción.

También entendió que el hecho de que su hermana refiriera estar dispuesta a ayudarla por última vez no constituía suficiente garantía. Y valoró su condición de desempleada durante los últimos diez años, su falta de contacto efectivo con sus tres hijos menores, su consumo de sustancias psicoactivas sin tratamiento y su ausente compromiso hacia el control de la hepatitis C; todo lo cual le permitía inferir que no asumía obligaciones con terceros ni con el cuidado de su salud. Finalmente, remitió al argumento de su colega en cuanto a la falta de acreditación del riesgo en la salud de la encausada o la de su hijo por nacer, o de que estuvieran siendo insuficientemente atendidos en la unidad.

3. Por otro lado, corresponde destacar que antes de la sentencia, a fs. 27 de este incidente, obra una constancia firmada por la secretaria Carolina Inés Pagliano, que da cuenta de una comunicación

mantenida con Pablo Pontoriero, funcionario a cargo de la Coordinación de Pulseras Electrónicas de la Dirección Nacional de Readaptación Social (del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación). El nombrado informó la ampliación de la cobertura del sistema de pulseras electrónicas a la totalidad del territorio nacional y el procedimiento a seguir para su implementación: antes de la concesión del arresto domiciliario, esa área realiza una visita al domicilio y allí se evalúan sus condiciones de habitabilidad y la viabilidad técnica del régimen, tras lo cual elabora un dictamen a fin de que se resuelva judicialmente sobre el otorgamiento del beneficio. Luego de este informe, ninguna medida fue adoptada en tal sentido por el tribunal ni se evaluó su procedencia, pese a que el segundo voto que constituyó la mayoría argumentó sobre la existencia de un riesgo procesal.

4. La cuestión relativa a la procedencia de la prisión domiciliaria ha sido tratada en los precedentes “F.”¹ y “G. L.”², entre otros.

En el primero se estimó correcto el punto de partida del *a quo* en cuanto a que no era automática la aplicación del art. 32 -en ese caso, inc. “f”- con la sola constatación de sus presupuestos objetivos, porque en el primer párrafo no se usa el imperativo sino que se declara que el juez “podrá” disponer la detención domiciliaria en los supuestos allí enunciados. Sin embargo, el empleo de este término no implica la concesión de una potestad discrecional a los jueces, sino que debe ser interpretado conforme a su finalidad. Si se trata de la ejecución de la pena del condenado, se puede conceder la ejecución domiciliaria si ello fuese fácticamente practicable y posible, y no frustrase o pusiese en riesgo la ejecución de la pena. Si se trata de la aplicación a personas

¹ Sentencia del 16.02.2016, Sala I, jueces Garrigós de Rébori, García y Sarrabayrouse, registro 78/2016.

² Sentencia del 8.03.2016, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro 164/2016.

procesadas en detención preventiva, si ello fuese fácticamente practicable y posible, y no pusiese en riesgo la sujeción del imputado al proceso.³

También allí se dijo que aunque las formas alternativas no constituyen una regla general para todos los casos, la consideración del mejor interés de los niños obliga a un examen caso por caso, de modo que incumbe al estado justificar por qué en un supuesto dado no corresponde ofrecer y aplicar esa alternativa, para lo que no son suficientes fórmulas genéricas.⁴

En el segundo precedente se precisó que la detención domiciliaria es una forma alternativa de cumplimiento de la pena privativa de la libertad para aquellos casos donde el encierro carcelario excede la restricción de aquélla y se transforma en un sufrimiento, por la situación particular en que se encuentra la persona detenida. Es una modalidad morigerada de encierro, que de manera general se funda en razones humanitarias y de máxima jerarquía constitucional, en tanto están prohibidos las penas y los tratos crueles.⁵ Su fisonomía actual ha sido establecida por la ley 26.472, en cuanto modificó los arts. 32, ley 24.660 y 10, CP.

El artículo 32, inciso “e”, ley 24.660 quedó redactado de la siguiente forma: “*El juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: ... e) A la mujer embarazada*”. En el mismo sentido, el art. 10, CP señala que “[p]odrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria... e) *La mujer embarazada*”. Resulta evidente, frente a su contundencia, que la norma procura proteger los derechos de la mujer embarazada (y del niño por nacer) mediante esa modalidad de detención, por la circunstancia de su particular estado. Por su parte, en virtud de lo

³ Del voto del juez García en la causa “Fernández” citada.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cfr. DIVITO, Mauro, *Prisión domiciliaria*, en Divito, Mauro / Vismara, Santiago (Directores), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 1289.

establecido en el art. 11, ley 24.660, y el art. 314, CPPN, el instituto es aplicable a los procesados.

5. Sentado este marco general, el análisis del caso revela que, en esencia, el punto a decidir es el conflicto entre la permanencia de J. C. D. L. (quien cursa un embarazo de más de siete meses de gestación) en la Unidad 31 del Servicio Penitenciario Federal y el peligro de que se fugue. En definitiva, se trata de efectuar un balance entre la protección de los derechos de la mujer embarazada y de su hijo por nacer, mediante el cumplimiento de la prisión bajo determinadas modalidades que atenúan el rigor coercitivo para garantizar la aplicación de la ley material, y el interés estatal en evitar la frustración del proceso.

Como se ha resumido, los votos de los colegas que integraron la mayoría del tribunal que resolvió el caso, si bien coinciden en la solución, brindan fundamentos diferentes, lo cual torna nula la decisión. Así, el voto del juez Nardiello ponderó la innecesariedad de la prisión domiciliaria pues D. L. se encuentra correctamente atendida en su lugar de alojamiento; mientras que la jueza Cusmanich hizo hincapié en la existencia de un riesgo procesal (ver punto 2 de este voto). A esta falta de coincidencia de los argumentos, se agrega que ninguno de los jueces consideró el “Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, concebido de modo específico para el cumplimiento del arresto domiciliario en los supuestos de los artículos 10 CP, 32 y 33 de la ley 24.660 y 314 CPPN (Res. MJN 1379/2015, art. 1). La opción que ofrece dicho programa neutralizaría notoriamente aquellos peligros, por lo que su consideración resultaba decisiva para resolver el caso.

Por lo tanto, la falta de argumentos coincidentes entre los votos que constituyeron la mayoría y la omisión del análisis de la aplicación del Programa mencionado implica que la decisión recurrida se ha basado en una fundamentación contradictoria e incompleta. Por ende,

no cumple adecuadamente con el deber de motivación exigido por la ley, lo que la torna nula según el art. 123, CPPN.

6. Por estas razones, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, anular la decisión de fs. 28/39 y reenviar el caso para que en el término máximo de 48 horas desde que sea recibido el expediente, el tribunal *a quo* determine la viabilidad técnica del sistema de pulseras electrónicas en el caso concreto (a través de la Coordinación de Pulseras Electrónicas de la Dirección Nacional de Readaptación Social) y, una vez producido el informe respectivo, dicte un nuevo pronunciamiento dentro de los cinco días hábiles, con el fin de asegurar la resolución del caso antes de la fecha de parto prevista para J. C. D. L. Sin costas, atento al resultado al que se arriba (arts. 123, 456 inc. 2º, 471, 530 y 532 CPPN).

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

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, **ANULAR** la sentencia de fs. 28/39 del incidente y **REENVIAR** la causa para que en el término máximo de 48 horas desde que sea recibida, el tribunal *a quo* determine la viabilidad técnica del sistema de pulseras electrónicas en el caso concreto (a través de la Coordinación de Pulseras Electrónicas de la Dirección Nacional de Readaptación Social) y dentro de los cinco días hábiles dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo que aquí se expone, sin costas (arts. 123, 456 inc. 2º, 471, 530 y 532 CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100). Remítase al Tribunal Oral en lo Criminal n°22 de la Capital Federal, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71273/2014/TO1/5/CNC3

Daniel Morin

Eugenio C. Sarrabayrouse

Luis F. Niño

Ante mí:

Paula Gorsd
Secretaria de Cámara