

Reg.n°814/11

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de junio del año dos mil once, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por la doctora Liliana E. Catucci como Presidente y los doctores W. Gustavo Mitchell y Eduardo R. Riggi, asistidos por el Prosecretario de Cámara Walter Daniel Magnone, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la decisión obrante a fojas 14/15 de la presente causa n° 13.856 del registro de esta Sala, caratulada: "**RODRÍGUEZ, Víctor Daniel** s/recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler y la Defensa Pública Oficial por la doctora Laura B. Pollastri.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo: W. Gustavo Mitchell, Liliana E. Catucci y Eduardo R. Riggi.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

El señor juez doctor **W. Gustavo Mitchell** dijo:

PRIMERO:

I.- Con fecha 16 de marzo de 2011, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal resolvió confirmar la resolución que no hizo

lugar al arresto domiciliario de Víctor Daniel Rodríguez.

II.- Contra dicha resolución, la Defensora Pública Oficial, doctora Verónica M. Blanco, dedujo recurso de casación a fs. 1/9, el que fue concedido a fs. 16/vta..

Habiéndose realizado la audiencia prevista en el artículo 465 bis del Código Procesal Penal de la Nación en función del 454 y 455 ibídem (texto según ley 26.3749) con fecha 8 de junio de 2011, quedó la causa en condiciones de ser resuelta.

III.- Sostuvo la recurrente que la resolución del tribunal adolece de vicios invalidantes, verificándose los recaudos contenidos en el art. 456 inc. 2º del Código Procesal Penal de la Nación.

Se agravió por entender que la resolución del *a quo*, al denegar el arresto domiciliario por no estar expresamente comprendida la situación de Rodríguez en uno de los supuestos previstos por la ley, ha desconocido las normas que imponen el encarcelamiento carcelario como *ultima ratio*, como así también aquéllas referidas a la obligación del Estado de velar por el interés superior del niño, y las que imponen la obligación de proteger la familia (cfr. fs. 4).

Indicó que en virtud de la presunción de inocencia que goza todo imputado, y de lo establecido por los arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N. y 280 del C.P.P.N., la privación de la libertad es una medida extrema y excepcional que sólo debe

aplicarse en los casos en que sea absolutamente indispensable (cfr. fs. 4 vta.).

Así expresó que *"la no contemplación expresa de cada uno de los supuestos que pueden verificarse en los procesos no puede significar el cercenamiento de la aplicación de una cautelar menos lesiva, pues la interpretación de dichas medidas sustitutivas deben realizarse siempre conforme el principio pro homine y teniendo en cuenta la dignidad del hombre"* (cfr. fs. 5).

Recordó que su defendido posee domicilio fijo donde tiene arraigo familiar, un pequeño hijo de apenas un año y cuatro meses, redes de contención social sólidas y oportunidades laborales inmediatas (cfr. fs. 5 vta.).

Indicó que pese a que la ley expresamente contempla el supuesto de *"madre de un menor de cinco años"*, *"los recientemente modificados art. 10, inc. "F" del C.P. y art. 33 "f" de la Ley de Ejecución de la Pena (texto según ley 26.472), en su referencia a hijos menores de cinco años deben ser entendidos como una pauta orientadora, pero no como un límite infranqueable en virtud del cual los jueces no podrían decretar la detención domiciliaria en otros casos"*. Citó el precedente *"Acosta"* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. fs. 5 vta.).

Alegó que la separación de un progenitor de su hijo

debe responder exclusivamente a garantizar el interés superior del niño y no a motivos de interés general o social; también que el arresto domiciliario es la opción que mejor se adecua a los intereses del menor D. R., los de su pupilo y su núcleo familiar (cfr. fs. 6/vta.).

Sostuvo que la resolución es arbitraria al valorar que el menor D. se encuentra a cargo de su madre, y que Rodríguez abandonó la casa de sus suegros donde vivía con el menor. Así indicó que la separación física de su pareja se debió a que carecen de un domicilio en el que habitar juntos y solos, pero que el vínculo familiar y de pareja se mantiene (cfr. fs. 7). Recordó que su asistido reemplazaba a la madre en el cuidado del niño cuando ésta tenía que ir a trabajar, lo cual se ha visto interrumpido por el avanzado embarazo que cursa, que es de riesgo (cfr. fs. 7 vta.).

Consideró afectado el interés superior del menor, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación y citó a tales efectos la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Ley Integral de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061) y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente formuló expresa reserva del caso federal

(cfr. fs. 8 vta.).

SEGUNDO:

Quien solicita el arresto domiciliario, Víctor Daniel Rodríguez, se encuentra procesado el delito de robo con armas, en concurso real con robo simple, los que a su vez concurren en forma material con el delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal y con el de supresión de la numeración de un objeto registrado de acuerdo con la ley (arts. 55, 164, 166 inciso segundo, párrafo segundo, 189 bis, inc. 2º, párrafo tercero y 289, inc. 3 del C.P).

Para denegar el beneficio al encausado, el *a quo* refirió que el menor D. A. R. no se encuentra en situación de desamparo ni de inseguridad material ni moral, sino que sus intereses y derechos están salvaguardados, pues se encuentra contenido por su ámbito familiar (su madre, sus abuelos maternos y paternos).

Así comparto las conclusiones del *a quo*; de adverso a lo argüido por la defensa, el resolutorio en crisis aparece precedido de argumentación suficiente, habiendo brindado el *a quo* razones según su óptica, para rechazar la solicitud de arresto domiciliario.

En el caso no se dan los expresos supuestos del citado art. 32 de la ley N° 24.660 -según ley 26.472- o la existencia de una situación de salud que pudiera equipararse a

los mismos.

De este modo, la recurrente no ha logrado rebatir, de modo claro, preciso y razonado los fundamentos brindados en la resolución atacada, para denegar el beneficio de la detención domiciliaria.

Tal como sostuve *in re* "Mendoza Bravo, Nydia Norminha s/ recurso de casación" (Registro Nº 13.211 de esta Sala II, resuelta el 19/09/2008), el derecho que asiste a los menores de edad a crecer dentro del seno familiar no puede ser interpretado en abstracto y de forma absoluta, sino que debe ser evaluado en cada caso en particular.

El encierro decretado en el marco de un proceso penal de uno o ambos progenitores determina un razonable impacto emocional tanto en aquel sujeto que es privado de su libertad, como en su entorno familiar, principalmente en los menores de edad, quienes son más vulnerables a comprender y adaptarse a este tipo de situaciones.

Resulta entendible que los niños como sus padres pretendan continuar con su vínculo a pesar de las restricciones impuestas, empero justamente estas circunstancias, por sí solas, no pueden erigirse en el argumento para convalidar una excepción al art. 32 de la ley 24.660. Tampoco encuentro que dicha decisión entre en conflicto con el "interés superior del niño" que persigue la Convención de los Derechos del Niño, normativa que bajo ningún tipo de interpretación tiene los

alcances mencionados por la defensa en cuanto a que la restricción de la libertad ocasiona el inmediato perjuicio a los menores por el hecho de estar separados de sus padres.

La propia Convención acepta que padres e hijos puedan mantener el vínculo sin que implique la necesidad de que convivan en un mismo ámbito. Ello acontecerá siempre que resulte necesario en el interés superior del niño (art. 9), o cuando la imposibilidad de crecimiento en el seno familiar resulte consecuencia "de una medida adoptada por un Estado Parte como la detención, el encarcelamiento ... de uno de los padres del niño, o de ambos" (art. 9.4).

Siendo así, no advierto -ni tampoco lo especifica la defensa- de que manera se encuentran vulneradas las garantías constitucionales de su asistido. No se verifica colisión entre las cláusulas de la referida Convención y las medidas cautelares dispuestas en el Código Procesal Penal de la Nación, que permita concluir que quien se encuentra alojado en un centro penitenciario cumpliendo una condena deba cumplir arresto domiciliario por su condición de madre o padre de un niño.

Las excepciones a esta regla, deberán ser evaluadas en el caso concreto, y conforme a las características que se presenten; pero lo cierto es que de acuerdo a los argumentos brindados por la defensa de Víctor Daniel Rodríguez, no se está

frente a una situación extraordinaria que amerite revocar la solución a la que arribó el a quo.

Es que el propósito que se persigue es brindarle a los niños las mejores condiciones en las que puedan desarrollarse, las que en el *sub examine* y, por el momento, se encuentran garantizadas por el cuidado que le da la madre y los abuelos al menor.

Atento lo expuesto, propicio al Acuerdo se rechace el recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 1/9. Sin costas, atento la naturaleza de la cuestión (arts. 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

La Sra. Juez **Dra. Liliana Elena Catucci** dijo:

He de adherir a la propuesta de rechazo del doctor Mitchell, pues de la lectura del recurso en estudio se advierte que los planteos introducidos por la defensa de Víctor Daniel Rodríguez sólo muestran su disenso con los argumentos que sustentaron el pronunciamiento impugnado, sin lograr rebatirlos en forma adecuada.

El artículo 32 de la Ley 24.660 reza: *"El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en*

un establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo."

A su vez, el artículo 10 del Código Penal dice:
"Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El interno mayor de setenta (70) años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo."

Pues bien, a tenor de la normativa citada, puede concluirse que la situación del nombrado no se encuentra

prevista en los supuestos contemplados de forma taxativa por la normativa involucrada.

La recurrente tampoco ha logrado demostrar las razones humanitarias sobre las que apoya su agravio ni, se reitera, controvertido razonablemente los argumentos que sustentaron su rechazo.

En efecto, la prisión domiciliaria no se trata de un instituto de aplicación automática sino que obedece a "irrenunciables imperativos humanitarios" que deben ser evaluados por el magistrado que la concede en virtud de la "facultad" que le otorga el ordenamiento legal (cfr. causa n° 11.187 "Maglio, Albana María Luján s/recurso de casación", reg. n° 1149/09 del 21 de agosto de 2009 de esta Sala III.).

Es así que ni siquiera sería procedente con invocación de la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto según surge de las actuaciones, el hijo del encausado se encuentra contenido material y afectivamente, bajo el cuidado de su madre y abuelos.

Así pues, puede concluirse en que la solución adoptada por el juzgado instructor y su alzada resultan ajustadas a derecho.

En consecuencia, adhiero al voto del colega que me precede en esta deliberación y emito el mio en idéntico sentido, con costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor Juez, **Dr. Eduardo Rafael Riggi**, dijo:

Compartimos los argumentos desarrollados por los colegas preopinantes en sus votos y, consecuentemente, expedimos el nuestro en el mismo sentido. Con costas.

En mérito a la votación que antecede, el Tribunal, **RESUELVE:** Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 1/9. Con costas (arts. 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y remítanse las actuaciones, sirviendo la presente de muy atenta nota envío.

Fdo: Liliana Elena Catucci, W. Gustavo Mitchell y Eduardo R. Riggi. Ante mi: Walter Daniel Magnone, Prosecretario de Cámara.

