

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 61307/2015/2/CNCI

Reg. n° 78/2016

En la ciudad de Buenos Aires, a los 16 días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, se reunió la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, integrada por la jueza María Laura Garrigós de Rébora y los jueces Luis García y Eugenio Sarrabayrouse, asistidos por el secretario de cámara Santiago López, a fin de resolver el recurso de casación deducido en la causa número 61.307/2015 caratulada “Fernández, María Elizabeth s/ homicidio en grado de tentativa s/ incidente de arresto domiciliario”, de la que **RESULTA:**

I-) La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional resolvió, el 9 de diciembre de 2015, confirmar el pronunciamiento de la jueza de instrucción que rechazó la solicitud de arresto domiciliario formulada a favor de María Elizabeth Fernández.

Para así decidir, los magistrados del tribunal *a quo* consideraron que el instituto no es de automática aplicación por el hecho de verificarse alguno de los supuestos introducidos por la ley 26.472, que no se demostró que la prisión domiciliaria sea el medio más idónea para satisfacer el interés superior de la hija menor de la recurrente, y la supuesta ausencia de elementos que permitan dimensionar el impacto que la detención de la imputada provoca a la niña.

Señalaron, además, que a pesar de los recurrentes episodios de bronco espasmo, la menor recibió asistencia especializada, que la unidad donde están alojadas cuenta con médicos pediatras, y que tampoco se pudo evaluar la vivienda en la que se llevaría a cabo la medida (fs. 30/30vta.).

II-) La representación letrada de Fernández, a cargo del defensor oficial Sebastián Noe Alfano, alzó sus críticas contra el resolutorio a través del recurso de casación de fs. 34/45, y la Sala de Turno del tribunal decidió otorgarle el trámite previsto por el artículo 465 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación.

El 11 de febrero pasado, se celebró la audiencia establecida por el artículo 454, en función del artículo 465 *bis* del mencionado cuerpo legal, a la que asistió la Dra. María Florencia Hegglin de la Unidad de Actuación n° 3 ante esta cámara de la Defensoría General de

la Nación, quien desarrolló los agravios de la parte recurrente. No hubo en la audiencia representación del Ministerio Público Fiscal.

Practicada la pertinente deliberación en los términos del artículo 455 del código de forma, el tribunal se encuentra en condiciones de emitir pronunciamiento.

Y CONSIDERANDO.

La jueza Garrigós de Rébori dijo:

El presente caso comprende a una madre soltera de una niña de apenas un año y dos meses de vida, la cual, ante la imposibilidad de valerse por sí misma por su corta edad y la ausencia de otros medios, debe permanecer al cuidado de aquélla. Desde la óptica de la defensa, la solicitud de arresto domiciliario en modo alguno surge como una vía de evadir la prisión preventiva que cumple su defendida, por el contrario, se erige como una alternativa al encierro en una unidad carcelaria en aras del interés superior de la menor.

Las distintas salas del tribunal se pronunciaron en el sentido de que la prisión preventiva constituye una medida cautelar que debe evaluarse con extrema prudencia e imponerse como *ultima ratio*, razón por la cual, en caso de que resulte necesaria, se debe cumplir de modo tal que menoscabe lo menos posible los derechos de las personas.

El artículo 32 de la ley 24.660 (texto según ley 26.472), aplicable a tenor de lo prescripto por su artículo 11, estipula que el juez “podrá” disponer la prisión domiciliaria en aquellos casos descritos por la norma. De ello se infiere, que su aplicación no es automática, sin embargo, la decisión no está sujeta al voluntarismo del juzgador. Es que, como pronunciamiento jurisdiccional, debe consistir en una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias de la causa, ante riesgo de caer en la arbitrariedad que implica un decisorio ausente de motivación legal.

Asimismo, las situaciones contempladas por la norma aludida son supuestos en los que el legislador consideró que el arresto domiciliario es una alternativa de igual eficacia al encierro del sujeto en un establecimiento penitenciario, pues, en caso contrario, ningún sentido cabría a la prescripción normativa. Consecuentemente, corresponde a

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 61307/2015/2/CNCI

los jueces explicar en el proceso concreto por qué no corresponde la modalidad de detención, antes que a la parte interesada su procedencia.

El tribunal *a quo* al justificar la confirmatoria del rechazo soslayó, por un lado, la presunción legal, y, por otro, que resultaría una decisión de menor vulneración a los derechos de los afectados por la medida cautelar, entre los que se encuentra la niña menor de cinco años de edad. Es decir, analizó el planteo en modo inverso al legalmente prescripto, todo lo cual ilustra un error en la labor jurisdiccional.

En sintonía con ello, y sin ánimo de ingresar en la discusión relativa a si en estos casos la opinión fiscal, al ser favorable, es vinculante, tampoco se puede soslayar que si el representante de la vindicta pública no encontró escollos para llevar adelante su pretensión bajo esta modalidad, se tendría que haber brindado alguna explicación que enseñe su error de apreciación, dada la falta de controversia de las partes sobre este punto.

Frente al interés estatal de garantizar el normal desarrollo del proceso y realizar su eventual pretensión punitiva, se encuentra el interés superior de la menor a permanecer junto a su madre en un espacio de contención familiar, ello, considerando que “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”¹.

A título ilustrativo, cabe traer a colación la interpretación de la Corte Constitucional de Italia a las disposiciones del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual, al considerar un supuesto de similares características, luego de poner relieve el interés del menor de vivir y crecer en su ámbito familiar, señaló que al calificar la norma de “superior” el interés del niño, las decisiones que se adopten en relación a dicho interés deben considerarse “preeminentes”².

El hogar de un niño es, en principio, ambiente más propicio a esos fines, en especial cuando se lo confronta con otro en el que está lejos de su grupo familiar primario y que, irremediablemente, debe compartir con desconocidos en conflicto con la ley penal.

¹ Conf. preámbulo de la Convención sobre los derechos del Niño.

² Corte Constitucional de Italia, sentencia n° 239 del 22-10-2014, publicada en: Investigaciones 1 [2015], Corte Suprema de Justicia de la Nación, páginas 163/165, diciembre de 2015.

Nuevamente aquí los magistrados de grado evaluaron la cuestión en modo inverso al legislativamente prescripto, pues la conveniencia del niño a crecer junto a su familia se presume como *ut supra* se explicó, y, por ello, las afirmaciones relativas a que no se demostró que la prisión domiciliaria sea el modo más idóneo para satisfacer el interés superior de la niña y la supuesta ausencia de elementos que permitan dimensionar el impacto que podría provocarle la detención de su madre, emergen sin fundamento legal. Al respecto, corresponde traer a colación el informe que acompañó la defensa a fs. 4/5vta.

Cabe aclarar, que en modo alguna se cuestiona la necesidad de la cautelar, simplemente, que ante los derechos en pugna, se debió contemplar un mejor modo de armonizar los intereses de las partes, y, una vez que se descartaron todas las posibilidades, mantener la detención preventiva de Fernández en un penal.

Ante el escenario descripto, y en vista a conciliar ambos intereses, cabe poner de resalto la existencia de un programa, en el marco del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que posibilita la aplicación de medidas de restricción de la libertad en el domicilio, con vigilancia adecuada que puede resultar de gran utilidad para casos como el que aquí se encuentra a estudio.

Entonces, resulta que esta medida de sujeción en el domicilio aparece como de una intensidad tal que logra, en el caso, un adecuado equilibrio entre la neutralización de los riesgos procesales verificados y la aplicación del mínimo de rigor estatal para garantizar la aplicación de la ley material. Consecuentemente, propongo al acuerdo hacer lugar a la solicitud de arresto domiciliario formulada en favor de María Elizabeth Fernández bajo esta modalidad.

Por último, y en atención a mi propuesta, considero inoficioso ingresar en el análisis de los restantes agravios desarrollados por la defensa.

El juez **Luis M. García** dijo:

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 61307/2015/2/CNCI

Concuero en lo sustancial con la solución que viene propuesta por la jueza de primer voto, por lo que me restringiré a exponer sucintamente el alcance de mi acuerdo.

1.- María Elizabeth Fernández, madre de la niña Renata Nazarena Fernández, de un año y dos meses de edad (confr. copia de partida de fs. 73), se encuentra detenida bajo el Régimen de prisión preventiva en la Unidad 31 del Servicio Penitenciario Federal. La niña se encuentra al cuidado de su madre en el establecimiento. No está discutido que el caso encuadra en el art. 32, inc. f, de la Ley 24.660, aplicable también a las procesadas por imperio del art. 11 de esa ley.

2.- Es correcto el punto de partida del *a quo* en cuanto a que no es automática la aplicación del art. 32, 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 de frustración la ejecución de la pena. Si se trata de la aplicación a personas procesadas en detención preventiva, si ello fuese fácticamente practicable y posible, y no pusiese en riesgo la sujeción del imputado al proceso.

El *a quo* no ha dado ninguna razón de impracticabilidad en el caso concreto, ni ha tomado nota de las posibilidades que ofrece 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 N° 24.660 y 314 CPPN (Res. MJN 1379/2015, art. 1).

3.- Al promoverse el pedido de arresto domiciliario la representante del Ministerio Público había dado su conformidad para la morigeración de la prisión preventiva bajo esa forma, y no había

levantado ninguna objeción sobre su impracticabilidad ni sobre la existencia de algún riesgo de fuga o de frustración del proceso fundado en indicios concretos (confr. fs. 16). Rige a mi juicio el punto la interpretación que he sentado en mis intervenciones en los casos “*Oyola Sanabria, Jhony Stid*” (causa n° 28.961/12, rta. 17/04/15, Reg. n° 23/2015) y “*Zambrana, Fabián Gustavo*” (causa n° 45.329/14, rta. 10/7/15, Reg. n° 234/15). Con esto bastaría para decidir la revocación de lo decidido por inexistencia de controversia sobre la necesidad de mayores medidas de aseguramiento, salvo que se demostrase que la fiscalía ha dado su asentimiento sin sujetarse al marco legal.

4.- El *a quo* parece entender que es presupuesto de la morigeración que se demuestre cuál es el alcance o impacto que la detención de la imputada tiene sobre su hija, y reprocha que ninguna mención específica se ha realizado en el informe acompañado por la defensa, agregando consideraciones sobre la suficiencia de la asistencia médica proporcionada a la niña en el lugar de alojamiento con su madre.

La ley no requiere que se demuestre ese “impacto”, porque parte de que los efectos perjudiciales para los niños de corta edad son inevitables, y por ello incluye a esa clase de niños sin aditamentos adicionales. En rigor, el mayor o menor efecto sobre los niños debería entrar en consideración -desde la perspectiva del interés superior del niño- al momento de efectuar el balance de ese interés con el interés estatal en evitar la frustración del proceso, o en su caso, la ejecución de la pena bajo unas determinadas modalidades. Se trata pues de un problema típico de proporcionalidad.

Entiendo esclarecedor citar aquí la Observación general N° 14 del Comité sobre los Derechos del Niño (doc CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013), cuyo numeral 69 declara: “Cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados”. 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

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 61307/2015/2/CNCI

caso, de modo que incumbe al estado justificar por qué en un caso dado, no corresponde ofrecer y aplicar esa alternativa, para lo que no son suficientes fórmulas genéricas.

Por cierto, el alojamiento de niños de corta edad junto con sus padres encarcelados no es *per se* contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño, pero la decisión de alojarlos con ellos en el lugar de detención no representa una alternativa a la de autorización del arresto domiciliario, sino una alternativa a la separación del niño de su padre por causa del encarcelamiento. En esto resulta esclarecedor evocar el Informe y Recomendaciones aprobado por ese Comité a raíz del Día de Discusión General sobre “Hijos de padres encarcelados” de 30 de septiembre de 2011. En particular en cuanto ha expresado: “El Comité recomienda que los Estados partes den especial consideración a las circunstancias en que los mejores intereses del niño puedan ser mejor satisfechos permitiéndole vivir con su padre encarcelado. Al hacerlo, debería ser tomada en cuenta debida consideración sobre las condiciones generales del contexto de encarcelamiento y la particular necesidad de contacto padre-hijo en la niñez temprana. Más aún, es recomendable que tales decisiones se tomen con la opción de revisión judicial plena y plena consideración de los mejores intereses del niño (traducción no oficial del original en inglés, numeral 37).

De modo que, porque el Estado ha considerado adecuado autorizar que el niño o la niña convivan con su madre en el lugar de detención, no puede por ello desentenderse de examinar caso por caso si el arresto domiciliario sería practicable como mejor alternativa.

Si la cárcel no es el mejor lugar para que un padre o una madre convivan con su niño, y eso no puede ponerse en discusión porque en nuestro medio cultural no se recomienda como modelo institucional que los niños sean criados en cárceles, entonces la opción de alojamiento del niño con su madre o padre encarcelados es una solución de compromiso frente a la alternativa de la separación de éstos. Esta solución de compromiso no está en el mismo nivel de la del arresto domiciliario, por lo que se exige un esfuerzo exhaustivo para determinar

su practicabilidad caso por caso. Tal esfuerzo no ha sido abordado en la decisión recurrida.

5.- Parejas consideraciones suscita el argumento del *a quo* en punto a que “la vivienda en la que se llevaría a cabo el arresto domiciliario no ha podido ser evaluada debido a la ausencia de moradores”. Esto no refiere a la procedencia jurídica del arresto domiciliario, sino a su practicabilidad. En este punto el argumento se presenta aparente, porque la incertidumbre no es insalvable.

6.- Con estas consideraciones adhiero a la solución que viene propuesta. Atento al tenor de lo que se propone decidir, deviene inoficioso abordar la tacha de arbitrariedad deducida contra la decisión recurrida en cuanto declaró que, al momento del pronunciamiento no se encontraba acreditado el vínculo con el niño Dylan Maximiliano.

Así voto.

El juez Sarrabayrouse dijo:

En el presente, la fiscalía en su dictamen de fs. 16, entendió que la situación encuadraba en el art. 32, inc. f, ley 24.660 y no encontró reparos en que se haga lugar a la detención domiciliaria de María Elizabeth Fernández. En los términos expresados en los precedentes “Vera” (Sala I, sentencia del 15.07.2015, registro 245 / 2015), “Souza Pelayo” (Sala III, sentencia del 7.01.2016, registro 4/ 2016), en la misma línea de las sentencias dictadas en **“Soto Parera”**³, **“Pesce”**⁴ y **“Albornoz”**⁵ no estamos ante un “caso” que habilite a los tribunales a rechazar el pedido efectuado, en tanto la posición sustentada por la fiscalía aparece como razonable y no se advierte un error en la interpretación de la ley o un proceder arbitrario por parte de ella. Por lo tanto, el tribunal *a quo* no podía adoptar otra decisión que la de conceder la prisión domiciliaria solicitada.

Con este alcance, adherimos en lo sustancial al voto del colega Luis García.

³ Cfr. causa n° 10960/2010, caratulada “Soto Parera, Mariano s/legajo de ejecución”, rta. 13/7/15, reg. n° 240/15.

⁴ Cfr. causa n° 46926/2011, caratulada “Pesce, Diego Raúl s/ libertad asistida”, rta. 17/7/15, reg. n° 258/15.

⁵ Cfr. causa n° 34638/2009, caratulada “Albornoz, Nicolás Esteban s/legajo de ejecución penal”, rta. 16/7/15, reg. n° 247/15.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 61307/2015/2/CNC1

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, **RESUELVE:**

1º) **CASAR** la resolución de fs. 30/30vta. del presente incidente y hacer lugar a la solicitud de arresto domiciliario solicitada a favor de María Elizabeth Fernández, sin costas (arts. 454, 455, 465 *bis*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación, y arts. 11, 32 inciso “F” de la ley 24.660).

2º) **REMITIR** las actuaciones al Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 42, a fin de que, haciendo efectivo el punto anterior, 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.

3º) Poner en conocimiento de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional lo aquí resuelto mediante oficio de estilo.

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. El Dr. Gustavo A. Bruzzone no intervino en la presente por encontrarse en uso de licencia al momento de la audiencia. El Dr. Eugenio Sarrabayrouse lo hizo en su lugar en función de lo establecido en la acordada 18/2015 de esta cámara. El Dr. Luis García participó de la deliberación y emitió su voto, pero no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia.

María Laura Garrigós de Rébori

Eugenio Sarrabayrouse

Ante mí:

Santiago López

Secretario