

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 5548/2013/TO2/1/CNC1

Reg n° 218/2016

//n la ciudad de Buenos Aires, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil dieciséis se constituye el tribunal, integrado por los señores jueces Mario Magariños, en ejercicio de la presidencia, Pablo Jantus y Horacio Días, quien reemplaza al juez Carlos Alberto Mahiques por hallarse este último en uso de licencia (conf. Regla Práctica 18.11 del Reglamento de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional), a fin de celebrar la audiencia prevista en los arts. 465 y 468 del Código Procesal Penal de la Nación, en la causa n° 5548/2013/TO2/1/CNC1, caratulada “Incidente de Prisión Domiciliaria de Aviles, Johana Soledad en autos Aviles, Johana Soledad s/ robo con armas”. Se encuentra presente la parte recurrente, representada por la Defensora Pública coadyuvante de la Defensoría General de la Nación, doctora Lisi Trejo, letrada a cargo de la asistencia técnica de la señora Soledad Angélica Domínguez. Se da inicio a la audiencia y se concede la palabra al recurrente, quien procede a argumentar su posición y a responder preguntas. A continuación, el tribunal se retira a deliberar en presencia de la actuario (arts. 396 y 469 CPPN). Constituido el tribunal nuevamente en la sala de audiencias, en presencia de la recurrente, el señor Presidente hace saber que esta Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por unanimidad, ha **RESUELTO: HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR** y **REVOCAR** la resolución recurrida, y **CONCEDER** la prisión domiciliaria solicitada, bajo las modalidades que el órgano jurisdiccional competente estime correspondientes; sin costas (artículos 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación y artículos 32 inciso “f” y 33 segundo párrafo de la ley 24.660). Explica que los fundamentos de la decisión, compartida por unanimidad por el tribunal, si bien resultan coincidentes en algunos aspectos, en otros tienen particularidades, de modo que cada uno de los integrantes del tribunal va a exponer a continuación sus razones. En cuanto a su voto, el juez *Magariños* señala que el tribunal *a quo*

ha hecho una incorrecta interpretación de las reglas legales aplicables. Expresa que en el precedente “Parra” (Reg. n° 97/2015), en el marco de una solicitud de prisión domiciliaria para el cumplimiento de una prisión preventiva, sostuvo que el inciso f) del art. 32 de la ley 24660, en cuanto dispone que la prisión domiciliaria podrá concederse a la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo, debía interpretarse en el sentido de que el término “podrá”, esto es, lo facultativo para el juez, no está vinculado, en principio y por regla, a lo establecido ya por la disposición en análisis. Es decir, prosigue, el legislador al establecer esta regla ha partido del presupuesto de que, precisamente, si se dan estas circunstancias (madre de un niño menor de cinco años), en principio y por regla, se encuentra en juego el interés superior del niño. En consecuencia, expone, existe una presunción legislativa acerca de que, dadas estas circunstancias, hace al interés superior del niño que la madre se encuentre junto él fuera de los muros de la prisión. Entiende que esta regla puede encontrar excepción en aquellos particulares supuestos en que existan datos objetivos ciertos que demuestren que esto puede ser contrario al interés superior del niño, pues podrían darse situaciones en las cuales esté demostrado que la permanencia de la madre junto al niño puede redundar en perjuicio del interés del niño y no en su favor. Salvo estos casos excepcionales, continúa, que por lo demás deberían estar puntualmente acreditados en el caso –y en este sentido fue resuelto por esta Sala III en el precedente “Silva, Natalia” (Reg. n° 191/2015)–, hay que partir de la base de que el legislador ha determinado que es en función del interés superior del niño que la madre permanezca junto a él fuera de los muros de la prisión. En consecuencia, el término “podrá”, en el caso de una prisión domiciliaria respecto de una persona que está cumpliendo pena como condenada, está vinculado a que el juez pueda determinar si, conciliando el interés superior del niño del que parte la norma, el tratamiento de reinserción social que se viene llevando a cabo intramuros es factible de seguir llevándose adelante extramuros, permaneciendo la persona condenada en un encierro domiciliario. Para esto, explica, el juez debe tomar los

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 5548/2013/TO2/1/CNC1

recaudos necesarios para poder determinar si este buen desarrollo del tratamiento de reinserción social puede llevarse adelante con este cambio de condiciones de encierro y para esto deberá recabar al menos informes al Consejo Criminológico. Sostiene que nada de todo esto comprendió el tribunal de origen, realizando en consecuencia una interpretación de la norma en juego que, a su modo de ver, es realmente desacertada, no sólo porque parece discutir la decisión del legislador acerca de si el interés superior del niño está o no en juego, cosa que, como explicó, no corresponde al juez excepto que se dé aquella condición particular a que aludió previamente, sino también porque el *a quo* avanzó sobre cuestiones tales como las vinculadas a la gravedad del hecho, respecto de las cuales es difícil entender qué vínculo guardan con aquello que debe decidirse según la norma; es decir, la gravedad del hecho en el caso ya fue valorada a la hora de dictarse una sentencia condenatoria, con lo cual poco tiene que ver con la cuestión que ahora debía decidirse. Además de todo esto, prosigue, se omitió absolutamente determinar si la prisión domiciliaria era un medio conducente para llevar adelante el desarrollo del tratamiento de reinserción social. Esto demuestra, a su entender, una errónea interpretación de las normas aplicables y determina entonces que deba casarse la decisión en los términos que enunció al comienzo. A continuación, el juez *Jantus* explica que ya en su calidad de integrante del Tribunal Oral en lo Criminal N° 23, en la causa “Cortez, Erica” (expte. n° 3577 -34866/2010-, resuelto el 10/10/13), tuvo oportunidad de abordar el tema de la detención domiciliaria. Expresa que en ese caso se trataba de una condenada a cinco años de prisión que vivía con el hijo en la unidad. En esa resolución se citó el precedente “Ana María Fernández” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 18 de junio de 2013, en el que el tribunal se remitió al dictamen de la Procuradora General de la Nación y citó las opiniones dadas en el trámite parlamentario de la ley 26813, que introduce la base normativa a tratar, por las disputadas Rodríguez y Espatola. Expone que Marcela Rodríguez dijo: “esto no significa eliminar un reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen, lo único que implica es que el interés social no

puede prevalecer sobre los derechos a la vida, a la salud, a la integridad o la dignidad de los condenados o procesados, menos aún se puede tener a niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera todos los derechos contemplados por la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, mientras que Espatola dijo: “lo que estamos haciendo es ‘blanquear’ lo que establecen las diferentes convenciones internacionales a las que adhirió nuestro país; por otro lado, los niños que hoy se encuentran detenidos junto a sus madres en nuestras unidades carcelarias aunque en este parlamento nos llenamos la boca hablando de derechos humanos, no tienen por qué pagar la condena de sus padres”. Sostiene que la pregunta es a qué normas de derechos humanos se refieren. Entiende en este sentido que, obviamente, acá se ha hablado del interés superior del niño regulado en el artículo 3 de la Convención, pero el tribunal también se refiere al artículo 9 que establece que los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres en contra de la voluntad de éstos. El *a quo*, continúa, hace específica referencia a que este artículo está respetado en su resolución porque el niño tendría derecho de visita con su madre. Sobre el particular, el juez Jantus señala que la Observación General 14 del Comité del Niño, que trata específicamente sobre el concepto del interés superior del niño, en el apartado 69 establece: “cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito deben ofrecer y aplicar al caso alternativas a la privación de la libertad teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados”. Agrega que el Comité del Niño emitió en el año 2012 las recomendaciones y buenas prácticas que se trataron en el día de debate general de 2011, relacionados a los niños y niñas de progenitores presos. Considera interesante señalar el principio de que los niños y niñas de personas presas son las víctimas invisible del delito y el sistema penal, no han hecho nada malo; sin embargo, sufren el estigma de la criminalidad, sus derechos de crianza se ven afectados tanto por la acción delictiva del progenitor como por la respuesta del Estado en nombre de la justicia. Se establece además que los riesgos

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 5548/2013/TO2/1/CNC1

asociados al encarcelamiento parental son cinco: el riesgo de ser privado de las necesidades y oportunidades básicas, riesgo de sufrir victimización secundaria y despersonalización, riesgo de que la situación general del menor se deteriore, riesgo de quedar distanciado de su progenitor encarcelado y riesgo de caer en conductas antisociales. Sobre el particular, agrega, en las buenas prácticas se dice que siempre que haya niños y niñas que pudieran verse afectados, se deberá dar prioridad a las medidas sin privación de libertad incluso en relación a la detención preventiva, a fin de evitar el impacto negativo que sobre los menores tiene el encarcelamiento de su padre o madre. Expresa que, sintéticamente, a estas normas hacen referencia las diputadas como fundamento de la ley 26.813; es decir, explica, esta ley reglamenta específica y adecuadamente, desde su punto de vista, cómo opera el derecho del niño a ser criado junto a sus padres y, en una sociedad matrilineal como es la nuestra, básicamente con la madre. Señala que aquí es donde concuerda con el doctor Magariños en que la resolución del tribunal negó al niño el derecho a estar con la madre, cuando menos a uno de sus hijos porque lo cierto es que tenemos dos niños, los dos están incluidos dentro de los supuestos del art. 32 de la Ley 24660, uno está con la madre y el otro no y respecto de los dos se dice que se resguarda el interés superior del niño, lo cual resulta una contradicción, pues respecto de uno de ellos dos evidentemente no se lo cumple, o tiene el derecho de estar con la madre o no lo tiene y no están los dos con la madre. Desde su punto de vista entonces, la norma lo que busca es proteger el interés superior del niño y no la situación de la madre y, en el caso, es claro que la niña que no tiene contacto con el hermano y que está con una persona que ni siquiera es un familiar directo, cuando podría estar con su madre y es una niña muy pequeña, ve afectado su derecho a ser criada junto a su madre y lo mismo pasa con el niño más pequeño, porque no se tiene en cuenta que de acuerdo a los instrumentos citados lo aconsejable es que no esté en una cárcel con su madre sino en un ámbito diferente porque lo cierto es que el chico está sometido al régimen carcelario por más que esté con su madre. Explica

que en el caso “Cortes” citado, el tribunal mantuvo una entrevista con la imputada, quien describió condiciones de vida del niño que eran diferentes a las que podría tener en un domicilio particular, y expuso por ejemplo que había sido sancionada en una ocasión en que su hijo tuvo fiebre y luego de cinco horas no había sido examinado por un pediatra, pues no había un pediatra permanente en la institución. Esto demuestra, a su entender, que el hecho de estar con la madre en un medio carcelario no implica que el niño goce de los derechos que la Convención le otorga a un menor de cinco años. Agrega que el Comité del Niño trató este tema en la Observación General n° 8 del año 2005 que se refiere a los derechos del niño en la primera infancia. Ya en ese entonces, explica, se refería a la situación de vulnerabilidad que padecían los niños hasta siete u ocho años, que es lo que se define como primera infancia, que estaban encarcelados con sus padres. Entiende que el artículo 32 de la ley 24660 proporciona un marco normativo claro al respecto y el tribunal no se hizo cargo de explicar por qué en este caso dejar a la madre alejada de un niño y presa con el otro, podría corresponderse con el principio del interés superior del niño y por esto considera que debe ser revocada la decisión, tal como propuso el juez Magariños. En último término, el *juez Días* adhiere a la solución propuesta por los colegas que lo precedieron. Expresa que en el precedente “Parra” citado tuvo oportunidad de señalar que este supuesto de prisión domiciliaria se independiza de los restantes, por la razón de que el interés prioritario del niño es el que tiende a definir por regla este tipo de situaciones. Señala que es un lugar común discutir en torno al verbo modal “podrá” para acotar la aplicación de este instituto, cuando lo cierto es que toda decisión propia del acto de juzgar, toda decisión de mérito, requiere de una evaluación. Coincide con los votos preopinantes en que la resolución impugnada aplica erróneamente la ley, por cuanto acota la posibilidad de otorgamiento de la prisión domiciliaria a supuestos donde esté en riesgo la vida del menor en la cárcel o esté en riesgo la vida del menor fuera o exista una situación de riesgo. Entiende que, justamente, lo que pretende el instituto es algo mucho más amplio, esto es, que si no existen serias y excepcionales

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 5548/2013/TO2/1/CNC1

razones para restringir esta posibilidad de cumplimiento de pena, sea esta modalidad la que se escoja. En el caso, prosigue, se presentan dos razones para su aplicación, pues hay un niño fuera del establecimiento carcelario y otro dentro y el tribunal no ha dado debidas explicaciones acerca de cuál es la inconveniencia de que la pena se cumpla bajo esta modalidad, más allá de la referencia a que ha sido la condenada quien ha provocado que esté separada del hijo que está siendo cuidado por la amiga, lo cual también aparece como una referencia que a su entender no debe decidir la suerte del caso. En este sentido emite su voto y adhiere la posición de sus colegas. El presidente hace saber que **se tiene a las partes por notificadas en este acto de lo resuelto** (art. 400 CPPN) y que en el día de mañana se remitirá al tribunal de origen para su cumplimiento. No siendo para más, se da por concluida la audiencia y firman los señores jueces, previa lectura y ratificación, por ante mí, de lo que DOY FE.

MARIO MAGARIÑOS

HORACIO L. DÍAS

PABLO JANTUS

Ante mí

PAOLA DROPULICH

Secretaria de Cámara

