

Reg. n° 204/2017

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 28 días del mes de marzo del año dos mil diecisiete, se reúne la sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Horacio L. Días, Luis M. García 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. 556/565 por la defensa de C. F. (a) M. G. A. L. en la presente causa n° CCC 55611/2014/TO1/3/CNC1, caratulada “**F., C. o A. L., M. G. s/ rechazo de prisión domiciliaria**”.

RESULTA:

I.- M. G. A. L. (a) C. F. ha sido condenada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 13 a la pena única de seis años de prisión y declaración de reincidencia, pena que se ejecuta bajo la supervisión del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3, y que según el cómputo practicado agotará el día 17 de mayo de 2019.

II.- La defensa de la condenada había solicitado se cambie el régimen de ejecución de la pena, bajo la modalidad de prisión domiciliaria, con invocación del art. 32, inc. f, de la ley 24.660. Señalaba que la condenada es madre de tres niñas de ocho, tres y de una niña un año de edad y que ésta última reside y está al cuidado de la condenada en el establecimiento penitenciario donde cumple la pena.

La Unidad Fiscal de Ejecución Penal se opuso a la concesión de la prisión domiciliaria. Argumentó que dos de las niñas se encuentran a cargo y bajo el cuidado de su abuela paterna, situación que era preexistente a la detención de la condenada, de lo que infirió que no existe un riesgo para su bienestar, y que no se encuentra comprometido su interés superior. Destacó que en una oportunidad anterior se había concedido la prisión domiciliaria a M. G. A. L., y que bajo aquél régimen abandonó el domicilio y cometió un nuevo delito, por el que fue condenada y dio lugar a la pena única que actualmente cumple.

El juez de ejecución ha decidido “No hacer lugar a la incorporación de la interna M. G. A. L. o C. F. o K. G. F. o R. G. al régimen de prisión domiciliaria.” (cfr. fs. 552/554).

Sostuvo que la concesión no es automática, y que deben examinarse las circunstancias del caso en concreto. Relevó, en consonancia con la Unidad Fiscal de Ejecución Penal, que la guarda de hecho que ejerce la abuela paterna sobre dos de los niños es una situación preexistente a la detención de la condenada, y que la ausencia maternal no surge en este caso como consecuencia directa de la detención.

Entendió además que no se encuentra en juego el bienestar de las niñas, ni el interés superior de éstas se ve conculcado por la detención de su madre.

Al abordar en concreto el interés superior de las niñas observó que en el proceso de ejecución penal anterior se había concedido la prisión domiciliaria a M. G. A. L., por decisión de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, y argumentó que “no obstante que los fundamentos giraron [...] en torno al interés superior del niño y la necesidad de que los hijos se vinculen con su madre, ésta abandonó el hogar y cometió el último delito que, finalmente, motivó la imposición de la condena que ahora se ejecuta”. Aclaró que ello “no constituye, en sí mismo, un obstáculo que inhabilite A. L. a ser incorporada al mencionado régimen alternativo, pero indudablemente constituye un parámetro para entender cuál es la relación de utilidad que la nombrada mantiene con sus hijos”.

Concluyó señalando que, si bien recientemente se ha implementado un sistema de monitoreo electrónico, ello “no suple en nada la verificación de las condiciones necesarias para la inclusión de la interna en el régimen de detención domiciliaria”.

III.- Contra esa decisión la defensa interpuso recurso de casación (fs. 556/565), que fue concedido (fs. 579) y mantenido en esta instancia (fs. 584).

La defensa de M. G. A. L. alegó que se ha incurrido en errónea aplicación del art. 32, inc. f, de la ley 24.660.

Pretende que están satisfechos los presupuestos establecidos en la ley y que el *a quo* se ha ceñido a constatar la situación de dos de las hijas de la condenada y que ha omitido tomar en cuenta la afectación de derechos que sufre la niña S. B., nacida durante la detención, “que se encuentra privada de su libertad” junto con su madre en el establecimiento penitenciario. Argumenta que por la omisión se ha ignorado la preeminencia del interés superior de la niña, que no se satisface “por el mero contacto con su progenitora, sino a hacerlo en un contexto que favorezca integralmente su pleno desarrollo personal, que no es la cárcel en la cual [su] asistida se aloja”.

Abordó también la objeción de que la condenada había abandonado el domicilio donde cumplía el anterior arresto domiciliario, y sostuvo que ese antecedente debió tomarse para extremar medidas de control y asistencia para evitar que se reitere la situación, a cuyo efecto debía considerarse el programa de monitoreo electrónico llevado adelante por el Ministerio de Justicia de la Nación, programa que no existía cuando se le había concedido por primera vez la prisión domiciliaria.

Finalmente se quejó de una interpretación de la disposición legal que califica de “arbitraria y restringida”, en cuanto “se convalidaron requisitos no previstos para la procedencia del arresto domiciliario”. Arguye que según esa interpretación no podrían acceder a la prisión domiciliaria: a) las madres cuyos hijos se encuentran escolarizados y residen con algún familiar que le brinda asistencia a sus necesidades básicas, aunque no convivan con ellas; b) las madres cuyos hijos conviven con ellas en un establecimiento penitenciario, cuando tienen aseguradas las prestaciones básicas; c) las madres que hubiesen incurrido en un incumplimiento de una prisión domiciliaria otorgada con anterioridad.

IV. La Sala de Turno de esta Cámara dio a este recurso el del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (cfr. fs. 588).

En el plazo de oficina previsto en los arts. 465, párr. 4, y 466 del cuerpo legal citado, la Defensora Pública Coadyuvante de la Unidad Especializada en Derecho de Ejecución de la Pena, Dra. María Lourdes

Marcovecchio, sostuvo los agravios expuestos en el recurso de casación, con cita de jurisprudencia de esta Cámara (cfr. 594/597).

Se ha presentado por escrito en este procedimiento Ramiro Gual, apoderado de la Procuración Penitenciaria de la Nación, pidiendo ser tenido como amigo del tribunal (fs. 602/607). En su presentación señaló los esfuerzos realizados por la condenada desde su último reingreso al establecimiento penitenciario, al trabajo que realiza en donde se encuentra alojada, a los avances educativos y el impacto que la prisión de la madre produce sobre el entorno familiar, tanto en lo que concierne al contacto de la madre con las niñas que están al cuidado de la abuela, como al contacto de éstas con su hermana que está al cuidado de la madre en el establecimiento penitenciario. A continuación se refiere al principio de intrascendencia de la pena que se infiere del art. 119 CN, a las finalidades de los arts. 10 CP y 32 de la ley 24.660, a la regla 1.5 de las “Reglas de Tokio” (ONU, Res. AG 45/110 Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad) a la regla 57 de las “reglas de Bangkok” (ONU, Res. AG 65/229, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes), al art. 3 CDN sobre el interés superior del niño, a una observación final del Comité de Derechos del Niño sobre el informe periódico de Tailandia, a las conclusiones del Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (La Habana, 1990), y a cierta jurisprudencia de los tribunales argentinos que cita. Concluye sosteniendo “la imperiosa necesidad de llevar a cabo un análisis más profundo de todo lo referente a las relaciones familiares y a la forma que estos vínculos se sostienen en el caso particular de las mujeres detenidas en cárceles federales” y que “La concesión del instituto de la prisión domiciliaria y/o la permanencia de la niña/o en la Unidad N° 31 como medida subsidiaria es una vía posible para afrontar esta situación en la que la mujer detenida y su familia se encuentran en un estado tal de vulnerabilidad que amerita que el estado utilice alternativas al encierro en pos del respeto a la dignidad humana”.

También se ha presentado por escrito en el procedimiento Gustavo Oreste Gallo, Defensor Público Coadyuvante de la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años, alegando actuar en el interés de las niñas M. E. A., M. J. A. y S. B. A. (cfr. fs. 608/612). Ha comenzado por señalar que la decisión que se tome en el caso debe resolverse atendiendo al interés superior de las hijas de la condenada. Argumenta sobre la inaplicabilidad al caso del límite etario del art. 32, inc. f, de la ley 24.660, y se extiende sobre el espíritu que afirma ha de asignarse a la reforma introducida por ley 26.472. En términos generales postula que se debe priorizar el derecho de que las niñas no se vean separadas de sus padres biológicos en contra de la voluntad de estos últimos, que sean cuidadas por ellos, y que “se debe asegurar el mantenimiento de las relaciones familiares y, más importante aún, se debe velar porque el menor se desarrolle, ya desde sus primeros meses de vida, en un ámbito físico adecuado que no ponga en riesgo su vida, su salud, su integridad emocional y su desarrollo evolutivo”. Invoca el principio hermenéutico pro homine y el art. 3.1 CDN, y cita decisiones de la jurisprudencia de tribunales locales. Postula que debe concederse el arresto domiciliario de la peticionaria “con la única y suprema finalidad de garantizar el ‘interés superior’ de las pequeñas” (SIC), después de reiteradas referencias al art. 3 CDN y al derecho de los niños al pleno desarrollo de su personalidad y a crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad amor y comprensión (SIC).

Argumenta que la niña S. B. “se encuentra privada de su libertad en un penal”, que las cárceles no se encuentran en condiciones adecuadas de albergar a niños y en definitiva pide que se haga lugar al pedido de prisión domiciliaria.

V. A la audiencia llevada a cabo a tenor de los arts. 468, CPPN sólo se presentó por la condenada la Defensa Pública (fs. 614), ocasión en la que sostuvo los agravios introducidos, y alegó que el art. 32 de la ley 24.660 parte de la evidencia de los efectos perjudiciales que acarrea a los niños el encarcelamiento de las madre. Se quejó de que el *a quo* no ha emprendido un examen particularizado de la situación de éstos. Disputó también que no habría constancias que acreditasen que M. G. A. L. se

hubiese ausentado del hogar mientras estaba bajo arresto domiciliario anterior.

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

El juez **Luis M. García** dijo:

1. M. G. A. L., madre de M. E. A. de nueve años de edad, M. J. A. de cuatro años de edad y S. B. A. de dos años de edad (confr. copia de partidas de fs. 417, 418 y 416 respectivamente), se encuentra detenida en la Unidad 31 del Centro Penitenciario Federal de Ezeiza cumpliendo la pena única de seis años de prisión que le fue impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 13, en la causa n° 55.611/2014. La menor de sus hijas, S. B. A., reside junto a ella en el establecimiento penitenciario. No se encuentra discutido que -al menos en lo que concierne a las niñas M. J. y S. B.- el caso encuadra en la literalidad del inciso f del artículo 32 de la Ley 24.660. Aunque la niña M. E. no cae por su edad en ese inciso, la razón de la denegación de la prisión domiciliaria no se ha apoyado en la edad de esa niña.

2. La decisión denegatoria de la prisión domiciliaria es susceptible de ser impugnada en casación, según el art. 491 CPPN. Los motivos de agravio de la defensa pública han sido suficientemente sintetizados en el punto III precedente, y el escrito de interposición satisface, al menos en lo que se dirá, de modo suficiente las exigencias de fundamentación del art. 463 CPPN.

En efecto, entiendo que al menos en lo que se presenta como arbitrariedad por omisión de tratamiento de una cuestión que podría ser conducente a la decisión del caso, la defensa ha sustanciado suficientemente su agravio.

3. Al denegar la petición el juez de Ejecución ha seguido la siguiente argumentación: 1) La ausencia maternal no surge como consecuencia directa de la detención de M. G. A. L., en tanto se encuentra acreditado que sus hijas M. E. y M. J. han residido siempre con su abuela paterna y la imputada vivía esporádicamente con ellos; 2) no se encuentra en juego el bienestar de las niñas, ni el interés superior

de éstas se ve conculcado por la detención de la madre, dado que las dos niñas mayores se encuentran escolarizadas y los ingresos familiares satisfacen sus necesidades, mientras que la hija menor reside en el establecimiento penitenciario con su madre y encuentra garantizada su salud y atención general por las autoridades del servicio penitenciario; 3) M. G. A. L. abandonó el hogar y cometió el último delito que motivó la imposición de la condena que ahora se ejecuta, “parámetro que -si bien no la inhabilita a ser incorporada al régimen del arresto domiciliario- permite vislumbrar la relación de utilidad que mantiene con sus hijas”.

4. Observo que la recurrente no ha presentado una crítica suficiente del primero de los argumentos en los que se apoya la denegación para demostrar que ésta sería arbitraria, y que en la audiencia celebrada la defensa pública se ha ceñido a afirmar que la defensa “no ha podido dar con constancias que acrediten la ausencia del hogar”. Si no hubiese otros agravios, este defecto conduciría a la inadmisibilidad del recurso, teniendo en cuenta que, si se alega que la prisión domiciliaria se ha de otorgar no en interés egoísta de la madre, sino en el interés de las niñas separadas de su madre por la decisión estatal de encarcelarla, es necesario demostrar la preexistencia del contacto y convivencia entre madre e hijas, o las razones por las que podría esperarse que la prisión domiciliaria constituiría una vía que probablemente sirviese para fundar un contacto y una relación materno filial hasta entonces inexistente, que es algo más que la mera cohabitación bajo un mismo techo.

5. Sobre este punto debo detenerme con cierto esfuerzo en constatar la paradoja, lamentablemente frecuente, de que aparece políticamente correcto abogar por los derechos de los niños, y de que se formulan reiteradas advocaciones a las autoridades estatales para que tomen una consideración primordial del interés superior del niño en todas las decisiones que les conciernan a éstos (art. 3 CDN), pero que, cuando llega el momento de discutir sobre la mejor decisión al mejor interés de los niños, quienes abogan y hacen advocaciones fallan en mostrar en cada caso concreto, que es lo más adecuado al mejor interés del niño en el caso concreto.

Al respecto evoco mi voto en la causa n° 65.441/2014, “G. L., C. V.”, Sala I, rta. 8/03/2016, reg. n° 164/2016, que guarda analogía con la presente, en el que expliqué el alcance que debe asignarse al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño en conexión con el inciso f del artículo 32 de la Ley 24.660. En esa oportunidad dejé asentado que “El art. 3.1 CDN declara: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Esta disposición que indica “atender” al “interés superior del niño” aplica también en un caso como el presente, pues como ha declarado el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14, “En la vía penal, el principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley [...]” (confr. OG N° 14, párr. 28, doc CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013).

Así el interés superior del niño debe ser una consideración primordial cuando se decide la separación de los niños de uno de sus padres, por causa de encarcelamiento, o el alojamiento de un niño con su madre o padre encarcelados.

El interés superior del niño no constituye ni se confunde con un derecho sustantivo del niño. A este respecto se señala que “el artículo 3 (1) no crea derechos o deberes, es sólo un principio de interpretación que tiene que ser considerado en todas las acciones concernientes a niños. Por ende, tiene la ventaja, a diferencia del artículo 2 (1), de operar como principio a ser considerado en relación con cada uno de los derechos de la Convención y más importante, de modo residual, respecto de toda acción concerniente a niños” (confr. VAN BUEREN, Geraldine, *The international Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya-Boston-Londres, 1998, p. 46 traducción no autorizada). En la misma dirección se afirma que: “el artículo 3[1] es de

gran importancia puesto que es una provisión «paraguas» que prescribe el abordaje que debe seguirse «en todas las acciones concernientes a niños». Por esta razón es que a menudo será invocado en conexión con otros artículos de la Convención a fin de dar base, justificar o clarificar un abordaje particular a las cuestiones que surgen de la Convención [...]” y se agrega que entre los roles que cumple “puede actuar como principio mediador que puede ser de ayuda al resolver conflictos entre diferentes derechos cuando ellos surgen dentro del marco general de la CDN” (confr. DETRICK, Sharon, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya-Boston-Londres, 1998, p. 92 traducción no autorizada).

Se entiende entonces que este principio constituye una directiva de interpretación en todas las decisiones concernientes a niños, sea que éstas tengan simplemente por objeto fijar el alcance de un derecho o garantía reconocidos a cualquier niño por la CDN, sea que se trate de resolver un conflicto de derechos e intereses que involucran a niños. El caso traído a decisión de esta Cámara se enmarca en este segundo supuesto. A este respecto es pertinente evocar la jurisprudencia doméstica que tempranamente ha declarado que “el principio carece de contenido material, que nada se definiría con apelar vaciamente a su amparo, sino que opera como razón de corrección para superar conflictos entre derechos” (cfr. ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa Nro. 6667, “*A., A. T. s/rec. de casación*”, Reg. Nro. 7749, rta. el 29/8/06, voto de la jueza Berraz de Vidal).

Tratándose de un instrumento crítico para decidir un conflicto entre derechos e intereses antagónicos, esta comprensión conduce a dos consecuencias: por un lado, la consideración primordial del interés superior del niño impone identificar de modo suficiente los derechos e intereses involucrados, por otro, la consideración no se reduce a una exposición hermenéutica o dogmática de disposiciones normativas o de principios y reglas, sino que impone una consideración tópica, caso por caso, y con especial atención a las circunstancias presentes en ese caso y a la situación concreta de cada niño cuando se trata de su interés, y no el de los niños en general, cual un colectivo.

Al respecto ha declarado el Comité de los Derechos del Niño: “El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos.” (confr. OG N° 14, párr. 32).”

En el presente caso todos hablan del “interés superior” de las niñas hijas de la condenada, pero ninguno le da suficiente consistencia y concreción a este interés más allá de afirmaciones genéricas sobre el derecho de los niños (no de estas niñas) a vivir y ser criados por sus padres, o de los derechos de los niños (no de estas niñas) a no ser separadas arbitrariamente de su madre. Lo que se dice desde ese abordaje general serviría para éste, o para cualquier otro caso, y vaciaría de sentido el verdadero criterio operativo del art. 3 CDN.

6. Porque ha de tomarse en serio no sólo el estudio dogmático de la Convención sobre los Derechos del Niño, o de otros instrumentos internacionales y leyes domésticas aplicables, es indispensable un representante adecuado de los intereses de los niños que en cada caso concreto aparecen involucrados en la decisión estatal de que se trata.

En una incidencia de ejecución de la pena en la que se discute si es necesario para proveer al mejor interés de los niños involucrados

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 55611/2014/TO1/3/CNCI

conceder a su madre la prisión domiciliaria, es indispensable que el Estado provea un representante de los intereses de los niños, y asegure su intervención en la incidencia. Sobre este asunto me he expedido con anterioridad como juez subrogante de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal (confr. mi voto en las causas n° 8458 “C., E. R.” rta. 10/06/2008, reg. n° 11.930 y n° 9764 “M., B. I.”, rta. 17/11/2008, reg. n° 11.027.4).

En el presente caso no se ha asegurado una representación adecuada del interés de las niñas M. E., M. J. y S. B. por dos razones.

Primero, presentado el pedido inicial de prisión domiciliaria, todas las vistas y traslados de substanciación del pedido se han realizado al Ministerio Público Fiscal y a la Defensa Pública de la imputada, y todas las medidas tomadas por el juez se han dispuesto o bien de oficio, o bien a pedido de aquéllos. En ninguna etapa de la incidencia se ha asegurado la intervención de un Defensor Público de Menores o de otro representante adecuado para que pueda exponer qué es lo más adecuado a la protección del interés de esas tres niñas, ni tampoco en su defecto de algún órgano estatal encargado de la protección del interés de las niñas.

Aquí la primera paradoja, en una discusión teñida por alegaciones sobre el interés superior de las niñas, nadie se presentó en representación del interés de éstas.

Segundo, concedido el recurso de casación, se ha presentado por primera vez un funcionario de la Defensoría General de la Nación, a cargo de la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de dieciséis años (fs. 608/612).

He aquí la segunda paradoja, ese funcionario que en su escrito se extiende sobre disposiciones normativas o de otro carácter, y sobre su pertinencia para decidir el caso, se refiere en términos abstractos al interés superior del niño, y de manera variable a las hijas de la condenada, o a “la tutela adecuada de los derechos de *los niños*”, o a una consideración “desde el prisma de *las niñas*” o a la necesidad de “velar por los derechos de *mi representado*” o a que la “única manera de amparar el vínculo materno-filial y respetar los Derechos del *niño* es mediante la concesión del arresto domiciliario”. Aboga porque “No debe concebirse

el presente [escrito] en términos de ‘beneficio’ para la Sra. A. L., sino a los fines de que la madre de la niña pueda cumplir con sus obligaciones respecto a la crianza y desarrollo *de éste último* conforme el art. 18.1 de la Convención de los Derechos del Niño, como así también respecto de *sus otros dos pequeños hijos*” (SIC) y postula que la concesión de la prisión domiciliaria “permitiría que [la condenada] se haga cargo *de sus hijos*”.

La utilización de esos sustantivos para referirse a las niñas M. E., M. J. y S. B. podría sugerir simplemente una redacción descuidada, pero podría sugerir también que en el argumento discursivo del escrito de fs. 608/612 no es relevante quiénes son las niñas M. E., M. J. y S. B., ni en qué situación se encuentran, ni qué decisión se presenta como mejor para sus intereses en consideración de ellas y de su situación concreta. Un examen exhaustivo de ese escrito, que abunda en valoraciones generales y postulaciones normativas parece sugerir lo segundo, porque ninguna argumentación específica trae en el caso.

He aquí la segunda paradoja, se invoca el “interés superior del niño” como talismán jurídico, y nada se dice sobre el interés concreto de las niñas en su situación concreta. Si en cada caso ha de atenderse al mejor interés de cada niño o niña, entonces es necesaria una consideración de cada caso concreto. De tal argumentación está desprovista la presentación del funcionario que ha presentado el escrito de fs. 608/612.

7. El art. 12.1 CDN establece que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño” Y su inciso 2 declara: “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”.

Nada hay en esta incidencia que evidencie que, antes de decidir sobre la petición de prisión domiciliaria se hubiese asegurado –al menos

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 55611/2014/TO1/3/CNCI

a la niña de mayor edad- la posibilidad de ser oída sobre su opinión, sea directamente, o sea mediante una entrevista por personas especializadas en tratar con niños. Nada sugiere tampoco que el funcionario del órgano que se ha presentado por primera vez en la instancia casatoria, hubiese recabado por sí, o por personal especializado, la opinión de la o de las niñas que eventualmente estuviesen en condiciones de expresarse sobre su interés.

8. Sentado lo anterior, evoco que se encuentra fuera de discusión que en el caso de las niñas M. J. y S. B. el caso encuadra sin esfuerzo dentro de las previsiones del artículo 32, inciso f, de la Ley 24.660. En efecto, y en respuesta al planteo introducido al respecto por el defensor Oreste Gallo, el límite de edad establecido en esa disposición no debería ser interpretado a manera de *numerus clausus*, si se demostrase que, en el caso concreto, otras disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos obligatorias para la República Argentina, impusiesen examinar la situación e intereses de niños de cinco o más años de edad cuyos padres estén encarcelados, y asegurar la protección de esos intereses con preeminencia a los intereses estatales de ejecución de las penas, o en su caso de asegurar la persecución penal o el juicio por causa de una imputación penal. De modo que no cabe descartar *a priori* que, bajo ciertas condiciones, aquellas disposiciones impusiesen una interpretación extensiva de la ley doméstica para dar lugar a la prisión domiciliaria de uno o ambos padres encarcelados, para satisfacer el mejor interés de sus hijos de cinco o más años de edad.

Sin embargo, no es automática la aplicación del inciso f del artículo 32 de la Ley 24.660 con la sola constatación de sus presupuestos objetivos, dado que en el primer párrafo no se utiliza el modo imperativo sino que se declara que el juez “podrá” disponer la prisión domiciliaria en los supuestos allí enunciados.

Como he señalado antes de ahora (confr. mi voto en la causa n° 61307/2015, “F., M. E.”, Sala I, rta. 16/02/2016, reg. n° 78/2016), 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. Al tratarse de la ejecución de la pena de la condenada, 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.

Destaqué también entonces que la ley no requiere que se demuestren en concreto el alcance y consecuencias que la detención de la madre tiene sobre los niños menores de cinco años, porque la ley parte de la evidencia 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. Sin embargo, 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 como en este caso, la ejecución de una pena privativa de libertad bajo unas determinadas modalidades. Se trata, pues, de un problema típico de proporcionalidad que exige un examen casuístico.

9. He señalado más arriba (punto 5), que la recurrente falla en criticar el argumento de la decisión recurrida en punto a que la separación de las niñas M. E. y M. J. no es consecuencia de la detención de su madre, pues ellas habrían residido siempre bajo el cuidado de su abuela paterna, y la madre habría convivido con ellas sólo esporádicamente.

Desde puntos de vistas de proporcionalidad una consideración concreta del interés de esas dos niñas presupone demostrar la arbitrariedad de esa afirmación fáctica.

Empero, acierta la recurrente en su queja en punto a que la omisión de considerar expresamente la situación de la niña S. B. ha constituido arbitrariedad.

Es correcto el punto de partida del *a quo* en cuanto a que no es automática la aplicación del art. 32, inc. f, de la ley 24.660, por 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.

Entiendo pertinente reproducir aquí ciertas consideraciones que he hecho antes de ahora (confr. mi voto en “*F., M. E.*”, ya citado).

En el marco del art. 32, inc. f, de la ley 24.660, no es presupuesto de la morigeración que se demuestre cuál es el alcance o impacto que la detención de la madre tiene sobre su hija. La ley no requiere que se demuestre ese “impacto”, porque ella parte de la asunción 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 un caso como el presente, la frustración de la ejecución de la pena bajo unas determinadas modalidades. Nuevamente, se trata pues de un problema típico de proporcionalidad.

Es esclarecedora 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 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 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. Pues 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), que por lo demás concreta de modo regulativo la previsión del art. 33, último párrafo, de la ley 24.660 (texto según ley 26.813).

En el presente el conflicto ha quedado planteado entre el interés legítimo del Estado en ejecutar la pena impuesta a M. G. A. L., y el derecho de la niña S. B. a ser criada por su madre, y a no ser privada del contacto con sus hermanas.

En síntesis, en la sentencia recurrida no se explica por qué el arresto domiciliario sería impracticable sin riesgo de frustración de la pena, o de sus fines, y ese defecto cae bajo la sanción de nulidad del art. 123 CPPN.

10. Por estas consideraciones voto por que se haga lugar al recurso de casación, se anule la sentencia de fs. 552/554, y se reenvíe a su origen para que se dicte nuevo pronunciamiento. Sin costas atento al resultado que se propone. Rigen los arts. 123, 471, 530 y 531 CPPN, y art. 32, inc. f, de la ley 24.660.

La jueza **María Laura Garrigós de Rébora** dijo:

Al momento de emitir mi voto adhiero a la solución propuesta por el colega que lidera el acuerdo.

Es que la resolución en crisis se inscribe en una lógica opuesta a la inteligencia que se ha hecho reiteradamente sobre el instituto de arresto domiciliario que se puede disponer respecto de las madres de hijos menores de 5 años según lo establece el art. 32 de la Ley 24.660.

Más claramente según hemos resuelto recientemente en la causa “P., S. B. s/ inc. de excarcelación”¹, no es posible discutir que el interés superior del niño se satisface primordialmente facilitando su posibilidad de crecimiento junto a su madre, o según he entendido en otra oportunidad junto a su padre si fuera necesario. Por ello el que los menores estén en buena situación de cuidado y atención a cargo de sus abuelos paternos no demuele la presunción legal que, a mi modo de ver

¹ CNCCC, Sala 1, “P. S. B. s/ inc. de excarcelación”, cn° CCC 21211/2016/15/CNC2, rta.:8/3/17, Reg. n° 144/2017.

debe extraerse de la disposición legislativa que la defensa pretende que se aplique, y que entiendo informada en el concepto de “interés superior del niño” que consagra el art. 3 de la convención de los derechos del niño.

Pero en el caso de autos, además corresponde hacer una distinción entre la situación de los menores que están al cuidado de los abuelos y la menor que en la actualidad está alojada junto a su madre en una unidad penitenciaria. A este respecto me llama la atención la argumentación de la resolución en crisis que considera preferible el alojamiento de la madre y la menor en un lugar de detención, dado que la niña tiene, a cargo del servicio penitenciario garantizada su salud, educación y atención general. Huelga decir que estos derechos que enumera el a quo, son obligaciones estatales respecto de todos los menores, no sólo respecto de los que se encuentran alojados en unidades de detención, por lo que no se puede sobre estas bases denegar un arresto domiciliario.

Por último, atendiendo al argumento que introdujo la representante del ministerio público fiscal, en cuanto a que la solicitante ya fue beneficiada por esta modalidad con anterioridad y violó sus obligaciones, a mi modo de ver se debe atender a la propuesta que hace la representante de la defensa, en el sentido de que hoy se cuenta con medios electrónicos de control útiles para aventar ese riesgo. Respecto de la utilización de estos dispositivos tuve oportunidad de expedirme en la causa “A., H. R. s/ inc. de excarcelación”² y a ello me remito.

El juez **Horacio L. Días** dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto del juez García.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala 1 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 de M. G. A. L. (a) C. F. a fs. 556/565, **ANULAR** la sentencia

² CNCCC, Sala II, “A. H. R. s/ inc. de excarcelación”, CCC 61537/2014/TO1/4/CNC1, rta.: 25/9/15, Reg. n° 489/2015

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 55611/2014/TO1/3/CNCI

de fs. 552/554, en todo cuanto ha sido materia de recurso, y **REENVIAR** las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento, según los lineamientos aquí expuestos, **SIN COSTAS** atento al resultado (arts. 123, 471, 530 y 531, CPPN y art. 32 inc. f ley 24.660).

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

LUIS M. GARCÍA

MARÍA LAURA GARRIGÓS
DE RÉBORI

HORACIO L. DÍAS

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LOPEZ
SECRETARIO DE CÁMARA