



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS [REDACTED] SOBRE 5 C - COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCIÓN /TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"

Número: [REDACTED]

CUIJ: [REDACTED]

Actuación Nro: [REDACTED]

**Causa n° [REDACTED] s/ inf. art. 5 "c" de la Ley 23.737"-
Sala III**

///n la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se reúne la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, integrada por los Dres. Sergio Delgado, Marcelo P. Vázquez y Elizabeth A. Marum, Secretaria única, a efectos de resolver en la presente causa.

VISTOS:

I. Arriban los presentes actuados a conocimiento de este tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa de [REDACTED], contra la resolución del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 28 que no hizo lugar a su pedido de arresto domiciliario.

II. Para así resolver, la magistrada a cargo del mencionado juzgado recordó que [REDACTED] fue condenada el 15 de octubre de 2020 como coautora penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización –art. 5 inciso c de la Ley 23.737- a la pena de cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento y ochenta unidades fijas de multa de efectivo cumplimiento, con costas. Asimismo, recalcó que del cómputo de ley practicado a su respecto se desprende que se encuentra detenida de manera ininterrumpida desde el 14 de octubre de 2020, razón por la cual la pena impuesta vencerá el 13 de octubre de 2024. Finalmente, remarcó que el pasado 5 de abril de 2021 rechazó el pedido de arresto domiciliario de [REDACTED], lo que fue confirmado el 30 de junio de 2021 por esta Sala III.

En este sentido, sostuvo que la nueva presentación no conmovía los argumentos esgrimidos en el anterior rechazo al arresto domiciliario, dado que no advirtió una modificación sustancial en las condiciones allí plasmadas que ameriten la concesión de la detención domiciliaria de [REDACTED]

Reiteró que el instituto petitionado por la defensa responde a circunstancias de índole humanitaria, entre las que se encuentran aquéllas en las que los niños puedan hallarse en una situación de desamparo o desprotección tal que amerite su concesión. Frente a ello, consideró que el art. 32 de la ley 24.660 no es de aplicación automática sino que establece la facultad del juez de otorgar el arresto, por lo que debe hacerse un análisis de las peculiaridades que rodean el pedido para evaluar su viabilidad. En virtud de ello, concluyó que no era suficiente que se haya acreditado que la peticionante es madre de tres niños de cinco, nueve y trece años de edad, al momento de resolver (art. 10 inc. f del Código Penal y 32 inc. f de la Ley 24.660), pues no se encuentran satisfechos los elementos objetivos requeridos por la norma, dado que los niños son mayores al límite legal previsto por la norma para la concesión del instituto.

Aunado a ello, sostuvo que debía analizarse si la pena impuesta vulneraba el principio de Intrascendencia de la Pena y el Interés Superior del Niño, los que permiten hacer una excepción al límite de edad previsto legalmente. Si bien reconoció que el encarcelamiento de [REDACTED] incide en la dinámica familiar, consideró que ello no implicaba *per se* la vulneración de los principios mencionados. Es que, según entendió la jueza de primera instancia, las necesidades materiales, emocionales, habitacionales, de salud y económicas básicas de los niños se encontraban cubiertas. Para arribar a tal conclusión tuvo en cuenta los informes de seguimiento del Ministerio Público Tutelar, del Complejo Penitenciario Federal N° IV del SPF y el informe aportado por la Defensoría General de la CABA.

La jueza de anterior instancia analizó las críticas alzadas por la defensa y la asesoría tutelar relativas a los grandes cambios anímicos y rebeldía que estarían padeciendo los niños por la ausencia de su madre (frente a los que su abuela y referente [REDACTED] manifestó que no sabe cómo calmar a su nietos cuando lloran porque extrañan a su mamá), así como a la situación del niño O.G.M. quien repitió el año escolar. Sin embargo, la jueza sostuvo que estas cuestiones han sido resueltas sin



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS [REDACTED] SOBRE 5 C - COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCIÓN /TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"

Número: [REDACTED]

CUIJ: [REDACTED]

Actuación Nro: [REDACTED]

mayores dificultades, atento a que la [REDACTED] informó que a partir de marzo dejaría de trabajar como empleada de casas particulares para poder dedicarse íntegramente al cuidado de sus nietos, así como que recibirá ayuda de su nieta [REDACTED] para acompañar y retirar de la escuela a la menor de las hijas de la [REDACTED]

En el mismo sentido, consideró que la falta de comunicación con su madre, que los niños habrían plasmado en el informe del 17 de diciembre de 2021, ha sido debidamente subsanada por lo ordenado el 21 de febrero de 2021 por la judicatura respecto al restablecimiento de las comunicaciones.

Finalmente, destacó que el domicilio en el que se pretende cumplir el arresto es aquel en donde se verificó el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización por el que [REDACTED] fue condenada, y que aún al día de hoy se encuentra vinculado con la investigación de otras personas relacionadas con aquel delito. Por lo tanto, rechazó el pedido realizado por la defensa.

III. Este decisorio fue recurrido tanto por la [REDACTED] en forma *pauperis*, como por la asistencia técnica de la misma. La defensa fundamentó su recurso en que la resolución que rechaza el pedido de arresto domiciliario de [REDACTED] no resulta ajustada a derecho.

Estableció que con relación a las causales del art. 10 inc. f del CP y del art. 32 inc. f de la ley 24.660, estas se fundan en los principios de trascendencia mínima de la pena (art. 5.3 CADH) y del interés superior del niño (art. 3 CDN y art. 19 CADH). Según la defensora, el legislador argentino claramente tuvo en cuenta que el contacto de la madre con su hijo o hija durante los primeros años de la vida resulta esencial para el desarrollo de las infancias y, por lo tanto, constituye un derecho fundamental de estas.

De este modo, consideró que resultaba suficiente con acreditar que la interna era madre de un niño o una niña menor de edad, para que el arresto domiciliario le fuera concedido. Por ello, concluyó que la ley no exige que se acredite una situación de riesgo, peligro o desamparo de los niños o niñas y la jueza, al exigir estos extremos, realizó una interpretación errónea y lesiva del principio de legalidad. En la misma línea, explicó que la edad de los hijos de [REDACTED] no pudo resultar óbice para rechazar la petición efectuada, atento a que su interés superior debe ser garantizado.

Criticó que la resolución impugnada considerara que el interés superior de los hijos e hija de [REDACTED] se encontraba debidamente resguardado con los cuidados que las brinda su abuela. Para ello, se basó en los informes elevados por el SPF y los confeccionados por la asesoría tutelar y la propia defensa. Refirió que al mayor de los niños -T.E.M., de trece años de edad- le costaba ir a clases y presentaba comportamientos rebeldes, motivo por el cual las autoridades escolares debieron mantener múltiples entrevistas con su abuela [REDACTED] así como adoptar estrategias –entre las que se encontraba ir a buscarlo a su casa- para que pudiera asistir al colegio. De igual modo, detalló que si bien pudo pasar de año, adeudaba materias. Respecto a O.G.M. –niño de nueve años de edad-, las autoridades de la escuela a la que asiste informaron que su asistencia había sido irregular, lo que sin dudas pudo haber impactado negativamente en su rendimiento y estado anímico. A ello se suma la imposibilidad de la [REDACTED] para organizarse con los horarios de entrada y salida de la institución. Ponderó que en el marco de la audiencia realizada, la [REDACTED] informó que su hijo repitió de año. Finalmente, respecto a la niña N.M.M. –de cinco años-, también se destacó un alto índice de inasistencias que responderían a la incapacidad de organización por parte de su referente adulta.

En la misma línea, hizo hincapié en el poco contacto que los niños tienen con su madre, que desde febrero del corriente se habría retomado sola y esporádicamente de forma virtual, lo que impide una correcta configuración del vínculo materno-filial.

Por otro lado, argumentó que la resolución apelada deja de lado que la actual cuidadora de los niños y la niña padece de EPOC y que ha debido asumir el cuidado inmediato de un gran número de personas (por la detención de [REDACTED] y de su hermana), sumado a que ya se encontraba a cargo de la crianza de uno de sus nietos con



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " [REDACTED] SOBRE 5 C - COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCIÓN /TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"

Número: [REDACTED]

CUIJ: [REDACTED]

Actuación Nro: [REDACTED]

Síndrome de Down. En este contexto, sostuvo que el arresto domiciliario de [REDACTED] permitiría dividir las tareas de cuidado del hogar y de aquel grupo de niños, niñas y adolescentes, aliviando la sobrecarga de tareas que pesa sobre su madre. Argumentó la defensa que al no contemplar estos extremos, se pasó por alto la sobrecarga de funciones sobre la [REDACTED] quien sufre de padecimientos crónicos de salud y respecto de quien la pena también ha trascendido considerablemente. Asimismo, replicó que esto no se vería paliado por la renuncia de [REDACTED] a sus tareas rentadas para dedicarse a sus nietos, dado que ello implicaría la reducción de los ingresos familiares y afectaría el bienestar socio-económico de los niños.

Finalmente, manifestó que tampoco resulta un obstáculo que el domicilio en que se pretende el arresto sea el mismo en donde se llevaron a cabo las conductas delictivas, atento a que no hay elementos para presumir riesgo de reiteración delictiva y que [REDACTED] se encontraría confinada a permanecer en el interior del mismo y sería monitoreada de manera constante; de igual modo, tampoco se ha acreditado de qué modo la presencia de [REDACTED] en el inmueble podría perjudicar la investigación en curso respecto de otras personas por el mismo delito. Por ello, pidió que se revoque la decisión apelada y se conceda el arresto domiciliario a su defendida.

IV. La fiscalía ante esta cámara contestó la vista pertinente, postulando que el recurso debería ser declarado inadmisibles por falta de agravio, en tanto consideró que resultaba una reedición del anterior pedido de prisión domiciliaria, que fue rechazado en primera instancia y confirmado en la alzada y cuyo recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisibles en esta instancia y la queja se encuentra pendiente ante el TSJ.

V. A su turno, la defensoría ante esta cámara mantuvo el recurso de su par de primera instancia y se remitió a sus fundamentos. Agregó que la impugnación resultaba admisible en tanto no configuraba una mera reedición de agravios, sino que se basaba en los significativos cambios que se han producido en los últimos meses en el grupo familiar de la [REDACTED], así como la agudización de la problemática ya analizada.

Respecto al fondo del asunto, mantuvo los argumentos vertidos por su colega de primera instancia. Sin embargo, hizo hincapié en que la pérdida del trabajo por parte de la [REDACTED] no puede entenderse como un acontecimiento menor y menos aún en el contexto de precariedad económica que atraviesa la familia (que surge del informe aportado por el MPD), lo que acarrea un impacto significativo en la capacidad para satisfacer las necesidades materiales de los niños. De igual modo, también puntualizó en que la [REDACTED] ha manifestado en diversas entrevistas con personal de la asesoría tutelar el malestar que ha advertido en sus nietos por la ausencia de su madre. Así, concluyó que la resolución en crisis no ponderó debidamente los intereses y derechos en juego de los hijos de [REDACTED], así como tampoco tuvo en cuenta su interés superior.

Agregó que la resolución adolecía de una correcta perspectiva de género, atento a que el caso por el que se condenó a [REDACTED] versa sobre un delito con connotaciones económicas, cometido por una mujer en situación de vulnerabilidad. Sostuvo que la decisión adoptada por la magistrada de grado no hizo más que profundizar las condiciones de vulnerabilidad y el ciclo de la pobreza. Asimismo, consideró que no se tuvo en cuenta el impacto diferenciado que tiene la prisión en las mujeres y más aún en aquellas madres de niños pequeños.

Finalmente, consideró que hacer cumplir a la [REDACTED] una pena de prisión en un establecimiento penitenciario separado de sus hijos pequeños implica una pena cruel, inhumana y degradante.

Por ello, y al entender que el planteo encuentra sustento legal también en el art. 333 del CPPCABA, solicitó que se revoque la resolución apelada y se conceda el arresto domiciliario a la [REDACTED]

VI. En último lugar se pronunció la asesora tutelar ante esta cámara, en representación de los intereses de los hijos y la hija de la [REDACTED] (T.E.M de 13



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " [REDACTED] SOBRE 5 C - COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCIÓN /TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"

Número: [REDACTED]

CUIJ: [REDACTED]

Actuación Nro: [REDACTED]

años, O.G.M. de 9 años y N.M.M. de 5 años de edad), la que solicitó que se haga lugar al recurso de la defensa y se conceda el arresto domiciliario a la condenada, por compartir los fundamentos vertidos en el recurso y lo expuesto por la defensoría ante esta cámara. En este sentido, entendió que la solicitud efectuada por [REDACTED] encuadra dentro de las previsiones del art. 10 inc. f del CP y del art. 32 inc. f del CP. Recordó que este pedido fue efectuado cuando la hija más pequeña de [REDACTED] tenía cuatro años y fue injustamente rechazado, de todas maneras, sostuvo que la edad de los hijos de la aludida no podía ser óbice para conceder el arresto de su madre en tanto debe garantizarse e interés superior de todas las personas menores de dieciocho años.

Mantuvo el argumento de la defensoría de cámara respecto a la falta de perspectiva de género en la resolución recurrida en tanto no repara en el impacto diferenciado y agravado que sufren las mujeres-madres dentro de los establecimientos penitenciarios. Descartó que la tenencia de estupefacientes pudiera ser considerada un caso violento y, desde una perspectiva de género, también descartó que pudiera tratarse de un caso grave, máxime si se tiene en cuenta que estadísticamente las mujeres suelen ser parte de los eslabones más bajos de las cadenas de comercialización de estupefacientes, en la mayoría de los casos, su autonomía no existe y se ven obligadas por necesidades económicas extremas y la ausencia un Estado que garantice condiciones materiales de subsistencia. Sostuvo que la falta de perspectiva de género y de infancia implica una violación a los principios de legalidad, igualdad ante la ley, no discriminación, *pro homine*, humanidad y a la prohibición de transcendencia de la pena a terceros.

A su vez, destacó la enorme carga de tareas que recae sobre la [REDACTED] quien debe ser el sostén de todo el grupo familiar cuando ella es una persona de más de sesenta años, con EPOC, a quien se le impone el cuidado de un extenso grupo de niños, a lo que se le suma un nieto con Síndrome de Down. Alegó que resultaba erróneo celebrar que esta fuera a abandonar sus tareas rentadas para dedicarse a sus nietos, puesto que no se advierte como ello implicará una reducción en su autonomía económica, dejándola a ella y a su grupo familiar a merced de la ayuda que puedan brindar otros familiares, su jubilación y las ayudas económicas y de alimentación estatales.

Señaló que nos encontramos ante un caso de un hogar monoparental, en donde toda la responsabilidad recae sobre una sola persona y conlleva la vulneración de los derechos de aquel adulto así como de los niños, niñas y adolescentes del grupo.

Postuló la aplicación de las Reglas de Bangkok, en función de las cuales sería imperioso acudir a una medida alternativa al encierro en un establecimiento penitenciario para el caso de [REDACTED]. Con ello, solicitó que se revoque la decisión impugnada y se conceda el arresto domiciliario de la [REDACTED].

VII. Cumplidos los actos procesales respectivos, los autos pasan a estudio del tribunal.

Y CONSIDERANDO:

El juez Sergio Delgado dijo:

A. Primera cuestión:

1) Conforme surge de autos, tanto al momento de contestar la vista conferida por la jueza de grado así como en la audiencia llevada a cabo a fin de tratar el pedido de arresto domiciliario, participó un fiscal auxiliar de la UFEIDE en lugar de su titular, sin que se acreditara delegación alguna o justificación de la falta de participación de este último. Es decir, no se contó con la participación de quien, por mandato constitucional, ejerce la acción penal. Del mismo modo, su presencia es indisponible para los casos en los que deba resolverse sobre la libertad de una persona sujeta al poder punitivo estatal.



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS [REDACTED] SOBRE 5 C - COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCIÓN /TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"

Número: [REDACTED]

CUIJ: [REDACTED]

Actuación Nro: [REDACTED]

El art. 3 de la ley 1903 no autoriza a los auxiliares fiscales a impulsar la acción penal ni dictaminar sobre la libertad de los justiciables. Sólo les permite participar bajo supervisión fiscal de las audiencias que les son indicadas, pero no podrían actuar de manera autónoma en ausencia del fiscal (cfr. art. 37 bis). Es la única interpretación constitucional que puede darse a esta norma sin entrar en colisión con el art. 126 de la Constitución de la Ciudad que establece *“El Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General de Incapaces son designados y removidos en la misma forma y con los mismos requisitos que los miembros del Tribunal Superior de Justicia. Duran en su función siete años, pudiendo ser reelegidos con intervalo de un período completo. Los restantes funcionarios del Ministerio Público que actúen ante otros tribunales son designados de la misma forma que los jueces, gozan de idénticas inmunidades, tienen iguales limitaciones y son removidos por el Jurado de Enjuiciamiento (...)”*.

Ya me he pronunciado al respecto en la causa [REDACTED], resuelta el 29 de julio del corriente año, de los registros de la Sala de Feria, a cuyos fundamentos en extenso me remito.

Cabe destacar que, aunque el auxiliar fiscal fuera designado por resolución de fiscalía general, en mi opinión, ello no implica que constitucionalmente pueda participar de audiencias en las que se impulse la acción penal o en las que se define la libertad de una persona en ausencia del titular de la acción penal pública. Ni la ley ni los reglamentos que son dictados por el Ministerio Público Fiscal, ni las resoluciones específicas que intenten implementarlos pueden volver letra muerta el claro texto de la Constitución de la Ciudad antes citado. Los fiscales deben ser designados como los jueces: por concurso público de antecedentes y oposición convocado por el Consejo de

la Magistratura y con acuerdo de la legislatura. Los funcionarios a los que encomienda tareas el Sr. Fiscal General o los demás fiscales, con independencia de su capacidad y aptitudes personales, no son titulares de la acción penal y no pueden reemplazar a los fiscales en las audiencias en las que está prevista su personal intervención sin subvertir el orden constitucional.

En razón de ello, ante la ausencia del fiscal en un acto en el cual su participación era obligatoria, corresponde declarar la nulidad de la audiencia celebrada el 4 de marzo del corriente año (actuación 400098/2022 del expediente principal) y de todos los actos que sean su consecuencia, tal como lo prescriben los arts. 78.2 y 81 CPPCABA.

Al ser minoritaria mi opinión al respecto, pasaré a tratar los diferentes recaudos de admisibilidad.

2) El recurso de apelación ha sido presentado por parte legitimada, en debido tiempo y forma, contra una resolución cuya impugnación se encuentra reconocida por el régimen procesal aplicable de forma expresa (arts.189, 291 y 321 del CPP), por lo que resulta admisible.

A su vez, no puede perderse de vista que la decisión que rechaza el pedido de arresto domiciliario es equiparable a una sentencia definitiva, en tanto deniega una condición de ejecución de pena menos severa que la cumplida en prisión lo que, por sus trascendentales características –tanto para la condenada como para los niños en virtud de los cuales se prevé la causal de arresto domiciliario-, causa un gravamen que no puede ser útilmente reparado con posterioridad.

De igual modo, el recurso interpuesto por la defensa no resulta ser una mera reedición de los planteos efectuados en el pedido anterior de arresto domiciliario, sino que ha expuesto diferentes circunstancias que se han producido en el último tiempo que demuestran la agudización de la problemática familiar y de los hijos de [REDACTED] –producto de la ausencia de esta en su vida–. De allí que no pueda considerarse que la recurrente carece de agravio.



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS [REDACTED] SOBRE 5 C - COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCIÓN /TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"

Número: [REDACTED]

CUIJ: [REDACTED]

Actuación Nro: [REDACTED]

3) Dado que el recurso obliga a establecer si corresponde conceder la prisión domiciliaria a la condenada, esto no puede ser decidido sin que primero se la escuche personalmente. Por ello, el procedimiento dado a este recurso, cuyo objetivo es lograr una más amplia libertad revocando la decisión que denegó el arresto domiciliario aquí recurrida por la defensa, debió ser el previsto en el segundo párrafo del art. 295 del Código Procesal Penal (ley 6347), es decir, resuelto en audiencia, a la que debió haber sido convocada personalmente o por medios virtuales la condenada.

La garantía de la intermediación, asegura que el juez que debe resolver respecto de la libertad de las personas, tiene que darles oportunidad de alegar personalmente en audiencia ante el tribunal. El derecho de alegar personalmente ante el juez que resolverá sobre la restricción de libertad –en el caso de autos, sobre confirmar la denegación u otorgar la libertad asistida– se ha asumido como un compromiso internacional por el Estado argentino (conf. arts. 9.3 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y ha sido especialmente asegurado por la Constitución de esta ciudad (art. 13, en especial su inciso 3).

Así lo he sostenido en numerosos casos¹, a cuyos fundamentos me remito.

Por todo ello, estimo que no corresponde tratar los agravios expuestos por escrito en este incidente sin convocar la audiencia que impone el ritual para garantizar el principio de inmediatez.

¹Causas n° 31723/2018-2 "Aguilar Aroco, Jehinier Efrain S/ art. 189bis 2° y 4° párraf. Portación de arma de guerra sin autorización" resuelta el 26/12/18; n° 33116/2018-1 "Magarzo, Nicolás S/ inf art. 80 – homicidio agravado por su condición", resuelta el 03/12/18; n° 30477/2018-1 "Cervantes Sánchez, Javier Wilmer S/inf. art. 189 bis (2) – tenencia de arma de guerra", resuelta el 08/11/18; n° 25665/2018-0 "Baltazar, Juan Eduardo s/art. 189bis CP", resuelta el 14/09/18; n° 2546-03/17 "Córdoba, Víctor Hugo s/ 149 bis", resuelta el 24/09/18; n° 13569-01/18 "Terraza, Belén Jimena y otros s/189 bis – CP", resuelta el 5/06/18; n° 11987/2018-1, "Zambrano Apolony, Pedro Luis y otro", resuelta el 24/05/18; todas ellas de los registros de la Sala III.

Aunque he mantenido comunicación por videoconferencia con la [REDACTED] [REDACTED] el pasado 7 de abril, entiendo que la misma no supe la exigencia legal prevista de celebrar audiencia ante el tribunal que debe resolver sobre la modificación de su restricción de libertad.

En dicha comunicación la [REDACTED] expresó que se encuentra alojada en el Modulo 1, Pabellón 8, del CPF N° IV de Ezeiza del SPF, en celdas individuales. Informó que la comida que reciben es buena y tienen posibilidad de calentar o cocinar otras comidas dentro del pabellón. Asimismo, dijo que se encuentra trabajando en jardinería y estudiando el segundo año de secundario, mientras realiza el curso de *bijouterie*.

Siendo minoritaria mi opinión respecto de lo anterior, paso a tratar el recurso en estudio.

B. Segunda cuestión:

Tal como he opinado en el anterior pedido de prisión domiciliaria², considero que asiste razón a la parte recurrente, por lo que corresponde hacer lugar a la impugnación y conceder el arresto domiciliario a la [REDACTED]

De igual modo, también he afirmado³ que el hecho de que los hijos de la persona cuyo arresto domiciliario se pretende sean mayores a cinco años no impide conceder el derecho peticionado. Ello, toda vez que, como desarrollaré, la normativa constitucional y convencional exige realizar una interpretación del instituto de la prisión domiciliaria compatible con el interés superior del niño (art. 3 CDN y art. 19 CADH) y el principio de intrascendencia de la pena (art. 5.3 CADH).

Si bien es exacto que N.M.M., T.E.M. y O.G.M. son mayores de cinco años – límite impuesto por el art. 10 inc. f CP y el art. 32 inc. f de la Ley 24.660-, no puede desconocerse que el art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño, denomina “niño” a todo ser humano menor de dieciocho años y prescribe que su interés superior debe ser

² CAPPJCyF, Sala III, CN° 14787/2020-4 [REDACTED] s/ art. 5 C –comercio de estupefacientes o cualquier materia primera para su producción/tenencia con fines de comercialización”, rta el 30/06/21.

³ CN° 47941/2019-13 “Acosta Avalos, Rodolfo Tomás s/ art. 5 C ley 23737 – Comercio de estupefacientes o cualquier materia prima para su producción/tenencia con fines de comercialización”, resuelta el 29/01/21 de los registros de la Sala de FERIA.



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS [REDACTED] - COMERCIO DE
ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCIÓN /TENENCIA CON FINES DE
COMERCIALIZACIÓN"

Número: [REDACTED]

CUIJ: [REDACTED]

Actuación Nro: [REDACTED]

garantizado y debe orientar las decisiones judiciales – arts. 1 y 3 de la Convención de los Derechos del Niño y en el mismo sentido el art. 19 CADH y el art. 24, PIDCyP, todos pertenecientes al bloque de constitucionalidad según el art. 75, inc. 22 CN-. Por lo tanto, es necesario realizar una interpretación de la normativa local que armonice con los principios y derechos consagrados convencional y constitucionalmente. En otras palabras, dado que la causal de arresto domiciliario prevista en el inciso “f” del el art. 10 del CP y del art. 32 de la ley 24.660 se ha dispuesto a los fines de resguardar el interés superior de las infancias –y eso ha sido sostenido por todos los operadores jurídicos que intervinieron en esta incidencia-, entonces no hay motivos para limitar la protección de la infancia a partir de los cinco años, por lo que dicho límite debe ceder, toda vez que por una regulación de derecho interno se estarían desconociendo y vulnerando estándares de jerarquía constitucional.

La presunta colusión entre la normativa interna y la convencional está solucionada por el art. 31 de la Constitución Nacional que establece que dicha constitución y los Tratados celebrados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación, a la que debemos atenernos las autoridades no obstante cualquier disposición legal en contrario.

La Cámara Nacional de Casación Penal se ha expedido en los siguientes términos “[E]l hecho de que se supere el límite etario previsto en la norma no resulta un impedimento para la concesión de la prisión domiciliaria pues, en el marco de las múltiples normas de derecho internacional y de derecho interno en las que, reiteradamente, se alude al interés superior del niño y a la importancia de la relación madre/hijo, dicho obstáculo legal debe relativizarse. Esta explicación se adecua a las

*normas del derecho interno en los arts. 3, 5, 7, 11, 35 y 37, 39 de la ley 26.061; los arts. 3.1, 5.1, 9.1, 9.3, 18.1 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño y las reglas del soft law que, si bien comprende una variedad de instrumentos que no son jurídicamente obligatorios, complementan el marco normativo como ser las reglas n° 28, 22, 42, 49, 52.1 y 52.3, 64 de Bangkok*⁷⁴

Desde este punto de vista, entiendo que lo que se debe evaluar es la conveniencia del arresto domiciliario de [REDACTED] para el interés superior de su hijos e hija, para lo cual no es menester que aquellos se encuentren una situación de absoluto desamparo o sin ninguna otra persona adulta que ejerza las tareas de cuidado, sino que lo que se requiere es ponderar cómo la ausencia de la progenitora repercute en su vida y dilucidar si existe alguna circunstancia que desaconseje la convivencia porque esta pudiera empeorar la situación que el niño atraviesa (tal como sucedería, como ejemplo, en el caso de un progenitor que ejerciera violencia sobre su grupo familiar). Por lo tanto, deviene indispensable analizar los elementos de prueba aportados por las partes.

Tal como ha sido expuesto en todas las presentaciones que se han realizado en este incidente, el arresto domiciliario previsto para estos casos autoriza una modalidad de ejecución de la pena privativa de la libertad que reglamenta la protección del interés superior de los niños y las niñas. El contacto de los hijos e hija con su madre, sin perjuicio de los cuidados que les pueda dar su abuela y sus tías o primas, es lo que corresponde priorizar. Por lo tanto, es erróneo el proceder de la jueza de grado cuando invoca los informes de la asesoría tutelar para resolver lo contrario de lo que ella propone. Que estén actualmente –pero de manera precaria- cubiertas las necesidades materiales de los niños y la niña no evita que su abuela se vea recargada en sus tareas y que, además, ellos crezcan sin trato cotidiano con su madre.

El 5 de noviembre de 2021, [REDACTED] volvió a solicitar, a través de las autoridades del CPF Nro. IV del SPF, su arresto domiciliario en la vivienda de su madre [REDACTED] (fs. 525 del expediente digital del principal). Debe tenerse en cuenta que el 12 de noviembre de 2020 la nombrada ya había efectuado el mismo pedido a fin de poder cuidar de sus hijos e hija (en aquel momento de 4, 8 y 12 años y actualmente de 5, 10 y 14 años) y asistir

⁷⁴ CNCP, Sala de feria, CCC 66348/2019/17/1/CNC1, “Álvarez”, resuelta el 03/04/2020.



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS [REDACTED] SOBRE 5 C - COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCIÓN /TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"

Número: [REDACTED]

CUIJ: [REDACTED]

Actuación Nro: [REDACTED]

en el cuidado de su sobrino que tenía en aquel momento 24 años y síndrome de Down (que se encuentra a cargo de su madre). Que si bien todos estos se encuentran resguardados, lo cierto es que la dedicación exclusiva de su madre le impide poder trabajar y requiere que sea asistida económicamente por otros familiares, máxime si se tiene en cuenta que los padres de sus hijos se encuentran ausentes (fs. 62 y 63 del expediente digital obrante en el sistema informático EJE).

A raíz de ello, el SPF volvió a confeccionar un nuevo informe social (obrante a fs. 522/4 del expediente digital del legajo principal), en el que se corroboró fehacientemente el domicilio ofrecido, la voluntad de la [REDACTED] –madre de [REDACTED] de recibir a su hija allí y el vínculo materno-filiar con N.M.M., T.E.M. y O.G.M. También se detalló que el domicilio en cuestión está compuesto por una cocina-comedor, cinco dormitorios y un baño, con todos los servicios básicos. A su vez, en dicho informe se plasma la composición del grupo familiar integrado por la [REDACTED] los tres hijos de [REDACTED] (N.M.M., T.E.M. y O.G.M.), J.E.M –nieto de [REDACTED] de 25 años con Síndrome de Down-, la adolescente A. de 17 años –también nieta de [REDACTED] –de 22 años, nieta de [REDACTED] que trabaja como cajera de supermercado-, [REDACTED] –de 22 años, nieta de [REDACTED] que trabaja como empleada doméstica- y el pequeño hijo de [REDACTED], B.J.L.M., de 3 años de edad. Finalmente, desde el punto de vista económico, se detalló que el grupo familiar se sostiene en base al cobro de la jubilación de Torres, la AUH que esta percibe por los nietos y nietas a su cargo, la pensión por discapacidad de J.E.M. y el monto que el padre de N.M.M. aporta proveniente de su trabajo intramuros. Asimismo, [REDACTED] comparten sus ingresos con la economía familiar.

Por su parte, contamos con el informe producido por el Equipo Común de Intervención Extrajudicial del MPT, confeccionado el 17 de diciembre de 2021 (fs. 548/52 del expediente digital del legajo principal), que se aduna a los que fueron producidos en ocasión del anterior pedido de arresto domiciliario de [REDACTED]. En aquel, personal del MPT se comunicó con las instituciones educativas a las que concurren los niños y la niña. En la Escuela de Educación Media N°5 D.E. 15 “Monseñor Enrique Angelelli”, a la que asiste T.E.M., la licenciada en psicología [REDACTED] explicó que a comienzos del ciclo lectivo del año 2021 al adolescente le costaba asistir a clase y presentaba comportamientos rebeldes. Dijo que por ello debieron mantener múltiples entrevistas con su referente y adoptar diferentes estrategias –como ir a buscarlo a su domicilio- para acompañarlo en su proceso y volver a incluirlo en la escuela. Explicó que gracias a ello logró sostener su escolaridad y pasar de año, aunque adeuda materias. Luego se entabló comunicación con el JIC 10, en donde asiste la niña N.M.M., ocasión en que la directora manifestó que esta ha demostrado un desempeño escolar acorde a su edad pero que presenta un alto índice de inasistencias producto de una incapacidad de organización de la referente a cargo. Dijo que la Sra. [REDACTED] justificaba las inasistencias por problemas laborales. Finalmente, se comunicaron con la Escuela 14 Fray Martín Del Barco Centenera D.E. 10, a la que concurre O.G.M., cuyas autoridades informaron que este también mantuvo una asistencia irregular durante el año lectivo, lo que pudo haber impactado en su rendimiento y estado anímico. Evidenciaron las dificultades de la adulta responsable para organizarse con los horarios de entrada y salida, de lo que resultó perjudicado el niño. A esto debe aunarse que [REDACTED], en la audiencia celebrada para dar tratamiento a su pedido de arresto domiciliario, contó que su hijo había repetido el año.

A continuación, personal del MPT se comunicó con la [REDACTED], la que se mostró cansada y refirió tener dificultades para organizar los tiempos entre los cuidados que requieren sus nietos y su actividad laboral. Explicó que por las mañanas trabaja como empleada de casas particulares y que en ocasiones no alcanza a regresar a tiempo a su hogar para llevar a sus nietos a los diferentes colegios. De igual modo, se mostró especialmente preocupada por O.G.M., quien manifestó grandes cambios anímicos y cierta rebeldía. Dijo que aunque solicitó un turno con una psicóloga, este aún no le fue otorgado por la alta demanda existente. Reconoció desconocer cómo reaccionar frente a



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS [REDACTED] SOBRE 5 C - COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCIÓN /TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"

Número: [REDACTED]

CUIJ: [REDACTED]

Actuación Nro: [REDACTED]

los episodios del niño así como que no sabe cómo calmar a sus nietos cuando lloran porque extrañan a la mamá. A su vez, dijo que desde octubre de 2021 que los niños no pueden acudir al penal a ver a su madre –en atención a la finalización de la medida cautelar que otorgaba a [REDACTED] la guarda de las infancias- y que, al no estar habilitadas las videoconferencias, solamente se comunicaban con su madre por teléfono. En este punto debo destacar que si bien en febrero de 2022 el juzgado de primera instancia ordenó que se le permita a [REDACTED] efectuar videoconferencias con sus hijos, de todos modos se evidencia la falta total de contacto personal entre los niños y su progenitora.

Finalmente, la [REDACTED] dijo que recibía ayuda de su nieta A –recordemos, una adolescente de 17 años en aquel momento- para las tareas de cuidado de los niños durante su horario laboral, pero que consiguió un empleo por la mañana, por lo que no pudo continuar con dicha ayuda. Explicó que esto provoca que ella deba rechazar oportunidades de trabajo, lo que le genera suma preocupación, dado que ello afectaría significativamente la economía del grupo familiar. En el informe de actualización, confeccionado el 28 de enero de 2022 por el MPT–obrante a fs. 633/4 del expediente digital principal-, la [REDACTED] informó que había decidido trabajar hasta el mes de marzo del corriente, para luego poder dedicarse íntegramente a sus nietos. En vistas de ello, resulta errada la ponderación de la jueza de grado respecto a que sería una circunstancia positiva que [REDACTED] se haya mostrado dispuesta a dejar de trabajar para cuidar a sus nietos, pues ello pierde de vista que se somete al grupo familiar en mayores condiciones de vulnerabilidad, al hacer que deban subsistir con aun menos ingresos.

Por todo lo anterior, la licencia en psicología [REDACTED] –del MPT– resaltó la importancia de la figura materna para el desarrollo de niños de estas edades, así como que la imposibilidad de mantener encuentros presenciales con su progenitora opera en detrimento de su bienestar. Concluyó que el arresto domiciliario de [REDACTED] podría contribuir a una mejora en la organización cotidiana del grupo familiar, en el índice de asistencia escolar de los niños y alivianar la situación económica al permitir que la [REDACTED] trabaje.

Todos los extremos relatados se ven corroborados por el informe efectuado por la [REDACTED], trabajadora social de la Defensoría General de la Ciudad, obrante a fs. 574/93 del expediente digital del legajo principal. A su vez, del acápite destinado a la situación económica laboral, la [REDACTED] le informó a la licenciada que colabora en un comedor comunitario cercano a su domicilio, lo que le asegura la cobertura alimentaria para ella y su grupo conviviente. De igual modo, expresó que los ingresos que logra obtener la familia en su conjunto son destinados a los gastos de supervivencia, como alimentos, higiene, viáticos y pago de servicios. A su vez, informó que T.E.M. presenta dificultades respiratorias frecuentes, O.G.M. sufre problemas cardíacos y se encuentra a la espera de obtener un diagnóstico certero y que N.M.M. efectúa cada seis meses controles de rutinas. Detalló que todos se atienden en el centro de salud barrial N° 27. Respecto a ella, refirió que padece EPOC (enfermedad pulmonar obstructiva crónica).

A su vez, en el marco de la audiencia prevista para dar tratamiento al pedido de prisión domiciliaria (fs. 662/9 del expediente digital del legajo principal), la [REDACTED] explicó que su pedido se fundaba en poder ayudar a sus hijos y a su madre, puesto que *“mi hijo [O.G.M.] que repitió el grado, el quedo en 4° grado, mi hija [N.M.M.] cuando se pone a llorar pide constantemente por mí y cuando la llamó a la asesora tutelar, ella misma escucho a mi nena llorando. Y [T.E.M.] se escapa de mi casa, no encuentran como frenarlo, entonces yo quería ayudar a mi mamá que está en mi casa”*.

El bienestar de los niños y niñas no puede limitarse a las esferas materiales, sino que debe considerarse su salud integral, que comprende necesariamente su estado psicológico y emocional. Ya he aludido lo dicho por la [REDACTED] respecto a los ataques de llanto de sus nietos por extrañar a su mamá, como así los comportamientos rebeldes



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS [REDACTED] SOBRE 5 C - COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCIÓN /TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"

Número: [REDACTED]

CUIJ: [REDACTED]

Actuación Nro: [REDACTED]

que han demostrado en la escuela. De igual modo, al ser entrevistada con anterioridad por personal del MPT, [REDACTED] ya había explicado que sus nietos y nieta extrañan mucho a su madre y los observa tristes. De este modo, es posible apreciar con claridad la repercusión que la ausencia de su madre está causando en la salud de sus hijos, afectando necesariamente su interés superior, que debe ser atendido por los y las operadores judiciales.

En la misma inteligencia, también la formación educativa de los niños se está viendo afectada, puesto que a la Sra. [REDACTED] le resulta cada vez más difícil poder organizar sus tareas laborales con la posibilidad de llevar a sus nietos al colegio. De este modo, los tres presentaron un alto grado de inasistencias al punto que O.G.M. repitió el año escolar. Frente a ello, estimo que no puede aceptarse como una solución válida que la [REDACTED] deje de trabajar para poder dedicarse íntegramente a las tareas de cuidado. Porque ello, aunque le permitiría disponer de más tiempo para dedicarse a sus nietos y llevarlos al colegio, implica una drástica reducción de su autonomía económica y del sustento con el que debe sobrevivir el grupo familiar (cuyos precarios ingresos ya he mencionado párrafos arriba). Resulta un grave desacierto que se ponga a la familia –y sobre todo a los niños y niña en cuestión- ante la disyuntiva de poder tener una adulta responsable que pueda dedicar más tiempo a su cuidado o poder contar con mayores medios económicos para cubrir acabadamente sus necesidades. Más evidente se hace ello, cuando existe una opción que permite garantizar plenamente todos sus derechos sin tener que sacrificar ninguno: conceder el arresto domiciliario a su madre, [REDACTED], pudiéndose autorizar salidas a fin de llevar y traer a los niños del colegio. Pero además, tal como surge del segundo informe social presentado por el SPF (fs. 599/601 del expediente digital del legajo principal), la [REDACTED] ha trabajado lavando ropa en

su domicilio, lo que podría retomar en caso de concedérsele el arresto domiciliario, por lo que además podría contribuir en la economía familiar.

Asimismo, también es posible advertir que tampoco se encuentra garantizada plenamente la comunicación materno-filial toda vez que, sin perjuicio de la realización de video llamadas ordenadas por la jueza (dado que el penal no las proveía), lo cierto es que ninguno de los hijos de la [REDACTED] ha podido acceder –desde octubre de 2021- a visitarla en su lugar de detención (tal como fuera informado por la [REDACTED]).

Por lo tanto, si atendemos a las circunstancias referidas –y expuestas con mayor desarrollo en las presentaciones de la defensa y la asesoría tutelar- es posible concluir con facilidad que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes afectados solo podrá verse debidamente resguardado si se hace lugar al arresto domiciliario de la [REDACTED]

Resulta evidente que se han acreditado los padecimientos que sufren los niños –y la sobrecarga de tareas que pesa sobre la [REDACTED]- a causa del encarcelamiento en un centro penitenciario de [REDACTED]. De este modo, no puede negarse que la prisión domiciliaria de su madre responde a su interés superior (art. 3 CDN). Además, la fiscalía no ha logrado demostrar, bajo ningún punto de vista, que la presencia de [REDACTED] en el hogar pudiera resultar nociva o en detrimento del bienestar de sus hijos.

No existe otra medida más adecuada para la consecución de tal propósito en tanto no sólo cumple la finalidad prevista sino que también garantiza el cumplimiento de la pena impuesta.

Con todo, si bien no puede desconocerse que el domicilio en el que se cursaría el arresto domiciliario es el mismo en el que se habría constatado la conducta delictiva por la que fue condenada la peticionante, ello no puede obstar a la concesión de esta modalidad de cumplimiento de pena, toda vez que aunque la fiscalía no ha acreditado ningún riesgo concreto de reiteración delictiva o de daño a los niños y niñas, entiendo que el monitoreo constante de la [REDACTED] a través de la colocación de una pulsera de geolocalización resulta más que suficiente para neutralizar las posibles consecuencias nocivas que su arresto domiciliario pudiera tener. Por fuera de ello, el domicilio fue debidamente corroborado por la autoridad penitenciaria y se ha recabado la voluntad de



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " [REDACTED] SOBRE 5 C - COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCION /TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"

Número: [REDACTED]

CUIJ: [REDACTED]

Actuación Nro: [REDACTED]

la [REDACTED] de recibir allí a su hija (tal como ya mencioné); así como se ha efectuado un informe de viabilidad para la colocación allí del dispositivo de geolocalización, con resultado positivo (fs. 616/9 del expediente digital del legajo principal).

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que en el contexto de emergencia penitenciaria (Res. 184/19 del Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación) y sanitaria en el que se encuentra nuestro país, mantener privada de su libertad en un establecimiento penitenciario a una persona que se encuentra habilitada legalmente para acceder un arresto domiciliario puede considerarse un trato cruel y inhumano, violatorio del art. 18 de nuestra Constitución Nacional y del art. 7 del PIDCyP, art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes y 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su comunicado de prensa de fecha 31 de marzo del 2021, instó a los estados parte a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familiares frente a la pandemia COVID- 19, teniendo en consideración los principios y buenas prácticas para asegurar a toda persona privada de libertad un trato digno y humanitario, recomendando especialmente en esta coyuntura: 1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades donde se ejecuten medidas privativas de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, 2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas

alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.

Sumado a todo lo anterior, es indispensable tener en cuenta que en el marco del anterior pedido de arresto domiciliario de la [REDACTED] el TSJ ha resuelto, con fecha 1° de junio de 2022, revocar la resolución adoptada por esta sala el 30 de junio de 2021 (actuación nro. 1255235/2021) que confirmaba el rechazo del pedido de arresto domiciliario de la condenada⁵.

La jueza Ruiz y el juez Otamendi, respecto a los argumentos brindados por la decisión mayoritaria de esta cámara —en cuanto que se habría acreditado que las necesidades básicas de los niños se encontraban cubiertas por lo que no correspondía el arresto domiciliario de [REDACTED]— sostuvieron que: *“La defensa ha logrado demostrar que esa decisión no constituye una derivación razonable de la legislación aplicable a las circunstancias de esta causa y, por ello, es inválida por falta de motivación suficiente”* (considerando 5).

A su vez, dijeron: *“Los arts. 10, inc. f, CP y 32, inc. f, ley n° 24.660 receptan algunas de las implicancias derivadas, por un lado, de la necesidad de dispensar un trato adecuado y no discriminatorio a las mujeres privadas de su libertad —en particular, en el caso de su maternidad—, y por otro lado, de la debida consideración del interés superior del niño en los procesos judiciales en los que se encuentre involucrado (art. 3, CDN). Más precisamente, observar los derechos de la mujer y de los niños en esta clase de casos implica tener en consideración la necesidad de preservar el vínculo materno filial, en la medida en que este podría verse afectado por la ejecución de la pena privativa de la libertad”* (considerando 5.1).

En consecuencia, concluyeron: *“Entonces, dado que este supuesto de prisión domiciliaria se funda, según se indicó, en la necesidad de preservar el vínculo materno filial —en razón de los especiales derechos que, en ese contexto, titularizan las mujeres*

⁵ Expte. n° QTS 14787/2020-6 “Ministerio Público-Defensoría General de la CABA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de apelación en autos [REDACTED] s/ 5 C –comercio de estupefacientes o cualquier materia primera para su producción/tenencia con fines de comercialización”, rto. 1/6/2022, mayoría integrada por la jueza Ruiz y los jueces Otamendi y Lozano (este último por su voto).



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS [REDACTED] SOBRE 5 C - COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCIÓN /TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"

Número: [REDACTED]

CUIJ: [REDACTED]

Actuación Nro: [REDACTED]

madres y los niños—, el rechazo de esta alternativa solo podría sustentarse en que su aplicación al caso no constituya un auténtico resguardo de los intereses en que se funda —como podría suceder, por ejemplo, si la madre hubiera cometido el delito en perjuicio del niño y la reunificación no atendiera al interés superior de este último—, o bien en la necesidad de atender otros intereses que, en las particulares circunstancias de la causa, resulten prevalecientes —como podría ser el interés público en el cumplimiento de la pena en un establecimiento penitenciario en casos de delitos de especial gravedad—.

De ese modo, el hecho de que la niña se encuentre al cuidado de otro familiar, o de que sus necesidades alimentarias, sanitarias o educativas se encuentren cubiertas, aunque no es de consideración irrelevante, nada dice sobre la preservación del vínculo materno filial, cuya conservación excede las circunstancias consideradas por la Cámara, ni tampoco muestra que el interés que la ley busca preservar haya resultado desplazado, dadas las particularidades del caso, por otro prevaleciente” (considerando 5.2; el resaltado no es parte del original).

Por su parte, en el punto 3 de su voto, el juez Lozano sostuvo que: “*Cuando concluye que el interés superior de la menor no se habría visto vulnerado porque “... las necesidades materiales y emocionales básicas habitacionales, de educación, de salud y económicas se enc[ontraban] cubiertas”, la Cámara vino a interpretar el interés superior del niño como aquel que se ve satisfecho ante la ausencia de desamparo de la menor.*

Sin embargo, los compromisos internacionales —específicamente la Convención de los Derechos Del Niño— exigen un análisis mayor, prudente y

pormenorizado de la situación del menor, en el que se compare cómo se beneficiaría o empeoraría, si la condena de su madre se cumpliera de manera domiciliaria. Dicho en otros términos, indudablemente, la CDN no apunta exclusivamente a evitar que el menor quede desamparado o en cierta situación de vulnerabilidad. Ilustra el punto la recurrente cuando manifiesta que “...resulta arbitrario que el fallo...sólo haga mención a la falta de necesidad de los niños de contar con su madre en el hogar, sin pronunciarse acerca de los beneficios que ello podría implicar (...) dicho en términos claros, aun cuando los niños se encontraren bien, debió brindarse una razón para impedir que estén incluso mejor” (p. 144).

Este examen debe presidir la evaluación de la facultad que los artículos ya mencionados acuerdan al juez. Mientras que en el supuesto de los poderes del Estado que expresan la voluntad política del Pueblo, lo potestativo se completa con la expresión de esa voluntad dentro de la Constitución, lo potestativo de los jueces debe ser completado con criterios extraídos del orden jurídico, entre cuyos contenidos se destaca el examen del interés superior de la persona menor privilegiado por la CDN, cuya aplicación obligatoria la ley de protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061) manda “respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad” (art. 2), y por la ley 24.660. No se trata, como dije, de asegurar un mínimo de protección sino de examinar la compatibilidad de la optimización del interés de la persona menor —que la CDN califica de superior— con las modalidades posibles de cumplimiento de la condena que pesa sobre la madre”.

Finalmente, las juezas Weinberg y De Langhe concluyeron que la defensa no había logrado plantear con solvencia un caso constitucional que amerite la extraordinaria intervención del TSJ.

Esta decisión, aunque adoptada en otro incidente, no puede ser desconocida al resolver el presente recurso de apelación.

Por tales motivos, es que debe hacerse lugar al recurso presentado por la defensa, revocar la resolución apelada y conceder el arresto domiciliar a [REDACTED] que deberá ser vigilado a través de la colocación de un dispositivo de geolocalización. Así voto.



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III	
INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS ' [REDACTED] SOBRE 5 C - COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCION /TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"	
Número:	[REDACTED]
CUIJ:	[REDACTED]
Actuación Nro:	[REDACTED]

Los Dres. Elizabeth A. Marum y Marcelo P. Vázquez dijeron:

Primera cuestión:

Llegan nuevamente a nuestro conocimiento las presentes actuaciones en virtud de haberse solicitado, en los términos de los arts. 10 del CP y 32 de la Ley 24660, por segunda vez el arresto domiciliario de la condenada en autos, el cual fuera nuevamente rechazado por la Magistrada de grado.

Ello así, es dable afirmar que el remedio procesal bajo examen ha sido presentado por quien posee legitimación para hacerlo y cumple con los requisitos de tiempo y forma. Asimismo, se dirige a cuestionar una decisión susceptible de causarle a la recurrente un gravamen de imposible reparación ulterior (arts. 279, 292 y 321 CPPCABA).

Segunda cuestión:

En la primera oportunidad, la Sala que integramos se expidió –por mayoría– denegado el beneficio de la detención domiciliaria de [REDACTED] por los fundamentos que allí se expusieron con fecha 30/06/2021, decisión contra la que el Defensor de Cámara interpuso recurso de inconstitucionalidad y, ante su inadmisibilidad, recurso de queja ante el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad.

Paralelamente, y ante una nueva solicitud, la Magistrada de grado, Dra. María Julia Correa, con fecha 16/3/2022, dispuso: “... NO HACER LUGAR a la solicitud de prisión domiciliaria efectuada en favor de [REDACTED] – arts. 10 del CP y 32 de la ley 24.660 a contrario sensu-“.

Este decisorio fue recurrido tanto por la [REDACTED] en forma *pauperis*, así como por su asistencia técnica. La defensa fundamentó su recurso en que la resolución que rechazó el pedido de arresto domiciliario de Morales no resultaba ajustada a derecho.

Ahora bien, es dable señalar que mientras estos autos se encontraban a estudio de la Sala, con fecha 01/06/2022, en el expediente n° QTS 14787/2020-6 “*Ministerio Público - Defensoría General de la CABA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de apelación en autos [REDACTED] sobre 5 c - comercio de estupefacientes o cualquier materia prima para su producción /tenencia con fines de comercialización*”, el Tribunal Superior de Justicia resolvió: 1. Hacer lugar al recurso de queja interpuesto. 2. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones (actuación n° 1255235/2021), de fecha 30 de junio de 2021, y reenviar las actuaciones para que, por intermedio de otros jueces, se resuelva la apelación de la defensa de acuerdo con los lineamientos expuestos en esta decisión”.

A grandes rasgos, del voto de los Jueces Santiago Otamendi, Alicia E. C. Ruiz surge que los Magistrados entendieron que asistía razón a la defensa en tanto había logrado demostrar que la decisión de esta Sala no constituía una derivación razonable de la legislación aplicable a las circunstancias de esta causa y, por ello, resultaba inválida por falta de motivación suficiente. Señalaron que el supuesto de prisión domiciliaria se funda en la necesidad de preservar el vínculo materno filial —en razón de los especiales derechos que, en ese contexto, titularizan las mujeres madres y los niños—, y que el rechazo de esta alternativa no podría sustentarse en la circunstancia de que los menores se encuentren a cuidado de otros familiares. Que sólo podría denegarse cuando su aplicación al caso no constituya un auténtico resguardo de los intereses en que se funda.

El Juez Francisco Lozano, por sus fundamentos, arribó a la misma solución.

Siendo así y toda vez que en esta ocasión las razones del pedido se sustentan en idénticas circunstancias que la anterior en las que nos expedimos, teniendo en cuenta los resuelto por el Tribunal Superior con fecha 01/06/2022, razones de economía procesal



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PPJCyF - SALA III	
INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS [REDACTED] SOBRE 5 C - COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES O CUALQUIER MATERIA PRIMA PARA SU PRODUCCION /TENENCIA CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"	
Número:	[REDACTED]
CUIJ:	[REDACTED]
Actuación Nro:	[REDACTED]

nos llevan a adoptar una decisión concordante con los lineamientos esbozados por la postura mayoritaria.

Siendo así entendemos que corresponde revocar lo resuelto y disponer el arresto domiciliario de la condenada en autos como así también su control a través de medios tecnológicos adecuados para verificar su cumplimiento (art. 331 del CPPCABA).

Por tales motivos, votamos por: revocar la decisión adoptada por la *a quo* con fecha 16/3/2022, en cuanto dispuso no hacer lugar a lo solicitado por la defensa y, en consecuencia, HACER LUGAR a la solicitud de prisión domiciliaria efectuada en favor de [REDACTED] – arts. 10 del CP y 32 de la ley 24.660.

Por todo lo expuesto el Tribunal,

RESUELVE:

I. REVOCAR la decisión adoptada por la *a quo* con fecha 16/3/2022, en cuanto dispuso no hacer lugar a lo solicitado por la defensa.

II. HACER LUGAR a la solicitud de prisión domiciliaria efectuada en favor de [REDACTED] – arts. 10 del CP y 32 de la ley 24.660-, disponiendo su control a través de medios tecnológicos adecuados para verificar su cumplimiento (art. 331 del CPPCABA).

Regístrese, notifíquese a las partes mediante medios electrónicos y remítase al Juzgado de origen mediante el sistema Eje.-

Ante mi:

