

En la ciudad de Buenos Aires, a los 29 días del mes de agosto del año dos mil seis, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por la doctora Amelia Lydia Berraz de Vidal como Presidente y los doctores Gustavo M. Hornos y Ana María Capolupo de Durañona y Vedia como Vocales, asistidos por el Secretario de Cámara, doctor Daniel Enrique Madrid, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 27/34 vta. de la presente causa Nro. 6667 del Registro de esta Sala, caratulada: “XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX s/recurso de casación”; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 3 de San Martín, provincia de Buenos Aires, en el incidente Nro. 1551 de su Registro con fecha 16 de mayo de 2006 resolvió no hacer lugar al pedido de arresto domiciliario de XXXXXXXXXX (fs. 18/18 vta.).

II. Que contra esa resolución interpuso recurso de casación el doctor Pablo César Miqueleiz, asistiendo a la nombrada, que fue concedido a fs. 35/35 vta. y mantenido oportunamente en la instancia a fs. 44; sin adhesión del señor Fiscal General doctor Juan Martín ROMERO VICTO-RICA (fs. 43 vta.).

Fundamentó inicialmente el letrado la equiparación del auto que impugna con la sentencia definitiva que exige el artículo 457 del C.P.P.N., discurriendo sobre la cuestión federal en juego -la libertad de la imputada-, el carácter de tribunal intermedio de esta Cámara a ese respecto y la imposibilidad de reparar ulteriormente el perjuicio que alega irrogado.

Evalutando la exégesis asumida por el tribunal de la anterior instancia, afirmó que, en principio, dicho fundamento no sólo aparece irrazonable, sino que hasta resultaría compartido por su parte, en función de lo normado por el artículo 33 de la ley 24.660 y su doctrina.

En tal sentido, alegó el Defensor que conociendo que su asistida no encuadraba en los supuestos del artículo antes mencionado, presentó la morigeración que prevé basándose en un interés mucho más elevado al del propio imputado, como son los derechos del niño, afirmando los perjuicios que vienen sufriendo por la falta de sus figuras esenciales, tanto materna como paterna. Fundó esta afirmación en el informe socio ambiental realizado en el domicilio del padre de la detenida, donde residiría junto a sus hijos en caso de

concederse el beneficio solicitado, a la espera de la resolución de la presente investigación.

Solicitó, en definitiva, que se case la resolución impugnada, revocándose su sentido, “en tanto la imputada reúne las condiciones temporales y sociales de obtener la morigeración de su prisión preventiva”. Hizo reserva del caso federal.

III. Que durante el término de oficina (arts. 465 y 466 del C.P.P.N.), se presentó el señor Fiscal General ante esta Cámara doctor Juan Martín Romero Victorica, quien afirmó que “si bien es cierto que la imputada no cumple con los requisitos establecidos por el artículo 33 de la ley 24.660, habrá de hacerse lugar al beneficio solicitado y ello así por razones esencialmente humanitarias y toda vez que se encuentra en juego la afectación de valores jurídicos superiores como lo son los derechos del niño”, citando los artículos 2.1, 3.1, 6.1, 6.2, 24.1 y 24.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Agregó que los cuatro hijos menores de la imputada se encuentran dispersos por el entorno familiar, al cual se le hace muy difícil proseguir con el cuidado y la manutención de los mismos, sobre todo en el aspecto psicológico, circunstancia que sería perjudicial para la psiquis de los menores. Con esos argumentos, consideró que puede hacerse lugar al recurso interpuesto por la Defensa.

IV. Que no habiendo comparecido las partes a la audiencia prevista en el art. 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia a fs. 54, ha quedado la presente causa en condiciones de ser resuelta. Efectuado el sorteo de ley para que los señores magistrados emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Amelia Lydia Berraz de Vidal, Gustavo M. Hornos y Ana María Capolupo de Durañona y Vedia.

La señora Juez Amelia Lydia Berraz de Vidal dijo:

I. Que en primer lugar corresponde reconocer al fallo en crisis los caracteres de definitividad exigidos como presupuesto habilitante de esta instancia, admisión que descansa en la tutela inmediata que requiere la alegada afectación que produce la negativa resuelta sobre los derechos que la recurrente invoca, y en el Tribunal del cual emana, cuyas resoluciones encuentran inmediato contralor al excitarse la competencia revisora de esta Alzada.

Asimismo, aclarando el fundamento normativo sobre el que se erigen las posiciones del *a quo* y de la defensa, es menester señalar que en tanto el caso debate la posibilidad de

conceder la detención domiciliaria a un supuesto no contemplado legalmente, alcanza con evaluar su analogía *in bonam partem* con los supuestos que para la prisión preventiva contempla el artículo 314 del Código Procesal Penal de la Nación, con remisión al artículo 10 del Código Penal.

II. Aunque en su escrito omite la parte remitir debidamente al fundamento normativo de su pretensión, entiendo que para comprenderlo alcanza la referencia a “un interés mucho más elevado al derecho del propio imputado, como lo son los derechos de los niños”, si es verdad que el recurso de casación debe hoy garantizar el derecho constitucional de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior del art. 8.2.ap.h de la C.A.D.H., lo que implica que “la posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho” (la cita es de la causa “Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-“, resuelta por la C.S.J.N. el 29/9/2005).

Con ese alcance, que es el que también le ha otorgado el señor Fiscal General de la instancia, comprendo que la defensa objeta la exégesis literal asumida por el Tribunal Oral para denegar la solicitud que presentó, alegando que existen principios de jerarquía normativa superior que amparan los vínculos familiares de los hijos menores de edad de XXXXXXXXXX, primando su consideración en la viabilidad del beneficio en debate. Veamos si le cabe razón.

III. Tal como ha construido su caso, esto es, poniendo entre la prisión preventiva que sufre la nombrada y la posibilidad de que transcurra, hasta la sentencia final de la causa, en su domicilio, la tutela de la especial situación personal y familiar que padecen por su cautela sus hijos menores, acierta la Defensa en apelar a un orden normativo superior, cuya consideración no puede resultar omitida en la especie. Alegar ese vínculo, corre el eje de la solicitud presentada, que no busca amparar por vía analógica alguna situación personal de la imputada no contemplada por el legislador, sino que tiene una finalidad tuitiva respecto de ciertos derechos reconocidos a los sujetos de la Convención de los Derechos del Niño.

Un primer paso correcto dio el *a quo*, aunque no agotó su alcance, al ordenar la confección del informe obrante a fs. 11/13 vta. Con ello, actuó la norma del artículo 12 de la Convención, que ordena garantizar al niño el derecho de

expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten. Empero, ese principio de vigencia universal, tiene una extensión no reconocida en la sentencia en crisis, que silenciando esa participación con la interpretación literal y estática que la motiva, lo ha convertido en neutro. Cuando pide tener en cuenta debidamente la opinión del niño, en función de su edad y madurez, exige un deber simétrico de escucha de parte del mundo adulto, consiguiendo “un criterio evaluativo y un método de decisión, del cual hasta el momento se ha hecho muy poco uso, con desventaja para todos” (lo advierte Alessandro Baratta en “Infancia y Democracia”, publicado en “Infancia, Ley y Democracia”, pág. 31, Ed. Depalma, Buenos Aires 1999).

Evaluar concreta y correctamente las opiniones de los niños, además de cumplir con una obligación constitucional, hubiera otorgado a los jueces, como me lo brinda a mí, el conocimiento de los perjuicios que les irroga la detención de su madre, para construir, desde sus simples expresiones, el camino hacia los derechos que esa situación afecta, antecedente necesario para poder, finalmente, evaluar si mantenerla en las condiciones actuales guarda armonía constitucional.

IV. Y aquí cobra fundamental importancia el muy buen informe elaborado por la Prosecretaría de Menores de la Cámara Federal de San Martín, basado en la entrevista *in loco* realizada por la Licenciada Andrea Beatriz Ferro en el domicilio del padre de la imputada, del que pueden destacarse las siguientes referencias: que los niños tienen 15, 14, 12 y 11 años de edad; que desde la detención de su madre, la familia ha debido reorganizarse en varias oportunidades y de formas diversas, viviendo actualmente los dos mayores con una tía materna en la zona del km. 31 de la Ruta 3, el varón que les sigue en casa de su abuelo materno, en Virrey del Pino, Partido de La Matanza, y la niña más pequeña en casa de su abuela materna, en Libertad, Partido de la Matanza; que los cuatro hermanos sólo se ven los fines de semana, cuando se juntan en la casa de su abuelo o de su tía; que mientras que los dos mayores reciben apoyo económico de su padre, toda la familia de la imputada colabora con la manutención de los restantes; que durante 2005, a raíz de las mudanzas aludidas, los niños debieron también cambiar de escuela, concurriendo los dos mayores a la misma institución, mientras que los más chicos concurren a dos distintas; y que en ese período escolar, dos de ellos repitieron el curso. Sobre la base de una hipotética concesión de la medida solicitada, se informa que el señor XXXXXX, amén de disponerse a terminar una construcción

anexa a su vivienda, propuso que sus tres nietos varones utilicen un dormitorio acondicionado a tal fin, cederle el suyo a su hija y a la niña y acondicionar el comedor para dormir él. Que si bien su situación económica es ajustada, con su hija en la casa, tendría mayor libertad horaria para atender sus obligaciones laborales, pudiendo incluso ella aportar económicamente con algún emprendimiento dentro del hogar. En cuanto a las conclusiones, cabe destacar el siguiente párrafo: “respecto a la situación afectiva de los menores, se puede inferir que desde el inicio de la detención de su madre los mismos han vivido diferentes desarraigos y separaciones (que se sumaron a las que ya habían experimentado con anterioridad). Los menores manifestaron su deseo de estar juntos y con su madre; a pesar de que 2 de ellos tendrían la posibilidad de estar con su padre, ésta no es vivida por ellos como alternativa válida, porque no estarían con los 2 niños más pequeños”; y su corolario “de más está referir que el ámbito familiar y la posibilidad de vivir el vínculo fraterno y materno cotidianamente favorecen un mejor desarrollo integral de la persona”.

V. Emplazando el desarraigo y las carencias afectivas y económicas que sufren los menores, tenemos, ahora sí, la real complejidad del caso en estudio. Y, con la Defensa y la Fiscalía, entiendo que a la tesis estricta que propuso el Tribunal Oral, que responde a una significación literal del precepto legal aplicado, aún le correspondía superar ese estadio y observar la armonía de su rígida posición con los principios constitucionales que fundamentan la pretensión del peticionante, como lo ordena la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver Fallos 318:1905 y sus citas). El dogma de exégesis al que se alude establece que, ante varias interpretaciones posibles de una ley, es necesario elegir siempre aquella que no entre en colisión con la Carta Magna. Es, como lo expone Gullco, precisamente “el de interpretar a las normas infraconstitucionales de manera ‘conforme’ con la Constitución” (“La preconización del uso de estupefacientes y los límites del control de constitucionalidad”, La Ley 2002-C, pág. 425).

La especial situación que presenta el objeto de esta incidencia, exige que su subsunción legal se integre con las reglas de relación con el caso contenidas en la Convención sobre los Derechos de Niño.

Actúa como norma rectora el principio de prioridad del interés superior del niño, impuesto por el artículo 3 a 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. Más allá del interesante debate sobre su alcance (distintas concepciones lo han presentado como prioridad absoluta; como prioridad no excluyente; como refuerzo complementario al sistema de garantías generales; como principio formal que otorga un mayor peso relativo), nuestra Corte Suprema de Justicia ha entendido que el precepto apunta a dos finalidades básicas, “cuales son las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos” (cfr. causa “S., C.”, sentencia del 2 de agosto de 2005. Como muestra de los argumentos encontrados respecto de la exégesis de tan importante dogma, véase el considerando cuarto del voto concurrente de los doctores Fayt, Zaffaroni y Argibay en ese fallo).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades” (cfr. OC-17/2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, del 28 de agosto de 2002”.

En cualquier caso, aquí interesa comprender que el principio carece de contenido material, que nada se definiría con apelar vacíamente a su amparo, sino que opera como razón de corrección para superar conflictos entre derechos, partiendo desde esta común base las discordancias hermenéuticas a las que me he referido arriba. En este supuesto particular, viene a dar preferencia, adelantando mi decisión, al derecho de los niños a la preservación de sus relaciones familiares, obligando a una exégesis del marco legal en el que está planteado el caso que comprenda esa jerarquía.

VI. Desde su Preámbulo, la Convención reconoce a la familia como “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”, comprometiendo luego a todos los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, incluyendo particularmente en ese concepto

el respeto por las relaciones familiares (art. 8). Citando nuevamente la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, para fundar en ella el sustento normativo supra-nacional de mi posición, se afirmó allí que “[e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad’, con derecho a ‘la protección de la sociedad y el Estado’, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana”.

En el mismo sentido, la Declaración de los Derechos del Niño (Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas), texto que ha servido de fundamento a la redacción de la Convención, como se reconoce en su Preámbulo, advierte que el niño “siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material” (Principio 6).

Sin la fuerza vinculante de esos instrumentos, pero con contenido obligatorio para su interpretación, en tanto representa la expresión de la voluntad de la comunidad internacional (art. 31.3.c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por ley 19.865), los apartados 11 y 17 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (“Directrices de Riad”) definen a la familia como la “unidad central encargada de la integración social primaria del niño”, con la que está nuestro estado comprometido a adoptar medidas para fomentar su unión y armonía (Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas).

Operando ese esquema conceptual, la reciente sanción de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, incluyó en el derecho a la identidad de sus sujetos (art. 11), los derechos a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.

VII. No cabe duda de que las condiciones en las que se desarrolla la vida familiar de los niños implicados, lamentablemente, en esta incidencia de derecho procesal penal, aleja sus posibilidades de desarrollo individual de aquél núcleo elemental, que con tanto celo protege el derecho internacional de los derechos humanos y la normativa interna de relación, en tanto la prisión que por causa legal sufre su madre, además de la consecuente pérdida de contacto directo con ella, les viene

turbando, y esto es lo fundamental, la posibilidad de mantener cotidianamente el vínculo entre los cuatro hermanos, escena primaria natural y esencial de la familia.

El desarraigo del lugar de residencia compartida (“queremos estar juntos”), incluso la dificultad geográfica de concurrir a la misma escuela, así como la ausencia de la figura materna, única en la que los menores reconocen un vínculo parental consolidado (“la extrañamos”, “siempre estuvimos con ella”), entiendo que crean en los niños sentimientos de inestabilidad sobre los lazos de vida en común, que afectan su bienestar social, espiritual y moral, incidiendo negativamente en la exigencia constitucional de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Y con ello podrían irrogarse perjuicios de difícil pronóstico respecto al desarrollo de sus personalidades, de acuerdo a los altruistas y exigentes estándares impuestos por el Preámbulo de la Convención, en tanto advierte que el niño “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

VIII. La vigencia y operatividad de esos derechos fundamentales de los niños, evaluados en el caso con un sentido que contempla prioritariamente su interés y conveniencia, ponderando especialmente “las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte” (Fallos 293:273), debe prevalecer por sobre las razones de cautela que pueden justificar un encarcelamiento meramente precautorio. Que, por lo demás, en tanto tratamos con “una modalidad de ejecución del encierro (pues es detención), y no de una suspensión de la ejecución”, mantiene la coerción sobre la libertad personal de la imputada en su residencia (citó a De la Rúa, “Código Penal Argentino”, pág. 143).

Y la forma de actuar ese amparo es reconocer el beneficio que la esforzada Defensa ha solicitado como alternativa, con fundamentada anuencia en esta instancia del señor Fiscal General, doctor Romero Victorica, que será ejercido, de acuerdo a la corrección normativa aclarada en el punto I, conforme las previsiones del artículo 314 del Código Procesal Penal de la Nación, cuya exégesis estricta debe superarse en pos de los superiores mandatos de previsión constitucional y de derecho internacional que se han citado.

IX. Conforme a las razones que he expuesto, voto por que se haga lugar al recurso de casación que ha interpuesto el señor Defensor, debiendo esta Sala casar (art. 470 C.P.P.N.) el resolutorio que por esa vía impugnó, revocándolo y

disponiendo la concesión de la detención domiciliaria solicitada (art. 314 del C.P.P.N.), con la supervisión adecuada de parte del Tribunal de *a quo*.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. Se presenta la Defensa solicitando se le conceda a XXXXXXXXXXXXXXXX, -quien se encuentra procesada por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por realizar dicha actividad en las cercanías de un establecimiento de enseñanza, cumpliendo prisión preventiva (medida cautelar que, cabe aclarar, no viene aquí cuestionada como tal sino solamente en su modalidad de cumplimiento)- el beneficio del arresto domiciliario.

Fundamentó su pedido en “un interés mucho mas elevado que el del propio imputado, como son los derechos del niño”, manifestando que los hijos menores de la imputada ven perjudicados a raíz de la falta de figuras esenciales tanto materna como paterna.

II. Corresponde en primer lugar señalar que nuestro ordenamiento positivo prevé que “cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de 60 años o valetudinarias” (art. 10 del C.P.), por su parte la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, establece alternativas para situaciones especiales, disponiendo en su artículo 33 que “el condenado mayor de 70 años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, por resolución del juez de ejecución o juez competente, cuando mediere pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado previo informes médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique”.

Fácil es advertir que el caso de las madres de hijos menores, tal como señala el *a quo*, no encuadra dentro de ninguno de los supuestos excepcionales en que sería procedente el arresto domiciliario.

Ahora bien la defensa genéricamente invoca que se encuentran en juego intereses superiores como los derechos del niño plasmados en la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporado a nuestra Consti-tución Nacional.

He tenido numerosas oportunidades jurisdiccionales para seña-lar el fuerte impacto en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino producido por la reforma constitucional de 1994, al otorgarle jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos enunciados en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional.

Los derechos y garantías expresados en ellos deben ser considerados complementarios de los reconocidos en la Constitución.

He sostenido la tesis de que en el procedimiento penal el concepto de ley vigente no se limita al Código Procesal Penal de la Nación, sino que abarca a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales de derechos Humanos con jerarquía constitucional (C.N.C.P. Sala IV causa nE 1619 “GALVAN, Sergio Daniel s/recusación”, Reg. 2031.4 y Causa “MEDINA, Daniel Jorge s/recusación”, reg. 3456.4).

En esos fallos se adoptó una interpretación de la normativa procesal acorde con el verdadero alcance otorgado por los tratados internacionales y la Constitución Nacional a la garantía de imparcialidad y del debido proceso, respecto de la intervención en el proceso correccional de un mismo juez tanto en la etapa instructoria como en la de juicio, precedentes del criterio conformemente establecido por nuestra Corte en “LLERENA, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones” (L. 486.XXXVI, rta. 17/05/05).-

Además, dentro de ese límite, la resolución de conflictos de creciente complejidad, como las relaciones humanas –sociales, económicas y políticas- cada vez más entrelazadas y complicadas, requiere que el orden legal tome en cuenta los valores y las nuevas necesidades del individuo y de la sociedad integrándose a esta evolución de manera armónica y creativa.

Esa perspectiva constitucional es la que mejor se adecua a la defensa de los derechos individuales.

Como sigue enseñando Germán Bidart Campos “Es la mejor, porque remite el techo último y supremo del ordenamiento jurídico y, más allá de la conclusión que pudiera extraerse unilateralmente del texto de la ley 23.984 siempre habría que alzar la mirada para verificar si la solución legal concuerda o no con la Constitución. Es lo que la doctrina española llama interpretación “desde” la Constitución (hacia abajo, hacia el plano infraconstitucional)” (La acusación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, E.D. T159, p.86).

III. Corresponde entonces considerar los derechos Consagrados en la “Convención sobre los Derechos del Niño”, incorporados a nuestra Constitución Nacional por la vía del inciso 22 del artículo 75.

Resulta claro que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños (tal como es considerado por el Preámbulo de la citada Convención) y

consecuentemente que los niños tienen el derecho a crecer junto a sus padres.

Sin embargo, este no constituye un principio absoluto, así la declaración de los derechos del niño (Resolución 1386 de la Asamblea General de Las Naciones Unidas) establece que los niños deben crecer al amparo de sus padres “siempre que sea posible” (principio 6°). De manera coherente el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño; prevé la posibilidad de que los niños puedan ser separados de sus padres cuando las autoridades competentes lo determinen (inciso 1°) y de manera específica en el inciso 4° cuando la separación sea resultado de la detención o el encarcelamiento de los progenitores estableciendo, a la vez, que los Estados deberán respetar el derecho del niño que este separado de uno o ambos padres a mantener con ellos relaciones personales y contacto directo, salvo que ello fuere contrario al interés superior del menor (inciso 3°).

De ello se advierte que son los propios tratados los que contemplan la posibilidad, en casos excepcionales y de conformidad con las leyes y procedimientos aplicables, la posibilidad de que los menores sean separados de sus progenitores.

Es que, el derecho a que los niños crezcan en el seno de una familia no puede ser interpretado en abstracto y de manera absoluta en contraposición con el resto del ordenamiento legal vigente, sino que debe ser evaluado de acuerdo a las particulares circunstancias de cada caso.

Adoptar la postura contraria implicaría además extender la excepción del arresto domiciliario a un sin número de casos, convirtiendo la excepción en regla, en tanto esta podría ser invocada por todos los padres que de alguna u otra manera, con su ausencia impuesta por el Estado, afecten el normal desarrollo de sus hijos.

Es que el mencionado artículo 33 de la ley 24.660 configura una excepción al principio general de que la prisión debe cumplirse en establecimientos penitenciarios, por lo que tratándose de una excepción debe ser interpretada de manera restrictiva sin que pueda derivarse *per se* una interpretación extensiva como la solicitada en autos de principios generales establecidos en los tratados internacionales.

V. Con esta perspectiva es que habré de evaluar si en el particular caso de autos la tutela efectiva de los derechos del niño garantizada por nuestra Constitución se contrapone con la aplicación -hecha por el *a quo*- de la normativa infra-

constitucional (en el caso, art. 10 el Código Penal y 33 de la ley 24.660 a *contrario sensu*).

XXXXXXXXXX posee cuatro hijos menores de edad: XXXXXXXXXXXXX de 15 años, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX de 14 años XXXXXXXX de 12 y XXXXXXXX de 11 años. Según surge del informe del Prosecretario de Menores, los dos primeros residen actualmente con su tía XXXXXXXXXXXXX, XXXXXX con su abuelo materno y XXXX con su abuela materna, juntándose los 4 en casa de su abuelo o de su tía los fines de semana.

Entrevistado que fue el señor XXXXXXXX -padre de la imputada-refirió que el grupo familiar se organiza para cubrir los gastos de los menores, los dos mayores reciben el aporte económico de su padre (quien se desempeña como delegado gremial en la empresa de colectivos de la línea 88), por otro lado un hermano del señor XXXXXXXX quien no tiene familia propia y se desempeña como técnico en electrocardiograma en el Hospital Posadas lo ayuda regularmente para comprar la indumentaria de los menores, además de lo que la señora XXXXXXXX y su esposo y el propio XXXXXXXXXXXX aportan al sostenimiento de los niños. En el área educacional surge del informe que los 4 menores concurren a la escuela, aunque el año pasado solo promocionaron el año XXXXXXXXXXXX.

De la entrevista plasmada en el informe surge que los menores relataron actividades en torno al estudio y al sano esparcimiento, siempre bajo la supervisión de los adultos responsables; XXXXXXXXXXXX manifestó que toca el órgano en un grupo musical conformado por jóvenes de su edad y XXXXXXXXXXXX que está aprendiendo a tocar el bajo para incorporarse a la misma banda. XXXXXXXX por su parte refirió que le gusta todo lo relacionado con la mecánica y que habitualmente participa de los arreglos que se le hacen al auto de su abuelo, mientras que XXXXXXXXXXXX narró experiencias del orden de lo escolar.

De lo expuesto -más allá de las lógicas limitaciones e inconvenientes que el encarcelamiento trae aparejado, para quien lo padece como para su entorno mas cercano- no se advierte que los menores se hallen en una situación de desamparo ni de inseguridad material ni moral que habilite a hacer excepción, en aras de garantizar los derechos superiores del niño, al régimen establecido en nuestro Código Penal y en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

En este sentido, cabe tener en cuenta que -si bien provisoriamente- el delito que se le imputa a XXXXXXXXXXXX es

el de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización **agravado por realizar dicha actividad en las cercanías de un establecimiento de enseñanza** (arts. 5, inc c, 11, inciso e, de la ley 23.737) por lo que razones de prudencia impiden descartar la posibilidad prevista en el artículo 9, inciso 1, de la citada convención en cuanto prevé “la separación en el interés superior de la niños.

Es que el legislador ha otorgado especial protección a la mera posibilidad de que los niños o jóvenes que concurren a los establecimientos de enseñanza puedan percibir la referida conducta, lo que habría de actuar como un factor multiplicador de los riesgos inherentes a la tenencia o al suministro de drogas. No exige la ley, por cierto, que deba existir un aprovechamiento de aquella proximidad o cercanía, ni, menos aún, que la conducta atribuida hubiera tenido que recaer en forma directa sobre aquellos menores. (Cfr. Sala I. de esta Cámara de Casación Quevedo, Patricia Mónica s/rec. de casación", Reg. N° 2531, causa 1989, , rta. el 9 de diciembre de 1998.)

Es que, que el artículo 33 de la convención que se viene analizando ordena a los Estados partes a adoptar todas las medidas apropiadas “...para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas ..., y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícito de esas sustancias...”.

Consecuentemente no se presenta el caso de autos como la mejor manera de conciliar los intereses en juego con el instituto del arresto domiciliario que se reclama. En todo caso deberá garantizarse el derecho de los niños temporalmente separados de uno de sus padres de mantener relaciones personales y contacto directo así como la protección y asistencia mencionadas en la Convención que se viene citando.

VI. A mayor abundamiento cabe señalar que -para el caso de condenas de efectivo cumplimiento- el código penal establece en su artículo 12 “la prisión por mas de tres años lleva como inherente la privación mientras dure la pena, de la patria potestad....” previendo conforme el código civil una tutela específica para la persona y los bienes de aquellos menores de edad que no están sujetos a la patria potestad; el cual prevé además y en atención a los intereses del menor, la posibilidad de que el juez reemplace al tutor que esté encargado del niño, cuando éste no sea capaz o idóneo para ese ejercicio (cfr. artículos 310, 377, 381, 382, 389, 390, 391, 392, 393, 413, 414, 428 y 457, entre otros, del Código Civil).

Es decir, que existe un régimen legal que prevé proteger los derechos de los hijos menores cuyos progenitores

se encuentran intra muros, del que no se advierte en principio conculcación a los derechos de los hijos menores ni violación a los tratados internacionales que los amparan.

VI. Recordare aquí que los instrumentos internacionales dan sustento normativo con jerarquía constitucional al instituto de la prisión preventiva.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, art. 75 inc.22, de la Constitución Nacional), ha establecido: *“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”* (art. 32.2.-), *“...Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.”* (art.7.2.) y *“...Los procesados deben estar separados de los condenados...”* (art.5.2).

En similar sentido: *“Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes...”* (art.25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), *“...Nadie podrá ser privado de la libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...”* (art.9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), *“...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...”*(art.9.3 del Pacto citado) y *“...Los procesados estarán separados de los condenados...”* (art. 10.2 del mismo Pacto).

VII. De todo lo dicho hasta aquí concluyo que no corresponde en el caso concederle a XXXXXXXXXXXX el arresto domiciliario. Propongo, en definitiva rechazar el recurso de casación interpuesto, sin costas.

La señora juez Ana María Capolupo de Durañona y Vedia dijo:

Adelanto que, en atención a las particulares circunstancias que presenta el caso bajo análisis, habré de acompañar la solución propiciada al acuerdo por doctora Amelia L. Berraz de Vidal.

En efecto, conforme surge del informe elaborado por la Prose-cretaría de Menores de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín (vid. fs. 11/13vta.), la prisión preventiva que viene sufriendo XXXXXXXXXXXXXXX ha generado un impacto negativo en la vida de sus cuatro hijos menores, teniendo en cuenta que no sólo han perdido contacto cotidiano con su madre sino además entre sí, ya que el grupo de hermanos tuvo que distribuirse entre las distantes casas de varios familiares y cambiar de escuela, habiendo dos de los niños incurrido en repitencia escolar durante el ciclo lectivo 2005. Por otra parte, allí se da cuenta de que, más allá de las dificultades que debe afrontar el entorno familiar en lo atinente a la manutención de los chicos, éste encuentra especialmente difícil atender a sus necesidades afectivas y psicológicas.

En tales circunstancias excepcionales, habré de otorgar favorable acogida al reclamo de prisión domiciliaria formulado por la recurrente pues, tal como lo manifestara el Señor Fiscal General ante esta Cámara al prestar su anuencia al requerimiento de la impugnante, aún cuando no se configuran en el caso los supuestos previstos legalmente para su procedencia (Ley 24.660, art. 33), corresponde asegurar el “superior interés” de los niños involucrados en el caso, cuya tutela viene impuesta por un orden jerárquicamente superior (Convención Sobre los Derechos del Niño, art. 3, incorporada a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22).

Por lo expuesto, adhiero a la solución propiciada por la colega que lidera el acuerdo.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, por mayoría, el Tribunal

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 27/34 vta. por el doctor Pablo César MIQUELEIZ, asistiendo a XXXXXXXXXXXXXXX, sin costas, y consecuentemente **REVOCAR** el pronunciamiento de fs. 18/18 vta., **CONCEDIENDO** la detención domiciliaria solicitada, con la supervisión adecuada de parte del Tribunal

Oral en lo Criminal Federal Nro. 3 de San Martín, provincia de Buenos Aires (arts. 314, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y remítase la causa al Tribunal Oral mencionado, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

AMELIA LYDIA BERRAZ DE VIDAL

A. M. CAPOLUPO DE DURAÑONA Y VEDIA

GUSTAVO M.

HORNOS

Ante mí:

DANIEL ENRIQUE MADRID
Secretario de Cámara