

*Poder Judicial de la Nación*

//la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 4 días del mes de junio de 2009, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Raúl R. Madueño como Presidente y los doctores Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso y Juan E. Fégoli como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en esta causa nº 11.452, caratulada: "Delgadillo Pozo, Teófila s/recurso de casación", de cuyas constancias **RESULTA:**

1º) Que la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por el doctor Gabriel Darío Jarque, Defensor Público Oficial de la imputada y confirmar el auto de primera instancia que denegó el pedido de detención domiciliaria (fs. 80/81).

Contra esa decisión el nombrado interpuso recurso de casación, el que fue concedido a fs. 103.

2º) Que sostuvo el recurrente que el fallo le causa a su asistida un agravio de insusceptible reparación ulterior al desatenderse derechos fundamentales tanto de aquélla como del grupo que conforma su entorno familiar y que resultaba arbitrario en la medida que existía un apartamiento de las constancias del proceso, una carencia de fundamentación y un exceso formal.

En tal sentido, afirmó que los preceptos que se entienden no observados y erróneamente aplicados son: los arts. 1º, 32 y ss. de la ley

24.660; 314 -y por analogía- 495, 502 y cc. del C.P.P.N.; 17 y 5 n° 6 de la C.A.D.H.; 10, n° 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC-; 16, n° 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos -DUDH-; 23 y 24 n° 1 y 10 n° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 4, 7 n° 1, 9 y 14 n° 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); 75, inc. 22 de la C.N., en tanto incorpora con igual jerarquía los Pactos Internacionales citados a la Ley Suprema y 32 de la ley 26.742.

Sostuvo: a) que la interpretación de los preceptos legales debe efectuarse de modo que concuerde con los derechos constitucionales en juego, habiéndose omitido en el caso no sólo tener en cuenta dicha concordancia, sino también las particulares circunstancias que concurren en relación a su pupila; b) que la alzada sólo se ocupó de confirmar que los informes aportados no constituían un hecho nuevo y que no podían ser considerados obligatorios al momento de resolver pues resultaban prueba ofrecida por una de las partes, evitando abordar argumentos esenciales para la decisión del caso -nada se dijo de la vigencia de los Derechos Constitucionales que se refieren a los niños y a la familia-; c) que la cámara entendió que la ley 26.472 consagra una aplicación facultativa del instituto, sin compartir que la

*Cámara Nacional de Casación Penal*

modalidad de detención propuesta no se trata de un beneficio a conceder a su asistida, sino una obligación del Estado -encarnado en este caso en el Poder Judicial-, de respetar compromisos asumidos en materia de Derechos Humanos, cuya inobservancia puede acarrear -incluso- responsabilidad supranacional; d) que la preservación del vínculo familiar, el contacto con los hijos menores y su educación, constituyen derechos fundamentales inherentes a la persona, consagrados internacionalmente, a los que se les otorgó rango supremo; e) que oportunamente se hizo constar que el Ministerio Público de la Defensa cuenta con el auxilio de personal técnico específicamente idóneo en problemáticas sociales, lo que motivó la elaboración de un informe socio-ambiental de la familia de la imputada que reflejara claramente lo anticipado en la presentación anterior rechazada por el juez de grado; f) que considerar que tales informes no constituían hecho nuevo, resultaba un sinsentido, pues no había sido agregado antes a la causa

ningún estudio técnico que diera cuenta de la situación que padecía la familia de su asistida, por lo que mal podía negarse su calidad de hecho nuevo; y g) que, si se dudaba de sus conclusiones, bastaba con disponer una ampliación del limitado informe socioambiental practicado por orden del juez de grado.

**3º)** Que, luego de realizada la audiencia prevista en el artículo 454 en función de lo dispuesto por el artículo 465 bis del Código Procesal Penal de la Nación, y habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Raúl R. Madueño y en segundo y tercer lugar los doctores Juan C. Rodríguez Basavilbaso y Juan E. Fégoli respectivamente, el Tribunal pasó a deliberar (art. 469 del C.P.P.N.).

**El señor juez doctor Raúl R. Madueño dijo:**

I- En primer lugar, es dable señalar que de las constancias de la causa resulta:

A- que el día 28 de noviembre de 2008, en un control de rutina practicado sobre un micro de pasajeros de la empresa "Andesmar", se detectó en la baulera un bolso color azul identificado con ticket n° 248 que contenía cinco (5) paquetes con una sustancia que se trataría de cocaína, disimulados con champú y crema de enjuague, cuyo pesaje arrojó un total de 5,5548 kg y que de las averiguaciones practicadas pudo concluirse que Teófila Delgadillo Pozo sería la responsable del despacho del mismo. La conducta que se le imputa "prima facie" es la de ser autora penalmente responsable del

Causa N° 11.452 -Sala I-

"Delgadillo Pozo, Teofila s/recurso  
de casación

*Cámara Nacional de Casación Penal*

delito de transporte de estupefacientes en los términos del art. 5°, inc. c), de la ley 23.737, concretamente, el traslado de sustancia estupefaciente hasta la Ciudad de Río Gallegos, que era el destino del ómnibus en que viajaba.

Queda claro para mi, por las razones que seguidamente expondré, que se trata de un supuesto de desplazamiento por encargo en lo que se ha dado en llamar "mula" o "camello" -que es la persona que transporta droga prohibida en su estómago, sobre su cuerpo o equipaje y que constituye el eslabón más débil de la cadena del narcotráfico-, pues nada lleva a concluir que la causante participe en supuestos más graves ni que sea protagonista de todas las cadenas del tráfico

B- que, en lo que aquí interesa, el 26 de febrero de 2009 la defensa oficial presentó una reiteración del pedido de arresto domiciliario de su asistida (fs. 18/18 vta.). Adjuntó dos informes elaborados por la Comisión sobre temáticas de género de la Defensoría General de la Nación (fs. 9/17) y solicitó que dada la calidad de hecho nuevo y conducente, se los tuviese en cuenta para resolver esta nueva petición;

C- que el 2 de marzo de 2009, el juez de grado no hizo lugar a la presentación (fs. 39/40 vta.). Para así resolver, tuvo en cuenta: que a la imputada con fecha 17 de diciembre de 2008, se le decretó el procesamiento con prisión preventiva por hallarla “prima facie” autora penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes en los términos del art. 5º, inc. C, de la ley 23.737 y arts. 306 y 312 del C.P.P.N. (fs. 27/31 vta.), pronunciamiento que, en lo sustancial, fue confirmado por la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca (fs. 32/33); y que la hipótesis invocada no encuadraba en ninguno de los supuestos que autorizan para concederlo (art. 314 del C.P.P.N.; arts. 33 y 11 de la ley 24.660 y arts. 1º inc. f y 4º inc. f de la ley 26.472). Así, consideró que la concesión o no de dicho beneficio resultaba facultativo para el juez; que el resultado del informe traído en esta oportunidad por el defensor oficial no bastaba para justificar el beneficio en examen pues nada aportaba para desvirtuar los elementos de juicio que oportunamente fueron tenidos en cuenta para justificar el rechazo del pedido, puesto que la “reorganización familiar” es una consecuencia necesaria ante la adversa situación que vive la familia de una persona que se encuentra privada de su libertad; que no “brotan probadas” (sic) las condiciones elementales que permitan establecer la proyección anunciada por el Defensor, ni podía

Causa N° 11.452 -Sala I-

**"Delgadillo Pozo, Teofila s/recurso  
de casación**

*Cámara Nacional de Casación Penal*

considerarse lo allí expuesto como un hecho nuevo que implicara un tratamiento distinto al efectuado; y que el dictamen acompañado resultaba estéril a los fines pretendidos puesto que en nuestro derecho rige el principio *iura novit curia* y no se trataba en el presente de una eventual intervención en calidad de *amicus curiae*, razones que lo eximían de cualquier pronunciamiento sobre el particular; y

D- que este veredicto fue confirmado por la Sala I de la Cámara Federal el 5 de marzo de 2009 (fs. 80/81). Para así resolver, y compartiendo los argumentos del juez de grado, expresó que los informes acompañados por la defensa no constituían un hecho nuevo, sino una prueba aportada por una de las partes, equiparable *mutatis mutandis* a los efectuados por los consultores técnicos previstos en el art. 458 del C.P.C.C.N. y que las conclusiones a las que arriban no podían ser consideradas obligatorias al momento de decidir; que el art. 32 de la ley 26.472 establece que el juez "podrá" otorgar el beneficio, por lo que se trata de una facultad y no de una obligación; y que no podía encuadrarse el caso en el inc. "f" de

aquella norma porque los hijos de Delgadillo Pozo excedían los cinco años de edad.

II- Efectuada la presente reseña, corresponde ingresar al análisis de la cuestión traída a estudio.

En primer lugar, es dable señalar que con la sanción de la ley 26.472, que entró en vigencia el 20 de enero de 2009, se modificaron los arts. 32 de la ley 24.660 y 10 del Código Penal, que quedaron redactados, respectivamente y en lo que aquí interesa, de la siguiente forma: “el juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria...f) a la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo”; y “Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria...f) la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

Si bien es cierto que en ninguno de estos supuestos se encuentra expresamente comprendida la causante -pues sus hijos tienen 7, 10 y 12 años de edad-, sin dejar de contemplar la gravedad del delito imputado, debo señalar que no se trata en definitiva de amparar su situación personal que no fue contemplada por el legislador, sino de velar por la finalidad tuitiva respecto de los derechos



*Cámara Nacional de Casación Penal*

reconocidos a los menores. Por lo que -en función de las consideraciones que a posteriori expondré-, he de adelantar que dadas las particulares circunstancias que rodean la causa, en el particular caso de autos considero viable la concesión del beneficio impetrado en su favor.

Resulta elocuentemente ilustrativo de la situación por la que atraviesa el grupo familiar el informe social confeccionado por el Programa de Atención a Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación -documento elaborado por la licenciada en trabajo social, Laura Grandoso y por Romina Lobato (fs. 1/8), acompañado por el escrito de fs. 9/17 elaborado por los Defensores Oficiales Cecilia L. Mage y Alberto R.S. Giordano del Ministerio Público de la Defensa, a los que les asigno valor documental para resolver la

presente incidencia por emanar de un órgano constitucional (art. 120 C.N.)-. Del mismo surge -en lo sustancial- que la familia primaria se encuentra constituida por la imputada de 50 años de edad, Florentino Vásquez Montaña de 37 años y sus tres hijos menores; que Teófila Delgadillo Pozo cuenta con una hija mayor fruto de una unión anterior, que ha conformado su propia familia y reside próxima al domicilio familiar y es la única referente con cierta presencia en la cotidianeidad familiar; que Vásquez Montaña no cuenta con familiares que puedan asistirlo en lo afectivo y material; y que la detención de Delgadillo Pozo resulta en una ausencia insustituible para el grupo familiar, que atraviesa actualmente una serie de padecimientos.

Se señala que previo a la detención, el grupo familiar había alcanzado cierto equilibrio en la distribución de roles y funciones; que mientras Vásquez trabajaba en un taller mecánico como chapista y era el principal proveedor del grupo familiar, la causante se encargaba principalmente del cuidado de sus hijos y de las tareas domésticas, a la vez que vendía ropa con el fin de engrosar los ingresos familiares; que su detención produjo una forzada reorganización familiar, con el consecuente desborde de su concubino, quien sostiene su trabajo y simultáneamente cuida de sus hijos y de su hogar; que, sin embargo, al momento de ausentarse por

*Cámara Nacional de Casación Penal*

razones de trabajo, la familia debe desplegar estrategias sujetas a la disponibilidad económica; que algunas veces el progenitor le paga a una amiga de su hijastra para que cuide a los niños por unas horas y en otras oportunidades, es su hijo de 12 años quien debe asumir esta responsabilidad, lo que si bien ello constituye una estrategia de organización familiar a la vez da cuenta de una situación de trabajo infantil en el ámbito doméstico, al tener que reemplazar a los adultos y asumir responsabilidades que sólo a ellos les competen y para las cuales no están preparados, lo que constituye un riesgo.

Desde el momento de la detención de Delgadillo Pozo, sus hijos varones la visitaron una sola vez, mientras que la niña lo hizo en dos ocasiones. El contacto que mantienen con su madre es telefónico y dos veces por semana.

Respecto de Vásquez Montaña, se destaca que tiene un trabajo precario por no estar registrado y a la vez inestable por estar sujeto a una demanda variable; que a partir de la detención de su concubina, vio reducida su disponibilidad horaria para el trabajo por tener que estar simultáneamente al frente de su hogar y de sus hijos, lo cual produjo un franco deterioro de la situación económica del

grupo familiar; y que padece, además del Mal de Chagas, enfermedad cuyo tratamiento debió suspender en virtud de la detención de su concubina.

Finalmente, se estima que de prolongarse la ausencia de Delgadillo Pozo en el núcleo familiar las condiciones materiales y subjetivas de existencia de sus integrantes empeorarán. En primer lugar, y en relación a los niños, porque su inestable estado emocional se agudizará, pudiendo repercutir en su vida cotidiana en general y en su escolarización en particular, pues de su relato se desprende que la madre tenía un lugar fundamental en el proceso educativo de sus hijos.

Concluye el informe en que la concesión del arresto domiciliario a la señora Delgadillo Pozo, traería aparejados los siguientes beneficios: a) la preservación del vínculo materno filial para el sano desarrollo de los niños, atento a la presencia que ha tenido la madre en la vida de sus hijos; b) la reorganización intrafamiliar y el cese del trabajo infantil, pues su presencia produciría una redistribución de roles y funciones, por lo que el mayor de los hijos podría desligarse de las responsabilidades que presenta ante su ausencia, que corresponden a un adulto; c) el incremento de los ingresos familiares, pues Vásquez Montaña podría aumentar la disponibilidad horaria para realizar sus tareas laborales, a la vez que se reducirían los

Causa N° 11.452 -Sala I-

**"Delgadillo Pozo, Teofila s/recurso  
de casación**

*Cámara Nacional de Casación Penal*

gastos que la familia debe afrontar, lo que redundaría en beneficio de la situación económica del grupo familiar.

III- Del relato que antecede se desprende el grave cuadro de situación por el que se encuentran atravesando la familia y, en especial los menores de edad.

Dado lo expuesto, se impone que el caso deba analizarse a la luz del principio del "interés superior del niño", consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño, los tratados internacionales incorporados a nuestra Carta Magna a través del art. 75, inc. 22 y las leyes 26.061 y 26.472.

La vigencia de las normas de derecho interno debe confrontarse con aquellas a las que el constituyente otorgó jerarquía constitucional por estar incluidas en tratados internacionales suscriptos por nuestro país. Tal es el caso de la Convención de los Derechos del Niño, suscripta por la República Argentina y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes,

instrumento aquél en el que se alude al interés superior del niño como objetivo prioritario cuya satisfacción corresponde al Estado garantizar.

La vigencia y operatividad de los derechos fundamentales de los niños evaluados con un sentido que contemple su interés y conveniencia, debe prevalecer por sobre las razones de cautela que puedan justificar un encarcelamiento meramente precautorio. La entrevista de los menores de la que da cuenta el informe al que se hiciera mención en el punto II, ha permitido conocer - conforme lo establece el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del niño-, los perjuicios que les irroga la detención de su madre, lo que permite estimar las consecuencias y beneficios de mantenerla en tal situación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diversos pronunciamientos ha señalado que la consideración primordial del interés del niño que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (art. 3.1) impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a esta Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución le otorga. La atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse

Causa N° 11.452 -Sala I-

**"Delgadillo Pozo, Teofila** s/recurso  
de casación

*Cámara Nacional de Casación Penal*

en una 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 (CSJN "S.C. s/ adopción", rta. el 2/8/2005).

Asimismo, ha expresado que las sentencias y opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben servir a los jueces como guía en el momento de tomar decisiones (Fallos 318:514). En tal sentido, en la Opinión Consultiva OC 17/2002, se ha establecido que la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que le han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito y competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de

ella.

En anterior oportunidad señalé que la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional incorporado al bloque constitucional por la reforma operada en 1994, establece en los artículos 3.1 y 4 dos pautas en base a las cuales se deberán analizar las obligaciones del Estado a saber: el interés superior del niño y la efectividad de los derechos de la Convención; que el derecho interno debe regular las materias de la infancia concibiendo a los niños como sujetos de derechos y no como simples destinatarios de acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado (cfr. Nahid Cuomo, María de los Ángeles, “La aplicación de la Convención sobre los derechos de los niños por los tribunales argentinos”, en AA.VV. “Convención sobre los derechos del niño”, Santa Fe, 2002, pág. 48); que actúa como norma rectora el principio de prioridad del interés superior del niño que es una garantía constitucionalmente tutelada que establece un ámbito de protección de los derechos del menor, así en el artículo 3º la Convención obliga a los tribunales y a los demás poderes del Estado, a que en todas las medidas concernientes a los niños se atienda como consideración primordial el interés superior de los mismos. Esta consideración rectora, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias. Por otra parte, la Convención Americana de Derechos



*Cámara Nacional de Casación Penal*

Humanos confiere un lugar especial, en su jerarquía interna, a los derechos del niño los que no pueden ser suspendidos siquiera en caso de guerra, peligro público o de otras emergencias que amenacen al Estado (arts. 27 y 29); que el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño confiere especialísima e inderogable tutela a los derechos de la infancia, la necesidad de una protección especial así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en el art. 3º, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados los menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del niño, que “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal” lo cual requiere de la familia, de la sociedad y del Estado la adopción de medidas tuitivas que garanticen esa finalidad (cfr. C.S.J.N. *in re*: “S.622. XXXIII. S., V. c/ M., D. A. S/ medidas precautorias”, rta. el 3/4/01); que también reconoce el Preámbulo 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”; y que, por otra parte, la Corte Interamericana en la Opinión

Consultiva 17/2002, afirmó 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” (cfr. mi voto en la causa “Mercado, María Elena s/ recurso de casación”, causa n° 8506, reg. N° 11.214, rta. el 30 de octubre de 2007).

Antes que ahora sostuve que los menores máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés de la autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos” -con cita del dictamen del la Procuración General de la Nación, al que remitió la Corte, en N.108.XXXIX, Neira, Luis Manuel y otra c/Swiss Medical Group S.A.”, rta. el 21/8/03- (cfr. mi voto *in re* “R., M. N. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, causa n° 5212, rta. el 13/9/04, reg. n° 6905 de la Sala II).

Sentado ello, es necesario especificar qué debe entenderse por interés superior del niño, concepto que permite y exige a su vez, en

Causa N° 11.452 -Sala I-

"Delgadillo Pozo, Teofila s/recurso  
de casación

*Cámara Nacional de Casación Penal*

cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación y las circunstancias específicas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la ya mentada OC-17/2002, señaló que la expresión "interés superior del niño" consagrada en el art. 3º de la Convención del Niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como principios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

No existe disenso respecto de que la Convención elevó el interés superior del niño al carácter de norma fundamental. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar su desarrollo, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño . A este criterio

han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos (Corte IDH, O.C. cit.).

Además, el art. 6.2 de la Convención de los Derechos del Niño refuerza aún más este concepto al establecer que los Estados Partes garantizarán la supervivencia y desarrollo del niño, compromiso que debe comprender la prevención y eliminación de todos aquellos flagelos que puedan impedir su desarrollo adecuado y digno.

Los instrumentos internacionales mencionados representan la expresión de la voluntad de la comunidad internacional en tanto establecen que la familia constituye 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).

A manera de resumen y a la luz de lo dispuesto por la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los demás documentos internacionales atinentes al caso, podemos señalar que se consagran

Causa N° 11.452 -Sala I-  
"Delgadillo Pozo, Teofila s/recurso  
de casación

*Cámara Nacional de Casación Penal*

-entre otros- los siguientes principios, conforme la expresión "interés superior del niño"  
(art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño): 1º) **Principio de Socialización** -  
Título IV., art. 10, apartado A), arts. 11 a 19 de las Directrices de Riad-; 2º) **Principio  
de Humanidad** que atienda al bienestar del menor -arts. 9 y 20 de la Convención y 1º,  
5 y 6 de las Reglas de Beijing y 32 a 39 de las Directrices de Riad-; 3º) **Principio de  
Jurisdiccionalidad** -arts. 37 y 40 de la Convención y 14 de las Reglas de Beijing-; 4º)  
**Principio de Reserva de Identidad e Intimidad** -arts. 16 y 40 de la Convención y 8 de  
las Reglas de Beijing-; 5º) **Principio de Protección Integral como responsabilidad del  
Estado** -art. 3º de la Convención, 1º de las Reglas de Beijing y arts. 1º y 10 de las  
Directrices de Riad- (cfr. mi voto en la causa Mercado antes citada).

En definitiva, es función de los jueces realizar la  
interpretación más acorde al principio garantizado por la Constitución Nacional, en razón  
de que la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los estados-parte a proteger

los derechos fundamentales de ellos -cfr. mis votos *in re*: “R., M. N. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, causa nº 5212, reg. nº 6905, rta. el 13/9/04, ”C. F., M. R. s/ inaplicabilidad de ley”, Acuerdo 2/06, Plenario nº 12, del 29/6/2006”-

IV- Cabe recordar que la causante es madre de tres hijos menores de edad, de 7, 10 y 12 años, circunstancia que no puede dejar de ser tenida en cuenta al momento de resolver el pedido de detención domiciliaria, en función del “interés superior del niño”. Esto obliga a prestar especial atención a las consecuencias que de mantenerse la medida ordenada puedan generarse en los menores. Sabido es que el encarcelamiento resiente el normal desenvolvimiento de la relación familiar, con afectación al derecho de los menores. La protección del núcleo elemental para su desarrollo fuerza, entonces, a encontrar una solución que priorice sus intereses al tiempo que procure, en la medida de lo posible, no frustrar el éxito de la investigación.

El derecho de los niños a la preservación de sus relaciones familiares requiere de una interpretación armoniosa con las disposiciones relacionadas con la privación de libertad. La ley 26.061, reglamentaria de la Convención sobre los Derechos del Niño, posterior a la ley de ejecución penal, incluyó entre los

*Cámara Nacional de Casación Penal*

derechos de aquéllos el de la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con aquella ley, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, como también lo han hecho los instrumentos internacionales antes citados.

Así, el principio del "interés superior del niño" se encuentra erigido como verdadero criterio rector de todo el sistema protector de derechos de la infancia.

La vigencia y operatividad de los 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 adopte" (Fallos 293:273), debe prevalecer por sobre las razones de cautela de su progenitora.

Se ha dicho que los efectos que el encarcelamiento de una madre tiene en las familias son, en general, más devastadores que los que habitualmente se generan con el del padre (cfr. Quaker United Nations Office, Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas. Grupo del Proyecto Mujeres en la Cárcel, agosto 2007, p. 11).

El arresto domiciliario sólo implica una modalidad de cumplimiento de la privación de libertad, igual de restrictiva pero menos acuciante que una detención institucional.

En caso de verificarse una situación psicológica, social y familiar disvaliosa para los menores -como considero sucede en el sub examine-, debe estarse, excepcionalmente, a una medida alternativa a la prisión preventiva que no interfiera en el vínculo filial-materno y profundice las negativas incidencias de orden psicológico que el desprendimiento de su madre ocasiona a los menores, en tanto y en cuanto la beneficiada no incurra en violación a las condiciones que se impongan, con la precariedad que la medida supone, sujeta a que se mantenga la situación existente al momento de decidir, como el cumplimiento estricto de las condiciones impuestas, circunstancia que deberá ser anoticiada en forma fehaciente a la causante, haciéndole comprender los alcances de la medida y sus consecuencias.

En definitiva, todo lo expuesto me lleva a concluir, en el particular caso de autos, acerca de la conveniencia de conceder la detención domiciliaria a Teófila Delgadillo Pozo, en función del “interés superior del niño” y las



*Cámara Nacional de Casación Penal*

finalidades de protección del vínculo afectivo familiar señaladas, sujetando dicha modalidad a la prohibición de salida del país, a la obligación de permanecer en el domicilio fijado, a su concurrencia semanal a la Comisaría más cercana a aquél y a la vigilancia por la autoridad competente del cumplimiento de las condiciones impuestas, pues no se vislumbran circunstancias que hagan presumir que la nombrada pudiera eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación en curso, lo que constituye otro elemento que otorga mayor sustento a su viabilidad, siendo que -por otra parte- aún no tiene fecha cierta el comienzo del juicio por ante el tribunal oral, a tenor del certificado de fs. 112.

**El señor juez doctor Juan C. Rodríguez Basavilbaso**

dijo:

I. En el curso de la audiencia ante esta Cámara la defensa sintetizó con claridad los agravios que integraron su recurso de casación, a saber:

a)arbitrariedad de la sentencia por apartamiento de las constancias del expediente que demuestran la situación de vulnerabilidad en que se

encontrarían los menores a partir de la detención de su madre; por no haber dado respuesta a los agravios conducentes de la defensa en relación al incumplimiento por parte del tribunal de los pactos internacionales invocados; y por considerar que importa un exceso ritual afirmar que la concesión del arresto domiciliario es facultativo para el juez.

b)inconstitucionalidad de la interpretación de la ley

26.472 en cuanto establece que no puede existir arresto domiciliario de madres de niños mayores de cinco años. En este orden de ideas consideró que los fundamentos que llevaron a establecer dicho límite deben ser analizados en cada caso en concreto teniendo en cuenta los arts. 1 y 32 de la ley 24.660, 314, 495 y 502 del C.P.P.N., 17 y 5.6 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales, art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 23, 24 y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 4, 7.1, 9, 14.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y art. 32 de la ley 26.472.

II. Si bien el sentenciante no se encuentra obligado a dar respuesta a todos y cada uno de los planteos de la parte, sino sólo a aquéllos que son conducentes para la solución del caso, entiendo que asiste razón a la defensa en cuanto a que los tribunales de grado no han tratado planteos constitucionales relevantes oportunamente introducidos.

Causa N° 11.452 -Sala I-  
"Delgadillo Pozo, Teofila s/recurso  
de casación

*Cámara Nacional de Casación Penal*

Fundamentalmente no encuentro en las decisiones de fs. 39/40 vta. y fs. 80/81 que se haya tratado la inconstitucionalidad de la interpretación restrictiva del art. 32 de la ley 24.660 -modificada por la ley 26.472- que establece que el arresto domiciliario puede disponerse respecto de la madre de un niño menor de cinco años a su cargo; y que para la parte esa omisión importó que se haya dado privilegio a una norma infraconstitucional por sobre los derechos constitucionales que ha invocado en sus presentaciones al transitar por las diversas instancias judiciales.

Considero que tampoco se ha profundizado, mediante la obligada intervención de los profesionales de la psicología de rigor, si las circunstancias justificantes del pedido, invocadas con sólidos fundamentos por la defensa, son de tal entidad como para arribar a la conclusión de que el bienestar psicofísico de los tres niños se encuentra en riesgo frente a la ausencia de su madre del seno familiar a raíz de la medida cautelar privativa de la libertad decidida en primera instancia y

confirmada por la cámara de apelaciones. Ni aún se exploró mediante experticia médica si el padre de los menores y concubino de la detenida se encuentra en condiciones de grave compromiso en su salud a raíz de la enfermedad que padece (mal de Chagas), según fue alegado, al punto que le impida llevar adelante las obligaciones inherentes a su rol paterno.

También se omitió escuchar a la medio hermana mayor edad de los niños, quien se refiere que colabora con su cuidado, a fin de recabar información acerca de la manera que efectúa esa ayuda y sus reales posibilidades al respecto.

El brevísimo informe socio ambiental de fs. 23/23 vta. en el que se fundaron las denegatorias cuestionadas de ninguna manera cubre el espectro a indagar en orden a la situación denunciada por la defensa, ya que nadie niega que los menores viven junto a su padre en una casa propia de material y con el resto de las necesidades básicas habitacionales cubiertas, sino que la asistencia técnica denunció que no cuentan durante las horas en que su padre sale a trabajar con alguien que los cuide en sus necesidades básicas y los contenga frente a la angustiada separación de su madre, lo que podría redundar en consecuencias psicológicas que podrían exceder las propias naturales de la tragedia que les toca vivir por primera vez, y que podría minar su seguridad, su inserción escolar y, en especial, una injusta recarga de tareas y responsabilidades en el hermano mayor de tan sólo doce años.

Causa N° 11.452 -Sala I-  
"Delgadillo Pozo, Teofila s/recurso  
de casación

*Cámara Nacional de Casación Penal*

Es sobre esas cuestiones que debería fundarse -entre otros datos relevantes- la concesión o la denegatoria del instituto reclamado. Se impone averiguar el horario en que los menores concurren al establecimiento escolar, cómo lo hacen y quiénes permanecen a su cuidado hasta el regreso del progenitor. Ya que si bien legislativamente se estableció el tope de cinco años de edad de los hijos a los fines de la concesión del arresto domiciliario de la madre, en virtud de los pactos internacionales que la defensa invoca, considero que ese límite no es infranqueable puesto que no puede prescindirse, en el caso concreto, del test de razonabilidad de aquélla mediante el prisma de los principios constitucionales de igualdad, interés superior del niño, interpretación de las normas pro homine y pro libertate, mínima intervención penal, fin resocializador de la pena, prohibición de trascendencia de ésta a terceros y proporcionalidad de la medida coercitiva.

No advierto, además que se les haya dado la

oportunidad a los menores de expresar su opinión libremente en este asunto que claramente los afecta, pese a que conforme lo establece el art. 12.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño tienen el derecho a hacerlo para que su opiniones sean tenidas en cuenta en función de su edad y madurez alcanzada de acuerdo con el principio de capacidad progresiva.

Obviamente no se pone en duda aquí el derecho del Estado de disponer medidas restrictivas de la libertad de carácter cautelar cuando ello es necesario para la aseguración del proceso, ni el derecho de la sociedad a defenderse frente al delito (de especial gravedad en el presente caso, pues justamente el flagelo de la droga muchas veces también ataca aún a pares etarios de los que aquí reclaman protección, destruyendo su futuro) ) pero no parece suficiente esgrimir esas prerrogativas en abstracto si se llegara a probar concretamente en el expediente que no se encuentran garantizadas las condiciones suficientes de bienestar y estabilidad de los hijos de la imputada.

Es que el Estado Argentino en el art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño se comprometió a adoptar las medidas administrativas, legislativas o de cualquier otra índole que fueran necesarias para dar

*Cámara Nacional de Casación Penal*

efectividad a los derechos reconocidos en la propia convención sin distinción alguna y aún por encima de la condición de sus padres (art. 2.1), cuyas acciones no pueden ser motivo de discriminación a su respecto. Derechos entre los que debo destacar el de crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (Preámbulo de la CDN), el derecho a contar con protección y cuidados especiales -aún por encima de los derechos de los mayores y los del propio Estado-.

Como señalé más arriba, la CDN expresamente prevé la posibilidad de que medie detención o encarcelamiento de uno o de los dos padres (art. 9.4), pero ello, repito, debe ser armonizado con el resto de la normativa que compone ese instrumento y de aquella que lo interpreta, en particular con la norma que impone que en esos y otros casos se debe considerar preponderantemente al interés

superior del niño (art. 3).

Y niño se es para la CDN hasta los dieciocho años de edad. Es verdad que especialmente respecto de los niños pequeños o comprendidos en lo que se dio en llamar la “primera infancia” (definida por el Comité de los Derechos del Niño como el período comprendido desde el nacimiento hasta los ocho años de edad -Observación General del Comité n° 7 del año 2005) los Estados parte deben crear las condiciones que promuevan a su bienestar, durante esa fase esencial de su vida, pues son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores, y además, son menos capaces de comprender las circunstancias de cualquier separación; a lo que se suma que los niños cuyos padres están encarcelados se consideran entre aquellos que tienen necesidades especiales de protección (puntos 9, 18 y 36 b) de la citada Observación General).

Pero la aplicación de una norma que pone un corte puramente etario sin ser contrastada la congruencia de su ejercicio con el presupuesto fáctico que la convoca es, como adelanté, arbitrario pues es obligación del tribunal verificar previamente los antecedentes objetivos que fundan el reclamo defensorista, en pos



*Cámara Nacional de Casación Penal*

de no impedir mediante una aplicación rigorista de la ley el desamparo de los menores, y con ello la responsabilidad internacional de nuestro país por el incumplimiento de los compromisos internacionales a los que se ha obligado.

Si bien el legislador adoptó una edad en la que de no existir circunstancias especiales que lo obsten, le permite a la madre estar con sus hijos aún durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad o una medida cautelar del mismo tenor, no excluye de manera alguna que en etapas posteriores de su desarrollo el niño - y por aplicación analógica in bonam parte del art. 32 de la ley 24.660- no requiera también de la presencia de sus padres para garantizar su supervivencia, salud y demás derechos. La elaboración de normas jurídicas no agota -siquiera mínimamente- la obligación de los Estados signatarios de la CDN que se comprometieron a un acabado respeto por los derechos de los niños, tal el caso de la sanción de la ley 26.472. Y si en casos como el presente, esa norma puede implicar dejar fuera del paraguas protector a menores que pudieran necesitar acciones por parte del Estado en procura de sus derechos, ya sea a través del reconocimiento judicial de su necesidad de permanencia

junto a su madre, ya sea mediante otras formas de prestaciones positivas estatales que importen salvaguardar su interés, es menester que se evalúen esas alternativas con seriedad y fundamentación suficiente, para alcanzar los objetivos propuestos como Nación comprometida con otorgar a la niñez el trato preferencial que requiere y merece.

Se impone por consiguiente hacer lugar al recurso de casación de la defensa con fundamento en la teoría de la arbitrariedad de sentencia, y anular la decisión obrante a fs. 80/81, debiendo dictarse una nueva con arreglo a las pautas y lineamientos aquí señalados y a las circunstancias de hecho que se prueben al respecto.

III. A lo expuesto debo agregar “obiter dictum” que en el control amplio del legajo que me impone la teoría del máximo rendimiento (C.S.J.N., Fallo Casal) no puedo dejar de advertir que en ninguna de las resoluciones adoptadas en relación con la privación de libertad de la señora Delgadillo Pozo, ni siquiera al resolver su pedido de excarcelación a fs. 35/38, se ha argumentado acerca de la existencia por su parte de algún riesgo procesal que no exceda el argumento del monto de pena que, en abstracto, le corresponde por el delito endilgado.

Es por ello que considero que el tribunal deberá, además de analizar si se dan las condiciones que justifiquen que sea ella la que deba encargarse personalmente de sus hijos menores y, en ese caso, si se justifica la modalidad morigerada de encierro que propone la defensa, o si, en su caso, es la

*Cámara Nacional de Casación Penal*

libertad durante el proceso por vía de excarcelación, la mejor forma de salvaguardar los derechos invocados en relación a los menores de edad. Siempre recordando que la imputada a la fecha se encuentra amparada por el principio de inocencia y que cualquier intento de elusión, evasión, el incumplimiento de las pautas que se le fijaran o la comisión de un nuevo delito, no serán más que un elemento concreto a tener en cuenta para confirmar si el interés superior de los niños aquí invocado se encuentra salvaguardado con la presencia de la encartada y que con su conducta contraria a sus compromisos no demuestra intención de cumplir con las obligaciones que le pesan respecto de la crianza y el desarrollo de sus hijos (art. 18 C.D.N.).

En ese sentido expido mi voto.

**El señor juez doctor Juan E. Fégoli dijo:**

Los fundamentos y conclusiones a que arriba el colega que me precede, a mi juicio, resuelven correctamente y con claro entendimiento la cuestión planteada.

Por ello, voto en igual sentido.

Por ello, y en mérito al acuerdo que antecede el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE: HACER LUGAR** al recurso de casación de la defensa con fundamento en la teoría de la arbitrariedad de sentencia, y anular la decisión obrante a fs. 80/81, debiendo dictarse una nueva con arreglo a las pautas y lineamientos aquí señalados y a las circunstancias de hecho que se prueben al respecto; sin costas (arts. 471, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada; y oportunamente devuélvase al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.