/// en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 19 días del mes de mayo de dos mil veinte, se reúne de manera remota y virtual, de conformidad con lo establecido en las acordadas N° 6/20, 8/20, 10/20, 12/20, 13/20 y 14/20 de la CSJN y 3/20, 4/20, 5/20, 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20 y 11/20 de la CFCP, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez Guillermo J. Yacobucci como Presidente, el juez Alejandro W. Slokar y el juez Carlos Alberto Mahiques como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, Mariana Andrea Tellechea Suárez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la causa nº CFP 11732/2014/TO1/5/CFC6 del registro de esta Sala, caratulada: "DE IRAZÚ, María Belén s/ recurso de casación". Interviene representando al Ministerio Público Fiscal el señor Fiscal General doctor Mario A. Villar, encontrándose la defensa a cargo de la Defensora Pública Oficial doctora María Florencia Hegglin.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez Alejandro W. Slokar, y en segundo y tercer lugar los jueces Carlos A. Mahiques y Guillermo J. Yacobucci, respectivamente.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1º) Que por decisión del 17 de abril ppdo., el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 2 de esta ciudad, conformado unipersonalmente, dispuso: "**NO HACER LUGAR** a la solicitud de arresto domiciliario de **MARÍA BELÉN DE IRAZÚ SIN**

COSTAS (arts. 10 del Código Penal, 32 y 33 de la ley 24.660 y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)".

Contra esa resolución dedujo recurso de casación el defensor oficial, el cual fue concedido por el *a quo* junto con la habilitación de la feria judicial extraordinaria.

Así, a tenor de lo dispuesto en las Acordadas n° 6/20, 8/20, 10/20, 12/20, 13/20 y 14/20 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 8/20, 9/20, 10/20 y 11/20 de esta Cámara Federal de Casación Penal, junto con lo establecido en la Acordada n° 7/09 de este cuerpo y de conformidad con el art. 4 del Reglamento para la Justicia Nacional, corresponde estar a la habilitación dispuesta.

2º) Que la defensa interpuso remedio casatorio de acuerdo a ambos incisos del art. 456 del código rituario.

Liminarmente planteó que la resolución en crisis resulta arbitraria por apartarse de las constancias de la causa, como además de los preceptos normativos establecidos en el art. 32 de la ley 24.660.

Señaló que el arresto domiciliario: "Ya fue solicitado y rechazado por el Tribunal Oral en tres oportunidades y todas esas veces revocado por la Cámara Federal de Casación Penal. En efecto, luego de cada uno de los rechazos la cámara hizo lugar a nuestro recurso de casación y ordenó al tribunal dictar una nueva resolución acorde a derecho".

En ese sentido, memoró que su asistida: "…es madre de 5 niños, los cuales tienen 11, 9, 7, 5 y 2 años…" y que "el mayor de sus hijos […] posee una enfermedad que requiere particulares atenciones y tratamientos…". En ese orden, señaló que uno de los niños sufre síndrome nefrótico y otro padece un trastorno de aprendizaje, encontrándose ambos bajo tratamiento especializado.

Luego destacó que su pupila en razón de vivir con VIH pertenece a un grupo de riesgo dado que su sistema

inmunológico se encuentra debilitado, pues es una de las particularidades de su enfermedad, lo cual la deja en una situación de riesgo inminente frente a la pandemia de COVID-19 que afecta mundialmente la salud de las personas.

En ese orden, estimó que: "De Irazu es portadora de VIH, esto quiere decir que, mensualmente, tiene que presentarse en un hospital público a recibir su medicación para no morir. No existe posibilidad de que, una persona que depende para vivir de las medicinas que le provee el Estado, se sustraiga de la pena que se le impuso".

Respecto de la situación de los hijos de la condenada adujo que: "…no se evaluó si la presencia materna en el hogar implicaría una mejor situación para los niños, y si cumpliría de forma más satisfactoria su interés superior, sino que simplemente se limitó a únicamente constatar -en la opinión del juez- que […] no se ha generado una situación ni de desamparo ni de inseguridad material y/o moral sobre sus hijos…". A ello sumó que: "Tampoco el tribunal ha valorado la importancia de que los hijos de De Irazu puedan compartir su vida con sus hermanos, cosa que sería solamente posible con su madre cumpliendo arresto domiciliario…".

Asimismo, refirió que el *a quo* realizó una interpretación restrictiva de la norma que permite la morigeración y que no se tuvieron en cuenta los problemas de salud de sus hijos.

Por otro andarivel, criticó la decisión impugnada en cuanto allí se afirmó que la autoridad penitenciaria había adoptado las medidas necesarias para evitar una situación de contagio dentro de sus establecimientos. En torno a ello, el defensor refirió que: "…se trata de una fundamentación abiertamente genérica, que no tiene un solo argumento o

información que sea específico para el caso de mi asistida. Se limitó a referir informes emitidas por autoridades del Gobierno Nacional o del S.P.F.” y señaló que: “La última comunicación que tuve con De Irazu (el viernes 24/4) tenía de fondo una batucada y me decía llorando que una interna había dado positivo y que ella no se quería morir, porque era HIV positivo”.

Bajo ese escenario argumental, el recurrente postuló que su asistida vería seriamente comprometida su salud y su supervivencia en caso de contraer el virus COVID-19 en el ámbito carcelario.

3º) Que, frente al expreso pedido de habilitación de días y horas inhábiles formulado en el recurso, con invocación de la situación de emergencia sanitaria, se fijó audiencia en los términos del art. 465 bis del CPPN. En dicha oportunidad se presentó la defensa, amplió fundamentos, solicitó que se haga lugar al recurso y que se conceda la prisión domiciliaria.

Por su parte, se presentó el representante del Ministerio Público Fiscal y solicitó el rechazo de la morigeración. En tales condiciones, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

-II-

Que el recurso en trato resulta admisible en virtud de lo previsto en el art. 491, segundo párrafo, CPPN y ha sido interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo, en tanto la resolución recurrida ha sido contraria a sus pretensiones, invocando de manera fundada los motivos previstos en el art. 456 del digesto citado.

-III-

1º) Que desde el Decreto 297/2020 del Presidente de la Nación Argentina, se impuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio hasta el 31 de marzo ppdo., el cual fue prorrogado por el Decreto 325/20, luego por el Decreto 355/20,

como también por el Decreto 408/20, para ulteriormente por el Decreto 459/20 prorrogarse hasta el próximo 24 de mayo.

Tales disposiciones, según surge del propio Decreto 297/20, se adoptan en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto Nº 260/20 -con su decreto modificatorio- y en atención a la evolución de la situación epidemiológica con relación al CORONAVIRUS-COVID 19 (cfr. art. 1).

Conforme resulta de sus considerandos, el Poder Ejecutivo Nacional ponderó la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional y el incremento de casos confirmados en el territorio de la Nación. Por tanto, advirtió la necesidad de adoptar medidas inmediatas para hacer frente a la emergencia, ello con el fin de mitigar la propagación del virus y su impacto en el sistema sanitario.

2º) Que esta Cámara Federal de Casación Penal dictó la Acordada Nº 2/20 (9/3/20), a fin de satisfacer los estándares internacionales en materia de tutela de mujeres, niños y niñas, especialmente en el contexto actual de emergencia penitenciaria formalmente declarada.

Luego, en consonancia con ello, por Acordada 3/20 (13/3/20), esta Cámara supo expresar su preocupación respecto de la situación de las personas privadas de libertad, en razón de las particulares características de propagación y contagio y las actuales condiciones de detención en el contexto de la declarada emergencia penitenciaria, en particular "las consecuencias sobre aquellas personas que, además, deban ser considerados dentro de un grupo de riesgo".

Por tanto, se encomendó el preferente despacho para la tramitación de cuestiones referidas a personas privadas de

libertad que conformen el grupo de riesgo en razón de sus condiciones preexistentes y encomendó a las autoridades competentes la adopción de un protocolo específico para la prevención y protección del CORONAVIRUS COVID-19 en contexto de encierro.

Más recientemente, el pleno de este cuerpo, con fecha 13 de abril ppdo., dictó la Acordada 9/20, mediante la cual se efectuaron una serie de recomendaciones a los tribunales de la jurisdicción a fin de que adopten medidas alternativas al encierro en los casos que así lo permitieran.

En este sentido, se estimó que: “la situación pandémica del coronavirus (COVID-19) tiene la potencialidad de afectar particularmente a personas que se encuentran privadas de su libertad, máxime teniendo en cuenta las condiciones actuales de emergencia carcelaria formalmente declarada (Resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019-184-APNMJ, del 25 de marzo de 2019). Que estas especiales circunstancias exigen la adopción de medidas concretas por parte de los poderes del Estado para el adecuado resguardo de uno de los sectores más vulnerables, sobre quienes, además, existe un deber de garantía, que exige –en estas especiales circunstancias- un abordaje humanitario”.

De este modo, el cuerpo concluyó que: “...surgen diversas medidas a recomendar desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, **para aliviar la situación de hacinamiento carcelario** con el fin de disminuir los factores de riesgo y facilitar la atención sanitaria ante casos de COVID 19. Por el otro, para responder al entorno de **aquellos internos que están dentro de alguno de los grupos de vulnerabilidad** frente a la pandemia” (el destacado no es del original).

3º) Que, en este contexto, cabe tener en consideración que la Corte IDH emitió la Declaración 1/20 el pasado 9 de abril del corriente, titulada “COVID-19 y Derechos

Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales", donde exhortó a los Estados a abordar las problemáticas vinculadas a la pandemia provocada por el COVID-19 desde una perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales asumidas.

En ese orden el tribunal internacional señaló: "Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y del personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia".

De otra parte, la Corte IDH refirió: "Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad" (cfr.www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf).

Sentadas esas premisas, menester es destacar que los estándares fijados por la Corte IDH, máximo intérprete de la CADH, constituyen una imprescindible pauta hermenéutica de los deberes y obligaciones de los estados integrantes del sistema interamericano (Fallos: 328:2056) y han de servir de guía para la interpretación de los preceptos contenidos en ella (Fallos: 330:3640, entre otros) (*in re* “Espíndola”, Fallos: 342:584, del 9/4/2019).

Así también ha sido reconocido por el cimero tribunal en diferentes oportunidades, toda vez que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Fallos: 328:2056 in re "Simón", voto del juez Petracchi).

Desde luego, lo contrario, sería colocar al estado argentino en responsabilidad internacional, toda vez que, en especial las comunicaciones, anticipan los criterios de interpretación y aplicación de la CADH con que se resolvería en sus ámbitos competenciales, a la vez de advertir sobre virtuales violaciones a los Derechos Humanos en caso de incumplimiento. Sobre el particular, nunca más oportuno recordar la imperatividad de las disposiciones del sistema interamericano de protección (cfr., *in extenso*, causa nº FSM 493/2008/TO1/4/1/CFC4, caratulada: “Riveros, Santiago Omar s/recurso de casación”, reg. nº 715/17, rta. 9/6/2017, con sus citas)".

4º) Que, en el marco de la causa n° FSM 8237/2014/13/CFC1, caratulada “PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN s/ recurso de casación”, tuve ocasión de señalar la crítica situación carcelaria fruto del hiperencarcelamiento que derivó en la siempre mentada “emergencia carcelaria” (Sala II, reg. nº 1351/19, rta. 28/6/2019).

Allí se señaló que conforme el criterio sostenido y consolidado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el hacinamiento constituye una violación al derecho a la integridad personal y obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 150; Caso Fleury y otros Vs. Haití, cit., párr. 85; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 20; Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 204, Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 241. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 67; entre otros).

Más aún, no es ocioso memorar que el empeoramiento en los últimos años de las condiciones inhumanas e inseguras de las cárceles resulta del hacinamiento con motivo de la deriva demagógica punitiva, que oficialmente se festejaba como éxito, situación sobre la que también supe señalar que "se inscribe en una dinámica de gran encierro importada en muchos países de la región, en donde más de la mitad de los presos no están condenados sino en prisión preventiva, siendo que de esta mayoría de inocentes el grueso lo componen aquellos encerrados por delitos contra la propiedad y distribuidores de tóxicos en pequeña escala, masiva segregación que conduce al reemplazo de la denominación cárcel por la de depósito humano o incluso vertedero, que se gestiona con una lógica de población enemiga y no ofrece promesa alguna de reforma sino de mera inocuización" (*vid.*, mi voto en causa n° FSM

8237/2014/13/CFC1, caratulada “PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN s/recurso de casación”, cit.).

Aunque obvio, el hiperencarcelamiento que repercute –entre otros tantos extremos- particularmente en la salud de la población carcelaria, plantea la imperiosa necesidad de despoblar, esto es, liberar la necesaria cantidad de privados de libertad -comenzando racional y ordenadamente por los inocentes, las madres al cuidado de hijos, los que purgan penas leves, los más vulnerables físicamente, con criterio restrictivo frente a atentados graves- antes de que el COVID-19 desate una masacre al interior de la infraestructura precaria de los establecimientos y haya de lamentarse el costo de innumerables vidas. Porque la privación de la libertad nunca puede entrañar privación de la salud, mucho menos de la existencia.

Ese, y no otro, constituye el basamento jushumanitario del pronunciamiento del pleno, llamado a detener el “encruelecimiento” del encierro en respuesta al llamamiento formulado por múltiples organizaciones internacionales, en cuanto han advertido que las personas privadas de la libertad están expuestas a una mayor vulnerabilidad al COVID-19 con relación a la población en general, en razón de estar confinadas en condiciones de hacinamiento. A más, tampoco debe omitirse que las personas en prisión tienen mayores índices de morbilidad que la población general y están más expuestas a factores de riesgo debido a las condiciones deficitarias de higiene, la mala nutrición y la prevalencia de patologías base sin el adecuado tratamiento médico.

En definitiva, se transita el trágico escenario de la emergencia dentro de la emergencia, con derivaciones que deben de inmediato adoptarse por imperio de la responsabilidad judicial que dimana del art. 18 constitucional.

5º) Que, con base en lo expuesto, deviene menester señalar que el encierro punitivo debe edificarse

normativamente sobre la prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 18 CN, art. 5 DUDH, art. 7 PIDCP, art. 5 CADH). Adicionalmente, y en contextos como el presente, tampoco se pueden desconocer las obligaciones que surgen en virtud del derecho a la vida (art. 3 DUDH, art. 6 PIDCP, art. 4 CADH).

Como lleva dicho de modo inveterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el estado se encuentra en una posición especial de garante respecto de estos derechos, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un control o dominio total sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. En este particular contexto de subordinación del detenido frente al estado, este último tiene una responsabilidad especial de asegurar a aquellas personas bajo su control las condiciones que les permitan retener un grado de dignidad consistente con sus derechos humanos inherentes e inderogables (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60; Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 78; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 87; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 165; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 102, entre tantos otros).

Cabe consignar que, por imperativos internacionales, "Las personas privadas de libertad que padezcan enfermedades graves, crónicas o terminales no deben permanecer en establecimientos carcelarios, salvo cuando los Estados puedan asegurar que tienen unidades adecuadas de atención médica para

brindarles una atención y tratamiento especializado" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 184.)

6°) Que, en ese orden, asiste razón a la defensa en punto a que las genéricas alusiones a las medidas adoptadas por el Servicio Penitenciario Federal no resultan suficientes para justificar, sin más, el rechazo de la morigeración por motivos humanitarios.

Ello no obstante, el *a quo* brindó por motivos para mantener el encarcelamiento de María Belén De Irazú que se trata de una persona en que se encuentra en tratamiento por sus adicciones de larga data y además no se encargaba del cuidado de sus hijas e hijos, incluso antes de su privación de libertad. También el magistrado relevó que los informes sobre las condiciones de vida de las y los menores dan cuenta de su escolarización, contención y cuidados por parte de otros familiares. Asimismo sostuvo que, aún cuando se juzgara positiva la convivencia de los cinco hijos e hijas con su madre, podría ser contraproducente y contrario al interés superior de las niñas y niños involucrados la restitución de la madre al núcleo familiar y la sustracción de las dos hijas menores de los ámbitos en los que son criadas y cuidadas.

Así, se observa que el judicante omitió la consideración de la opinión del Asesor de Menores, quien, luego de haberse entrevistado tanto con los hijos e hijas de De Irazú como con las y los adultos a cargo de su cuidado, concluyó que sería beneficioso para el interés superior de los cinco hijos e hijas de la mujer que su madre accediera a la prisión domiciliaria.

En ese orden, señaló que todos los niños y niñas mantienen contacto con su madre y la reconocen como tal. Asimismo, relevó que la madre de la condenada refirió que era María Belén quien se encargaba del cuidado de sus criaturas

Fecha de firma: 19/05/2020
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: SUAREZ MARIANA TELLECHEA, SECRETARIO DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#34738920#259252739#20200519144320617

antes de la privación de su libertad y que sus tres hijos mayores, quienes se encuentran a su cargo, sufrían la ausencia de la madre, lo que impactaba negativamente en sus desarrollos.

Sobre el particular, no puede dejar de ponderarse que las necesidades de cuidados respecto de niños, niñas y adolescentes se han intensificado notoriamente a partir de la pandemia, en particular por el aislamiento social preventivo y obligatorio. En efecto, se observa que la madre de María Belén De Irazú se encuentra a cargo de tres niños, de doce, diez y ocho años, que en la actualidad no concurren a la escuela, lo que produce una evidente sobrecarga de la única persona adulta a cargo, quien debe ocuparse de la limpieza, provisión y preparación de alimentos, cuidados, ayuda en las tareas escolares, la contención emocional y la recreación de tres niños en un contexto excepcional jamás experimentado (*Vid.* al respecto, CEPAL, "La pandemia del COVID-19 profundiza la crisis de los cuidados en América Latina y el Caribe", documento publicado el 2 de abril ppdo.).

Asimismo, ONU Mujeres ha señalado que: "…las mujeres cargan por lo general con gran parte de los cuidados. Incluso antes del COVID-19, las mujeres realizaban el triple de trabajo doméstico y de cuidados no remunerado en el hogar en comparación con los hombres. En estos días, aquellas mujeres empleadas en el sector formal y que tienen hijas o hijos se debaten entre una o más de las siguientes tareas: su empleo (si aún lo conservan), el cuidado infantil, la educación en el hogar, el cuidado de personas mayores y el trabajo doméstico. Los hogares encabezados por una mujer son particularmente vulnerables" (Cfr. Bhatia, Anita, Directora Ejecutiva Adjunta de ONU Mujeres, "Las mujeres y el COVID-19: Cinco acciones que

los gobiernos pueden adoptar sin demoras", publicada el 26 de marzo ppdo.).

De otro lado, el *a quo* colige que María Belén De Irazú no se encargaba del cuidado de sus hijos desde el nacimiento del tercer niño, quien hoy cuenta con ocho años de edad. Ello surgiría, según su interpretación, a partir del informe social realizado en este incidente, donde se describe que la madre de la condenada expresó que se encargaba de la crianza de sus nietos, debido a que su hija se encontraba en situación de vulnerabilidad vinculada al consumo de estupefacientes.

Esta conclusión se contrapone con lo señalado por el asesor de menores, a partir de la entrevista con la madre de De Irazú, quien manifestó que era la condenada quien cuidaba de los niños y niñas y se encargaba de sus necesidades. En ese orden, aparece como dudosa e insuficientemente fundada en las constancias causídicas la afirmación del judicante en punto a que De Irazú habría abandonado a sus hijos e hijas varios años antes de ser detenida. Antes bien, trátase del caso en que la abuela de los niños acompañaba la crianza y el cuidado, a fin de suplir las dificultades que presentaba María Belén, quien fuera madre por primera vez a los dieciséis años y cuenta con cinco hijos a sus veintiocho, además de padecer problemas de adicciones de larga data.

Por otro andarivel, señaló el tribunal que los cinco hijos e hijas de De Irazú se encuentran escolarizados y cuidados en forma satisfactoria. No obstante, omite ponderar los efectos positivos que experimentan los hijos más grandes al poder vincularse con su madre durante el encierro.

A más, y por sobre todo, se suma que ninguna de las personas adultas a cargo de los niños y niñas consideraron que la revinculación con María Belén pudiera ser perjudicial o disruptiva, como tampoco resulta de ninguno de los informes citados por el *a quo*.

A pesar de ello, el judicante aseveró que los informes periciales sobre la salud mental de la sindicada señalarían la necesidad de continuar el tratamiento por sus adicciones y concluyó que la prisión domiciliaria podría perjudicar el interés superior de las dos hijas menores si fueran sustraídas de sus núcleos familiares, con la finalidad de reunir a la madre con sus cinco hijas e hijos.

Al respecto, corresponde señalar que, a pesar de las dificultades que pudieran conjeturarse en la reincorporación de María Belén al hogar de su madre para asumir sus deberes parentales, no es función competencial del órgano de ejecución disponer sobre la readecuación de las tareas de cuidado sobre los niños y niñas. En efecto, si De Irazú pretendiera recuperar la convivencia y el ejercicio del cuidado personal de las dos niñas que conviven con sus familias paternas, debería peticionarlo al tribunal que dispuso asignar el cuidado a aquéllas. Por su parte, en cuanto a los tres hijos que residen en el domicilio ofrecido por la condenada para cumplir la prisión domiciliaria, continuarán al cuidado de la abuela, en conjunto con su madre.

En relación a ello, lleva dicho este tribunal que: "… la decisión sobre la modalidad de ejecución de la pena […] no es la oportunidad apropiada para juzgar la aptitud de una mujer para ejercer el rol maternal, pues decidir su encierro sobre la base del argumento referido a que ella sería una 'mala madre' implicaría agravar su castigo solamente en razón de su maternidad" (causa nº 698/2013, caratulada: "Formigo, Omar Gerardo y otra s/recurso de casación", reg. nº 42/15, rta. 12/2/2015.

Ello es tanto más cuando, como en el *sub lite*, la necesidad de externar a la condenada se vincula a serios

peligros para su salud e incluso, potencialmente, para su vida.

En definitiva, y más allá de la necesaria óptica contraria a una concepción heteropatriarcal, gobierna también el extremo el principio de trascendencia mínima de la pena, de modo de garantizar el interés superior de los niños y niñas dentro del marco de las múltiples normas de derecho internacional de los derechos humanos (Reglas de Bangkok, Convención de los Derechos del Niño, Observación General No 14 del Comité de los Derechos del Niño), derecho en sí mismo y pauta interpretativa maximizadora de los demás -en consonancia con el principio *pro homine*-, todo ello junto con el debido resguardo a la salud de la madre atento a su situación de vulnerabilidad (*Vid*., Sala de Feria de este cuerpo, causa FSM 41231/2018/TO1/6/1/CFC1, caratulada: "Miranda, Stella Maris s/recurso de casación", reg. n° 7/20, rta. 27/4/2020).

7°) Que, de otra banda, el tribunal omitió considerar lo expresado en el escrito de *amicus curiae* presentado por la Procuración Penitenciaria de la Nación en punto a que: "…los últimos monitoreos realizados por médicos de este organismo, [dan cuenta de] que el centro médico del CPF IV carece de un espacio físico de atención destinado al aislamiento recomendado para afrontar un brote intramuros de coronavirus, como así también del equipamiento necesario para el tratamiento de las posibles urgencias relacionadas con tal pandemia, como por ejemplo respiradores brindar asistencia ventilatoria mecánica, monitores multiparamétricos y dispositivos relacionados con la bioseguridad del equipo tratante para el manejo de la vía aérea". Asimismo, se agregó que: "Los aislamientos de tales pacientes -respiratorios y de contacto-, […] no son sencillos de implementar en establecimientos penitenciarios con sobrepoblación, por ello, el régimen de detención domiciliaria para este grupo vulnerable se advierte como el más indicado para preservar no

Fecha de firma: 19/05/2020
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: SUAREZ MARIANA TELLECHEA, SECRETARIO DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#34738920#259252739#20200519144320617

sólo la salud de la Sra. María Belén sino, además, para resguardar la salud del resto de las personas privadas de su libertad" por lo que: "…este organismo entiende que debe resolverse en forma urgente el arresto domiciliario de la Sra. María Belén, bajo las medidas de supervisión que estime convenientes".

Dada la especial misión y experticia del organismo oficial que se presentó como "amigo del tribunal", su informe y recomendación debió gravitar en mayor medida para la resolución del planteo, habida cuenta las alarmantes advertencias esgrimidas acerca de la capacidad de garantizar la salud y la vida de María Belén De Irazú en el contexto de la expansión de la pandemia.

De tal suerte, corresponde concluir que el *a quo* subordinó el derecho a la salud de la causante (paciente VIH positivo e inmunosuprimida, progenitora de cinco criaturas), al extremo de colocar en riesgo su vida, a partir de meras apreciaciones sin ajuste a los informes en orden a sus falencias sobre el ejercicio del rol maternal, lo que no puede ser de recibo.

En definitiva, en las particularidades de la especie, en donde la pretensión impugnaticia se motiva en el arresto domiciliario durante la emergencia (art. 32 inc. a, Ley nº 24.660), a partir de la condición de salud que presenta María Belén Irazú como sujeto especialmente vulnerable, incluida en los grupos de mayor riesgo respecto del avance de la pandemia (*Vid.* informe del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación relativo a la población penal alojada en el Servicio Penitenciario Federal sobre las y los internos con riesgo de salud a partir del CORONAVIRUS-COVID 19, que incluye en su nómina a la causante), la solicitada morigeración del

cumplimiento de la pena de prisión se presenta prudente e idónea a los fines garantizar su derecho a la salud y a la vida durante el tránsito de la ejecución de la pena impuesta.

8°) Que, en definitiva, bajo las premisas reseñadas, y no mediando controversia sobre la situación de salud de María Belén De Irazú, se advierte que la hipótesis en trato se enmarca dentro del supuesto previsto en el punto dispositivo 2.f de la mentada Acordada 9/20.

Es que la argumentación ensayada en cuanto a que la privada de libertad recibe el tratamiento correspondiente por su condición, no guarda directa e inmediata relación con el objeto de la pretensión de la incidencia, toda vez que lo determinante es que su cuadro específico, aun siendo abordado en modo adecuado, la coloca en una situación de riesgo especial frente al COVID-19 por verse comprometido el sistema inmunológico en un ámbito como el prisional (Cfr. Giusti, Giusto – Bacci, Mauro, “Patologia del detenuto e compatibilità carceraria”, Giuffrè, Milano, 1991, p. 23, con la tipología general de condiciones morbosas).

Por lo demás, nada impide a los fines de la continuidad del tratamiento, la facilitación de la provisión de medicamentos prescripta, sin perjuicio de la intervención de la Dirección Nacional de Readaptación Social del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal para su inclusión en los programas médicos y asistenciales que correspondan.

Bajo estas previsiones, la detención domiciliaria constituye la solución aceptable, en tanto el tribunal relevó que, según el informe del Servicio Penitenciario Federal, para su cumplimiento se estableció una concreta vivienda en la localidad de Banfield, Provincia de Buenos Aires, para lo cual prestó el consentimiento su madre, siendo que –además- cuenta con las características para la imposición de vigilancia conforme el “Protocolo para la asignación prioritaria del

dispositivo electrónico de control", en el marco del "Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica", aprobado por Res. Min. De Justicia y DDHH n° 808- E/2016.

En estas condiciones, propicio -sin más- al acuerdo la detención domiciliaria, bajo los restantes requisitos que el *a quo* establezca, en el marco de las restricciones de circulación en virtud del aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuestas por el Poder Ejecutivo de la Nación desde el 19 de marzo ppdo. en el D.N.U. 297/2020, hasta el cese de la emergencia sanitaria, ocasión en la que, eventualmente, conforme peticionen las partes, se podrá realizar una nueva evaluación de la incidencia a fin de considerar la medida (arts. 32, inciso "a" de la ley 24.660,33, último párrafo y 10, inciso "f" del Código Penal).

En virtud de todo lo expuesto, postulo al acuerdo HACER LUGAR al recurso interpuesto por la Defensa Pública en favor de María Belén De Irazú, CASAR la resolución recurrida y DEVOLVER las presentes al tribunal de origen para que, con la celeridad que el caso impone, se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con el criterio aquí establecido, en estricta aplicación de la Acordada CFCP 9/20; sin costas (arts. 470, 530 y ccds. CPPN).

Así lo voto.

El señor juez **Carlos A. Mahiques** dijo:

En consideración a que, luego de la deliberación efectuada, he tomado conocimiento de que mis colegas Slokar y Yacobucci, coincidieron en la conclusión propuesta para el caso, habré de abstenerme de votar, haciendo uso de la facultad otorgada por el art. 30 *bis*, último párrafo del Código Procesal Penal de la Nación.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

Que, atendiendo a las especiales circunstancias del caso, adelanto que corresponde hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa de María Belén De Irazú. Observo, en esa línea, que el tribunal de instancia no ha concretado una adecuada ponderación de los intereses en juego, con especial referencia al contexto en que se integra la solicitud de la acusada.

En casos como el que nos ocupa, es importante señalar que, por principio, la modalidad domiciliaria de la prisión no debe ser concedida de manera automática, pues es el juzgador el que debe efectuar un análisis sobre la particular situación del imputado, a fin de determinar la viabilidad y conveniencia de este modo de cumplimiento de la detención. Tengo dicho que si bien la concurrencia de uno de los supuestos de hecho establecidos en el art. 10 del ordenamiento de fondo o en el art. 32 de la ley 24.660 es siempre uno de los requisitos a verificar cuando se examine la procedencia del instituto de prisión domiciliaria, ello no determina, sin más, su operatividad.

Esto implica que la mencionada constatación se erige como punto de partida del análisis, pero no es suficiente para el otorgamiento de esa opción, pues concurren otros aspectos a considerar. Por eso, es deber de la jurisdicción evaluar, frente a cada caso, las circunstancias que lo caracterizan de acuerdo con los estándares de proporcionalidad que disciplinan la materia, con el fin de determinar la conveniencia de esa modalidad en el cumplimiento de la sanción.

En este marco normativo, asumiendo ahora al escenario impuesto por la crisis sanitaria y la emergencia carcelaria, resulta imperioso remitirse al principio de humanidad de las penas (consagrado en los artículos 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5º apartado 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y la consecuente prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y

Fecha de firma: 19/05/2020
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: SUAREZ MARIANA TELLECHEA, SECRETARIO DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#34738920#259252739#20200519144320617

degradantes (artículos 18 de la Constitución Nacional, 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Por ello, corresponde sujetarse a esas pautas hermenéuticas siempre que se analice el instituto pretendido, incluso en supuestos donde, aun sin un estricto ajuste a las circunstancias específicamente consignadas en los mencionados incisos, se revele la *ratio essendi* de la norma en la cual se enrola la pretensión. En esa perspectiva, en el caso de De Irazú, las directrices interpretativas exigen un análisis intensivo de los intereses reales que entran en el juicio de ponderación.

En el caso, no resulta controvertido que De Irazú tiene 28 años de edad, padece HIV y tiene cinco hijos menores de edad -de entre 12 y 3 años-, que están al cuidado de su madre, de los abuelos paternos y de su pareja, respectivamente. En esas condiciones, por su afección de salud y la patología que sufre es una paciente de riesgo alto en caso de infección COVID-19, lo que determinó que se encuentre incluida en el informe del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación dirigido a esta Cámara, relativo a la población penal alojada en el Servicio Penitenciario Federal con riesgo de salud a partir de la pandemia.

Advierto que, en el marco excepcional que ha tomado en consideración la Acordada 9/20 -13 de abril del 2020- de esta Cámara Federal de Casación Penal, para recomendar a los tribunales de la jurisdicción adoptar medidas alternativas a la privación de la libertad *intra* muros, la especial situación

en la que se encuentra la nombrada resulta congruente con algunos de los criterios que deben ser asumidos de manera especial a la hora de analizar agravios como los que trae el recurso de la defensa.

En efecto, esa valoración debe integrar, por un lado, la comprobada afectación de salud que alcanza a De Irazú, la situación familiar relevada, con énfasis en la existencia de menores, y las previsiones de control que podrían adoptarse ante la posible detención domiciliaria. Y, por el otro, la imputación que pesa sobre la responsabilidad personal de De Irazú y la sanción consiguiente.

En esa línea, observo que, en el primer extremo del balance, cabe asumir que De Irazú padece HIV, circunstancia que la coloca en una situación de particular riesgo frente al COVID-19 en razón de verse comprometido su sistema inmunológico, pese a recibir el tratamiento adecuado para su dolencia. Este aspecto aparece remarcado por figurar en la nómina de personas remitida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ya citada y lo informado por la Procuración Penitenciaria en su carácter de *amicus curiae.* De estos, ya se ha hecho mérito en el voto del juez Slokar y cabe remitirse en razón de brevedad.

Interesa señalar que, si bien el *a quo* ha tomado en cuenta ese aspecto del planteo efectuado por la defensa, no ha concretado una puesta en relación específica con las particularidades de la situación atravesada por De Irazú. En esa dirección, observo que, en el decisorio bajo estudio, el tribunal sostiene que la dolencia que padece la interna puede ser atendida por los profesionales de la unidad de detención y que se le imparte un tratamiento específicamente indicado para su afección. Sin embargo, no ha dado respuesta al agravio esgrimido relativo a que, tratándose la imputada de una paciente inmunodeprimida, la eventual circulación del virus dentro del penal constituye para la nombrada una amenaza

Fecha de firma: 19/05/2020
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: SUAREZ MARIANA TELLECHEA, SECRETARIO DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#34738920#259252739#20200519144320617

grave, cierta y concreta.

Por otra parte, como ya se adelantó, en el mismo extremo del juicio de proporcionalidad, debe incorporarse a la situación de salud De Irazú -en el contexto extraordinario de la pandemia- la especial condición de madre de cinco hijos menores de edad. Esta circunstancia ha ser atendida de un modo intensivo dentro de la argumentación en virtud de las exigencias convencionales en la materia, pues el interés superior del niño posee una valencia propia, que obliga a verificar si la irradiación natural que las restricciones o limitaciones sobre la persona imputada ha sido adecuadamente apreciada (Convención de los Derechos del Niño, ley 23.849, art.3.1 y 4, Observación General n°14, V.A.1.c) 69, CRC/C/GC/14; Observación General 20, IX, CRC/C/GC/20, ambas del Comité de los Derechos del Niño).

Precisamente, sobre este punto, entiendo que no fue debidamente valorado el contenido del dictamen del asesor de menores en cuanto a que la madre de la condenada afirmó que De Irazú era quien cuidaba a sus tres hijos de más edad y hacía frente a sus necesidades. Esto pone en crisis el señalamiento de que estaban en un estado de abandono de parte de la mujer, años antes de ser detenida. De igual modo, tampoco se le brindó atención adecuada al hecho que ninguno de los informes obrantes en estas actuaciones desaconsejan la decisión que se pretende a través de este recurso. Esto, pues sus tres hijos, que habitan en el domicilio propuesto, continuarán al cuidado de su abuela materna, incorporándose De Irazú al grupo familiar, concurriendo a contener el peso de las tareas que recaen en la abuela con exclusividad.

Ahora, ya desde el otro extremo del juicio de razonabilidad, que regula el control de la decisión que se

adopte sobre la detención domiciliaria de De Irazú, es necesario considerar los delitos por los cuales se la ha responsabilizado y la sanción que pesa a su respecto. En esto no puede dejarse de lado el análisis sobre la expresión de impunidad que, de contrario, podría provocar, con grave afectación a los fines de integración y pacificación social.

En ese marco, además de la gravedad formal de los delitos por los cuales De Irazú fue condenada a la pena única de 5 años -varios hechos que fueron calificados como tenencia de estupefacientes con fines de comercio, tenencia simple de estupefacientes y robo en poblado y en banda- que se comprende a partir de los títulos de imputación mencionados, importa una evaluación material de los concretos comportamientos en relación con el daño social provocado.

Desde ese fundamento, cabe prestar atención a la intensidad de la antijuridicidad material exteriorizada en esos injustos. Mientras la antijuridicidad formal responde a un criterio binario, el análisis de la antijuridicidad material habilita grados y permite una comprensión plenaria a efectos de evaluar una medida como la que aquí se solicita. Esto es así pues, de ese modo, además de incluir razones retributivas y de prevención general positiva, se atiende a criterios de prevención especial, que pesan de modo específico en esta instancia y, claro está, frente a este modo de cumplimiento de la detención. Por eso, la mirada se dirige a los hechos concretos comprobados en la causa, como, por ejemplo, el hallazgo en poder de De Irazú de 1,26; 5,29; 4,94; 1,18; 2,43; 0,18 gramos de cocaína; y 0,7 gramos de marihuana, respectivamente.

En el balance, entonces, entre esos extremos que son puestos bajo la regulación de la proporcionalidad, la denegatoria de la medida de morigeración solicitada no luce como una consecuencia razonable de su evaluación. Sobre todo, en cuanto no ha otorgado en el contexto de la actual pandemia,

Fecha de firma: 19/05/2020
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: SUAREZ MARIANA TELLECHEA, SECRETARIO DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#34738920#259252739#20200519144320617

el peso que posee la situación de salud de la mujer y el impacto que el mantenimiento de la prisión *intra* muros pueda tener en terceros, en este caso, los hijos menores de la nombrada.

En esta perspectiva, como De Irazú forma parte de aquellos individuos que integran los grupos de vulnerabilidad frente a la pandemia, cuya situación se recomienda analizar con especial celo en los términos de la acordada ya citada, considero justificada la concesión de la prisión domiciliaria a fin de resguardar tanto su salud, como el interés superior de sus hijos menores.

A esta conclusión se arriba en razón de que es el Estado quien debe garantizar a las personas en condición de encierro el derecho a la salud (arts. 18 y 75 inc. 22°, CN; arts. 4.1, 5 y 26, CADH; arts. 12.1 y 2, ap. "d", PIDESC; y, reglas 24 a 35 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos) y que no se ha realizado en la sentencia recurrida una consideración primordial para resguardar el interés superior del niño (Convención de los Derechos del Niño, ley 23.849 -arts. 3.1 y 4-, incorporada al texto constitucional a partir de la reforma de 1994 -art. 75, inc. 22, C.N.-, Observación General n° 14 y nº 20, ambas del Comité de los Derechos del Niño).

Recuérdese que, sobre este último aspecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "*(l)a consideración rectora del interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, 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 llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo,*

obviamente, a la Corte cuando procede a la hermenéutica de los textos constitucionales” (Fallos: 324:975).

Esta solución, de todas formas, deberá concretarse adoptando la instancia las medidas de control aptas para asegurar el cumplimiento de la privación de libertad en detención domiciliaria. En virtud de lo expuesto, adhiero a la propuesta del juez Slokar.

Así voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE**:

I. ESTAR a la HABILITACIÓN de la feria extraordinaria ya dispuesta.

II. HACER LUGAR al recurso interpuesto por la Defensa Pública en favor de María Belén De Irazú, **CASAR** la resolución recurrida y **DEVOLVER** las presentes actuaciones al tribunal de origen para que, con la celeridad que el caso impone, se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con el criterio aquí establecido, en estricta aplicación de la Acordada CFCP 9/20; **SIN COSTAS** (arts. 470, 530 y ccds. CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase vía digital al Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 2 de esta Ciudad, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo. Guillermo J. Yacobucci, Alejandro W. Slokar y Carlos A. Mahiques.

Ante mí: Mariana Andrea Tellechea Suárez