

Reg. n° 863/2017

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 18 días del mes de septiembre del año dos mil diecisiete, se reúne la sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, Luis M. García y María Laura Garrigós de Rébora, asistidos por el secretario Santiago Alberto López, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 31/50 en la presente causa n° CCC 3874/2017/TO1/6/CNC2, caratulada “**ALVAREZ, Graciela s/ rechazo de prisión domiciliaria**”, de la que **RESULTA:**

**I.** Contra la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 7 de esta ciudad, de 7 de julio de 2017, por la que no hizo lugar al pedido de la defensa de Graciela Álvarez, para que se morigere la prisión preventiva que sufre bajo la modalidad de arresto domiciliario (fs. 26/27), la defensa interpuso recurso de casación (fs. 31/50), que fue concedido (fs. 51).

**II.-** La Sala de Turno de esta Cámara ha dado al recurso el trámite del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (ver fs. 56).

**III.-** En la audiencia llevada a cabo ante esta Sala a tenor del art. 465 *bis* CPPN, sólo ha comparecido el Defensor Público Mariano Maciel, a cargo de la Unidad de Actuación n° 2 ante esta Cámara, quien sostuvo el recurso presentado.

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

El juez **Luis M. García** dijo:

**1.-** Graciela Álvarez se encuentra detenida en el Complejo Penitenciario Federal IV en virtud de la prisión preventiva que se le ha impuesto en la causa n° 3874/2017, actualmente radicada ante el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 7 de esta ciudad. Su defensa había promovido ante éste que se morigerara la prisión preventiva en razón de que tiene un hijo de 14 años de edad a ese momento, que padece de una discapacidad calificada como trastorno

generalizado del desarrollo (TGD) o trastorno de espectro autista (TEA), a cuyo efecto acompañó un certificado (fs. 1). Sostenía que el niño concurría a un centro de rehabilitación especializado, y que a raíz del fallecimiento de su padre, la hermana de la detenida se ha hecho cargo del niño, mudándose a su domicilio junto con parte de su familia. Alega que, para asistir al niño, la hermana debió abandonar su actividad en un comedor comunitario, y que la situación afecta al niño, a la hermana y a su familia, por lo que el retorno de la detenida a la convivencia con el niño bajo la forma de prisión domiciliaria era necesaria para brindar al niño la atención que requiere a partir de la ausencia del padre, y así cumplir con su rol materno. Invocó el art. 32, inc. f, de la ley 24.660 y el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 8/9).

2. El Tribunal Oral ha denegado el pedido declarando que el caso no encuadra dentro de los supuestos del art. 32, inc. f, de la ley 24.660. Relevó que “se cuenta con otros recursos tanto humanos como profesionales *que se encuentran a cargo del menor* y que le garantizan su asistencia y satisfacción de sus necesidades”. Tomó nota del informe social de fs. 3/6, y en particular de que el niño tenía desde hacía cinco años la asistencia de un acompañante terapéutico “que concurría diariamente a su domicilio, desde las 8 a las 16”, y estimó que “de hecho la incorporación de ese profesional en la vida cotidiana del menor *le permitió a la imputada* –mientras se hallaba en libertad- retomar su actividad laboral y *ausentarse de su domicilio*”. Relevó que –detenida ésta- “más allá de la pérdida de su padre [...] el menor continuó con esa asistencia profesional ininterrumpidamente y, actualmente se encuentra bajo el cuidado de su tía [Ana Álvarez], por lo que no se advierte que exista una situación de desamparo y, mucho menos, que su cuidado –exclusivamente- deba recaer sobre su madre”.

Finalmente relevó que la muerte del padre no afectó la necesidad habitacional del niño, ni el acceso a la asistencia del acompañante terapéutico, y en particular que la tía que actualmente lo tiene a cargo había expresado que “no dudaría en replantearse el

continuar viviendo allí”, aun en el caso de que a su hermana se le concediera la morigeración de las condiciones de detención pedida.

3. En su recurso, la Defensa Pública se ha quejado de que la denegación del pedido carece adecuada fundamentación, ha afectado el debido proceso y la defensa en juicio, y desconocido los principios *pro homine* y de proporcionalidad. Se ha quejado también de que el *a quo* ha incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva, por incorrecta interpretación de los arts. 32 y 33 de la ley 24.660, y por desconocer los arts. 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por defecto de consideración del interés superior del niño, y por omisión de recabar la opinión del niño y los arts. 7 y 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

También adjudica al *a quo* arbitrariedad por haber omitido pronunciarse sobre el pedido que, en forma subsidiaria, había presentado para que se autorizara la inclusión de Graciela Álvarez en el Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica.

Sostuvo que el pedido persigue que el Estado aplique la privación de la libertad adecuada para salvaguardar los derechos de un niño menor de edad con una discapacidad mental. Argumenta que, con el arresto domiciliario, se mitigan los efectos nocivos del encarcelamiento en el ejercicio de los derechos de su defendida y de su hijo menor de edad, para poder garantizar el interés superior de éste.

Insistió también en que el *a quo* se ha apartado del “interés superior del niño”, dado que omitió valorar la opinión favorable a la concesión del arresto domiciliario de parte del Defensor Público Coadyuvante de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años.

Criticó que el rechazo se hubiese apoyado sólo en que el niño cuenta con familiares directos, que habían asumido su cuidado.

También sostuvo que el tribunal desconoció la situación de discapacidad del niño al declarar que la petición no encuadra en el art. 32, inciso f, de la ley 24.660. Afirmó que, previo a su detención, el niño estaba a cargo de Graciela Álvarez y que actualmente su tía, Ana Álvarez, se encuentra provisoriamente asumiendo esa tarea. En otro orden se

refirió al hecho de que, desde la muerte del padre, la tía no había podido cobrar la pensión no contributiva concedida al niño por su discapacidad.

Sobre esa base solicitó se hiciese lugar al recurso de casación, se revocase la resolución recurrida y que se concediese a Graciela Álvarez a el arresto domiciliario, sin reenvío. En subsidio pidió que se hiciese lugar al pedido de morigeración de la prisión preventiva mediante un dispositivo electrónico.

En la audiencia llevada a cabo a tenor de los arts. 468, CPPN, el Defensor Público que actúa ante esta Cámara sostuvo los motivos de agravio, y volvió sobre la queja de que se ha ignorado el interés superior del niño, y no se ha considerado la posición del Defensor Público Coadyuvante Gustavo Oreste Gallo, a cargo de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años, presentado a fs. 24/25 vta.

4. La decisión denegatoria de la prisión domiciliaria promovida en favor de una persona procesada es susceptible de ser impugnada en casación, aunque no se trate de ninguna de las enunciadas en el art. 457 CPPN, porque, el agravio que se invoca a los derechos del niño, y de la madre con respecto a su hijo, no podría ser reparado de modo útil con la sentencia final.

Los motivos de agravio de la defensa pública han sido sintetizados en el punto precedente, y el escrito de interposición satisface, al menos en lo que se dirá, de modo suficiente las exigencias de fundamentación del art. 463 CPPN.

5. Por razones de orden lógico del discurso, comenzaré por examinar la queja de que el *a quo* habría errado al declarar que el caso no encuadra en el art. 32, inc. f, de la ley 24.660.

Esa disposición, aplicable a los condenados, y por extensión el a los procesados (arg. art. 11 de la ley 24.660), contempla -entre otros supuestos en los que puede otorgarse la prisión domiciliaria- el de “la madre de un niño menor de (5) años o de una persona con discapacidad *a su cargo*”.

El primero supuesto no entra en consideración por razón de la edad del niño, y la defensa alega que es aplicable el segundo. La

crítica de la defensa yerra en el blanco, porque en rigor, el *a quo* no ha desconocido que el niño M.C. padezca un trastorno que sea calificable con discapacidad, sino que, lo que declara es que el niño ha estado *a cargo* de otras personas, primero a cargo de su padre, y ahora, desde su muerte, a cargo de su tía materna.

El supuesto de hecho de la ley no se apoya en normas que impongan a ciertas personas el deber jurídico de hacerse cargo de otras personas discapacitadas, sino antes bien consiste en un hecho: que la madre que esté a cargo de un hijo con discapacidad. Me explico: la ley no se refiere a la “madre de una persona con discapacidad”, sino a “la madre de una persona con discapacidad *a su cargo*”.

La disposición aplica si la persona discapacitada estaba efectivamente a cargo de su madre antes de su detención. Al respecto se afirma en relación al art. 32, inc. f, de la ley 24.660, que “La segunda hipótesis a la concesión del derecho aquí aludido, se trata de personas detenidas que tengan a su cargo a otra persona con discapacidad. En este caso, se requiere un requisito positivo y otro negativo. Respecto al negativo, la persona discapacitada no necesita tener una edad en particular, es decir, solo se requiere que esa persona sea discapacitada no interesando la edad que ella tenga. Respecto al requisito positivo, el discapacitado debe estar a cargo de la interna “antes” de haber sido detenida, o bien, que se haya producido alguna circunstancia familiar que de alguna manera el detenido sea la única persona dentro del entorno familiar que pueda asumir la responsabilidad del cuidado del discapacitado ...”. (confr. CAAMAÑO, Cristina, en AAVV, *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, Colección Documentos de Trabajo n° 17, ed. Eurosocial, Madrid, 2014, p. 319).

Concuero con esa interpretación sólo en cuanto a que el art. 32, inc. f, de la ley 24.660 aplica si la madre hubiese estado de hecho a cargo del hijo discapacitado antes de la detención. En este caso, el legislador ha preferido los intereses asistenciales y de cohesión familiar, a los intereses de aseguramiento que legitiman una prisión preventiva en régimen cerrado.

La excepción que propone la doctrina, para el caso de después de la detención se hubiese producido alguna circunstancia familiar en la cual ninguna persona del entorno de la persona discapacitada estuviese en condiciones de hacerse cargo de ella y asumir la responsabilidad de su asistencia, no se infiere de la ley. En todo caso, nada impediría una aplicación extensiva sobre la base de otras disposiciones concurrentes, de orden superior, tales por ejemplo la de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o en su caso también las de la Convención sobre los Derechos del Niño.

6. Sentado lo anterior, observo que la Defensa Pública fracasa en demostrar la alegada errónea aplicación de la ley sustantiva, porque afirma, pero no demuestra, que al momento de la detención el niño con discapacidad hubiese estado de hecho a cargo de la madre. El *a quo* ha afirmado que el niño estaba a cargo del padre, hasta su muerte, y a cargo de la tía a consecuencia de ello.

En una presentación manuscrita realizada ante el Tribunal Oral pocos días antes de su muerte, Enrique Conde, padre del niño, expresaba lo siguiente: “8 de febrero de 2017. Sres Jueces: Me dirijo a Uds. Con el fin de informar mi situación con respecto a la Sra Graciela Álvarez Gavilán. En el año 2016 se empezó a alejar de la familia. Primero en el día y luego solo venía a bañarse y cambiarse de ropa ausentándose por la noche. Ya que vivía con su pareja César Penayo. Y frente a mis reclamos decía ser libre y dueña de sus actos. Pero utilizaba los sueldos de mi hijo discapacitado y mío, en mi caso es una jubilación y un pequeño alquiler por una pieza arriba de mi casa. En el hogar no había víveres ni limpieza. Con mis 75 años quedábamos con mi hijo solos. De día con el acompañante terapéutico pero la mayor parte del tiempo ella no estaba frente a los enfrentamientos decía que la casa era de ella. Y que no se iría. Amenazó con hacerme desaparecer nuestro hogar solo le servía para abastecerse de dinero. Es muy mentirosa y traicionera. Por todo lo expuesto no quiero que vuelva con nosotros a nuestra casa. Solo da problemas. Vivía una vida de lujos cuando en casa no quedaba plata. Llegó a gastar 7000 pesos de tarjeta en compras que nunca llegaban a casa. Por favor, mi hijo y yo queremos vivir en paz.

Saludo atte. Enrique Conde. DNI 5051243.” (confr. fs. 19 del legajo de incidentes de Graciela Álvarez).

No es esta instancia la adecuada para investigar si lo que se dice en esa nota responde a la verdad. Pero no disputado que hasta la muerte del padre el niño estaba a cargo de éste, se presentaba indispensable indagar si efectivamente la madre había hecho abandono del hogar, y del niño. Por lo pronto aparece verosímil que la imputada conocía y alguna clase de relación tenía con el señor César Penayo, porque en esta causa ambos han sido detenidos y están impugnados de cooperar en el hecho que constituye objeto de acusación (confr. fs. 252/257 del principal).

Noto también con cierta perplejidad que el Defensor Público Coadyuvante encargado para velar por los intereses de los niños menores de 16 años, en su presentación de fs. 24/25, no ha prestado ninguna atención a esa nota. Volveré sobre el punto en el número siguiente. Y observo asimismo que el informe social elaborado por una dependencia de la Defensoría General de la Nación, no ha indagado sobre la cuestión, no obstante la existencia de aquella nota presentada en estos autos.

He señalado antes de ahora, con relación al primer supuesto del inciso f, que “si se alega que la prisión domiciliaria se ha de otorgar no en interés egoísta de la madre, sino en el interés de las niñas separadas de su madre por la decisión estatal de encarcelarla, es necesario demostrar la preexistencia del contacto y convivencia entre madre e hijas, o las razones por las que podría esperarse que la prisión domiciliaria constituiría una vía que probablemente sirviese para fundar un contacto y una relación materno filial hasta entonces inexistente, que es algo más que la mera cohabitación bajo un mismo techo” (confr. causa n° 55611/2014, “*Fernández, Catherine o Aguirre Leguiza, Mirta Graciela*”, Sala 1, sent. de 28/03/2017, reg. n° 204/2017). Esas consideraciones son *mutatis mutandis* aplicables al segundo supuesto, en el que la ley expresamente requiere que la persona discapacitada hubiese estado a cargo de la madre.

7. Resta entonces considerar la queja de que se ha omitido en la decisión toda consideración de los arts. 7 y 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), y también la queja de que se han desconocido los arts. 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

En rigor, la queja de la defensa se resume en que no se ha considerado en la decisión el interés superior del niño con discapacidad (arts. 3 CDN, y 7.2 CDPD), en que no se se ha garantizado al niño involucrado el derecho de expresar su opinión sobre la cuestión a la que el Tribunal Oral había sido llamado a decidir (art. 12 CDN y 7.3 CDPD), y a que se ha lesionado el acceso a la justicia del niño con discapacidad (art. 13 CDPD).

a. La segunda y tercera alegación han sido traídas de manera manifiestamente infundada y sellan la admisibilidad del recurso. En cuanto al derecho del niño en tanto niño, y en tanto niño discapacitado a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho, observo que la defensa no había que pedido en el procedimiento el niño con trastorno autista fuese oído personalmente por el tribunal, y observo también que tampoco lo había pedido ni considerado necesario el funcionario de la Defensoría General de la Nación (fs. 24/25) funcionario éste específicamente encargado de ocuparse de la defensa de los intereses de niños menores de dieciséis años de edad, cuya competencia para representar el interés del niño en este proceso no ha sido puesta en disputa. Observo finalmente que la regla general en el caso de niños es que a fin de garantizar el derecho de los niños de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afecten, “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, *ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado*, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional (art. 12.2. CDN). De modo que no se demuestra que en el caso se hubiese



discriminado al niño discapacitado, en relación a los derechos que se reconocen en general a los niños.

Más desprovista aún de fundamento es la queja de que se habría lesionado el derecho de una persona con discapacidad de acceder a la justicia, porque en este caso el agravio se resume en la cita del art. 12 CDPD sin ninguna otra argumentación ni fáctica ni jurídica.

**b.** Una respuesta particular ha de darse a la alegación de que el *a quo* ha omitido en su decisión toda consideración del interés superior del niño.

He de reproducir aquí una observación que he hecho antes de ahora en variadas oportunidades, al constatar la paradoja, lamentablemente frecuente, de que aparece políticamente correcto abogar por los derechos de los niños, y formular reiteradas advocaciones a las autoridades estatales para que tomen una consideración primordial del interés superior del niño en todas las decisiones que les conciernan a éstos (art. 3 CDN), pero que, cuando llega el momento de discutir sobre la mejor decisión al mejor interés de los niños, quienes abogan y hacen advocaciones fallan en mostrar en cada caso, que es lo más adecuado al mejor interés del niño en el caso concreto (confr. mi voto en la citada causa “*Fernández, Catherine o Aguirre Leguizá, Mirta Graciela*”).

Evoco también lo que he dicho antes de ahora en punto al alcance, sentido y operatividad del art. 3.1 CDN en conexión con el art. 32, inc. f, de la ley 24.660 (confr. mi voto en la causa n° 65.441/2014, “*Gereş Lapuente, Claudia Vanesa*”, Sala I, rta. 8/03/2016, reg. n° 164/2016).

Dije entonces que el art. 3.1 CDN indica “atender” al “interés superior del niño” también en casos como el presente, pues como ha declarado el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14, “En la vía penal, el principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley [...]” (confr. OG N° 14, párr. 28, doc CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013). En particular, el

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

Expuse también que el interés superior del niño no constituye ni se confunde con un derecho sustantivo del niño y evoqué la opinión que señala que “el artículo 3 (1) no crea derechos o deberes, es sólo un principio de interpretación que tiene que ser considerado en todas las acciones concernientes a niños. Por ende, tiene la ventaja, a diferencia del artículo 2 (1), de operar como principio a ser considerado en relación con cada uno de los derechos de la Convención y más importante, de modo residual, respecto de toda acción concerniente a niños” (confr. VAN BUEREN, Geraldine, *The international Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, La HayaBostonLondres, 1998, p. 46 traducción no autorizada). Evoqué también la opinión que en la misma dirección afirma que: “el artículo 3[1] es de gran importancia puesto que es una provisión «paraguas» que prescribe el abordaje que debe seguirse «en todas las acciones concernientes a niños». Por esta razón es que a menudo será invocado en conexión con otros artículos de la Convención a fin de dar base, justificar o clarificar un abordaje particular a las cuestiones que surgen de la Convención [...]” y se agrega que entre los roles que cumple “puede actuar como principio mediador que puede ser de ayuda al resolver conflictos entre diferentes derechos cuando ellos surgen dentro del marco general de la CDN” (confr. DETRICK, Sharon, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, La HayaBostonLondres, 1998, p. 92 traducción no autorizada).

Concluí así que se entiende entonces que este principio constituye una directiva de interpretación en todas las decisiones concernientes a niños, sea que éstas tengan simplemente por objeto fijar el alcance de un derecho o garantía reconocidos a cualquier niño por la CDN, sea que se trate de resolver un conflicto de derechos e intereses que involucran a niños.

Finalmente evoqué, como pertinente al segundo supuesto, la jurisprudencia doméstica que tempranamente ha declarado que “el principio carece de contenido material, que nada se definiría con apelar vacíamente a su amparo, sino que opera como razón de corrección para superar conflictos entre derechos” (cfr. ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa Nro. 6667, “*Abregú, Adriana T. s/rec. de casación*”, Reg. Nro. 7749, rta. el 29/8/06, voto de la jueza Berraz de Vidal).

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

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

casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos.” (confr. OG N° 14, párr. 32).”

Hechas estas evocaciones, nuevamente observo que los funcionarios de la Defensa Pública que han recurrido y sostenido el recurso invocan repetidamente el “interés superior” del niño discapacitado, hijo de la detenida Graciela Álvarez, pero ninguno le ha dado suficiente consistencia y concreción a este interés más allá de afirmaciones genéricas sobre el derecho del niño a ser asistido por su madre, y sobre el mejor interés de que sea por ésta y no por la tía que ha asumido su asistencia y se lo ha puesto cargo.

Observo también que en la presentación de fs. 24/25, el Defensor Público Coadyuvante encargado de defender el interés del niño ha hecho una consideración parcial de la situación de hecho en la que se encuentra el niño discapacitado, sin indagar exhaustivamente las fuentes de información disponibles. En esa presentación no consta que el defensor se hubiese entrevistado directamente con el niño –sobre lo que no corresponde abrir juicio porque se ignora si su trastorno de desarrollo constituye un obstáculo o un impedimento absoluto para tal entrevista con un desconocido-, pero tampoco consta que hubiese requerido opinión del acompañante terapéutico, que es la persona capacitada para tratar con el niño, y con la que éste tiene trato cotidiano. No ha emprendido ninguna indagación acerca de cuál era la real relación entre el niño y la madre, no obstante lo que había expresado el padre al presentarse a este proceso. Tampoco nadie parece haber preguntado a la tía, que se ha hecho cargo del niño, sobre estas circunstancias relevantes para juzgar si, efectivamente, autorizar a la madre el arresto domiciliario para que conviva con el niño constituye una decisión que garantiza que la madre *se hará cargo* del niño, y en definitiva concluir que una decisión de esa naturaleza sería una decisión en el mejor interés del niño.

En vez de ello, se afirma a modo de cliché que debe autorizarse la prisión domiciliaria, porque ello es inherente al interés superior del niño, sin una adecuada y exhaustiva consideración de las

circunstancia concretas que rodean a las necesidades del niño a quien en este proceso se alude.

Por ello, concluyo también que no se ha sustanciado la alegación de defecto de consideración del art. 3 CDN, y tal conclusión es extensiva al art. 7.2 CDPD, cuyo texto reproduce sustancialmente el de aquél.

8. Finalmente, es inoficioso cualquier pronunciamiento sobre la pretensión, que la Defensa Pública trae de modo subsidiario, instando a que se autorice la inclusión de Graciela Álvarez en el Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica.

El dispositivo electrónico de control está previsto en el art. 33, último párrafo, de la ley 24.660, como modo de aseguramiento de las personas a quienes procede conceder el arresto o prisión domiciliarios. De modo que, no demostrada y sustanciada de manera razonada la pretensión principal de que en el caso se presenta alguno de los supuestos del art. 32 de aquella ley, tampoco cabe considerar la pretensión subsidiaria, en la medida en que no se expone siquiera una razón de otro orden diverso por la que también pudiese corresponder la morigeración de la prisión preventiva bajo esa forma de control. La pretensión subsidiaria aparece pues desprovista de fundamentación.

9. Por las consideraciones precedentes voto por que se rechace el recurso de casación, y se confirme la decisión recurrida, en todo cuanto ha sido materia de impugnación, con costas.

Así voto.

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

En esta oportunidad debo abocarme a determinar si el tribunal analizó correctamente la situación de la imputada y su hijo menor de edad que posee una discapacidad, a efectos de dilucidar si correspondía concederle el arresto domiciliario.

El supuesto legal invocado es el incluido por la ley 26.472, que modificó el art. 32 de la ley 24.660 y el art. 10 del CP, al adicionar el supuesto de arresto domiciliario a “la madre de un niño menor de cinco(5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo” -inciso f)-(el subrayado me pertenece).

En este caso se da la particular situación que la persona con discapacidad es un adolescente (14 años de edad) y que su padre ha fallecido en el transcurso del trámite de la causa.

Los jueces del Tribunal Oral han utilizado, a mi modo de ver, una lógica incorrecta para el análisis del caso que se presenta en esta ocasión. En tal sentido, han soslayado que la razón de ser del supuesto invocado por la defensa -inciso f) del art. 32 de la ley 24.660- se dirige a asegurar la situación global de la persona discapacitada, no ya como un beneficio para la persona que se encuentra privada actualmente de su libertad, sino como una previsión legislativa tendiente a evitar que la permanencia en un establecimiento penitenciario implique una trascendencia de esa situación a terceros más allá de lo razonable (art. 5.3 de la CADH) como así también lo exige la normativa supra legal existente - Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 26.378 y la Convención sobre los Derechos del Niño-.

Es el interés de la persona menor de edad discapacitada el que guía el supuesto en cuestión y el que se traduce en su derecho a contar con la ayuda, auxilio y contención que, atento a su discapacidad, mejor le permitan el disfrute de una vida plena y digna, atravesado, en este caso, por su condición de niño e hijo de la persona imputada, bajo la legislación nacional en materia civil que regula las relaciones familiares y teniendo en consideración que su progenitor falleció durante el encierro preventivo que viene sufriendo Graciela Álvarez.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su art. 9 que los estados partes deberán velar porque el niño no se encuentre separado de sus padres, así como también en su art. 18.1 dice: *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres (...) la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”*.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece en su art. 1 que *“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales*

*que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” y en su art. 7.2 dispone que “en todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, en consideración primordial será la protección del interés superior del niño”.*

La ley 26.378 incorporó a nuestro derecho positivo esta última Convención y su protocolo facultativo, y la ley 27.044 le otorgó rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN). El instrumento se sostiene en función de ocho principios rectores: a. el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b. la no discriminación; c. la participación, e inclusión plenas y efectivas, en la sociedad; d. el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e. la igualdad de oportunidades; f. la accesibilidad; g. la igualdad entre el hombre y la mujer; y h. el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (art. 3º CDPD) –el subrayado me pertenece).

En cuanto a la materia legislativa nacional aplicable al caso, y que advierto que se ha soslayado por completo, es pertinente reseñar el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación que sella quién resulta ser el responsable a cargo y cuál es el supuesto en el que su guarda puede ser asignada a otra persona.

M. es un adolescente de 14 años que posee, según todos los informes y el certificado de discapacidad (fs. 1, 3/6, 7, 14/17), un Trastorno Generalizado del Desarrollo y Trastorno del Espectro Autista.

En virtud de lo normado en los arts. 25 y 101 inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>1</sup>, y toda vez que no ha sido privada ni suspendida de su responsabilidad parental (confr. Arts.

---

<sup>1</sup> ARTÍCULO 25. Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

ARTÍCULO 101. Enumeración. Son representantes: a) de las personas por nacer, sus padres; b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe; c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.

700/704 CCyC)<sup>2</sup>, la única representante legal viva es su madre, Graciela Álvarez, de modo que el principal sujeto a cargo de las obligaciones inherente por su edad y por su condición de vulnerabilidad –atento a su patología- es su madre.

De ningún modo puede el tribunal deslindarse de la responsabilidad de brindar una respuesta jurisdiccional al resolver la tutela efectiva del interés superior del menor discapacitado, hijo de la imputada, bajo el argumento de que *“la tía se está ocupando del menor”*, porque esa escueta afirmación deja sin abordar innumerables temáticas que hacen al desarrollo integral de ese sujeto de derechos, desoye el “interés superior del niño” que ha sido desarrollado -en este caso- por su asesor de menores (fs. 24/25vta. y 61 de este legajo), a la vez que desconoce la legislación nacional y supra nacional que se cita.

En ese orden, el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que ha receptado las directrices emanadas de los diferentes instrumentos internacionales, dispone que la responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a. el interés superior del niño; b. la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación

---

<sup>2</sup> ARTÍCULO 700.- Privación. Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a. ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b. abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c. poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; d. haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo. En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró

ARTÍCULO 702.- Suspensión del ejercicio. El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: a. la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; b. el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años; c. la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio; d. la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales.

ARTÍCULO 703.- Casos de privación o suspensión de ejercicio. Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente.

ARTÍCULO 704.- Subsistencia del deber alimentario. Los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

ARTÍCULO 706.- Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a. Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b. Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. c. La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.



de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 639).

Además, se establece el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, colocando en pie de igualdad a ambos progenitores. Empero, en caso de muerte, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde al otro (arts. 640 y 641).

Entre los deberes de los progenitores enumerados: a. cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b. considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; c. respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; d. prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; e. respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; f. representarlo y administrar el patrimonio del hijo (art. 646).

El cuidado personal de los hijos es una derivación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 640), acotada a la vida cotidiana del hijo. El juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo (art. 651). Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición (art. 656).

*“Esta pauta legal, sin dudas, procura evitar los prejuicios, estereotipos o preconceptos ideológicos en las decisiones judiciales, y es una aplicación directa de la interpretación efectuada por la Corte IDH, cuyas sentencias forman parte integrante del ordenamiento jurídico argentino. En efecto, “... la Corte constata que la*

*determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia... Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño” Corte IDH, “Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile” (Fondo, Reparaciones y Costas), 24/02/2012.*

*Este criterio fue reiterado por la misma Corte IDH en otra sentencia, justamente en un caso contra Argentina: “El estado civil de soltero del señor F., equiparado por uno de los jueces a ‘la ausencia de familia biológica’, como fundamento para privarle judicialmente del ejercicio de sus funciones de padre, constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad de manera individual, ello sin haber considerado las características y circunstancias particulares del progenitor que quiere, en su individualidad, ejercer su función de padre”. Corte IDH, “Caso Fornerón e hija vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/04/2012.)<sup>3</sup>*

Específicamente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación prevé la posibilidad de otorgar la guarda a un pariente. Se trata del supuesto establecido en el art. art. 657 CCyC, en el que se especifica que en caso de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro periodo igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

---

<sup>3</sup> Pellegrini, M.V., “Título VII. Responsabilidad parental” en Herrera, M.; Carmelo, G. y Picasso, S. (Coord), *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo II, Libro Segundo, Artículos 401 a 723, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1º Edición, 2015, pág. 504.

Es decir que sólo a través de una decisión del juez – competente- y ante un supuesto de especial gravedad puede un pariente ser asignado como guardador (art. 657).

Se observa que el tribunal valoró de manera fragmentaria los informes agregados al legajo, sin atender a la real situación que atraviesa el grupo familiar de la causante.

Más allá de que se encuentre con cuidados terapéuticos, el cuidado de las necesidades que naturalmente presenta un niño con una enfermedad como la de M., difícilmente pueda ser afrontado por otro familiar, sin el sostén y la guía del progenitor/a. Sostener lo contrario, con la liviandad que se plasmó en el auto puesto en crisis, deja entrever, a mi modo de ver, un desconocimiento de lo que ese tipo de cuadros implica para un individuo y para su núcleo familiar, además de exhibir un trato inadecuado al no ponderar las particulares circunstancias que requiere debido -justamente- a su patología.

No se trata de constatar una situación de desamparo de la persona con discapacidad como se esbozó en la resolución recurrida. Repárese en que, de acuerdo al estado de salud del niño, éste requiere asistencia las 24 horas del día, siendo la parte afectiva de suma importancia para su desenvolvimiento.

Las 100 Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad —o Reglas de Brasilia, de 2008—, “100 Reglas de Brasilia” dirigidas a la actividad jurisdiccional para permitir el pleno goce de los servicios del sistema judicial, señalan como finalidad “garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna” (Regla 1). En la Regla 3 se establece que componen esa categoría “... aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” refieren a la necesidad de que se adopten medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de

vulnerabilidad y la conveniencia de la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial (Regla 40).

Tal como señaló el asesor de menores a fs. 24 y 25vta. de este incidente, en todo caso “...*los jueces deben demostrar la inconveniencia de que el niño se encuentre junto a su progenitora...*”, siendo justamente esta una de las razones por la cual se convoca a ese asesor legal. Allí solicitó, en representación del niño, se otorgue el arresto domiciliario a favor de la Sra. Álvarez con la única y suprema finalidad de garantizar el “interés superior” de su hijo.

En tal sentido, expuso que “...*resulta indubitable que para el normal crecimiento y desarrollo integral de [su] representado, es necesario que viva con su progenitora...*”, a la vez que resaltó como fundamento final “...*razones de humanidad motivada en que a este joven se le está siendo vulnerados en su normal desarrollo psico-físico...*”.

También señaló que “...*la Constitución Nacional, en su art 75 inc 23, exige garantizar la igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos en ella establecidos*”.

El centro terapéutico al que concurre M. desde abril de 2009 a realizar tratamiento en Psicología, Musicoterapia, Psicopedagogía y el cual brinda orientación a padres, hizo saber que la madre del joven asistió cada vez que se la convocó y que durante el primer período de tratamiento concurría acompañado exclusivamente por su madre, incluyéndose, posteriormente, un acompañante terapéutico (fs. 7).

El “Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad” de la Defensoría General de la Nación mencionó en el informe social que se encuentra agregado a fs. 3/6 que “...*teniendo especialmente en cuenta el concepto sobre persona con discapacidad que desarrolla el modelo social y que expone que una persona con alguna deficiencia tiene una discapacidad si encuentra alguna dificultad o imposibilidad para realizar una o más actividades de la vida cotidiana debido a la barreras que le impone la sociedad; así como a al principio de intrascendencia de la pena, unidad familiar e interés superior del niño, consideran que debe priorizarse el entorno de [M.] favoreciendo a las condiciones para su mejor desarrollo.*”

En esa dirección entendieron que “...restablecer la convivencia entre el niño y la madre permitiría que [M.] recupere parte de la rutina que fue su marco de crianza hasta los hechos acontecidos recientemente. La presencia de la progenitora -hoy único adulto responsable de sus cuidado- es necesaria para cumplimentar todos los trámites ineludibles para garantizar el acceso a la atención sanitaria de [M.] - actualización del certificado de discapacidad, cobro de pensión, retiro de la medicación, entre otros-.”

Es dable señalar que ese informe fue elaborado a partir de dos entrevistas con la imputada (el 16/03/17) y con su hermana Ana Álvarez –tía del menor- (el 21/03/17) y esta última contó con la participación del acompañante terapéutico Sr. Walter Mina Devino, que se hallaba en el domicilio junto con el menor y su prima (hija menor de Ana Álvarez). A su vez, el equipo profesional interviniente entabló comunicación telefónica el 21/03/17 con la Lic. Marcela Colase, directora de la Sucursal Paraná institución que provee el servicio de acompañante terapéutico al hijo de Graciela Álvarez, de modo que, entiendo que las consideraciones allí esbozadas no son el resultado antojadizo de las profesionales intervinientes, sino el producto de un análisis en base a datos brindados por distintas personas que rodean en la actualidad al menor M.

Algunos de los pasajes allí confeccionados que resultan pertinentes, a mi modo de ver, para refutar las conclusiones a las que arribó el colega García en el voto que antecede en torno si efectivamente la Graciela Álvarez estaba a cargo de M. previo a su detención, son las siguientes:

*“Luego del nacimiento de su hijo, la Sra. [Graciela] Álvarez Gavián dejó de trabajar para dedicarse exclusivamente al cuidado del niño, mientras el [el padre de M.] continuó con su actividad laboral en la remisería”.*

*“A partir del encarcelamiento de la Sra. [Graciela] Álvarez Gavián, Martín quedó al cuidado de [el padre de M.], con la asistencia cotidiana del acompañante terapéutico [W.M.D.]. Al respecto, el último de los nombrados refirió que ante la ausencia materna fue él quien asumió la tarea de acompañar a [M.] diariamente a sus terapias, mientras [el padre de M.] cumplía con sus obligaciones laborales.”* (el subrayado me pertenece).

*“Esta primera organización sufrió una abrupta y sustancial modificación al producirse el fallecimiento del Sr. Conde, el pasado 24 de febrero del corriente. Ante la ausencia de ambos progenitores la hermana de la asistida, la Sra. Ana Álvarez debió asumir los cuidados de Martín. Ello implicó que la nombrada dejara su hogar familiar para instalarse junto a su marido y su hija menores a la casa de su hermana, permaneciendo en su domicilio su hija mayor con su hijo.”*

*“En relación a ello la Sra. Ana Álvarez señaló que además del impacto que significó para su propio grupo familiar el mudarse a lo de su hermana — por la alteración de su propia organización cotidiana e inclusive la separación de su grupo conviviente-, en lo personal fue una decisión difícil de asumir debido a la atención que requiere su sobrino. Destacó en este sentido las manifestaciones de conducta del niño que en ocasiones dificultan la convivencia.”*

*“Vale destacar que, dada la problemática sanitaria de Martín y las características de su conducta, resulta difícil que otros familiares asuman la responsabilidad de su cuidado.”*

*“Por otra parte, y si bien la actual cuidadora del niño ha podido desplegar algunas estrategias para su atención, la tarea asumida es compleja, por lo cual, de prolongarse la misma, pueden suscitarse algunas situaciones que obstaculicen esta frágil organización. El hecho de que Ana hay tenido que dejar de trabajar, desmembrar su familia y cambiar de domicilio son elementos a considerar en cuanto a los cambios que ella también debió atravesar para cuidar a su sobrino”*

Por lo demás, dejando de lado la cuestión etaria, de las constancias de autos surge la compleja situación económica que atraviesa la familia que está redundando en limitaciones para M., ante las circunstancias de que el progenitor falleció, la tía Ana tuvo que dejar de trabajar para cuidar a M. y debido a que tampoco pudieron cobrar -en los hechos- la asignación por discapacidad del joven.

Entiendo pertinente destacar que no se saben las circunstancias en las que el escrito glosado a fs. 19/vta. del incidente de excarcelación fue presentado. Se desconoce si efectivamente fue escrito por el papá de M., se ignora si el contenido allí plasmado es verídico y, por otro lado, tampoco ha sido ello indagado por el titular del Ministerio Público Fiscal, único sujeto procesal en esta causa que se ha opuesto al otorgamiento del arresto domiciliario —bajo un escueto motivo que,

además, carece de sustento legal-, de modo que, a mi juicio, ningún efecto ni presunción puede extraerse de ese libelo. El presunto presentante falleció a los pocos días de ello, de modo que no puede convocársele a que ratifique la información que allí se volcó, con las cargas que implicaría de demostrarse que no es verídico lo que se pretendió manifestar.

Además, ningún eco se ha hecho de esa información el representante legal de los intereses del menor en estas actuaciones, el Dr. Oreste Gallo; en rigor de verdad su dictamen revela datos en sentido distinto al que se pretende extraer de aquél. Y la circunstancia de que éste último no haya asistido a la audiencia fijada por esta sala, de ningún modo puede ir en desmedro de la situación que hay que resolver que, a mi modo de ver, redundaría en el mejor ámbito para el desarrollo de todas las capacidades de M. Y si alguna duda en relación a las condiciones de vida de M. previas al encarcelamiento de la imputada no han sido evacuadas en la audiencia realizada el 31 de agosto del corriente o no han sido completamente abordadas en los informes pertinentes, a mi juicio, se debería ordenar volver a realizarlos para que el *a quo* vuelva a expedirse con la información completa que se considera ineludible para evaluar si la imputada era la persona que se hallaba a cargo materialmente de M. antes de su detención.

Por lo que surge del informe agregado a fs. 3/6, el acompañante terapéutico del niño habría esbozado información compatible con la ocupación cotidiana por parte de Graciela Álvarez de acompañar diariamente a sus terapias a M. hasta el encarcelamiento de ella. Ver la parte subrayada del extracto transcrito más arriba.

Por otro lado, la Lic. En Psicología Ángeles Maestru del Complejo Penitenciario Federal n° IV efectuó un informe en el que destacó que Graciela Álvarez “... *a lo largo de los encuentros ha expresado preocupación por su hijo quien posee una discapacidad. Se ha realizado contención verbal y orientación ante lo expuesto, evidenciándose un vínculo de apego con el mismo. Asimismo se la evidencia comprometida en su rol de madre y en acompañar a su descendiente en los distintos tratamientos médicos que requiera. Paciente reflexiva y comprometida con el espacio terapéutico*” (ver fs. 19 del presente legajo) (el

subrayado me pertenece). Una profesional en psicología, por la especialidad en su materia, puede advertir si la persona es manipuladora con su discurso, característica que no fue siquiera sugerida en este informe, lo que permite mínimamente dudar, o cuanto menos no utilizar como información fidedigna, aquella plasmada en el escrito de fs. 19 del incidente de excarcelación en perjuicio de la labor desarrollada por la imputada como progenitora a cargo de su hijo.

Si lo que se pretende es cuestionar el accionar profesional del letrado a cargo de los intereses del niño, se puede tomar cartas en el asunto para denunciar ante quien corresponda el presunto accionar negligente, pero ello no podría ir en -lo que a mi modo de ver sería- desmedro de la situación por la que debemos tutelar, en el marco del pedido de prisión domiciliaria en favor de un menor discapacitado.

Como corolario de todo lo expuesto, considero que se encuentran dadas las pautas legales para otorgar el arresto domiciliario a Graciela Álvarez, quien es la única representante legal viva a cargo de Martín Conde; que no se ha constatado la única excepción prevista por el Código Civil y Comercial de la Nación para otorgar la guarda del joven a un familiar -por disposición judicial en un supuesto de especial gravedad -(art. 457 CCyC); que la solución que propongo es la que, a mi juicio, resulta más acertada por aplicación de los Altos Principios que surgen de las normas que he mencionado y de la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; que la información que surge de la causa de ningún modo me permite siquiera suponer que el menor no estaría mejor con su progenitora atento a la patología que posee; que, incluso, en el supuesto de que la imputada no hubiera estado abocada al cuidado de M. antes de ser encarcelada, esa situación fáctica mutó al haber fallecido Enrique Conde el 24 de febrero de este año, situación que se ve reforzada tomando en consideración el impacto negativo que trae aparejado en el joven la privación de la libertad de la encausada y ante ello considero obligación prioritaria de los órganos estatales el velar por el interés del menor discapacitado.



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1  
CCC 3874/2017/TO1/6/CNC2

Tanto el dictamen fiscal como la resolución en crisis exhiben una aparente fundamentación que sólo deja al descubierto, a mi modo de ver, una mirada parcial y sesgada de la prisión domiciliaria y la errónea interpretación del art. 32 de la ley 24.660, la Convención sobre los Derechos del Niño, la de Discapacidad, y desconoce la legislación civil actualizada (Código Civil y Comercial de la Nación).

Por todo ello, voto por hacer lugar al recurso de casación, sin costas, anular la decisión recurrida y conceder el arresto domiciliario de Graciela Álvarez (arts. 456, inc. 2, 470, 471, 530 y 531 CPPN).

Así voto.

El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:

En lo sustancial, adhiero al voto del colega García.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala 1, por mayoría,

### **RESUELVE:**

**RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 26/27 y **CONFIRMAR** la decisión recurrida de fs. 31/50, en todo cuanto ha sido materia de impugnación, con costas. (arts. 456, 465 *bis*, 470 *a contrario sensu*, 530 y 531 CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; Lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

LUIS M. GARCIA

GUSTAVO A. BRUZZONE

MARÍA LAURA GARRIGÓS DE  
RÉBORI

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ  
Secretario de Cámara