REGISTRO N° 1118/22

//la ciudad de Buenos Aires, a los 26 días del mes de agosto del año 2022, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky, como Presidente, el doctor Javier Carbajo y el doctor Gustavo M. Hornos, asistidos por el secretario actuante, se reúne para decidir acerca del recurso de casación interpuesto en la presente causa **FMZ 13043/2020/TO1/7/CFC2** caratulada **"DOMÍNGUEZ VILLARREAL, Carlos Maximiliano s/recurso de casación"**, de la que **RESULTA**:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 2 de Mendoza, provincia homónima, el 5 de mayo de 2022, resolvió: *"1) RECHAZAR el pedido de conversión del arresto domiciliario otorgado por el art. 210 inc. j) del C.P.P.F. a la modalidad de prisión domiciliaria prevista en el art. 32 de la ley 24.660, solicitado por la defensa…*

2) REVOCAR el arresto domiciliario otorgado oportunamente a Carlos Maximiliano Domínguez Villarreal. FIRME que se encuentre la presente, TRASLADAR a Domínguez al Complejo Penitenciario Federal 6, en calidad de detenido condenado…".

II. Contra dicha decisión, la defensa pública oficial de Domínguez Villareal interpuso el recurso de casación en estudio, que fue concedido por el *a quo* –en cuanto a su admisibilidad formal- el 19 de mayo del año en curso.

Postuló que la resolución resultaba equiparable a sentencia definitiva al ocasionar en su asistido y a su grupo familiar un perjuicio de imposible reparación ulterior.

Indicó que el *a quo* realizó una aplicación errónea de la ley sustantiva, vulnerando los principios humanitarios, de intrascendencia de la pena y *pro homine*.

En efecto, sostuvo que, según su opinión, se atribuyó escasa relevancia a la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la familia del justiciable, lo que conllevó a la afectación del interés superior de los hijos del encausado, menores de edad.

Por otra parte, respecto de la salud de su asistido, alegó que Domínguez Villareal no podría ser debidamente atendido intramuros, en tanto su tratamiento -uso medicinal del cannabis-, no estaba contemplado por la asistencia sanitaria carcelaria.

En razón de ello, señaló que introducir al nombrado al sistema penitenciario para que cumpla su condena perjudicaba el plan terapéutico diseñado.

Por lo expuesto, solicitó que se convierta el arresto domiciliario del art. 210, inc. “j”, del C.P.P.F. en prisión domiciliaria (cfr. arts. 32 de la ley 24.660 y 10 del C.P.).

Formuló reserva del caso federal.

III. En la etapa prevista por el art. 465 *bis* -en función de los arts. 454 y 455 del C.P.P.N., según ley 26.374-, realizaron presentaciones la defensa de Domínguez Villareal y el representante de

la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores, Dr. Marcelo Carlos Helfrich.

La asistencia técnica se remitió a los argumentos desarrollados en el recurso de casación interpuesto y agregó que, al haberse omitido conferirle intervención al Asesor de Menores durante la sustanciación del incidente, el *a quo* dictó el pronunciamiento sin contar con la totalidad de los elementos que resultaban relevantes para abordar la pertinencia de la petición formulada.

En esa línea, sostuvo que resultaba ineludible la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces en resguardo del derecho a ser oído de los niños.

Por su parte, el Asesor de Menores informó que mantuvo comunicación telefónica con Marianela Lourdes Martinez –madre de los niños- quien explicó que *"…con los chicos estamos solos. Esperamos que vuelva a estar con nosotros porque soy la única que sostiene casa y no tengo a nadie que me ayude… Yo soy peluquera y tengo un lugar en una peluquería algunas horas durante la semana pero no me rinde como los trabajos de manicuría que hago a domicilio porque todo lo que gano es mio y no a comisión. Pero el problema es pierdo muchas veces trabajos por no poder ir si no pude conseguir a alguna amiga que me cuide a los chicos… Antes cuando mi suegra estaba no me preocupaba porque me recontra ayudaba con los chicos, pero falleció hace ya algo más de un año y por eso tenerlo a Carlos en casa lo pedimos para que pueda cuidar de nuestros hijos y yo poder salir a*

trabajar. Con las Asignaciones no alcanza… Y ni Carlos ni yo tenemos relación con nuestras familias por problemas preexistentes a la situación de detención de él y no podemos contar con ellos tampoco”. A ello, agregó que los menores pasaban mucho tiempo con su padre y que ahora les hacía mucha falta.

En ese escenario, el Asesor de Menores concluyó que, aun cuando se contara con la buena predisposición de familiares y amigos para ayudar con el cuidado de los niños, no se podía pretender valorar esa colaboración como una supuesta “falta de desamparo” puesto que, en efecto, la separación con su padre operaba en detrimento de los derechos de sus hijos.

Así las cosas, solicitó que se hiciera lugar al arresto domiciliario en favor del solicitante, en resguardo de los Derechos y Garantías de jerarquía Constitucional de B.L.M. y M.V.D.M.

IV. Superada dicha etapa procesal, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

Efectuado el sorteo de estilo para que los señores jueces se expidan, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Javier Carbajo, Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky.

El **señor juez Javier Carbajo** dijo:

I. El recurso de casación interpuesto es formalmente admisible habida cuenta de que se encuentran involucradas cuestiones de naturaleza

Fecha de firma: 26/08/2022
Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: CARLOS JAVIER CARBAJO, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: MARCOS FERNANDEZ OCAMPO, PROSECRETARIO DE CAMARA

#36237559#339216103#20220826140300319

federal que imponen su tratamiento en los términos de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 328:1108, que ha erigido a esta Cámara Federal de Casación como tribunal intermedio y la ha declarado facultada para conocer previamente en todas aquellas cuestiones de tal naturaleza y que pretendan someterse a su revisión final, con prescindencia de obstáculos formales (cfr. “Di Nunzio”, considerando 11°), constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia federal en materia penal.

En consecuencia, en cuestiones como las aquí planteadas, en donde se recurre un fallo que no hace lugar a la conversión de la morigeración de la medida cautelar en prisión domiciliaria alegando violación a prerrogativas contempladas por la Constitución Nacional y por Tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, le compete la intervención a esta instancia, teniendo además en consideración que la decisión, por sus efectos, resulta susceptible de ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior.

De esta manera, advirtiendo que en el caso se encuentran satisfechos los recaudos mínimos de fundamentación y las demás exigencias formales que demanda la vía recursiva intentada, estimo que el remedio interpuesto es admisible.

II. Conforme surge del Sistema de Gestión Judicial Lex-100, el 21 de febrero de 2022 Carlos Maximiliano Domínguez Villarreal fue condenado –

mediante juicio abreviado-, a la pena de 4 años de prisión como autor penalmente responsable del delito de comercio de estupefacientes (art. 5, inc. “c”, de la ley 23.737). La sentencia condenatoria se encuentra firme.

En el marco de esta incidencia, la defensa del nombrado, solicitó la conversión de la morigeración de la prisión preventiva de la que gozaba el encausado, prevista en el art. 210, inc. “j” del C.P.P.F., en arresto domiciliario, según los arts. 10, inc. “f”, del C.P. y 32, inc. “f”, de la ley 24.660.

Para fundar su petición, la defensa explicó que Marianela Martínez -pareja de su asistido- provee económicamente a las necesidades del hogar, mientras el encartado se encarga del cuidado de los hijos de ambos –B.L.M., de 10 años, y M.V.D.M., de 3 años-. Enfatizó que no cuentan con familiares cercanos que pudieran sustituir a Domínguez Villarreal en la asistencia de los niños.

Indicó que Martínez trabaja en un salón de belleza los días lunes, miércoles y viernes en horarios rotativos, y que los restantes días se desempeña como manicura en su domicilio, a donde concurren sus clientas.

Finalmente, puso de resalto que el justiciable se encuentra en prisión domiciliaria desde el 3 de marzo de 2021 y que había dado cumplimiento a las reglas impuestas.

Atento al pedido de conversión, el *a quo* requirió a G.N.A la realización de una amplia

Fecha de firma: 26/08/2022
Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: CARLOS JAVIER CARBAJO, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: MARCOS FERNANDEZ OCAMPO, PROSECRETARIO DE CAMARA

#36237559#339216103#20220826140300319

encuesta ambiental en el domicilio de Domínguez Villarreal.

Al darse intervención a la acusadora, postuló que el caso no encuadraba en ninguno de los supuestos establecidos por la ley en tanto, de la documental agregada y de los propios argumentos vertidos por la defensa, se obtenía que los menores no se hallaban en situación de desamparo ni de inseguridad material o moral que justificara hacer lugar a la petición.

El tribunal de grado decidió, el 17 de marzo del corriente, rechazar el pedido de la defensa.

En aquella resolución, advirtió que "*…del informe social practicado surge que el imputado es metalúrgico, con un ingreso aproximado de $45000 trabajando desde su domicilio. Su pareja, Marianela Lourdes Martínez, de 26 años de edad, trabaja de peluquera con un ingreso mensual de $90000*".

Además, destacó que la hija mayor del causante se encontraba escolarizada y que ambos niños presentaban buen estado de salud.

Por lo expuesto, consideró que la asistencia técnica no demostró el motivo por el cual la situación de la familia de Domínguez Villarreal justificaba una medida excepcional como la solicitada.

En este contexto, sostuvo que "*…los pesares que acarrea en la dinámica familiar la privación de libertad de uno de sus miembros escapan a la jurisdicción del Tribunal, salvo que no exista*

otro modo de garantizar la vigencia de un interés superior. En el caso concreto, entiendo que no es la situación que hoy viene a examen".

El 28 de marzo del presente año, la defensa volvió a solicitar la conversión de la morigeración de la medida cautelar en prisión domiciliaria, ahora fundando su pretensión en razones de salud (arts. 32, inc "a", de la ley 24.660 y 10, inc "a", del C.P.).

Señaló que su defendido "…*fue diagnosticado en fecha 3 de enero de 2022 por el Dr. Daniel Orlando Fernández, M.N. 134803 con artralgia crónica de rodilla y anorexia, sugiere para el tratamiento de la patología cannabis artesanal medicinal, siendo autorizado al cultivo de 9 plantas de cannabis a fin de obtener el aceite medicinal de cannabis (producto indicado por el profesional)*". Adjuntó certificado de inscripción en el RECANN (ficha médica), consentimiento informado bilateral y autorización de cultivo controlado y transporte.

Así las cosas, sostuvo que su alojamiento en un establecimiento carcelario perjudicaría su salud, en tanto no se le suministraría el tratamiento indicado con cannabis, no tendría acceso a una dieta médica para la anorexia, tampoco sería tratado para el desarrollo de apetito, y se le suministrarían analgésicos para sus dolores de rodilla, afectando su sistema gastrointestinal.

Por lo demás, atento a que el *a quo* rechazó un pedido semejante el 17 de marzo próximo pasado, solicitó la suspensión del plazo que se

Fecha de firma: 26/08/2022
Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: CARLOS JAVIER CARBAJO, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: MARCOS FERNANDEZ OCAMPO, PROSECRETARIO DE CAMARA

#36237559#339216103#20220826140300319

encontraba corriendo, teniendo en cuenta el nuevo planteo de conversión de prisión domiciliaria, con distintos fundamentos para su concesión.

En este marco, el tribunal de grado suspendió los plazos de casación y corrió vista a la acusadora que solicitó, previo a expedirse, que el estado de salud del interesado fuera evaluado por un profesional de la salud del Complejo Penitenciario, debiendo indicar si presentaba alguna dolencia, en su caso cuál, y si la misma podía ser tratada en ese establecimiento.

Agregado el informe, se corrió nuevo traslado a la fiscal de instancia, quien se pronunció por el rechazo del pedido incoado.

Llegado el momento de decidir, el *a quo* memoró los pormenores del caso y las consideraciones efectuadas en su resolución anterior –del 17 de marzo de 2022- y concluyó, en esta nueva oportunidad, que la situación agregada por la defensa no conmovía la decisión negativa de ese tribunal.

En ese sentido, sostuvo que la alegada necesidad de realizar su tratamiento de salud por sus patologías de artralgia crónica de rodilla y anorexia no resultaba suficiente para modificar el temperamento adoptado, por cuanto, “[d]*el informe remitido por el Complejo Penitenciario Federal VI surge que ambas dolencias pueden ser debidamente atendidas ya que cuentan con especialistas en traumatología, psiquiatría y psicología*”.

En razón de ello, destacó que no se demostró que su situación personal justificara una medida excepcional como la solicitada, puesto que sus padecimientos podían ser tratados dentro del sistema penitenciario.

Finalmente, concluyó que, ya dictada la condena de prisión sobre Domínguez Villarreal, y no resultando procedente la aplicación de los arts. 32 de la ley 24.660 y 10 del C.P., correspondía arbitrar las medidas legales existentes y suficientes para asegurar el cumplimiento de la condena.

En este escenario, resolvió rechazar el pedido de conversión de prisión domiciliaria, revocar el arresto domiciliario otorgado en el marco del art. 210 del C.P.P.F. y, una vez firme, trasladar al encausado al Complejo Penitenciario Federal Nº 6 de Mendoza.

III. Reseñado todo cuanto antecede, y a los fines de decidir la cuestión que llega a estudio de esta Cámara, considero pertinente recordar el marco normativo que regula la detención domiciliaria en supuestos como los aquí en tratamiento.

El artículo 10 del Código Penal legal prevé que: *“Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; (…)*

f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo".

Asimismo, y desde una hermenéutica sistemática el art. 32 de la ley 24.660 prescribe que: *"…El juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario (…) f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo".*

Si bien el presente no encuadra estrictamente en ninguna de estas disposiciones, ello no implica *per se* el rechazo de la medida, pues el sentido de las normas atiende a motivos de índole humanitarios, amalgamándolas con el caso concreto y teniendo en cuenta, fundamentalmente, los principios de interés superior del niño y *pro homine*, entre los que se encuentran aquéllos en los que los niños puedan hallarse en una situación de desamparo o desprotección tal que amerite su concesión, o bien el de aquellas personas que puedan encontrarse en grave riesgo en su salud y que sus patologías y dolencias no puedan ser atendidas adecuadamente intramuros.

Sobre el primer aspecto, se ha afirmado que *"…son los propios tratados* [Convención sobre los Derechos del Niño] *los que contemplan la posibilidad, en casos excepcionales y de conformidad*

con las leyes y procedimientos aplicables, la posibilidad de que los menores sean separados de sus progenitores”, pues *“…el derecho a que los niños crezcan en el seno de una familia no puede ser interpretado en abstracto y de manera absoluta en contraposición con el resto del ordenamiento legal vigente, sino que debe ser evaluado de acuerdo a las particulares circunstancias de cada caso”* (cfr. causa n° 6667, “ABREGÚ, Adriana Teresa s/ recurso de casación”, reg. n° 7749.4, rta. 29/8/06, del voto del doctor Hornos).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la consideración rectora del interés superior del niño -establecida por 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…”* (Fallos 324:975).

A su vez, en lo referente al arresto domiciliario por motivos de salud, el art. 33 de la ley 24.660 reza *“…*[l]*a detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución o competente. En los supuestos a), b) y c) del artículo 32, la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social…”*.

Conforme el marco descripto, para la concesión de la prisión domiciliaria debe hacerse un análisis integral de las peculiaridades que rodean

Fecha de firma: 26/08/2022
Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: CARLOS JAVIER CARBAJO, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: MARCOS FERNANDEZ OCAMPO, PROSECRETARIO DE CAMARA

#36237559#339216103#20220826140300319

al pedido pues, como se advierte, el texto del art. 32 de la ley 24.660 establece que el juez "podrá" disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria (cfr. "ACOSTA, Jorge Exequiel s/recurso de casación", FCB 8439/2014/38/CFC4, Reg. 313/19, del 13/3/2019; "VIDAL CAMPOS, Yesenia Estefany s/recurso de casación", CFP 14514/2015/TO1/12/CFC9, Reg. 616/20, del 21/5/20 y "LORIO, Mario Aníbal s/recurso de casación", FRO 22664/2017/41/CFC1, Reg. 2049/20, del 19/10/20, entre otras de esta Sala IV).

Tal conclusión se impone a partir de la existencia de ese verbo -"podrá"- empleado por el legislador y guarda coherencia con la conocida pauta de interpretación según la cual la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820 y 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149 y 327:769) y que este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937 y 312:1484).

Por tanto, resulta claro que se trata de una facultad encomendada por el legislador al juez, quien deberá evaluar, luego del análisis global de

las constancias del expediente, si resulta razonable conceder el instituto peticionado.

IV. En esta inteligencia, de conformidad con el marco normativo fijado, con la doctrina aplicable al instituto en cuestión y a la luz de las pautas que surgen de la Convención de los Derechos del Niño -que en nuestro país tiene rango constitucional-, luego de una evaluación de las particularidades del caso y de sus vicisitudes, advierto que la decisión recurrida contiene una fundamentación meramente aparente y no satisface la exigencia de validez de los pronunciamientos jurisdiccionales, que impone siempre la aplicación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos actuales de la causa.

Es que, en lo que respecta a la alegada afectación al interés superior de los menores de edad –B.L.M., de 10 años, y M.V.D.M., de 3 años-, se advierte que no se ha dado una acabada respuesta a los planteos invocados por la defensa de Domínguez Villarreal, como tampoco se ha valorado integralmente el informe glosado al expediente.

En efecto, en la pretensión de origen se bregaba por la conversión de la medida cautelar que cumple el nombrado en prisión domiciliaria, a los fines de evitar que con su ausencia sus hijos quedaran en una situación de vulnerabilidad.

Si bien es cierto que del informe socio ambiental se obtiene que los niños se encuentran en buen estado de salud y poseen buenas condiciones habitacionales; el panorama de bienestar allí

reflejado, se verifica en presencia de ambos padres en el hogar.

Debe observarse que la madre de los menores trabaja en una peluquería los días lunes, miércoles y viernes, en horarios rotativos, quedando en cabeza del encartado la tarea de asistir a los niños. En este sentido, se advierte que, si bien B.L.M. asiste normalmente a clases, M.V.D.M. –de 3 años- no está escolarizado aún, motivo por el cual requiere el cuidado permanente de su padre.

En este escenario, es importante poner de resalto que la defensa hizo hincapié en que Domínguez Villarreal no cuenta con familiares cercanos que puedan ocuparse de los niños y, entonces, sustituirlo en el rol que cumple actualmente.

Al respecto, advierto que tal afirmación no fue rebatida por las constancias del incidente, ni tampoco fue objeto de tratamiento por parte del juez actuante.

Ante tal panorama, estimo pertinente resaltar que, conforme consta en el legajo, el encausado es metalúrgico y obtiene un ingreso aproximado de $45.000 trabajando desde su domicilio, donde cumple el arresto domiciliario que se le concedió el 3 de marzo de 2021, sin que se haya puesto en evidencia incumplimiento alguno de las condiciones establecidas al otorgarse la morigeración.

Lo anterior, a mi modo de ver, permite concluir que el *a quo*, al decidir la controversia,

lo hizo valorando la actual ausencia de vulnerabilidad de los menores la que, en vista de lo alegado por la defensa, se desconoce si permanecerá en el tiempo, dado que no se ha puesto en confronte ese corolario con otros elementos adicionales que permitan acreditar que el entorno en el que se desenvolverán los hijos de Domínguez Villarreal ante su ausencia será el adecuado para sus edades y su crecimiento.

En este sentido, entiendo que no resulta posible soslayar todos los términos allí revelados, máxime cuando existe incertidumbre respecto al panorama que se cernirá sobre las vidas de los niños ante la prisionización de su padre, al ser él quien se encarga de su cuidado diario mientras la madre sale a trabajar, sin que surja del incidente la existencia de algún otro adulto responsable que pudiera encargarse de ellos.

A ello se aduna la situación de salud de cierta precariedad que manifiesta el encausado y que dan cuenta de un panorama de incertidumbre respecto de su tratamiento y evolución intra-muros.

Son esas circunstancias, precisamente, las que provocan que el fallo no pueda ser convalidado por no superar el estándar exigido por el art. 123 del C.P.P.N., ya que es insuficiente su fundamentación.

En suma, postulo al Acuerdo que se haga lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de Domínguez Villarreal, se anule la resolución cuestionada y se reenvíen las

Fecha de firma: 26/08/2022
Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: CARLOS JAVIER CARBAJO, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: MARCOS FERNANDEZ OCAMPO, PROSECRETARIO DE CAMARA

#36237559#339216103#20220826140300319

actuaciones al tribunal de procedencia para que dicte un nuevo pronunciamiento, sin costas en la instancia (cfr. arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. En atención a las circunstancias relevantes del caso que han sido reseñadas en el voto del colega que lidera el Acuerdo, y por compartir sustancialmente las consideraciones allí expuestas, adhiero a la solución propuesta en cuanto corresponde anular la resolución recurrida por falta de fundamentación y remitir los autos al tribunal de origen para que dicte una nueva conforme a derecho.

En efecto, los argumentos expuestos en la resolución recurrida en cuanto a que B.M.L. de 10 años y M.V.D.M. de 3 años, se encuentran al cuidado de su madre y por lo tanto no corresponde hacer lugar al pedido de la defensa, resultan insuficientes para considerarla válida en los términos de lo previsto por el art. 123 del CPPN.

II. Asimismo, dado que en el caso de autos la defensa plantea la controversia desde la posible afectación al interés superior de los hijos menores de edad de Carlos Maximiliano Dominguez Villarreal, advierto que cobran relevancia las previsiones de la Convención de los Derechos del Niño y la primacía del “Interés Superior del Niño”. Ello así pues se trata del principio rector de todas las decisiones que involucren el ejercicio de sus derechos.

Entonces la decisión a adoptarse debe contemplar, en forma ineludible, el Interés Superior

de los hijos en cuyo superior interés se funda el pedido de conversión del arresto domiciliario.

Aunque es la Convención sobre los Derechos del Niño el instrumento que estableció con mayor extensión y precisión respecto de la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, esta disposición ha sido recogida en numerosos Instrumentos Internacionales de protección de los Derechos Humanos -Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 7; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25.2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 19; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 10.3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 24.1-.

La adopción de dichas medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece. Sobre este punto, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador -instrumento adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- (firmado por la República Argentina el 17/11/1988 y ratificado el 30/6/03), manifiesta que *"…todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias*

excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre…"

De este modo, tal y como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos *"…en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia…"* (Corte IDH, OC-17-02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/8/2002).

Al referirse al Interés Superior del Niño, el Comité los Derechos del Niño –órgano de vigilancia de la Convención respectiva-, señaló que este concepto: *"…exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana"* (Comité de los Derechos del Niño. Observación General nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 5).

En la misma observación, afirmó que es un deber general de los Estados tener debidamente en cuenta el Interés Superior del Niño, y que en esta obligación se encuentran comprendidos los tribunales.

En ese sentido, recordó que el término "tribunales" alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia y todas las

actuaciones conexas relacionadas con niños. En lo pertinente al ámbito penal, expresó que se aplica también a los niños afectados por la situación de unos padres en conflicto con dicha ley (Comité de los Derechos del Niño. Observación General nº 14, op. cit., párrs. 27 y 28).

Al mismo tiempo, y en aras de la tutela efectiva del niño, la Convención realiza un especial hincapié en la importancia del núcleo familiar en cuanto a la materialización efectiva de los derechos de los niños. Así, el Comité destacó la importancia de la familia como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (cfr. el preámbulo de la Convención).

He tenido oportunidad de pronunciarme en cuanto a que *"resulta claro que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños y, consecuentemente, que los niños tienen el derecho a crecer junto a sus padres"* (Sala IV: "ABREGÚ, Adriana Teresa s/recurso de casación" y "VIZCARRA, Mabel Gerónima s/recurso de casación"; causa n°6667, rta. el 29/08/06, reg. n°7749 y causa n° 6693, rta. el 21/09/06, reg. n°7858, respectivamente).

Respecto del derecho de los niños a no ser separados de sus padres –art. 9 C.D.N.-, el Comité, en la citada observación, indicó que preservar la unidad familiar es un elemento importante del régimen de protección del niño. Agregó, que dada la

Fecha de firma: 26/08/2022
Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: CARLOS JAVIER CARBAJO, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: MARCOS FERNANDEZ OCAMPO, PROSECRETARIO DE CAMARA

#36237559#339216103#20220826140300319

gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida sólo debería aplicarse como último recurso.

Asimismo, expuso que resulta obligación del Estado, proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, antes de recurrir a la separación de sus padres (Comité de los Derechos del Niño. Observación General nº 14, op. cit., párrs. 60 y 61).

Ahora bien, precisado el marco normativo de la cuestión traída a estudio de este Tribunal y, en atención a las concretas circunstancias del caso, concluyo en que la decisión adoptada por el tribunal “a quo” también resulta infundada en razón de haberse omitido escuchar al Asesor de Menores.

Es que cuando se invoca “el Interés Superior del Niño” en los términos del artículo 3.1 del CDN, resulta primordial que el caso sea suficientemente sustanciado a los fines de dotar a los jueces de la información pertinente y suficiente para decidir si correspondía la revocación del arresto domiciliario oportunamente concedido en función del Interés del Niño.

En función de ello, resulta ineludible la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, en el adecuado resguardo del derecho a ser oído del niño en tanto la cuestionada intervención estatal lo ha separado -en el caso- de

su padre y la solicitud se realizó principalmente en su nombre (artículo 12 de la C.D.N.), pues es aquel el órgano que se encuentra en condiciones de alegar, objetivamente y de un modo no condicionado, sobre el punto, en tanto debe intervenir *“en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores o incapaces”* y puede *“entablar en defensa de éstos las acciones y recursos pertinentes”* (art. 54 de la ley 24.946).

En atención a que dicho órgano no ha intervenido y que, en el caso, el rechazo de la conversión y la consecuente revocatoria de la prisión domiciliaria podría afectar el Interés Superior de los hijos menores de edad de Carlos Maximiliano Villareal, entiendo que la decisión recurrida, aparece desprovista de fundamento, pues al momento de resolver el tribunal no contó con el dictamen del Asesor de Menores; defecto que acarrea la nulidad del fallo recurrido (art. 123 del C.P.P.N.).

IV. Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, anular la resolución recurrida y remitir los autos al tribunal de origen para previa sustanciación se dicte una nueva. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

En función de la deliberación mantenida con mis colegas luego de la audiencia celebrada en autos (cfr. arts. 398 y 465 bis del C.P.P.N.), los

Fecha de firma: 26/08/2022
Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: CARLOS JAVIER CARBAJO, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: MARCOS FERNANDEZ OCAMPO, PROSECRETARIO DE CAMARA

#36237559#339216103#20220826140300319

doctores Javier Carbajo y Gustavo M. Hornos han expresado su posición coincidente respecto a la suerte de la impugnación en trato, en cuanto postularon hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial de Carlos Maximiliano Domínguez Villareal, anular el pronunciamiento cuestionado y reenviar las actuaciones al tribunal *a quo*, sin costas en la instancia.

Sin embargo, en atención a que no han arribado a un acuerdo sobre la cuestión de fondo controvertida por la parte recurrente, a fin de conformar mayoría y en las particulares circunstancias de autos, comparto en lo sustancial las consideraciones expuestas en el voto del distinguido colega que abre el acuerdo, doctor Javier Carbajo y adhiero a la solución que allí propone.

En mérito del Acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de Carlos Maximiliano Domínguez Villarreal, **ANULAR** la resolución cuestionada y **REENVIAR** las actuaciones al tribunal de procedencia para que dicte un nuevo pronunciamiento, sin costas en la instancia (cfr. arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo

la presente de atenta nota de envío.

Firmado: Mariano Hernán Borinsky, Javier Carbajo y Gustavo M. Hornos.
Ante mí: Marcos Fernández Ocampo, Prosecretario de Cámara.

Fecha de firma: 26/08/2022
Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: CARLOS JAVIER CARBAJO, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: MARCOS FERNANDEZ OCAMPO, PROSECRETARIO DE CAMARA

#36237559#339216103#20220826140300319