

MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO DE LAS
MUJERES EMBARAZADAS O CON HIJAS/OS
MENORES DE EDAD

DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Defensora General de la Nación

Dra. Stella Maris Martínez

Defensora Pública Oficial a cargo de la Secretaría General de Política Institucional
de la Defensoría General de la Nación

Dra. Fernanda López Puleio

Comisión sobre temáticas de género

Co- titulares:

Patricia Azzi, Matilde Marina Bruera, Alberto Saúl Santos Giordano, Cecilia
Mage, Virginia Sansone y Ana María Zapata de Barry

Integrantes:

Gabriel Ignacio Anitua, Raquel Asensio y Julieta Di Corleto

UNICEF OFICINA DE ARGENTINA

Representante Adjunto

Dr. Ennio Cufino

RESPONSABLES TÉCNICOS DE LA PUBLICACIÓN

Raquel Asensio, Julieta Di Corleto y Tatiana Gos – Defensoría General de la Nación
Gimol Pinto y Romina Pzellinsky - Unicef Oficina de Argentina

COORDINACIÓN EDITORIAL

Comunicación Institucional - Defensoría General de la Nación

Edición de Enero de 2009

1º Edición de 500 ejemplares

ÍNDICE

PRÓLOGO	5
DOCTRINA	9
Una versión abarcadora de la detención domiciliaria. Eleonora Devoto	9
Detención domiciliaria. Ley 24.660. Aplicación a procesados no condenados. Perla I. Martínez de Buck y Patricia Plesel de Kiper	13
Hijas e hijos de mujeres privadas de la libertad. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables. Gimol Pinto y Diego Freedman	21
Detenidas embarazadas. Normativa y tratados de derechos humanos. Juan Rubén Pulcini	29
El reconocimiento de los derechos del niño y su incidencia en la privación de la libertad dispuesta sobre las madres. María José Turano	57
Madres, niños y cárcel. Patricio Varela	69
JURISPRUDENCIA	97
Informes y decisiones de Organismos Internacionales	97
Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	101
Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal	103
Jurisprudencia de la Justicia Federal	111
Jurisprudencia de la Justicia Nacional	125
Jurisprudencia de la Justicia Provincial	135
EXPERIENCIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA	139
Solicitud de arresto domiciliario presentada por Patricia Azzi	139
Recurso de casación interpuesto por Cristian Barritta	145
Solicitud de arresto domiciliario presentada por Mariana Grasso	157
Recurso de casación interpuesto por Cecilia Mage	169
Solicitud de arresto domiciliario presentada por Virginia Sansone	187
Solicitud de arresto domiciliario presentada por Ignacio Tedesco	197

APÉNDICE	203
Ley N° 26.472	203
Resoluciones de la Defensora General de la Nación	207
Conclusiones de los talleres de trabajo de las I Jornadas Nacionales Los derechos de las mujeres privadas de libertad embarazadas o con hijas o hijos menores de edad: hacia la consolidación jurisprudencial y normativa de estándares de derechos humanos	225

PRÓLOGO

El número de mujeres que sufre prisión en nuestro país está creciendo a un ritmo preocupante. Las estadísticas del Servicio Penitenciario Federal demuestran que mientras en el año 1995 el número de mujeres privadas de libertad en cárceles federales era de 562¹, en el año 2008 la cifra asciende a 1019². A ello se suma que en los últimos años, merced a la ausencia de políticas públicas que garanticen de una manera más eficaz el interés superior del niño, el encarcelamiento de las mujeres estuvo acompañado por el encierro de sus hijas o hijos menores de cuatro años. En la actualidad, en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal, 86 niñas y niños se encuentran tras las rejas acompañando a sus madres³.

Más allá del impacto diferencial del encierro en la población penitenciaria femenina⁴, la situación de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos merece un tratamiento especial. En cuanto a las primeras, la cárcel es un lugar «per se» inadecuado para garantizar el acceso a los recursos y la atención especializada con relación a dieta, ejercicios, ropa, medicamentos y cuidados médicos. A ello se suma que el alumbramiento en situación de encierro y los niveles de ansiedad y estrés tienen directa incidencia en la mayor o menor

¹ Conf. CEJIL, *Mujeres Privadas de Libertad. Informe Regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay*, Buenos Aires, 2007, p. 18.

² Información disponible en http://www.spf.gov.ar/pdf/sintesis_semanal_femenino.pdf, visitada por última vez el 11 de septiembre de 2008.

³ Conf. datos proporcionados por las Unidades 13, 22, 23 y 31 del Servicio Penitenciario Federal al 5 de septiembre de 2008. El artículo 195 de la ley 24660 establece: «La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado».

⁴ Conf. CEJIL, *Mujeres Privadas de Libertad. Informe Regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay*, cit. p. 11. Asimismo, conf. Elisabet Almeda, *Corregir y Castigar: El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2002.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

salud física y emocional del niño⁵. En cuanto a las mujeres con hijas o hijos pequeños, el tiempo en prisión produce la ruptura del grupo familiar y el aislamiento de las detenidas de sus afectos más primarios, hecho que aumenta sensiblemente los efectos del encarcelamiento.

Si bien es cierto que la posibilidad de llevar a sus hijas o hijos a prisión puede reducir las consecuencias negativas de la separación, no es menos acertado que el encierro conforma un factor de riesgo adicional para el grupo familiar⁶. Sobre el impacto de la separación, un informe de la organización Quaker United Nations Office ha señalado que las niñas y niños experimentan una gran cantidad de problemas psicosociales: depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o dependiente, retraimiento, regresión, problemas de alimentación, entre otros⁷. El encarcelamiento de la madre generalmente obliga a que sus hijas o hijos deban mudarse disgregadamente con parientes, amistades, vecinos, todos éstos arreglos alternativos que no siempre eluden situaciones de abuso⁸. Ello sin contar el número elevado de niñas y niños que, ante la falta de opciones válidas de contención, son institucionalizados. Sin embargo, permanecer con sus madres en la cárcel no parece ser una mejor opción. En el ámbito carcelario, las niñas y niños deben enfrentar las mismas dificultades que sus madres en cuanto al aseguramiento de sus derechos en materia de educación, salud y vínculos con el exterior, pero con un mayor grado de vulnerabilidad. Un escenario especialmente difícil se da cuando las niñas o niños cumplen la edad límite para la permanencia en el establecimiento penitenciario pues en ese momento deben afrontar la separación de su progenitora y la inserción en ámbitos desconocidos⁹.

⁵ Conf. Laurel Townhead, *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas: Desarrollos recientes en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Quaker United Nations Office, 2006, p. 7.

⁶ Conf. Laurel Townhead, *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas: Desarrollos recientes en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*, cit., p. 15.

⁷ Conf. Grupo del Proyecto de Mujeres en la Cárcel, *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas. Informe para los Amigos*, Quaker United Nations Office, 2007, p. 13.

⁸ Conf. Oliver Robertson, *El impacto que el encarcelamiento de un (a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos*, Quaker United Nations Office, abril 2007, p. 32.

⁹ Conf. Oliver Robertson, *El impacto que el encarcelamiento de un (a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos*, cit., p. 37.

La complejidad de esta problemática obliga a la comunidad jurídica en general, y a la defensa pública en particular, a reflexionar sobre los argumentos a desarrollar a favor de la concesión de medidas alternativas al encierro en la prisión en el caso de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos de corta edad. Es nuestra intención que esta publicación contribuya a la labor diaria y que favorezca la consolidación de los criterios jurisprudenciales que mejor resguardan los derechos de las mujeres encarceladas y sus hijas o hijos¹⁰.

Stella Maris Martínez
Defensora General de la Nación

Ennio Cufino
Representante Adjunto UNICEF

¹⁰ Es preciso tener en cuenta que en forma inmediatamente previa a la impresión de la presente publicación, el Congreso de la Nación sancionó la ley N° 26.472, que reforma el CP, la Ley de Ejecución de la Pena y el CPP y amplía los supuestos en que procede el arresto domiciliario incluyendo, entre otros, a las mujeres embarazadas o que tengan a su cargo hijos menores de 5 años de edad o personas con discapacidad. Por tanto, el material aquí presentado no incluye consideraciones acerca de la ley mencionada, por ser anterior a su sanción. Sin embargo, creemos que este hecho no resta interés a esta publicación, ya que en general los argumentos utilizados tanto en la doctrina, la jurisprudencia y en los escritos de diversos integrantes de este Ministerio Público de la Defensa que aquí se presentan tienen su base en normas de rango constitucional y, por ello, lejos de invalidarlos, la ley sancionada viene a ratificar tales fundamentos.

DOCTRINA

Una versión abarcadora de la detención domiciliaria *

Eleonora Devoto **

Recientemente el Tribunal Oral número 5 de San Martín, por mayoría, dispuso la detención domiciliaria de una mujer procesada por el delito de cultivo de estupefacientes agravado (art. 5 c), a) y 11 e) de la ley 27.737). Ello tuvo lugar en el marco de una solicitud de excarcelación por parte de la defensa pública, alineada en esta nueva corriente respetuosa de principios constitucionales, especialmente los de inocencia y amparo a la libertad individual, consagrados no solamente en la Constitución histórica sino también en los Pactos de Derechos Humanos, elevados a la jerarquía máxima por obra de la reforma de nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22 de la C.N).

La decisión se inscribe en una línea pretoriana, creativa y que pretende respetar los principios libertarios que los jueces de la mayoría llaman «defensa social».

La solución proviene, según se expresa, de la armonización de la medida cautelar: prisión preventiva, con otros institutos, como la excarcelación y la detención domiciliaria, de modo de ampliar la implementación de ésta, «independizándola» de los recaudos hoy previstos en las leyes de aplicación. Aun cuando la resolución no lo cita expresamente, la norma del art. 10 del CP admite la prisión domiciliaria de las mujeres honestas cuando su extensión no supere los seis meses y la ley de Ejecución Penal (Nº 24.660)

* Este artículo fue publicado en El Dial el día 30/06/2005, Copyright © - elDial.com - editorial albrematica. Citar: elDial - DC626. Se agradece a la editorial su autorización para reproducir este artículo en esta publicación.

** Defensora Pública Oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal N° 1.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

extiende su uso a personas mayores de setenta años o a aquellas que padezcan una enfermedad incurable en etapa terminal. La propuesta del Tribunal, efectivizada por la mayoría en la causa Comesaña, es la aplicación de la detención domiciliaria aun cuando no se cumplen tales recaudos. Y dejando implícito que los supuestos de la ley son atinentes a personas condenadas, por lo que un procedimiento de mínima, *a fortiori* permiten su aplicación analógica a las personas técnicamente inocentes.

Si bien es cierto que el instituto de la detención domiciliaria, aun cuando se concrete bajo la supervisión de un familiar, reduce en medida importante la libertad y no resguarda suficientemente el principio de inocencia, no lo es menos que representa una decisión reparatoria respecto de la permanencia de personas inocentes en prisión, lo que no puede desvincularse de las lamentables condiciones de las cárceles y comisarías de nuestro país, extremo que hoy por hoy es un hecho público y notorio.

El resolutorio que se anota fue precedido, como se adelantara, de un pedido de excarcelación encuadrado en la actual tendencia de un sector del derecho judicial que tiende a cuestionar severamente la legitimidad de cualquier categoría de hecho «no excarcelable», en tanto no puede negarse que ellos resultan flagrantemente transgresores de principios constitucionales.

La cuestión puede debatirse largamente o encuadrarse en algunos simples interrogantes. El primero: ¿es posible legitimar la prisión preventiva sobre la base de los fundados riesgos de elusión de la acción de la justicia - en pos del cumplimiento del derecho material- o en entorpecimiento de la investigación? La segunda: ¿es válido inferir de las solas escalas penales la presencia de algunos de estos peligros? Y si ambas respuestas merecen respuesta negativa, como creo, no puede concluirse más que la norma del art. 316 del CPPN, que impide la exención de prisión o la excarcelación a los procesados por delitos que prevén penas superiores a ocho años, o vulnera principios constitucionales o -de acuerdo a una posición que entiende que la declaración de inconstitucionalidad es la *ultima ratio*- debe interpretarse como una disposición meramente orientadora, por lo que deben aplicarse las garantías judiciales de orden constitucional y la norma directriz del art. 280 del CPP de la Nación.

La alternativa de detención domiciliaria aplicada en la resolución que comento es una vía adecuada para morigerar en alguna medida el efecto

MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD

despersonalizador y criminógeno de la prisión, especialmente cuando se trata de personas inocentes. Se hace cargo, además, de la posición de garante de la vida y la integridad personal que el sistema penal guarda respecto de los recluidos, quebrando de ese modo la neutralidad judicial.

Y en tal dirección es en mi visión merecedor de elogio.

Detención domiciliaria. Ley 24.660. Aplicación a procesados no condenados*

Perla I. Martínez de Buck** y Patricia Plesel de Kiper***

I. Hechos

El Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3 resolvió no hacer lugar al arresto domiciliario solicitado a favor de una persona mayor de setenta años. La resolución fue apelada ante la Excmra. Cámara de Casación Penal, sosteniendo la Defensa «que no obstante lo dispuesto por el artículo 10 de nuestra legislación de fondo..., se crean por medio del artículo 33 de la ley 24.660, dos nuevas hipótesis de detención domiciliaria. Estas hipótesis, afirmó, establecen que sea cual fuere el tiempo total de la condena, los imputados mayores de setenta años y los que padecieran de enfermedad incurable en período terminal, posean la edad que posean, podrán cumplir su pena bajo la forma de arresto domiciliario».

La sala I de la Cámara de Casación Penal resolvió hacer lugar a la prisión domiciliaria solicitada, sin costas, argumentando:

1. El artículo 33 de la ley 24.660 establece que «el condenado mayor de setenta años... podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, por resolución del juez de ejecución o juez competente, cuando mediare pedido de un familiar... que asuma su cuidado, previo informe médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique». Por su parte, el artículo 11 de dicha

* Este artículo fue primeramente publicado en La Ley 2003-A, 813 como comentario al fallo de la C.N.C.P., sala I, *Olgún, Emma L. s/rec. de casación*, rto. el 14/05/2002. Se agradece a la editorial su autorización para su reproducción en esta publicación.

** Defensora Pública Oficial ante los Jueces y Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal N° 3.

*** Secretaria de la Defensoría Pública Oficial ante los Jueces y Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal N° 3.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

ley reza que «esta ley... es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad....». Asimismo el artículo 229 de la ley en cuestión afirma que «esta ley es complementaria del Código Penal».

2. Siendo ello así, se debe concluir en que «si bien el artículo 33 de la ley se refiere a quien cumple condena resulta equitativo que se aplique también a los procesados puesto que, respecto a estos últimos rige el principio de inocencia. Tal extensión aparece reafirmada en el artículo 11 de la norma citada» (conf. C.N.C.P., sala VI, causa Nro. 6545, «Lovecchio, Nicolás», rta. el 10/04/97, La Ley, 1998-B, 415; DJ, 1998-2-43-), así como el principio de igualdad contemplado en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

3. En definitiva, «la ley privilegia la edad o la enfermedad del penado, sobre la necesidad de cumplir su pena en un establecimiento carcelario (conf. Carlos Enrique Edwards, «Régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad», Ed. Astrea, p. 72). Por ello las normas contenidas en la ley 24.660 resultan de aplicación al presente caso en cuanto son más benignas, ya que de su interpretación armónica se colige que el beneficio puede ser obtenido por procesados.

II. Análisis del fallo

En el caso se valoraron las dos hipótesis previstas por el artículo 33 de la ley 24.660: «El condenado mayor de setenta años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal, podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria...».

Tal interpretación resulta ser un avance de nuestra jurisprudencia al salvaguardar los derechos de las personas imputadas procesadas, sin condena, que sufren la privación de la libertad en institutos carcelarios.

Entendemos al respecto que el fallo de la Excma. Cámara de Casación Penal que comentamos refleja el respeto a los derechos esenciales de todos los individuos que habitan el suelo argentino, al establecer la regla general del derecho a la libertad, estado natural de cualquier individuo, regla que rige también para el caso de los individuos sometidos a un proceso penal y que tiene aplicación durante su curso.

De esta forma se han enaltecido los principios constitucionales de la libertad en la tramitación de una causa, y el principio de inocencia que

tiene consagración por vía inversa en el artículo 18 de la Constitución Nacional, principios que han sido receptados, entre otros, por los arts. 1º y 319 de nuestro Código Procesal Penal.

No cabe duda de que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Por tal motivo es que el artículo 313 de nuestro Código Procesal Penal, que se refiere al tratamiento de presos, determina que «los que fueron sometidos a prisión preventiva serán alojados en establecimientos diferentes a los de los penados». Este precepto concreta los derechos a la integridad personal reconocidos por el artículo 5.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, ley 23.054; que establece la necesidad de separar a los procesados de los condenados y de asignar a aquellos un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas, precisamente a efectos de salvaguardar el mencionado principio de inocencia.

El fin del encarcelamiento durante el proceso, según el texto del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, está basado en la seguridad de los reos detenidos en ella, encontrándose vedado el castigo y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija.

Sin embargo la realidad de nuestro país nos demuestra que quien es llevado a la cárcel y pone un pie en ella, desde ese mismo momento comienza a cumplir condena, ya que, si de ser sinceros se trata, sabemos que las unidades carcelarias no son desde hace muchos años ni sanas ni limpias y distan sobremanera de ser el lugar indicado para que un individuo se encuentre allí en las condiciones morales, físicas y psíquicas requeridas a fin de lograr su rehabilitación.

El principio de inocencia está ínsito en el espíritu del artículo 18 de la Constitución Nacional y expresamente previsto en los arts. 8º, párrafo segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ambos recogidos por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Existe un estado de inocencia que perdura hasta el momento previo al fallo, del cual goza todo individuo.

Asimismo este sólido precedente destaca que el artículo 11 de la ley 24.660 establece que «Esta ley... es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad».

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

No cabe duda que el fallo analizado protege los derechos de los individuos sometidos a proceso, que sin condena se encuentran detenidos.

Sin embargo, parece haber limitado este derecho a las dos situaciones que expresamente abarca el artículo 33 de la ley 24.660, al señalar que «...no cabe sino concluir en que la ley crea dos nuevas hipótesis de detención domiciliaria...».

Si bien es cierto que el citado artículo limita a dos situaciones determinadas la posibilidad de aplicación del beneficio del arresto domiciliario, la realidad nos demuestra que existen otras situaciones que deben necesariamente ser contempladas para el otorgamiento del beneficio aludido, a favor del principio de inocencia y por resultar más favorables y útiles para el resguardo de su personalidad conforme lo marca la ley. Tal es el caso, entre otros, de la mujer embarazada detenida sometida a proceso sin condena.

III. Ampliación de la aplicación del arresto domiciliario en relación con una situación no prevista por el artículo 33 de la ley 24.660

De conformidad con lo normado por nuestra Constitución Nacional, por el Código Penal, como asimismo por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la pena no puede en circunstancia alguna exceder de la persona del delincuente. Y en el caso de mujeres embarazadas detenidas sometidas a proceso sin sentencia, no solamente se estaría imponiendo una pena a una persona de quien debe presumirse su inocencia, sino asimismo a la persona por nacer, en clara violación a la Convención sobre los Derechos del Niño, que de conformidad con el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, tiene jerarquía constitucional.

A efectos de analizar la situación particular de toda mujer embarazada detenida, sometida a proceso sin sentencia, la normativa vigente debe necesariamente complementarse con la normativa legal aplicable para el caso de mujeres embarazadas sobre quienes no pesa sentencia condenatoria alguna.

De una lectura somera del articulado vigente podría sostenerse que nos encontramos ante un vacío legal, ya que nuestro ordenamiento positivo nada prevé respecto de la mujer embarazada detenida aún sujeta a proceso.

A la luz de tal vacío legal debe encontrarse en el marco de una decisión judicial alternativas que abran paso a la salida de excepción que con justas

razones de humanidad se invocan, para lo cual ocuparán un lugar preponderante los principios que rigen en materia penal, como asimismo las previsiones de la ley 24.660 en concordancia con la normativa constitucional.

Tales normas legales deben interpretarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente, cuidando siempre de no alterar el equilibrio del conjunto (CSJN, Fallos 296:432, 302:355).

Consecuentemente, las leyes deben interpretarse evitando darles un sentido que enfrente sus disposiciones destruyendo unas por otras, siempre tras la guía y el respeto de los principios esenciales previstos por el legislador, que en el caso de nuestro país «marcan una posición claramente liberal y respetuosa de los derechos individuales», según palabras del autor del proyecto original del actual Código Procesal Penal en la exposición de motivos.

El artículo 11 de la ley 24.660 establece que «Esta ley... es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad».

Es por ello que si bien la ley 24.660 prevé en los artículos referidos a la prisión domiciliaria la posibilidad de aplicación de dicho instituto al condenado mayor de setenta años o a quien padezca una enfermedad incurable en período terminal, entendemos que no resulta conveniente «concluir», conforme lo expusiera la sala I de la Cámara de Casación Penal en el fallo que analizamos, «en que la ley crea dos nuevas hipótesis de detención domiciliaria» ya que nos hallamos en el convencimiento de que la motivación y espíritu que guiara a nuestros legisladores a efectos de sancionar tal normativa legal, alcanza sin lugar a dudas a la situación particular por la que atraviesa toda embarazada detenida a la espera de una sentencia justa.

En este sentido, y de conformidad con las palabras pronunciadas por Bidart Campos, si bien un caso hipotético puede no contar «... con expresión normativa explícita en nuestra Constitución... ésta tiene silencios que hay que saber escuchar, porque son elocuentes» (fallo provincial comentado por el nombrado, publicado por ED, 155-53/4).

Contemplar la posibilidad de otorgar el arresto domiciliario a toda mujer embarazada por dar a luz a su hijo, aun no condenada, ayudaría a contradecir el concepto que de la jurisprudencia aporta Bentham en tanto la definió

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

como «el arte de ignorar metódicamente lo que es conocido por el mundo entero» (J. Bentham, «Traité», Lib. I, cap. III, p. 243/44).

Con la sanción de la ley 24.660 sepultamos de algún modo años y años de atraso. De nosotros depende que los principios que guiaran a los legisladores no se conviertan en ideales carentes de todo contenido real, provocando de tal modo nuevos años y años de postergación.

Por último, debemos combinar lo precedentemente expuesto con lo dispuesto por el artículo 495 del Código Procesal Penal en cuanto a que «la ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal de juicio solamente en los siguientes casos: 1) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses al momento de la sentencia...».

Es decir, de conformidad con la normativa vigente, y en el entendimiento de que la privación de la libertad en estos casos implica una grave afectación a los derechos fundamentales, en especial los vinculados a un trato humanitario, basados en razones físicas y morales, la ley da en estos casos prevalencia a un interés superior al del pronto cumplimiento de la pena.

Hemos de señalar al respecto que si frente a quien se ha tenido por acreditada su culpabilidad, a consecuencia de lo cual se dispuso imponer una sanción en retribución de su actuar disvalioso, el propio orden normativo ha privilegiado razones de humanidad, provocando la posibilidad de diferir el cumplimiento de la pena impuesta, ¿la omisión del legislador de disponer igual solución frente a quien se encuentra procesado puede impedir encontrar una salida al respecto?

Es más; denegar tal beneficio a un procesado, quien se halla imbuido de un estado de inocencia, violaría el principio de igualdad ante la ley reconocido por el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional.

Sin perjuicio de lo expuesto, habrá quienes consideren que la aplicación analógica del artículo 495 del Código Procesal Penal se encuentra vedada en nuestro ordenamiento penal y si bien tal aseveración es correcta, ésta debe ponderarse conforme las circunstancias concretas de cada caso particular, y en la aplicación de la normativa citada en el caso de la mujer embarazada detenida sujeta a proceso sin sentencia, entendemos que no existe óbice alguno que afecte la extensión del beneficio ya que «... la prohibición de analogía rige sólo en materia penal y no en la procesal, tanto

más cuando se invoca en beneficio del procesado y no en su contra...» (conf. C.N.C.P., sala II, causa Nro. 2118 «Navarro Chaves», Reg. Nro. 2738 del 18/08/99, La Ley, 2000-B, 630; DJ, 2000-2-242).

Entendemos por otra parte que la interpretación analógica del beneficio del artículo 495 del Código Procesal Penal es la que mejor concuerda con los derechos y garantías constitucionales y con jerarquía constitucional que ostenta una mujer detenida embarazada y sin condena.

Así lo ha entendido la sala I de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en los autos N° 32673, Reg. N° 1212 del 14 de diciembre de 2000, al señalar que «...habiéndose acreditado el estado en el que se encuentra la imputada, sin perjuicio de que en la Unidad en la cual se encuentra pueda tener la debida asistencia médica, el derecho reconocido por el ordenamiento procesal resulta extensible y aplicable al presente caso y su denegatoria conculcaría las garantías constitucionales ya indicadas, perjudicando no sólo derechos que tiene el encausado sino también el niño por nacer y, luego de nacido hasta los seis meses de vida», resolviendo en consecuencia suspender la ejecución de la prisión preventiva ordenando el arresto domiciliario hasta que la persona por nacer cumpla seis meses de vida.

Concluyendo, entendemos que la analizada solución concuerda con las claras disposiciones de índole constitucional, procesal y en especial con compromisos asumidos por nuestro país en tratados internacionales tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Hijas e hijos de mujeres privadas de la libertad. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables

Gimol Pinto* y Diego Freedman**

1. Derechos de las mujeres presas embarazadas o con hijas/ os menores de edad y la prisión domiciliaria

La prisión domiciliaria es una modalidad de ejecución de la pena privativa de la libertad o también puede operar como medida cautelar durante el desarrollo del proceso penal en reemplazo de la prisión preventiva. No debe ser concebida como un beneficio cuya concesión depende del arbitrio discrecional del tribunal, sino que los magistrados están obligados a otorgarla cuando se verifican los requisitos para su procedencia o se acreditan extremos que hacen inviable el cumplimiento de la detención preventiva o de la pena en un establecimiento carcelario.

La prisión domiciliaria está prevista en el artículo 10 del Código Penal, el cual establece que las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias que tengan que cumplir penas de prisión que no excedieran de seis meses, podrán ser detenidas en sus domicilios. En referencia a esta normativa, el artículo 314 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que, de verificarse las hipótesis reguladas en el Código Penal, el arresto domiciliario es una alternativa a la prisión preventiva. Además de estos supuestos, la ley 24.660 –Ley de Ejecución Penal- establece que la persona que padezca una enfermedad incurable en período terminal o que tenga más de setenta años podrá cumplir la pena impuesta en detención

* Especialista en Protección a la Infancia y Adolescencia de UNICEF, Oficina de Argentina.

** Docente de la Comisión Derecho Penal Juvenil del Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho de la UBA.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

domiciliaria¹. Tal como lo establece el artículo 11 de la misma ley, estas disposiciones también se aplican a las personas procesadas.

Por otro lado, como supuesto independiente a la prisión domiciliaria, pero atendiendo a los derechos de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos muy pequeños, así como también al «interés superior del niño», el artículo 495 del Código Procesal Penal de la Nación autoriza al tribunal de juicio a suspender la ejecución de la pena privativa de libertad cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga una hija o hijo menor de seis meses en el momento de la sentencia.

Por nuestra parte, consideramos que, más allá de los casos expresamente previstos en la ley, resulta imperativo aplicar la prisión domiciliaria en los casos de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos menores de edad. Esto por cuanto la privación de la libertad en el ámbito carcelario afecta sus derechos fundamentales. A continuación analizaremos cuáles son los estándares fijados por las normas internacionales que hacen evidente la afectación a sus derechos de no aplicarse la prisión domiciliaria u otra medida alternativa al encarcelamiento.

2. Normas internacionales de derechos humanos

La prisión domiciliaria es una de las medidas previstas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio). Su finalidad es reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y realizar las exigencias de justicia social y de rehabilitación del condenado².

2.1 Derecho a la salud

Uno de los principales valores que pretende resguardar la prisión domiciliaria es la preservación de la salud –psíquica y física- de la persona privada de libertad. Este derecho se encuentra reconocido expresamente

¹ El art. 2 del decreto 1058/1997 especifica que se considera enfermedad terminal a la que, conforme a los conocimientos científicos y medios terapéuticos disponibles, no pueda interrumpirse o involucionar y de acuerdo con la experiencia clínica lleve al deceso del interno en un lapso aproximado de seis meses.

² Regla 5.1 de las Reglas de Tokio.

en diversas normas internacionales de derechos humanos³. El estándar fijado es que los Estados deben garantizar «el más alto nivel posible de salud física y mental», lo cual se traduce en una serie de obligaciones negativas y prestaciones positivas hacia todas las personas. Este derecho también es reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)⁴ y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) donde se precisa con mayor suficiencia las obligaciones estatales respecto de las mujeres embarazadas y en época de lactancia⁵. En sentido similar, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y el Pacto Internacional de Derechos

³ Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), art. 25; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), art. XI; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 12, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), art. 5.

⁴ Art. 24: «1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres...». Por su parte, el PIDESC dispone genéricamente en el art. 10 «3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición». En forma complementaria, la CADH dispone en el art. 19 que «Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado».

⁵ Art. 12 «1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia».

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Civiles y Políticos (PIDCYP) también reconocen derechos específicos para las mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia⁶.

Sobre la necesidad de garantizar el derecho a la salud a las personas privadas de libertad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que el encarcelamiento genera un estado de vulnerabilidad en el cual es más factible que se verifiquen afectaciones a la integridad personal y habilita a examinar en forma exhaustiva si las condiciones de encierro de una persona ocasionan un deterioro en su integridad física, psíquica o moral. Para la Corte IDH, es importante extremar los recaudos para que la privación de la libertad no afecte el derecho a la salud⁷.

Para el caso concreto de las mujeres embarazadas o de las mujeres junto a sus hijas o hijos entendemos que es imposible que se cumplan los deberes estatales deducidos del derecho a la salud tal como es reconocido por las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Es indudable que en el medio carcelario resulta imposible asegurar «el más alto nivel posible de salud», «la asistencia prenatal o posnatal adecuada» o «el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre». Sobre esta cuestión debe tenerse en cuenta la interpretación realizada en la Observación Nro. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el cual ha sostenido que: «[e]l derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano... [sino que] entraña libertades y derechos [...] entre los derechos figura el relativo a un sistema de la protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud: el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud»⁸. Téngase en cuenta que, en

⁶ La DADDH en su art. VII dispone que «Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales» y el PIDESC, art. 10 establece que «2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto».

⁷ Al respecto, la Corte IDH sostuvo: «La restricción de otros derechos, por el contrario – como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso– no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional». Conf., Corte IDH, caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004.

⁸ Comité DESC, Observación General N° 14, 2000.

vinculación con esta temática, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha hecho hincapié en que la atención médica y psicológica se debe obtener de inmediato⁹.

En función de lo expuesto, resulta justificable aplicar una medida coercitiva de menor intensidad sobre las mujeres embarazadas o con hijas o hijos menores de edad para garantizar su derecho a la salud. De forma complementaria, debe tenerse en cuenta que la privación de la libertad de la niña o niño junto con su madre afecta su derecho a la vida, ya que no se garantiza en la máxima medida posible su desarrollo¹⁰, debido a que se lo mantiene en un medio donde es vulnerable a sufrir perjuicios o abusos¹¹.

Finalmente, es necesario resaltar que toda tensión entre derechos de las niñas y los niños y otro interés público -en este caso, el interés del Estado en que se cumpla una pena o la medida cautelar en el medio carcelario- debe ser resuelta aplicando el estándar jurídico del «interés superior del niño»¹², el cual lleva siempre a privilegiar los derechos de los menores de edad¹³.

2.2 Derecho a crecer y desarrollarse bajo el cuidado de los padres

Otro aspecto esencial para el pleno desarrollo de las niñas y niños es el vínculo con sus progenitores. En este sentido, resulta fundamental el contacto de la madre con las hijas o hijos en los primeros años de vida. Esta importancia es reconocida por diversos instrumentos internacionales de

⁹ Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser. L/II/96, Doc. 29 rev. 1, 24 de abril de 1997, p. 70.

¹⁰ CDN, art. 6: «1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño».

¹¹ CDN, art. 19: «1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».

¹² CDN, art. 3.

¹³ Ver la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, «S. C. s/ Adopción», 2 de agosto de 2005.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

derechos humanos, en particular por la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴. Correlativamente, se reconoce también el derecho de los padres a que no se los separe de sus hijas o hijos contra su voluntad¹⁵, salvo casos excepcionalísimos en que se los podrá privar del ejercicio de la patria potestad mediante una resolución judicial en tal sentido.

Es evidente que el encarcelamiento de la madre provoca la interrupción del vínculo filial con las hijas o hijos que superan los cuatro años de edad o con las hijas o hijos menores de esa edad que por diversas razones no permanecen junto con su madre en el establecimiento penitenciario. Pero además, muchas veces repercute en el desmembramiento de la familia, pues por razones económicas, de responsabilidades o de organización, los hermanos pueden cesar también en la convivencia. Incluso, ante la ausencia de personas del entorno familiar que puedan asumir el cuidado de las niñas y niños, ellos pueden ser institucionalizados.

El impacto que estas circunstancias acarrean debe ser ponderado en las decisiones que dispongan una medida de privación de la libertad de una mujer que tenga hijas o hijos menores de edad. En estos supuestos, se debería recurrir a medidas, como el arresto domiciliario, que aseguren igualmente el contacto con la madre y que eviten la interrupción del vínculo filial, el

¹⁴ La CDN reconoce en su Preámbulo que «el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia». En consecuencia, la CDN recoge este principio fundamental en numerosas disposiciones. En el artículo 5º se establece que los Estados respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada. En el artículo 7.1 se reconoce el derecho del niño o niña a «conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos». También se obligó el Estado en el art. 8.1 a «respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas». La misma norma dispone que «incumbirá a los padres... la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.» Sobre esta cuestión, la Corte IDH concluyó que «el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia», OC N° 17/2002, del 28 de agosto de 2002. Otros tratados internacionales de derechos humanos reconocen igualmente que la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado: PDCYP, art. 23; PIDESC, art. 10; CADH, art. 17; DUDH, art. 16.

¹⁵ CDN, art. 9.1.

desmembramiento del grupo familiar y el encierro o institucionalización de los menores de edad. De esta forma, se garantiza tanto el cumplimiento de la finalidad cautelar o punitiva de la medida coercitiva, como el mantenimiento del núcleo familiar. Además, también se daría cumplimiento a la obligación asumida por el Estado consistente en tomar las medidas apropiadas para asegurar la protección y el cuidado necesarios para el bienestar de las niñas y niños, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres¹⁶, debiendo para ello prestarles asistencia apropiada para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza¹⁷. Este compromiso significa, en palabras de la Corte IDH, que «el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar»¹⁸.

2. 3 Principio de intrascendencia penal

La sanción privativa de la libertad o la prisión preventiva no deben trascender al individuo responsable o al imputado penalmente¹⁹. En los casos en que se aplica la privación de la libertad a mujeres con hijas o hijos menores de edad, la pena o la medida cautelar afecta inevitablemente a terceros, por lo que el principio de trascendencia mínima de la pena exige que la decisión que se adopte no se extienda injustificadamente a las personas ajenas al conflicto penal.

Debe remarcarse que la privación de la libertad de una niña o niño debe ser una medida excepcional²⁰, lo cual se traduce en que sólo debe aplicarse cuando no pueda adoptarse otro remedio. En consecuencia, no puede justificarse la privación de la libertad de la niña o del niño junto a su

¹⁶ CDN, art. 3.2.

¹⁷ CDN, art. 18.2.

¹⁸ Corte IDH, OC 17/2002.

¹⁹ CADH, art. 5.3: «La pena no puede trascender de la persona del delincuente».

²⁰ CDN, art. 37: «Los Estados Partes velarán por que: [...] b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda».

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

madre en aras de resguardar el derecho a la familia y la prohibición de separación de sus padres, ya que se puede adoptar otra medida estatal menos lesiva que asegure esos fines²¹.

3. Conclusión

Los argumentos desarrollados en esta presentación nos llevan a sostener que cuando corresponda la aplicación de una pena privativa de la libertad o una medida cautelar a mujeres embarazadas o madres de hijas o hijos menores de edad, corresponderá el otorgamiento de la prisión domiciliaria u otra medida alternativa a la prisión. Ello, a fin de asegurar los derechos resguardados por las normas del derecho internacional de los derechos humanos, como son el derecho a la vida, a la salud, a la intrascendencia de la pena, así como también los principios que exigen el cuidado especial de las niñas y niños.

²¹ CADH, art. 17; PIDESC, art. 10; PIDCP, art. 23; DUDH, art. 16; DADDH, art. VI.

Detenidas embarazadas. Normativa y tratados de derechos humanos*

Juan Rubén Pulcini**

I. Introducción

No existen disposiciones expresas en la normativa nacional que contemplen bajo un especial régimen protector, la situación de las mujeres privadas preventivamente de su libertad en estado de embarazo o madres de niños de hasta seis meses de edad (colectivo al que en adelante se hará referencia como «detenidas embarazadas»), pese a que existen normas de protección de la situación de las mujeres que en uno o ambos de dichos estados, han sido condenadas a cumplir pena privativa de libertad, y a que en el bloque de constitucionalidad federal existen disposiciones provenientes de los Tratados de Derechos Humanos (en adelante, DD.HH.) que propugnan una especial protección de los niños, la familia y la mujer.

La idea que se esboza en el presente no es original, sino movilizada a partir de la lectura de un destacado trabajo doctrinario de la prestigiosa Defensora Oficial Doctora Perla I. Martínez de Buck¹, en el que deja expuesto como adicional a su planteo medular, lo que este trabajo no es más que un modesto intento de profundización desde una óptica procesal constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, respecto de la posibilidad de aplicación a las detenidas embarazadas del supuesto

* Este artículo se encuentra publicado en la Revista N° 3 (noviembre de 2007) del Ministerio Público de la Defensa.

** Defensor Público Oficial ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Ciudad de Río Cuarto, provincia de Córdoba.

¹ Martínez de Buck, Perla I. y Patricia J. Plesel de Kiper, *Detención domiciliaria. ley 24.660. Aplicación a procesados no condenados*, en «La Ley», 2003-A-813.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

del artículo 495² del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, CPP Nación).

La tesis a desarrollar, entonces, es que el citado dispositivo legal no debe limitarse en su aplicación a la situación de las condenadas, sino que debe alcanzar también a las «detenidas embarazadas», aunque no en el marco de una detención domiciliaria sino del diferimiento o la suspensión de la detención. Para ello se trabajará sobre tres ejes articuladores: a) la normativa vigente y el estado de la cuestión; b) la hermenéutica de lo aplicable de nuestro ordenamiento jurídico a la luz de los principios y garantías derivados del derecho internacional de los DD.HH.; y c) las vías procesales y la legitimación para requerir pronunciamientos judiciales sobre la materia.

II. Normativa nacional y bloque de constitucionalidad federal

II. 1. Normativa infraconstitucional vigente

No existiendo en la legislación procesal nacional regulación particular o atención especial a la situación de las embarazadas en prisión preventiva, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria sostienen que ellas están sujetas al régimen de la generalidad de los procesados privados cautelarmente de su libertad. En cambio, en materia de ejecución penal, la situación de las condenadas embarazadas (en esta genérica referencia se incluye también el caso de las mujeres con hijos lactantes menores a seis meses de edad) está contemplada en la ley 24.660, en su artículo 192³, y el CPP Nación en el artículo 495.

Se plantea como un primer obstáculo a la comprobación de la tesis esbozada, la posibilidad de aplicación al colectivo de detenidas embarazadas del artículo 192 de la ley 24.660, por remisión del artículo 11 de la citada

² «Suspensión. La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el Tribunal de juicio solamente en los siguientes casos: 1º) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis (6) meses, al momento de la sentencia (...) Cuando cesen esas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente».

³ «En los establecimientos para mujeres deben existir dependencias especiales para la atención de las internas embarazadas y de las que han dado a luz. Se adoptarán las medidas necesarias para que el parto se lleve a cabo en un servicio de maternidad».

norma. Esta remisión condicionada debe analizarse sistemáticamente con la otra norma vigente y válida que regula la situación de ejecución de mujeres embarazadas. Debe resaltarse que ambas disposiciones (art. 192, ley 24.660, y art. 495, CPP Nación), son de carácter sustantivo⁴, aunque una de ellas se encuentre receptada en el código procesal.

Otro obstáculo a la tesis esbozada se presentaría en las disposiciones de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas⁵, cuya regla 23⁶, ubicada en la Primera Parte: reglas de aplicación general, servicios médicos, hace referencia a la situación de las reclusas embarazadas⁷. No debe soslayarse que las reglas de tal dispositivo internacional, independientemente de ser considerado *soft law* en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH), a la luz de Fallos 328:1146, configuran pautas fundamentales –recogidas por la ley 24.660– a las que debe adecuarse toda detención.

Para el caso de reclusas embarazadas menores, a través de las prescripciones de la ley 26.061 artículo 17, 3 párrafo, y su Decreto reglamentario 415/06, el Estado argentino –como se tratará de demostrar– continúa discriminando al colectivo de detenidas embarazadas respecto del otro colectivo, el de las condenadas embarazadas.

⁴ Cfr. Cafferata Nores, José I. y Aída Tarditti, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado*, t. 2, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 545; y Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. VII, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 352.

⁵ Pueden encontrarse en www.ohchr.org/spanish/law/reclusos.htm.

⁶ «23.1) En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento. 2) Cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres».

⁷ Debe destacarse que nada se agrega sobre la situación de las reclusas embarazadas a posteriori, dentro de las reglas aplicables a las «categorías especiales», como es el caso de: «A. condenados» ni «C. Personas detenidas o en prisión preventiva»; por lo que la regla 23 es de aplicación a todas las categorías de reclusas.

Suspensión de la ejecución (art. 495, CPP Nación)

Para el análisis de la regulación protectora de la situación de las condenadas embarazadas o con hijos menores de seis meses de edad, se acudirá a lo que los autores del proyecto, el legislador y la doctrina han entendido que motivara su alumbramiento en el mundo jurídico.

La Exposición de Motivos de la ley 23.984 (CPP Nación) nada aporta en particular sobre este punto del proyecto⁸.

Por su parte, uno de los sindicados autores del proyecto de código, en su obra⁹, comentario al artículo 495 expresó: «La suspensión de la ejecución de sentencia basada en razones físicas y morales como las que claramente indica el artículo, para una posterior ejecución luego de superadas ellas, muestra la razonabilidad de la aplicación procesal en ejecución de sentencia, la necesidad de un órgano jurisdiccional para la valoración de los diversos casos y fundamentalmente la heterogeneidad de su materia».

Clariá Olmedo¹⁰, en relación con los «casos de postergación» de la ejecución, dijo que ello puede darse: «2. Si se tratare de una mujer embarazada, cualquiera sea el período de la gestación. Se trata de proteger a la futura madre y de no entorpecer el normal desarrollo del feto (...) Si una vez resuelta la postergación surgieren sospechas al respecto, podrá también ordenar la vigilancia policial». Sigue diciendo el autor de cita que si el hijo nace vivo, se dará el otro supuesto por lo que la postergación se dará por un lapso resultante de la suma de ambos términos. En relación con el otro supuesto de suspensión se dará «3. Cuando se trate de una mujer que tenga un hijo menor de seis meses. Se trata aquí de una medida protectora de la salud y asistencia tanto de la madre como del hijo en los primeros pasos de vida de éste». En tal sentido, dice Clariá Olmedo¹¹:

⁸ Sobre el particular sólo se expuso: «Las distintas situaciones en que puede encontrarse el condenado a pena privativa de libertad son resueltas por los artículos 466 y 469; su suspensión, en casos excepcionales (mujeres embarazadas o con un hijo menor de seis (6) meses, o grave enfermedad) por el artículo 467...».

⁹ Levene, Ricardo (h.); Casanovas, Jorge O.; Levene, Ricardo (n.) y Hortel, Eduardo C., *CPP Nación. Comentado y concordado*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 442.

¹⁰ Clariá Olmedo, ob. cit., p. 350.

¹¹ Clariá Olmedo, ob. cit., p. 353.

«Debe tenerse en cuenta que si bien la postergación puede ser instada por el condenado, sustancialmente no es un derecho de él; *es una institución protectora de intereses considerados por la ley superiores al de la inmediata ejecución de la condena. Esos intereses no pueden ser dispuestos por los particulares.* El condenado debe por tanto, acatar la medida jurisdiccional dispuesta...» (destacados agregados).

De la lectura de la exposición de motivos, el comentario del autor del proyecto luego convertido en código de procedimiento, y la calificada opinión de Clariá Olmedo¹², no pueden albergarse dudas en torno a que a través de la suspensión de la ejecución de la pena, prescripta en el artículo 495, CPP Nación, se procura: «proteger a la futura madre» evitando que el encierro pueda acarrearle padecimientos físicos (expresa el citado autor que, incluso en caso de haber nacido muerta la criatura, «la postergación se prolongará hasta que la parturienta esté en condiciones de ser alojada en el establecimiento carcelario...»), como asimismo no entorpecer el normal desarrollo del feto. En relación con los menores de seis meses de edad, se trata de una medida protectora de la salud y asistencia tanto de la madre como del hijo en su primer tramo de vida. A través de ello, el propio legislador está reconociendo el efecto nocivo que para la salud y asistencia de la mujer embarazada y del menor de seis meses, como asimismo para el normal desarrollo del feto, tiene la vida carcelaria.

Esto también ha sido reconocido por la CSJN en Fallos 328:1146, cuando dijo: «la privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto

¹² En este tópico se permite discrepar con el maestro cordobés (y con la doctrina judicial que lo sigue en este punto), quien apoyándose en el vocablo «diferir», expresa que la norma en estudio está prevista sólo para el caso de mujeres embarazadas en libertad, es decir no detenidas al momento de quedar encintas. Si bien es cierto que el tipo procesal dice «diferir», su título habla de «suspensión», que conforme al Diccionario de la Real Academia significa: «Acción y efecto de suspender», y «suspender» quiere decir «4. Parar, interrumpir...»; es decir dejar sin efecto algo en curso, hacer cesar. Es por ende admisible entender que el supuesto del artículo 495 del CPP Nación se refiere tanto a los casos de embarazadas o madres de hijos de hasta seis meses de edad en libertad a las que se les «difiere» el cumplimiento de la pena, como a las ya privadas de libertad a las que se les «suspende» el cumplimiento de la pena en curso. De otra manera, no puede razonablemente entenderse que la ley discrimine o diferencie el efecto nocivo que el encierro tiene para la salud de una embarazada o de su lactante, según estén o no recluidos al momento de cumplir la condena.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente».

Doctrina judicial

No puede soslayarse que la tesis esbozada no encuentra apoyo en los precedentes judiciales. En sentido negativo a lo que este trabajo procura demostrar se han expedido, entre otros la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala A¹³, y la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala 1¹⁴.

Desde la otra vereda, los Tribunales con mayor grado de atención a los Tratados de DD.HH., han admitido la aplicación del artículo 33 de la ley 24.660¹⁵ y, bajo el régimen de detención domiciliaria, para el caso de detenidas con hijos menores. En función de ello, no se ha ordenado la suspensión de la detención preventiva y recupero de la libertad de la detenida embarazada como se propone en el presente y como lo prescribe el artículo 495, CPP Nación, sino que se ha trocado la detención carcelaria por otra ciertamente más benigna como es la detención domiciliaria. No pasan inadvertidos algunos beneficios de esta situación privilegiada de detención respecto de la excarcelación, por caso que el tiempo de la detención domiciliaria será incluido en el eventual cómputo de pena; pero, volviendo otra vez a la norma en análisis, ello no es lo que surge de su texto. Es que acudiendo nuevamente a Clariá Olmedo¹⁶ cabe decir con él que «Dado que el diferimiento implica no ejecutar la pena, durante los lapsos previstos el condenado queda legalmente en libertad».

¹³ In re, «*Wozniak, Karina y otra*», fallo de fecha 23/03/06.

¹⁴ In re, «*Quichua Quispe, Eda C.*» Fallo de fecha 14/3/2006; «*Huarinka Padilla*» fallo de fecha 19/1/2005.

¹⁵ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, in re, «*Espíndola, Alejandra*», fallo de fecha 27/11/2006.

¹⁶ Clariá Olmedo, ob. cit., p. 352.

III. Derechos y principios del derecho internacional de los derechos humanos

Planteada la postura que se defiende en el presente, expuesta la normativa vigente y esbozado el estado de la cuestión; debe completarse el panorama acudiendo al bloque de constitucionalidad federal¹⁷, como herramienta hermenéutica que contribuirá a dilucidar cuál es el marco normativo que debe regular –a falta de norma expresa– la situación de las detenidas embarazadas.

III. 1. El DIDH aporta argumentos para hacer operativa la protección del colectivo bajo estudio. En tal sentido, dos principios auxilian la aplicación del supuesto del artículo 495, CPP Nación, a la situación de las detenidas embarazadas:

III. 1. 1. Principio *pro persona*: Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –en adelante, CETFDCM–, artículo 23.a¹⁸; Convención Americana sobre Derechos Humanos o «Pacto de San José de Costa Rica» –en adelante, PSJCR–, artículo 29¹⁹; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante, PIDCP–, artículo 5.2²⁰; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –en adelante, PIDESC–, artículo 5; Convención sobre los Derechos del Niño –en adelante, CDN–, artículos 41 y 5;

¹⁷ Manili, Pablo Luis, *El Bloque de constitucionalidad. La recepción del DIDH en el Derecho Constitucional Argentino*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003.

¹⁸ «23. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda tomar parte de: a) la legislación de un Estado Parte...».

¹⁹ «29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho y libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados. c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano...».

²⁰ «5.2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado».

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Convención contra la Tortura, artículo 1.1; Convención de Belem do Pará, artículo 14²¹.

Dice Salvioli²²: «el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como todo corpus jurídico, se nutre de reglas y principios, algunos de estos últimos derivan en particular del derecho internacional público y otros son propios de la disciplina, establecidos para hacer efectiva la aplicación de las normas. Sin duda el más importante de ellos es aquel al que la doctrina llama *pro homine, al que nosotros preferimos mencionar como el principio pro persona*».

Es uniforme la doctrina en tomar el concepto de Mónica Pinto²³ respecto a que el principio *pro homine* es un criterio que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se tratan de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. Tomado el principio *pro homine* como una pauta de hermenéutica, implica que la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos debe hacerse a la luz del principio *pro homine*, del principio de no discriminación y teniendo en cuenta su objeto y fin. Dice la destacada autora, que nada obsta a que en el ámbito interno puedan consagrarse derechos protegidos con un alcance mayor que el establecido por las normas internacionales.

²¹ «14. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a otras convenciones internacionales sobre la materia que prevean iguales o mayores protecciones relacionadas con este tema».

²² Salvioli, Fabián, *Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en Cantón, Santiago (comp.), *Políticas públicas en derechos humanos: la implementación de estándares internacionales*, American University, Washington College of Law, 2006, p. 68.

²³ Pinto, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 163.

Si en otras ramas de derecho existen reglas de hermenéutica tales como la civilista del *favor debitoris*, la penalista del *in dubio pro reo*, la laboral del *in dubio pro operario*, mucho más sentido tiene el principio de interpretación *pro homine*, cuando de lo que se trata no es de estar en desventaja frente a otro particular o a un empresario, sino de la desigualdad existente entre un individuo y el propio Estado, para hacer valer nada más ni nada menos que sus derechos humanos fundamentales, como soporte indispensable y excluyente de todos los otros derechos del ser humano.

El principio *pro homine* se traduce para Henderson²⁴ en tres reglas: a) aplicación de la norma más protectora; b) conservación de la norma más favorable y, c) interpretación con sentido tutelar. La primera se da cuando a una determinada situación concreta, le es posible aplicar dos o más normas vigentes, nacionales e internacionales, cualquiera que sea su jerarquía. Con esta regla, el juez y el intérprete deben seleccionar entre varias normas concurrentes, eligiendo aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo o la víctima en relación con sus DD.HH. Efectuando una primera aplicación de esta técnica hermenéutica, cabe concluir que el artículo 495, CPP Nación, se presenta como norma más protectora que el artículo 192 de la ley 24.660 o su símil del artículo 17 de la ley 26.061 y las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de la ONU.

Por la segunda, el principio *pro homine* actúa como una regla de interpretación y aplicación en el caso de sucesión de normas, cuando una norma posterior tiene vocación para desaplicar o derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía de manera expresa o tácita. En virtud de esta regla del principio *pro homine*, una regla posterior no derogaría o desaplicaría otra anterior, independientemente de su jerarquía, en tanto la anterior consagre mejores o mayores protecciones para las personas que deben conservarse. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 ha afirmado que entre varias opciones debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.

²⁴ Henderson, Humberto, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, en Dulitzky, Ariel (comp.), *Políticas públicas en derechos humanos: La implementación de estándares internacionales*, American University, Washington College of Law, Washington, 2006, p. 144.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

En tal sentido, Henderson²⁵ retoma las ideas del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en cuanto a que «la invocación y el uso de la norma más protectora son perfectamente aceptados en la doctrina acerca de la defensa judicial en derechos humanos, dado el objetivo garantista que orienta la materia».

Por la última regla, la aplicación del principio *pro homine* se da por la interpretación que mejor tutela los derechos humanos de entre varias interpretaciones posibles. En este caso, no hay elección entre dos normas concurrentes o sucesivas, sino opción entre diversas interpretaciones de una misma norma.

III. 1. 2. Igualdad ante la ley. Declaración Universal de los Derechos Humanos –en adelante, DUDH–, artículos 7 y 10²⁶; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –en adelante, DADyDH–, artículo II²⁷; PSJCR, artículo 24²⁸; PIDCP, artículos 14.1 y 26²⁹; y Convención de Belem do Pará, artículo 4.f³⁰, sin perjuicio del artículo 16 de la CN.

²⁵ Henderson, ob. cit., p. 139.

²⁶ «7. Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración (...) 10. Toda persona tiene derecho en condición de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal».

²⁷ «II. Derecho de igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna».

²⁸ «24. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley».

²⁹ «14.1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia (...) 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación...».

³⁰ «4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos a las libertades consagrados por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden entre otros: (...) e. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley...».

Dice Pablo Riberi³¹ que, desde el punto de vista constitucional, la igualdad involucra dos tipos de normas: 1) la igualdad ante la ley (de todos o nadie), o de cierta «clase» de individuos que deben obedecer los abstractos contenidos de normas generales emanadas de una autoridad legítima; 2) la igualdad propiamente dicha que tiene en cuenta los efectos y relaciones que también se siguen de la aplicación de determinadas normas jurídicas. «De todos modos, la igualdad de trato y las operaciones para la igualdad que imponen las leyes, deben ser sometidas a evaluaciones de justicia. Igualdad y justicia, en consecuencia, invaden todas las relaciones que puedan dar sentido a ambos predicados en recíproca tensión».

Dice el autor citado³² respecto a la igualdad como valor; que nuestra Constitución es un complejo de normas que se articulan en fórmulas legales, operativas y programáticas, pero también en una ideología y en unos valores fundacionales. La igualdad es uno de esos valores y se encuentra presente en nuestro Preámbulo. Es por ello, que la igualdad vista como un valor, es un predicado que se debe inteligir en clave de *justicia*. Sin duda, que existe una «igualdad moral» que sitúa a todo individuo en un idéntico «deber de reconocimiento», por mera condición humana. Asimismo, por ejemplo, si ha mediado alguna «discriminación» no tolerada por la Constitución, puede descontarse que habrá una acción o «tutela judicial» para asegurar la vigencia de la igualdad como derecho constitucional afectado.

Complementando lo anterior, Calógero Pizzolo³³ expresa que «la igualdad es una noción básica para el Estado de Derecho. Este carácter trascendente de la igualdad está dado, más que nada, por constituir un mecanismo de legitimación condicionante de todo orden jurídico. La igualdad y sus más diversas manifestaciones –junto a la *razonabilidad*– son nociones omnipresentes en todo el sistema jurídico a punto tal que su exclusión significa la censura de

³¹ Riberi, Pablo, *Igualdad y diferencia en el orden constitucional argentino*, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *A 10 años de la Reforma de la Constitución Nacional*, Edit. Advocatus, 2005, p. 365.

³² Riberi, ob. cit., p. 370.

³³ Pizzolo, Calógero, *La noción de igualdad en el bloque de constitucionalidad federal*, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *A 10 años de la Reforma de la Constitución Nacional*, cit., p. 342.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

aquej: sólo se admite un sistema igualitario y razonable, todos los derechos deben ejercerse en igualdad de condiciones, del mismo modo que toda reglamentación a los derechos debe ser razonable, etcétera».

Entiende Pizzolo³⁴ que la igualdad absoluta debe descartarse y dejar su lugar a lo que llama *igualdad tolerante*. Tolerante de ciertos tipos de discriminación que tienen por objeto la protección de los desiguales, entre otras, las minorías étnicas, religiosas; o bien de los llamados grupos más vulnerables como los discapacitados, las personas con bajos recursos. Estos son casos de *discriminaciones* admitidas por la igualdad que se denominan *positivas o justificadas* en contraposición a las *negativas o injustificadas*. El criterio que permite distinguir la discriminación justificada de la injustificada no es otro que el de la *razonabilidad* expresado en el artículo 28 constitucional. Sólo la discriminación razonable, o sea la que no es arbitraria, será discriminación positiva o justificada a los efectos de la igualdad tolerante.

No hay igualdad –interpretada en clave de justicia–, cuando no hay similar tratamiento de un colectivo respecto de otro (condenadas y procesadas), en igual situación de vulnerabilidad física, psíquica y social. No resguarda el valor justicia, la protección de un grupo y la desprotección de otro en iguales condiciones. De interpretarse que el dispositivo del artículo 495, CPP Nación, no resulta aplicable a las procesadas, habría un trato desigual respecto las condenadas, violando los postulados de que la igualdad debe ser de todos –en similar situación– o de nadie (igualdad ante la ley); y que no debe haber desigualdad considerando los efectos y relaciones (libertad o reclusión) que siguen de la aplicación de una u otra norma (igualdad de la ley).

La interpretación negativa de aplicación del artículo 495, CPP Nación, a las detenidas embarazadas, no supera tampoco el test de razonabilidad. No resguarda el valor justicia el mayor rigor legislativo en el tratamiento del grupo de personas jurídicamente inocentes (principio de inequivalencia), respecto de otro colectivo en similar situación fáctica, física y social. Si lo que se procura proteger es la salud de la encinta, el normal desarrollo del

³⁴ Pizzolo, ob. cit., p. 349.

feto y la integridad psicofísica de madre y lactante, no puede discriminarse a partir de su situación jurídica, por cuanto la discriminación se presenta como injustificada, arbitraria e irrazonable.

La postura restrictiva de aplicación de la suspensión de la detención se desmorona cuando se analiza la igualdad de las normas bajo el prisma de los hijos menores de seis meses. No puede entenderse razonablemente que sean diferentes las necesidades del niño de encontrarse en un ámbito adecuado con su madre, consideradas por el legislador para dictar el artículo 495, CPP Nación, según sea la situación procesal por la que ésta atraviese (esté detenida o en libertad, o sea condenada o procesada). Postular que la suspensión del encierro carcelario opera respecto de las madres condenadas a cumplir pena privativa de libertad pero no así respecto de las jurídicamente inocentes; como asimismo afirmar que puede haber suspensión de cumplimiento de la pena o de la detención si la madre no está privada de libertad, pero no en caso de que ya haya sido recluída, se presenta también como una medida discriminatoria o de castigo al niño por su lugar de nacimiento (cárcel o medio libre) o por la condición de su madre (condenada o inocente, detenida o libre). Lo mismo cabe decir respecto de los derechos de la persona por nacer. Fue precisamente uno de los asuntos que el Estado argentino se comprometió a eliminar al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 2.1 y 2.2.

Tampoco supera el test de razonabilidad que se prive o mantenga cautelarmente privada de libertad a una mujer embarazada o con hijo menor de seis meses, para asegurar el cumplimiento de una pena que, firme la condena a pena privativa de libertad, será suspendida dada su condición de embarazada o de madre de un menor de seis meses de edad.

Lo expresado se presenta como una discriminación injustificada, que no atiende a los principios de inocencia, de personalidad de la pena, de culpabilidad ni de dignidad humana. Este trato desigual se contrapone a la vez con la protección especial que –en igualdad de condiciones– el Estado argentino se comprometió a adoptar respecto a las mujeres en estado de gravidez, su familia y los derechos de los niños de este colectivo de madres detenidas o con orden de detención. Cuestiones que seguidamente se abordarán.

III. 2. El DIDH es conteste en reconocer una especial protección de la situación de:

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

III. 2. 1. Mujeres en estado de gravidez: CETFDCM, artículo 12.2³⁵; DUDH, artículo 25.2³⁶; PIDESC, artículo 10.2³⁷; DADyDH, artículo VII³⁸; CDN, artículo 24.d³⁹; PSJCR, artículo 4.5⁴⁰, y PIDCP, artículo 6.5⁴¹. En tal sentido, tal como es dable observar, el legislador argentino honrando sus compromisos internacionales, ha tomado una postura de mayor garantía y protección de la situación de la mujer condenada en estado de gravidez o madre de hijo lactante, que lo que puede encontrarse en la normativa internacional de los derechos humanos. Este acto de discriminación positiva y lógicamente de igualdad tolerante, no incluye a la totalidad de mujeres privadas de su libertad, sino que lo limita a un colectivo especial, soslayando incluir en dicho paraguas legislativo protector, a la otra porción del colectivo de mujeres privadas de libertad, en este caso las procesadas que se encuentren en estado de gravidez o sean madres de hijos menores de seis meses.

III. 2. 2. También los tratados de DD.HH. constitucionalizados receptan principios protectores de la familia: DUDH, artículo 16.3⁴²;

³⁵ «12.2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia».

³⁶ «25.2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...».

³⁷ «10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que (...) 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto....».

³⁸ «VII. (...) derecho de protección a la maternidad y a la infancia. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales».

³⁹ «24. Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (...) 2. Los Estados Parte asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para (...) d) Asegurar atención sanitaria prenatal y post natal apropiadas a las madres...».

⁴⁰ «4. Derecho a la vida (...) 5. No se impondrá la pena de muerte (...) a las mujeres en estado de gravidez».

⁴¹ «6.5. No se impondrá la pena de muerte (...) a las mujeres en estado de gravidez».

⁴² «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».

PIDES, artículo 10.1⁴³; DADyDH, artículo VI⁴⁴; PSJCR, artículo 17.1⁴⁵, y PIDCP artículo 23⁴⁶.

III. 2. 3. Es asimismo especial la protección que los Tratados de DD.HH. incorporados al bloque de constitucionalidad brindan a los derechos del niño: PIDES, artículo 10.3⁴⁷; DADyDH, artículo VII (ver nota 19); CDN, artículos 2.1⁴⁸ y 2.2⁴⁹, 3.1 y 3.2⁵⁰, 6.2⁵¹, 9.1⁵² y 19.1⁵³;

⁴³ «10. Los Estados Partes en el presente Pacto conocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo».

⁴⁴ «Derecho a la constitución y a la protección de la familia. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella».

⁴⁵ «Protección a la familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado».

⁴⁶ «23.1 La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».

⁴⁷ «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños...».

⁴⁸ «Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de (...) el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales».

⁴⁹ «Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares».

⁵⁰ «3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen (...) los tribunales (...) o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (...) y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas».

⁵¹ «6.2. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño».

⁵² «9.1 Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres...».

⁵³ «19.1 Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas (...) para proteger al niño contra toda forma de perjuicio...».

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

PSJCR, artículo 19⁵⁴, y PIDCP, artículo 24.1⁵⁵. Amén de los derechos de los niños, el piso protectorio de *las menores privadas de libertad* son las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad⁵⁶, y de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores⁵⁷.

III. 3. Vale recordar que a través de los Tratados de DD.HH., Argentina se ha comprometido ante los organismos internacionales a dictar medidas legislativas y de otra índole, para protección de los derechos de estas personas e instituciones PSJCR artículo 2⁵⁸; PIDCP artículo 2.2⁵⁹.

Al respecto, en Fallos 325:524 (causa «Mignone»), la Corte dijo: «La tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos el goce de los derechos constituye una violación de [PSJCR], en la medida en que la expresión garantizar entraña el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídica y libremente el pleno ejercicio de los derechos humanos». Por ello, la CSJN «debe velar porque la buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden

⁵⁴ «19. Derechos del niño. Todo niño tiene derecho a la medida de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado».

⁵⁵ «24.1. Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivo de (...) origen (...) social, (...) o nacimiento a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado».

⁵⁶ Particularmente, Reglas 9, 11, 17, 18 y 28.

⁵⁷ En especial, Reglas 13, 18, 19.1 y 26.4.

⁵⁸ «2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

⁵⁹ «2.2. Cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter».

internacional para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla (Fallos 315:1492, 318:373)».

Si como en el caso argentino, a través del artículo 495, CPP Nación, se ha atendido especialmente la situación de las mujeres embarazadas condenadas, el trato desigual ante la ley y de la ley respecto de las detenidas (jurídicamente inocentes) no condenadas embarazadas, ocasiona responsabilidad internacional del Estado argentino.

III. 4. Otros principios y garantías en que se apoya esta postura

Amén de lo expuesto, existe otra batería de argumentos para sostener esta posición, que son principios de fuerte raigambre convencional referidos al Derecho Penal:

a) el estado jurídico de inocencia (CN, art. 18; PSJCR, art. 8.2; CDN, art. 40.2; DADDH, art. XXVI; DUDH, art. 11; PIDSP, art. 14.2; CPP Nación, art. 1);

b) el principio de la personalidad de la pena y la prohibición de su extensión, en este caso a los niños y las personas por nacer (Convención sobre los Derechos del Niño, PSJCR art. 5.3 y ss.); y

c) el principio de dignidad humana (CN, art. 18 in fine; PSJCR, arts. 5.1 y 2, y art. 11; CDN, art. 37.b y c; DADDH, art. XXV in fine; DUDH, art. 9; PIDCSP, art. 10.1; Convención Belem do Pará, art. 4.e; ley 24.660, arts. 8, 9, 58 y ss.).

III. 5. Hermenéutica admisible

Como conclusión de lo hasta aquí expuesto, se sostiene que no existiendo normativa especial respecto al colectivo que en este trabajo se denomina «detenidas embarazadas», cabe aplicar a dicho conjunto de personas las disposiciones vigentes más protectoras, que en este caso vienen a ser las dictadas para la situación de las condenadas embarazadas (art. 495, CPP Nación).

La CSJN tuvo la oportunidad de expresar en Fallos 321:3555 (causa «Acosta, Claudia Beatriz y otros s/hábeas corpus») que: «todos los jueces

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

de cualquier jerarquía y fuero (...) aún ante la inexistencia de reglamentación legislativa indicativa del curso judicial a seguir (...) están obligados a atender a su contenido a fin de procurar la protección de los derechos humanos involucrados, pues en esta materia aquella no es requisito indispensable (Fallos 239:459, 317:247 entre otros), y por lo demás el Tribunal ya ha señalado que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir con el objeto y fin del Pacto deben considerarse incluidas las sentencias judiciales (Fallos 315:1492)» (destacados agregados).

Los principios y garantías del DIDH constituyen el basamento sobre el cual debe cimentarse la interpretación y aplicación de normas protectoras de los DD.HH., como es el caso del artículo 495, CPP Nación.

Se dijo anteriormente que existen normas superpuestas para el caso de las condenadas embarazadas y madres de hijos lactantes (ley 23.984, art. 495; y ley 24.660 en concordancia con las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos y la ley 26.061 para el caso de menores), pero ausencia de disposiciones similares para el caso de las procesadas embarazadas.

La cuestión debe comenzar a resolverse a partir de una interpretación que respete principios básicos del DIDH y pueda superar el test de razonabilidad intrínseco en aquel proceso interpretativo.

Las reglas del principio *pro homine* sustentan la aplicación del artículo 495 del CPP Nación al caso de las condenadas embarazadas, desplazando al artículo 192 de la ley 24.660 y normativa complementaria.

En primer lugar, la regla de aplicación de la norma más protectora, seleccionando el dispositivo legal que contenga mejores protecciones para el ser humano, independientemente de su jerarquía. En tal sentido, sin entrar a considerar especialidad o supremacía jerárquica, la disposición de suspensión de la ejecución de la pena es norma más favorable que la que exige adecuado tratamiento médico dentro del régimen de privación de libertad.

Por ello no se comparte lo señalado por Cafferata Nores en torno a la subsidiariedad del dispositivo procesal, respecto del de ejecución penal⁶⁰; por cuanto se acude, en este caso, a una regla de interpretación tradicional, que no se corresponde con los principios y reglas de interpretación contenidos en el bloque de constitucionalidad. En tal sentido, debe

⁶⁰ Cafferata Nores y Tarditti, ob. cit., p. 545.

recordarse lo dicho en torno a que el principio *pro homine* informa a todo el derecho de los DD.HH. en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos.

En segundo lugar, la regla de conservación de la norma más favorable. A través de esta regla se supera la sucesión temporal de la ley 24.660 respecto de la ley 23.984. En este caso, la norma posterior no deroga o desaplica la anterior, al margen de su jerarquía, si la anterior consagra mejores o mayores protecciones al ser humano. En este sentido, también –con la OC 5/85 de la Corte Interamericana– cabe decir que entre ambas opciones, debe escogerse la menos restrictiva del derecho escogido. Por otro lado, a la luz de los artículos 2 y 3 del CPP Nación, y 11 de la ley 24.660, las disposiciones de ésta última contradicen el principio de inocencia y no se presentan como más favorables para la situación de los procesados.

La tercera regla del principio *pro homine*, la de interpretación con sentido tutelar, contribuye a despejar las dudas en torno del alcance de los términos suspender o diferir de la norma escogida, en función de las reglas interpretativas antes desarrolladas. De entre varias interpretaciones posibles, debe escogerse la que mejor tutele los derechos humanos⁶¹. También con apoyo en la OC-5/85 de la Corte Interamericana, cabe decir que la suspensión de la pena aplicada a las mujeres que ya se encuentran privadas de libertad, es la más favorable y la que en menor escala restringe el derecho a la libertad.

Demostrado que las regulaciones del artículo 495 del CPP Nación son más favorables y mejor resguardan los derechos humanos de las condenadas embarazadas o madres de hijos menores de seis meses, debe acudirse también al principio de igualdad para corroborar que dicho dispositivo debe ser aplicado a la situación de las detenidas embarazadas.

Conforme la doctrina emanada de la CSJN en la mentada causa «Verbitsky» (Fallos 328.1146), el supuesto del artículo 495 del CPP Nación, podría invocarse en las provincias para el caso de detenidas embarazadas. Siguiendo a la Corte, este piso mínimo constitucional debe ser respetado, atento tratarse de un instituto de naturaleza sustancial en un catálogo procesal.

⁶¹ Por esta interpretación pero sin su invocación expresa, se expidió la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, en el fallo citado en nota 14.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

En otros términos, si como aquí se postula, a la situación de las detenidas embarazadas resulta de aplicación el artículo 495 del CPP Nación, lo que el tribunal debe ordenar es la suspensión de la detención y, por ende, la libertad, y no la modificación de la forma de encierro (domiciliario en lugar de carcelario). La detención domiciliaria, continúa siendo una de las formas restrictivas de la libertad, ajena al supuesto del artículo 495 del CPP Nación que se refiere únicamente a supuestos de mantenimiento o recupero de libertad.

IV. Vía procesal, legitimación

Luego de haber concluido que el tipo procesal del artículo 495 del CPP Nación resulta de aplicación a la situación de las procesadas embarazadas, y sin soslayar que esto puede ser invocado individualmente ante cada juez que haya ordenado detener o tenga a disposición del juzgado a alguna mujer en dicha situación; interesa exponer la vía por la que la situación del conjunto puede ser resuelta.

La tesis que se expone es que habiendo en el caso inconstitucionalidad por omisión, corresponde al órgano judicial competente, así declararlo con motivo de una acción de hábeas corpus colectivo que interponga cualquiera dotado de legitimación.

IV. 1. Inconstitucionalidad por omisión

Se sostiene en el presente, que respecto a las detenidas embarazadas, existe olvido legislativo de un colectivo y por ende, una inconstitucionalidad por omisión. Asimismo, que paralelamente hay omisión del Poder Judicial de aplicar las normas internas y tratados internacionales que garanticen el respeto de los derechos humanos vulnerados.

Germán Bidart Campos⁶² expresa que la inconstitucionalidad por omisión es la que sobreviene cuando el órgano que conforme la constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo. Agrega, asimismo, que por el principio de la supremacía constitucional, el órgano judicial está llamado a hacer funcionar la norma programática deparándole la operatividad que no pudo alcanzar por la reglamentación omitida. Tanto se vulnera la

⁶² Bidart Campos, Germán, *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, en «El Derecho», 78-785.

constitución cuando no se hace lo que ella manda, como cuando se hace lo que ella veda. La inconstitucionalidad por omisión no invalida ninguna actividad positiva, sino que comprueba una omisión ofensiva. Expresa el autor que la justicia constitucional, puede lograr una solución consistente: 1) en declarar que lo omisión es inconstitucional; 2) en reputar que la falta de reglamentación provoca una laguna en el orden normativo; 3) en integrar el orden normativo lagunoso, echando mano de la autointegración (por analogía o por aplicación de los principios generales del derecho) o de la heterointegración (acudiendo al valor justicia). En definitiva, siempre el tribunal debe conseguir que la norma general omitida en su reglamentación funcione directamente por impulso jurisdiccional y que nunca es lícito al tribunal argüir que no aplica la norma por falta de reglamentación.

En su premiado trabajo, Lucas M. Arrimada Antón⁶³, expresa que en cuanto a las tipologías de las omisiones constitucionales, «la doctrina se inclina por la división estipulada por Wessel, magistrado constitucional del tribunal alemán, quien diferencia entre la omisión absoluta y relativa. La primera (también llamada total) alude a la ausencia extrema de desarrollo de un precepto constitucional. La segunda hace referencia a la vulneración del principio de igualdad por olvido de ciertos grupos en la legislación (omisión parcial). Para Wessel (...) las relativas sí son fiscalizables ya que suponen una vulneración inmediata del derecho fundamental por el legislador». El autor de cita entiende que la fiscalización de las omisiones relativas no debe tener como único norte la tutela del principio de igualdad, sino que debe comprender y complementar todo quebrantamiento del texto constitucional incluida la normativa de los tratados con jerarquía constitucional. Por ende, la constitucionalidad por omisión se hace ostensible en el mundo jurídico cuando la inacción de uno de los poderes del Estado (sea el Legislativo, el Ejecutivo o el Judicial) trasunta un incumplimiento de lo exigido por la Constitución o por un tratado de derechos humanos con jerarquía constitucional. En el caso del Poder Judicial, ingresa en el campo de inconstitucionalidad cuando advirtiendo una omisión violatoria de derechos, no la declara.

⁶³ Arrimada Antón, Lucas M., *La Constitución histórica y los desafíos de la democracia constitucional en el Siglo XXI*, en «Debates de Actualidad», Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 192, p. 88.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

En definitiva, en el caso en estudio, hay dos órganos del Estado que incurren en inconstitucionalidad por omisión. El Congreso de la Nación, por vulnerar el principio de igualdad (y de no discriminación) por olvido, en la legislación procesal, del grupo de detenidas embarazadas (omisión parcial). En el caso del Poder Judicial, porque los jueces ordenan detener preventivamente o mantienen la detención de mujeres embarazadas y de madres de hijos menores de seis meses o no declaran la inconstitucionalidad de la detención de este vulnerable colectivo; en abierta violación a los esbozados principios de igualdad, no discriminación, pro persona, inocencia, culpabilidad, personalidad de la pena y fundamentalmente del derecho a la libertad.

IV. 2. Hábeas corpus colectivo

Sin perjuicio de que la petición de aplicación del artículo 495, CPP Nación, a la situación de detenidas embarazadas puede ser efectuado ante cada tribunal a cuya disposición se encuentre la interna, a la luz de los preceptos constitucionales aparecen otros mecanismos de mayor alcance para la aplicación a este colectivo de los beneficios esbozados, como el caso del hábeas corpus colectivo.

Parafraseando a Sagüés⁶⁴, cabe decir que ya en su origen histórico y en su concepción tradicional, el hábeas corpus surge como remedio contra una detención. Su meta natural estriba en disponer una libertad. Tratándose la situación del colectivo bajo estudio, de mujeres privadas de libertad por órdenes judiciales violatorias de derechos humanos contenidos en el bloque de constitucionalidad y existiendo en el caso un supuesto de inconstitucionalidad por omisión; la acción procedente contra ellas, es la acción de hábeas corpus. Tiene dicho la CSJN en Fallos 321:3646 (causa «Juan Carlos De la Torre»): «si bien el derecho internacional no establece por cierto la forma que debe revestir el procedimiento ante los tribunales locales, reconoce en general la vía del hábeas corpus como apta para garantizar toda clase de restricción a la libertad ambulatoria (arts. 7.6, PSJCR; 9.4, PIDCP; 8, DUDH; XVIII y XXV, 3º párrafo, DADyDH;

⁶⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, 3^a ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 133.

y 5.4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». También la CSJN tuvo la oportunidad de decir, en Fallos 327:4658 (causa «Defensor oficial s/interpone acción del art. 43 de la CN») que «lo que caracteriza al hábeas corpus es el objetivo de suministrar un recurso expeditivo para la protección de los derechos comprometidos cuando fuere urgente modificar el agravamiento de las condiciones de detención».

Pero en el caso bajo estudio no se estaría frente a un hábeas corpus ordinario o correctivo, sino uno especial, de reciente desarrollo en la doctrina judicial, que es el hábeas corpus: a) reparador, b) principal, c) colectivo, y d) dirigido contra actos jurisdiccionales. No ofrece dificultades por su acentuada raigambre en la práctica judicial, el concepto de hábeas corpus reparador (o sea el que ataca una lesión ya consumada, en oposición al preventivo que busca impedirla); y principal (cuando tiene por objeto cuestionar una detención o prisión ilegítima producida)⁶⁵.

Mayores dificultades presenta el tipo *colectivo* de hábeas corpus; que conforme una primera y ligera hermenéutica, carecería de recepción en el texto constitucional. Sin embargo, calificada doctrina constitucional⁶⁶ descarta las soluciones judiciales individuales, entendiendo procedente el hábeas corpus colectivo cuando «hay una afectación a una pluralidad de sujetos que requiere de una solución (inmediata) igualmente plural. Si se pretendiera dar una solución individual y concreta en cada caso – además de estar demostrado ya, que esto no es posible– la acción pierde el carácter de ‘remedio eficaz’, se desdibuja el ‘efecto útil’ que debe darse a los derechos y garantías». Por tanto, «la acción de hábeas corpus colectivo tiene jerarquía constitucional y es aquella que tiene como finalidad la tutela de la libertad física o los derechos de las personas privadas de libertad, cuando la afectación abarcara a un número determinado o indeterminado de personas». En tal sentido, la autora expresa que del activismo judicial de la CSJN se ha reconocido al *hábeas corpus colectivo*;

⁶⁵ Sagüés, ob. cit., p. 134.

⁶⁶ Basterra, Marcela, *Procesos colectivos: la consagración jurisprudencial del hábeas corpus colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo «Verbitsky»*, en «La Ley», 2005-D-530.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

surgido de la interpretación combinada del segundo párrafo del artículo 43, CN, con el párrafo cuarto de la misma norma. Esto ya había sido esbozado por el Máximo Tribunal en Fallos 325:524, causa «Mignone», considerando 20 y 13 del meduloso voto del ministro Bossert, de cuya lectura no puede prescindirse cuando se aborda la materia.

Más recientemente, en Fallos 328:1146 (causa «Verbitsky»); y a fin de aventar toda duda al respecto, dijo la CSJN: «pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla». Asimismo: «Los hechos constituidos por la existencia de situaciones plurales, demuestran la necesidad de admitir una acción igualmente plural, en beneficio de intereses colectivos de todos los sujetos privados de libertad en el ámbito de (...) cuya satisfacción no podría lograrse mediante peticiones individuales» (voto del Doctor Carlos S. Fayt).

Las razones de economía procesal invocadas por el CELS en dicha causa, privilegiando la acción colectiva por sobre una multiplicidad de acciones individuales, fueron reconocidas por el Procurador General en el fallo de mentas. Dijo que ordenar que el ejercicio de la representación se ejerza de manera individual y separada ante cada uno de los jueces a cuya disposición se hallan detenidos, equivale a desvirtuar la previsión constitucional de una acción grupal o colectiva como medio más idóneo para la solución de la controversia en los derechos de incidencia colectiva. Asimismo, la centralización de la cuestión en un solo tribunal evita la acumulación de múltiples causas individuales con el mismo objeto y la existencia de decisiones contradictorias, en obvia violación al principio de igualdad.

IV. 3. Legitimación

Demostrado que la vía procesal para reclamar la suspensión de la detención preventiva de las embarazadas y madres de hijos menores de seis meses de edad, es el hábeas corpus colectivo; se procurará determinar quiénes están legitimados para efectuar tal presentación.

Con base en el estándar en materia de legitimación de Gozaini⁶⁷; Marcela Basterra⁶⁸ expresa que –aplicado al hábeas corpus colectivo– estarían legitimados para interponer la acción, en principio: 1) el Defensor del Pueblo; 2) el Ministerio Público; 3) una asociación que «propenda a los fines» en sus estatutos u objeto social; 4) una asociación ocasionalmente constituida a los efectos con representación suficiente.

Agredo que en el caso del Ministerio Público de la Defensa, la legitimación proviene de fuente constitucional y de su normativa reglamentaria, al ser un órgano independiente con autonomía funcional que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 120, CN), como asimismo velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación (arts. 1, 25.l, 51.d y 60 de la ley 24.946).

IV. 4. Órgano judicial competente

Luego de dilucidada la vía procesal y la legitimación, corresponde adentrarse a la cuestión de cuál es el órgano judicial competente para entender en un hábeas corpus colectivo de la naturaleza del tema en estudio.

La primera cuestión a tratar es si procede incoar hábeas corpus contra actos jurisdiccionales. En tal sentido, Tullio⁶⁹ expresa: «la propia ley no distingue, al mencionar acto u omisión de autoridad pública, entre los poderes. ¿Estamos en presencia de la posibilidad de una acción contra la

⁶⁷ Gozaini, Osvaldo, *Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal*, en «La Ley», 2005- B-1393, quien afirma que «la pretensión, en las acciones colectivas puede deducirse: 1) por una persona con representación suficiente; 2) una entidad regularmente constituida que demuestre en sus estatutos el objeto social que lo vincula con el proceso (...); 3) una entidad ocasionalmente compuesta que tenga «adecuada representación», y 4) el Defensor del Pueblo o Ministerio Público».

⁶⁸ Basterra, ob. cit., p. 530.

⁶⁹ Tullio, Alejandro, *En defensa de las garantías colectivas. A propósito del fallo «Verbitsky»*, en «Debates de Actualidad», Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 195, p. 95.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

omisión jurisdiccional? Más allá de las aserciones doctrinarias, la sustancia del fallo viene a decir que sí».

Sentado lo expuesto, Sagüés⁷⁰ dice que un hábeas corpus contra decisiones judiciales tiene que articularse ante el tribunal superior del magistrado en cuestión.

Si bien se carece de números oficiales a la fecha, la realidad indica que existen embarazadas sin condena a disposición de distintos juzgados, fúeros e instancias. Por caso en etapa de instrucción las integrantes de este colectivo se encuentran a disposición de juzgados de instrucción nacionales, juzgados federales de Capital y del interior, etc. Asimismo, que otra porción de este colectivo están privadas preventivamente de libertad y a la espera de juicio, a disposición de tribunales orales en lo criminal, en lo penal económico, en lo criminal y federal de capital e interior, etc. Resulta por ende necesario, encontrar al superior común de estos órganos jurisdiccionales, capaz de analizar la legalidad de la detención ordenada o confirmada por éstos.

La Cámara Nacional de Casación Penal aparece la luz de la legislación⁷¹, como el órgano de mayor jerarquía dentro del sistema judicial federal y nacional en materia penal, por debajo de la CSJN frente a la cual se presenta como tribunal intermedio (Fallos 327:5756, 328:1108, 318:514, entre otros).

Siendo la CNCP superior común de los tribunales inferiores (juzgados federales de Capital e interior, correccionales, tribunales orales en lo criminal y criminal federal, etc.) con detenidas embarazadas o madres de niños de hasta seis meses de edad a su disposición; aparece como el órgano jurisdiccional competente para entender en un hábeas corpus colectivo en contra del Estado Nacional (Poder Legislativo y Poder Judicial) y a favor de las detenidas embarazadas a disposición de las justicias nacional y federal.

V. Conclusión

Luego del desarrollo efectuado, puede advertirse que existe en el caso bajo estudio una discriminación parcial y, por ende, una inconstitucionalidad por omisión al tratarse en forma desigual la situación de colectivos con

⁷⁰ Sagüés, ob. cit., p. 163.

⁷¹ Artículo 2, inc. b, ley 24.050; artículo 23, CPP Nación; arts. 31 y 32, decreto ley 1285/58.

similares situaciones de género y vulnerabilidad; situación sistemáticamente desatendida por el Poder Judicial que genera responsabilidad internacional del Estado argentino.

Que sin perjuicio de ello, y hasta tanto el legislador subsane esta omisión legislativa violatoria de los derechos humanos de mujeres, niños y seres por nacer; una interpretación armónica del sistema jurídico a partir del bloque de constitucionalidad, permite a los jueces integrar la normativa vigente y disponer el diferimiento o la suspensión de la prisión preventiva para el caso de mujeres embarazadas o madres de hijos de menos de seis (6) meses de edad.

Que la herramienta procesal constitucional para lograr la más rápida y efectiva atención –libertad– de la situación de este colectivo, declarar la inconstitucionalidad por omisión, la aplicabilidad de los supuestos del artículo 495, CPP Nación, a las procesadas y, por otro costado, ordenar al Congreso de la Nación a dictar normas en ese sentido, es el hábeas corpus colectivo.

El derecho internacional de los derechos humanos es una formidable herramienta para desterrar el arraigado conformismo jurídico que perpetúa la exclusión, del amparo constitucional, de sectores socialmente vulnerables. Precisamente los seleccionados por el sistema penal. El elogiado activismo judicial, no puede ser el único protagonista del cambio de paradigma. Como dijo la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, debe encarnarse en los operadores jurídicos que «no hay una cortina de hierro entre la Constitución y las prisiones de este país» (Wolf v. McDonnell; 418US539, 1974).

La propuesta esbozada, entiendo, se asienta en incontrovertidas razones, garantías y principios del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos. Se espera con ella aportar alguna novedad al debate a fin de achicar la brecha entre justicia y legalidad. Independientemente de ello y, parafraseando a Salvioli⁷², cabe decir que «somos conscientes de la audacia de estos planteos, pero en todo caso, preferimos que se nos tilde de utópicos, a que se nos señale siquiera, como cómplices jurídicos involuntarios de la injusticia».

⁷² Salvioli, ob. cit., p. 80.

El reconocimiento de los derechos del niño y su incidencia en la privación de la libertad dispuesta sobre las madres*

María José Turano**

I. Introducción

A partir del conocido fallo «Barbará»¹ de la sala I de la Cámara del Crimen de Capital Federal, fue abriéndose camino en diversos tribunales nacionales y federales del país la interpretación amplia respecto de las pautas excarcelatorias previstas en el 2º párrafo del artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación, consistente en la posibilidad de permanecer en libertad durante el proceso más allá de la escala penal del delito imputado, siempre que conforme las circunstancias del caso no fuera posible demostrar la posibilidad de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación — arts.280 y 319 del CPPN—.

En este línea, se enmarcaron las salas III, IV y más recientemente la II de la Cámara Nacional de Casación Penal².

* Este artículo se encuentra publicado en La Ley 2007-C, 243 como comentario al fallo de la C.N.C.P, sala III, *Espíndola, Alejandra K. s/rec. de casación*, rto. el 27/11/2006. Se agradece a la editorial su autorización para su reproducción en esta publicación.

** Prosecretaria de la Defensoría Oficial ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de San Martín.

¹ Causa nro. 21.143. Interloc. 6/118, rta. el 10/11/03.

² Entre otros, sala III: causa nro. 5473 «*Mascchieraldo, Aquiles Alberto s/recurso de casación e inconstitucionalidad*», Reg. Nro.843/2004, rta. el 22/12/04; causa nro.5996 «*Chabán, Omar Emir s/rec. casación*», Reg. Nro.1047/05, rta. el 24/11/05. Sala IV: causa Nro. 4827, «*Castillo, Adriano s/recurso de casación*», Reg. Nro. 6088, rta. el 30/9/04; causa Nro. 4828, «*Frías, Delina Jesús s/recurso de casación*», Reg. Nro. 6089, rta. el 30/9/04; causa Nro.5199 «*Pietro Cajamarca*», Reg. Nro. 6522, rta. el 20/4/05; causa Nro.5579 «*Beraja, Rubén Erza*», rta. el 17/10/05 y Sala II: causa Nro.6689 «*Berrozpe, Ricardo Alberto*», Reg. Nro.8826, rta. el 10/7/06.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Sin embargo, ese gran avance jurisprudencial que tardó años en llegar, no alcanzó en su momento la problemática específica relativa a la situación de las madres que, con motivo de su detención, debían ser separadas de sus niños menores.

El primer paso en ese sentido fue dado por la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo Abregú³, donde por primera vez se dio preeminencia a los derechos del niño por sobre las razones de cautela que pudieran justificar un encarcelamiento preventivo, a través de la morigeración del mismo por la prisión domiciliaria a pesar de no estar contemplada como hipótesis en la ley.

El precedente de la sala III que comentamos, si bien es continuador de esa tendencia también adquiere mérito propio.

En Abregú se trató el caso de una madre cuyos hijos si bien eran menores, superaban en mucho la edad prevista por la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad que autoriza a los niños menores de cuatro años de edad a permanecer junto con su madre en una unidad especial del Servicio Penitenciario Federal.

En el fallo que analizamos, los niños por su corta edad estaban alojados con su progenitora. Sin embargo, el voto de la mayoría señala que el ámbito penitenciario no es el lugar adecuado para el crecimiento de los niños y que el derecho a estar con su madre no puede realizarse adecuadamente allí. Por ese motivo, desconociendo las previsiones de los arts. 192 a 196 de la ley 24.660 y aplicando lisa y llanamente la Convención de los Derechos del Niño —en adelante CDN— se otorga a la imputada la prisión domiciliaria.

II. El marco normativo

El artículo 10 del Código Penal prevé la prisión domiciliaria como opción alternativa al cumplimiento de la pena en la prisión, cuando la condena no superara los seis meses y los condenados fueran una mujer honesta o persona mayor de sesenta años o valetudinaria.

El artículo 314 del Código Procesal de la Nación autoriza que la prisión domiciliaria sea dispuesta como alternativa a la prisión preventiva para el

³ Causa nro.6667, «Abregú, Adriana Teresa s/recurso de casación», Reg.7749, rta.29/8/06.

caso de darse los supuestos del artículo anterior. El artículo 502 del mismo cuerpo normativo, dispone que la vigilancia de su cumplimiento estará a cargo de la autoridad policial.

La ley 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, en su artículo 33 amplió los supuestos de prisión domiciliaria agregando dos nuevos casos: a) condenados de más de setenta años de edad y b) quienes padezcan de una enfermedad incurable en período terminal.

El decreto 1058/97, que reglamenta la norma, establece en su artículo 2º qué se considera por enfermedad terminal incurable. Así, la define como aquella que: «...conforme los conocimientos científicos y medios terapéuticos disponibles no pueda interrumpirse o involucionar y de acuerdo a la experiencia clínica lleve al deceso del interno en un lapso aproximado de SEIS (6) meses».

La posibilidad de aplicar esta alternativa a los procesados viene dada por el artículo 11 de la misma ley, en tanto allí se dispone que les resulta aplicable «a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad».

La finalidad de estas disposiciones es humanizar la ejecución de la pena privativa de la libertad, a través de un modo de cumplimiento alternativo al encierro carcelario, pues se presupone que la finalidad de reinserción social no habrá de tener ningún efecto práctico⁴.

En igual sentido, se ha considerado que el sumar a la prisiónización el sufrimiento de una enfermedad, constituye una pena inhumana prohibida por el artículo 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵.

Como se advierte con facilidad, en ninguna de las disposiciones se hace mención a que los motivos humanitarios contemplados puedan hacerse extensivos a las madres de niños menores de edad.

La ley 24.660 en sus artículos 192 a 196, regula la situación de las detenidas que se encuentran embarazadas, quienes serán alojadas en un

⁴ López, Axel; Machado, Ricardo, *Análisis del Régimen de Ejecución Penal*, Di Placido, Buenos Aires, 2004, p. 150.

⁵ Morales Deganut, Carolina, *Ejecución Penal. Alternativas para situaciones especiales*, en *Derecho de ejecución Penal*, Dir. Zulita Fellini, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 311.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

pabellón especial. El artículo 195 contempla la posibilidad de que los niños de hasta cuatro años de edad convivan allí con las madres. Terminado ese período, serán entregados al progenitor y si no pudiera hacerse cargo se dispone la intervención de la autoridad judicial o administrativa —art. 196—.

Por último, el artículo 495, inc.1º del CPPN, establece que pueda ser diferido el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, cuando se trate de una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses al momento de la sentencia. Ésta deberá ejecutarse cuando cesen esas condiciones.

III. Antecedentes del caso

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de San Martín tenía detenida a su disposición a una mujer por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización —art. 5 inc.»c» de la ley 23.737—. Por tener 2 niños menores de 4 años de edad —uno de tres años y medio, otro de un año y medio— y estar cursando un embarazo, la imputada estaba detenida junto con los niños en el pabellón especial de la unidad n° 31 del Servicio Penitenciario Federal.

La madre es analfabeta, previo a la detención era cartonera y cobraba un plan Jefes y Jefas de Hogar, pertenecía a la franja humilde de la sociedad y no contaba con el padre de los niños para hacer frente a su subsistencia. Únicamente se había hecho presente la abuela de los menores, la que tampoco contaba con medios económicos suficientes.

La defensa de la imputada solicitó como primera medida su excarcelación con base en la conocida jurisprudencia que impide considerar la existencia de delitos no excarcelables. En ese sentido argumentó que dada la situación familiar y económica de la detenida, no existía peligro de fuga ni de entorpecimiento de la investigación, por lo que correspondía otorgarle su libertad. Asimismo, con cita de la Convención sobre Derechos del Niño destacó que al resolver no debían dejarse de lado los derechos de los menores, propiciando una interpretación analógica *in bonam partem* del artículo 495 inc. 1º del CPPN, que contempla la posibilidad de diferir el cumplimiento de la pena a la mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses. En subsidio, solicitó su prisión domiciliaria, siempre en resguardo de los

derechos de los menores. Finalmente, enmarcó su pedido, en la imposibilidad material del Tribunal de realizar prontamente el debate.

El Tribunal Oral denegó ambas peticiones. La excarcelatoria adhiriendo al criterio que considera que las pautas fijadas en el artículo 316, 2º párrafo del CPPN constituyen una presunción de fuga iure et de iure. Respecto de la prisión domiciliaria se limitó a efectuar una interpretación exegética del 314 del CPPN y 33 de la ley 24.660, señalando que el supuesto planteado no está contenido en la ley. Nada se dijo respecto de la aplicación del artículo 495 inc. 1º del CPPN, a pesar de que al momento de la interposición de la petición la imputada estaba embarazada.

Contra dicha resolución la defensa interpuso recurso de casación, insistiendo en la solicitud original y señalando que el rechazo había sido arbitrario. Para el momento de la interposición del recurso, el menor de los niños ya había nacido. En esa oportunidad se detecta que padecía un grave problema auditivo —agenesia de conducto auditivo en oído derecho y no presentar otoemisiones en el oído izquierdo— patología que requería de asistencia extramuros.

IV. El fallo

Por unanimidad, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal no hizo lugar al planteo de excarcelación considerando que la falta de domicilio fijo de la imputada, el hecho de que estuviera indocumentada y la gravedad del delito imputado, eran motivos suficientes para presumir el peligro de fuga.

Sin embargo, en una decisión sin precedentes el voto mayoritario constituido por el Doctor Tragant y la Doctora Ledesma, concedió la prisión domiciliaria a la imputada.

En primer lugar se señaló que de una interpretación armónica de los artículos 7 y 10 del Código Penal, 314 y 502 del Código Procesal Penal y 33 de la ley 24.660 y de los fundamentos del decreto 1058/97, la prisión domiciliaria puede ser concedida a los procesados. Asimismo se sostuvo que el artículo 495 inc.1º del CPPN puede ser aplicado analógicamente en bonam partem.

Con cita de la Convención sobre Derechos del Niño, a la OC-17/2002 y a la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas,

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Niños y Adolescentes, se hizo referencia a la necesidad de analizar el caso a la luz del interés superior del niño. Asimismo, se citó especialmente la Convención para señalar que si bien el medio familiar es el que mejor garantiza el crecimiento de los menores, la convivencia familiar no puede realizarse dentro de la unidad penitenciaria, a pesar de la previsión legal de los artículos 192 a 196 de la ley 24.660.

Concretamente se dejó sentado que «los complejos penitenciarios no constituyen, al menos en los primeros años de vida de los niños, un ambiente saludable, tanto físico como psicológicamente», considerando el alojamiento de los infantes en un centro de detención como un factor de riesgo para los niños.

En consecuencia, y a pesar de no estar contemplado en la ley el supuesto de prisión domiciliaria para las madres con niños de menos de cuatro años de edad, por considerar afectados «valores jurídicos superiores como son los derechos del niño» se hizo lugar parcialmente al recurso y se concedió la detención en el domicilio.

V. El voto en disidencia

El voto de la minoría estuvo representado por el Doctor Riggi, quien estuvo por el rechazo total del recurso.

A su criterio, si bien correspondía atender al interés superior de los niños involucrados, consideró que es la propia Convención sobre Derechos del Niño la que en sus artículos 9.1 y 9.4 admite que éstos permanezcan separados de sus padres en caso de que sus progenitores sean encarcelados.

Señaló que dicha circunstancia no exime al Estado de arbitrar los medios para resguardar a los menores del perjuicio que les acarrea ser separados de sus padres.

Que en el caso de nuestra ley vigente, los artículos que regulan la prisión domiciliaria en modo alguno posibilitan el egreso de la madre, pero la ley sí contempla otros mecanismos que a su criterio protegen debidamente a los menores.

En primer lugar señala que existe la posibilidad de convivir con la madre, tal como lo autorizan los artículos 192 a 196 de la ley 24.660. A diferencia del voto de la mayoría, no consideró que el alojamiento de los menores en una unidad carcelaria resulte inconveniente para éstos.

Citando la ley 26.061, recordó que ésta en su artículo 17, así como en el decreto 415/06 que lo reglamenta, autoriza el encierro de los menores con sus madres, pero no que ésta egrese. También señaló que la propia Ley en su artículo 32 establece un sistema integral de protección para los niños que estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar, donde se prevé la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos y en supuestos extremos en centros asistenciales —art. 41—.

En el caso, señala que la debida asistencia de los menores fuera del penal se encuentra suficientemente garantizada por la abuela.

Para finalizar, agrega que el artículo 33 de la Convención sobre Derechos del Niño impone la protección de los menores contra el uso ilícito de los estupefacientes, por lo que teniendo en cuenta el delito imputado a la madre, la solución que se adopta es la que mejor compatibiliza con los intereses en juego, resguardando el interés superior del niño sin mengua para el derecho de la sociedad al castigo del delito.

En suma, considera que el Poder Judicial no puede arrogarse facultades legislativas agregando supuestos que la propia ley no contempla.

VI. Comentario

En el caso, lo que se les ha planteado a los jueces dilucidar, es de qué modo compatibilizar los derechos de los niños reconocidos por la Convención sobre Derechos del Niño, con la obligación del Estado de asegurar la realización del juicio ejerciendo medidas de coerción sobre la persona imputada —privación de libertad— cuando no estén dadas las condiciones que permitan mantenerla en libertad hasta la realización del debate.

Sin lugar a dudas, el voto de la mayoría se ha volcado por dar preeminencia a la vigencia de los derechos de los niños a través de la consideración conglobada de toda la normativa aplicable al caso, sin haberse limitado a la interpretación literal de las normas internas efectuada por el Tribunal Oral.

La Convención sobre Derechos del Niño ya desde su Preámbulo e incluso en todo su cuerpo normativo, reconoce a la familia como «grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños...», a la vez que reconoce que «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

y cuidados especiales...». Correlativamente, el artículo 9º establece el derecho de los niños de no ser separado de sus padres. Asimismo, la reciente ley 26.061, de Protección integral de derechos del Niño, Niña y Adolescente, se hace eco de dichas obligaciones proclamando el derecho a crecer en la familia de origen.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-17/2002, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, también reconoce la importancia del núcleo familiar de origen en el correcto desarrollo de los menores —párrs. 66 y 67—.

Conforme surge del análisis de las normas señaladas al inicio, existe por una parte una laguna legal respecto de la situación de las madres detenidas cuyos niños, por superar los cuatro años de edad, deben permanecer bajo la custodia de otros familiares. En cuanto a los menores de esa edad, como se da en el caso en estudio, la ley 24.660 les brinda la posibilidad de quedar alojados junto con sus progenitoras en un pabellón especial de una unidad del Servicio Penitenciario Federal. Sin embargo, la nota sobresaliente del fallo es el haber sostenido que el ámbito penitenciario no es el propicio para el crecimiento de los infantes en sus primeros años de vida, por lo que el derecho a permanecer con la familia de origen no puede ser satisfecho por esa vía.

En este sentido, son numerosas las investigaciones que confirman que la prisionización de los niños y adolescentes, llevada a cabo con el nombre que sea —en este caso a través de la detención de su madre—, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene un efecto regresivo, como en el adulto, sino directamente impeditivo de la evolución más o menos común de la persona, sobre todo cuando esto se da durante los primeros años de vida, fundamentales en el desarrollo de la psiquis del individuo⁶.

Por más que queden alojados en un pabellón especial, los niños viven y aprenden las pautas de una institución de encierro y lo que es aún más grave, las internalizan. Sin embargo, esos no son los únicos perjuicios que sufren. La realidad cotidiana penitenciaria, indica que los menores deben

⁶ Sobre los efectos de la institucionalización de menores Hepp, Osvaldo T., *La Internación de menores y los problemas sociales*; citado en Zaffaroni, Eugenio E.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 178.

padecer los inconvenientes propios del sistema en cuanto a deficiencias en la atención médica, higiene e infraestructura, además de ver reducidas sus posibilidades de esparcimiento. Tampoco la unidad n°. 31 cuenta con un móvil propio que permita el traslado de las madres con los niños a los respectivos tribunales, motivo por el cual a diario es común verlos alojados junto con otros mayores en las respectivas alcaidías, soportando las largas horas de espera hasta su regreso a la unidad.

El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Los artículos 6 y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño incluyen como contrapartida del derecho a la vida, la obligación del Estado de garantizar «en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño».

Así, el Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra «desarrollo» de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social⁷. Resulta indudable que ninguna de dichas exigencias se cumple cuando los menores están alojados en una unidad penitenciaria, las que llegan a constituir la imposición de una verdadera pena por la actividad desplegada por los padres, en violación de lo estipulado por el artículo 2.2 de la misma Convención.

A tal punto asciende la inconveniencia de su encierro, que aun en el caso de los menores en conflicto con la ley, la Convención sobre Derechos del Niño dispone en su artículo 37 que el encierro será sólo como medida de último recurso y por el lapso más breve posible.

Estos conceptos han sido sostenidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterados precedentes⁸, los que según dejara sentado nuestra Corte Suprema en el fallo «Giroldi»⁹, deben servir de guía a la hora de interpretar los preceptos convencionales.

⁷ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General N° 5 del 27 de noviembre de 2003, párrafo 12.

⁸ Caso «Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay», rto. 02/09/2004; caso «Bulacio vs. Argentina», rto. 18/09/2003 (La Ley, 2004-A, 684).

⁹ Fallos 318:514 (La Ley, 1995-D, 462).

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Lo que sucede con los niños privados de la libertad junto con sus madres, sobre todo cuando no es posible la recepción por parte de otro familiar debido a su corta edad, es que se pretende resolver un problema netamente asistencial a través de la privación de la libertad de los menores, en lugar de, como con lucidez se destaca en el fallo, «sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones». A la luz de las normas supranacionales citadas, ello constituye una obligación de los Estados aun en perjuicio de una finalidad procesal o incluso sustantiva.

En consonancia con lo que venimos diciendo, el voto de la minoría equivoca el análisis pues plantea el alojamiento de los menores conforme lo autoriza el artículo 195 de la ley 24.660, como una opción tuitiva válida para atender la problemática tratada.

Si bien la ley 26.061 en su artículo 17 prevé la posibilidad de que las madres efectúan la crianza de sus niños intramuros, lo cierto es que es la misma norma la que prohíbe en su artículo 36 que las medidas de protección para los menores consistan en la privación de la libertad. Lo que desconoce la minoría en su voto es que la corta edad de los infantes, especialmente durante el período de lactancia, es la que impone el contacto permanente con la madre. La sustitución de ese vínculo por la del resto de la familia, una familia sustituta o en última instancia, su alojamiento en hogares estatales, recién debe aparecer como opción cuando la presencia materna no sea posible o su especial cuidado imponga que no mantengan el contacto, tal el caso de abuso o maltrato.

Cuando la posibilidad de permanecer juntos existe, en virtud de los perjuicios que la separación puede ocasionar en una personalidad en desarrollo, no es posible utilizar el pretexto del derecho de la sociedad a defenderse frente al delito y menos aún al encarcelamiento preventivo, en desmedro de los derechos del niño. Por ello se impone buscar alternativas al encierro —tal el caso de la prisión domiciliaria— para dar efectividad a los derechos de los menores, sin descuidar la necesidad de mantener la coerción sobre la imputada.

Lo mismo cabe decir respecto de la disposición 9.4 de la Convención sobre Derechos del Niño que autoriza que el niño sea separado de sus padres a causa de su detención. La norma del artículo 3.1 impone siempre la «consideración primordial» del interés superior del niño, principio rector de toda la Convención, por ello cuando esa separación resultara perjudicial, deberá estarse a la solución que mejor proteja sus derechos.

En consonancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la misma OC-17/2002, con cita de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, señala que la separación del niño de su núcleo familiar sólo puede darse cuando éste no pueda garantizar las condiciones suficientes de bienestar y estabilidad y sólo puede estar justificada por el interés superior del niño —párr.73— y realizarse por el menor tiempo posible —párr.75—.

A contrario de lo que no pocas veces es alegado contra la decisión de los jueces de llenar un vacío legislativo, incluso en este caso por la minoría, la resolución tomada por la Sala III no ha sido más que dar cumplimiento a la obligación impuesta al Estado argentino en el artículo 4º de la Convención sobre Derechos del Niño de adoptar medidas administrativas, legislativas o de cualquier otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la propia Convención, cuya superioridad normativa se impone por sobre las limitaciones que pudieran contener los artículos 10 del Código Penal, 314 y 495 inc.1º del CPPN y 33 de la ley 24.660.

A tal punto llega la decisión de proteger, ante todo, los derechos de los menores involucrados, que la cuestión de la prisión preventiva e incluso el modo en que corresponde cumplir una pena privativa de la libertad según la ley nacional 24.660, quedan relegadas a segundo plano.

En el fallo sólo se trata de modo colateral el principio de subsidiariedad y proporcionalidad en materia de medidas de coerción penal, al considerarse a la prisión domiciliaria como medida alternativa al cumplimiento de la prisión preventiva en prisión, aunque más no sea de manera excepcional¹⁰.

Sin embargo, tal es la preponderancia de los derechos de los menores, que la autorización de la madre para permanecer en su domicilio ha sido sine die, por lo que abarca incluso la posibilidad de cumplir la pena en su casa en el supuesto de resultar condenada. Esta cuestión no es menor.

Según el régimen establecido en los artículos citados, el legislador ha consentido que por cuestiones humanitarias la pena privativa de la libertad

¹⁰ Sobre el principio de mínima intervención o subsidiariedad ver: Solimine, Marcelo A., *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Ad-hoc, diciembre 2003, p. 658.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

no sea cumplida dentro de un establecimiento penitenciario, aún a costa del pretendido tratamiento resocializador, pues claro está que en el domicilio no es posible cumplir el régimen de progresividad que fija la Ley de Ejecución en su artículo 12. Todas estas causales se vinculan con cuestiones personales que afectan directamente al condenado. Cuando el asunto trasciende a su persona, como se da en el supuesto de la mujer embarazada o con un niño menor de seis meses —art. 465 inc.1º del CPPN— sólo se autoriza la posibilidad de suspender el cumplimiento de la pena por ese período.

El voto de la mayoría evidentemente ha ido más allá, al sostener implícitamente que las finalidades contempladas en el artículo 1º de la ley 24.660 no pueden resultar una barrera para dar efectividad a los derechos de los niños. De todas maneras, esta postura pone en el centro de la discusión la necesidad de mantener el encierro del condenado, pese a que el objetivo de ejecución previsto en la ley no se cumpla, dejando a la pena tan sólo un contenido retributivo¹¹.

Sin dudas, el valor del precedente que comentamos reside en reconocer la realidad penitenciaria nacional y en consecuencia, adoptar la postura que mejor resguarda el interés superior del niño, utilizando una interpretación superadora del mero análisis literal de la legislación nacional, al considerarla en forma conglobada con las normas internacionales que hoy tienen jerarquía constitucional y rigen la materia.

De todas maneras, sería saludable la pronta sanción de la ley actualmente en la Cámara de Diputados¹² (Expediente 4820-D-2006) que contempla el arresto domiciliario de las madres con niños menores. De este modo se evitarían los grandes esfuerzos de ingeniería jurídica que realizan los operadores del sistema en aras de compatibilizar la legislación vigente con las exigencias de los instrumentos internacionales.

¹¹ López, Axel, ob. cit., p.150.

¹² (Nota de redacción: el proyecto, junto al Expte. 0269-D-2006, recibió media sanción de la Cámara de Diputados el día 7 de noviembre de 2007. Actualmente se encuentra a consideración de la Cámara de Senadores).

Madres, niños y cárcel^{* **}

Patricia Varela***

*Mi hija juega a contar internas, eso lo aprendió
de la celadora que hace el recuento diario.*

*(Testimonio de Raquel sobre su hija Juana de 3 años de edad,
quienes se encuentran detenidas en el U. 31 del S.P.F.)*

I. Introducción

La actual coyuntura política-social-mediática que demanda «mano dura» al sistema penal y pretende flexibilizar los límites constitucionales para la expansión del poder punitivo ejercido por los órganos públicos, deja poco espacio para examinar situaciones como la de Raquel y Juana.

En efecto, pocos tienen presente que en la Unidad 31 del Servicio Penitenciario Federal ubicada en la localidad de Ezeiza se encuentran, intramuros, alrededor de 100 niños menores de cuatro años de edad junto a sus madres, en tanto que en la Unidad 33 del Servicio Penitenciario Bonaerense hay detenidos aproximadamente otros 50 menores¹.

El sentido común genera preguntas sobre elementales aspectos de esta situación, ¿corresponde que estos bebés y sus madres se encuentren

* Este artículo es una secuela del publicado en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de Lexis Nexis correspondiente al mes de octubre de 2007, págs. 1889 a 1900.

** A la memoria de Anne Dolan.

*** Defensor «ad-hoc» ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de San Martín.

¹ Esta unidad es llamada «Los Hornos» y se encuentra en las afueras de la ciudad de La Plata. Además, en otras unidades del S.P.P.B.A. se encuentran detenidos más de una decena de menores -Unidad nro. 4 de Bahía Blanca; en la Unidad nº 3 de San Nicolás, en la Unidad nº 5 de Mercedes y en la Unidad nº 50 de Mar del Plata-.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

detenidos en una cárcel?; ¿prevén nuestras leyes este tipo de situaciones?; el encierro que están sufriendo estos menores ¿perjudicará su desarrollo?

Apunto, a modo de exigua ilustración, que lo que ocurre durante los primeros años de vida de un ser humano es fundamental tanto para su bienestar inmediato como para su futuro. De esta manera, si un niño recibe una atención adecuada durante su desarrollo intrauterino y en la primera infancia en aspectos tales como salud, nutrición, afecto y estimulación - entre otros- probablemente crecerá sano y tendrá un desarrollo armonioso. Los primeros años de vida constituyen la etapa más importante del ser humano, caracterizada por el rápido crecimiento físico, mental, social y emocional; es por esta razón que se requiere una atención especial para brindarles las mayores oportunidades de alcanzar su desarrollo².

Parece lógico entonces que esta niña debería tener el derecho a desarrollarse adecuadamente y que ello implica necesariamente vivir en su hogar acompañada de su madre.

Al mismo tiempo, debe señalarse que la cárcel está construida con una concepción androcéntrica³; es decir, el sistema penitenciario -sus normas, prácticas, roles y representaciones- se ha elaborado por hombres y para hombres. Por ello, no existe una política criminal diferenciada para las mujeres privadas de libertad con el aliciente de que se encubren sus problemas, conflictos y necesidades detrás de una pretendida «igualdad».

Ello no significa que a los hombres detenidos los afecten problemas diferentes que los que aquejan a las mujeres encarceladas (violencia, mala alimentación, hacinamiento, etc.), sino que a los conflictos que puedan tener tanto hombres como mujeres en el encierro, se suman los propios de la condición de género.

² Cerdas Núñez, Jeanneth y Martorell Esquivel, Karla, *Intervención pedagógica con niños y niñas menores de tres años. Experiencia en la casa infantil universitaria*, Universidad de Costa Rica, Facultad de Educación, Instituto de Investigación en Educación, publicado en la revista electrónica «Actualidades Investigativas en Educación» <http://revista.inie.ucr.ac.cr/articulos-2006>.

³ García, Carmen Anthony, *Panorama de la situación de las mujeres privadas de libertad en América Latina desde una perspectiva de género*, 2000, citado por el INECIP en *Proyecto Mujeres Privadas de Libertad, Divulgación Jurídica y Participación Ciudadana*, en www.inecip.org.

En efecto, el alojamiento de una madre en una institución penitenciaria provoca situaciones de mayor angustia que en el hombre, dada la concepción familiar que la rodea, el hecho de ausentarse de su hogar y la especial situación que se genera en torno al cuidado de sus hijos, tanto en la cárcel, como fuera de ésta.

Marcela Lagarde⁴ refiere que las madres encarceladas en general sienten que son «malas madres» ya que creen haber abandonado a sus hijos, sintiendo que su ausencia dañará en forma irreversible su desarrollo.

Por ello, la detención de una madre inexorablemente implica el castigo a sus hijos dado que la relación madre-hijo funciona como una estructura inescindible. Si el hijo permanece con la madre en la cárcel, se encuentra preso como ella, y si no, sufre a diario la pérdida de la madre.

Como contracara de esa compleja situación, señaló que el Estado argentino ha reafirmado su interés en la protección integral del Niño al aprobar en el año 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño⁵ -en adelante, CDN- y luego, al incorporarla a la Constitución Nacional en la reforma producida en el año 1994, siendo recientemente fortalecido este resguardo por la sanción de la ley 26.061 -Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes- que reemplaza a la antigua ley de Patronato de Menores 10.903, del año 1919.

Se evidencia, pues, que hay centenares de niños menores de 4 años de edad detenidos en cárceles argentinas junto a sus madres que serían perjudicados en su desarrollo individual y familiar debido al encierro que sufren, a pesar de la protección que específicamente les confiere nuestra Constitución –especialmente la CDN-.

Últimamente ha habido una tendencia de ciertos Tribunales a resolver la situación conflictiva que se genera a raíz de la permanencia de hijos de hasta cuatro años en una unidad penitenciaria, morigerando el régimen de prisión en favor de una detención domiciliaria que asegure el pleno y

⁴ Citada por María Noel Rodríguez, *Violencia contra la Mujeres privadas de su libertad en América Latina*, ILANUD.

⁵ Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por el Poder Legislativo el día 27 de septiembre de 1990.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

armonioso desarrollo de la personalidad de este niño, que debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión⁶.

En este trabajo analizaré en forma integral los diversos aspectos que atañen a la detención de mujeres embarazadas o madres con niños menores de 4 años -en adelante, madres y niños-.

II. Marco normativo argentino

Existen varias normas legales que regulan la situación de detención de madres y niños.

Primeramente, debe señalarse que ley 24.660 (LA 1996-B-1744) –ley de ejecución penal- especifica que una mujer detenida podrá tener consigo a sus hijos menores de cuatro años –art 195-, siendo que al cumplirse la edad antes fijada, si los progenitores no estuvieren en condiciones de hacerse cargo del hijo, la administración penitenciaria dará intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda –art.196-.

La ley 24.660⁷ implica un avance con relación a la normativa anterior, al ampliar el plazo de permanencia de dos a cuatro años de edad, privilegiando el contacto materno filial necesario en niños de corta edad⁸,

⁶ Preámbulo de la CDN.

⁷ Esta normativa deroga expresamente a la anterior Ley Penitenciaria Nacional, vigente desde el año 1958. Esta ley del año 1996 incorpora una innovación al prolongar el tiempo de convivencia con los hijos de los 2 hasta los 4 años de edad.

⁸ En Gran Bretaña funcionan los M.B.U. (Mother and Baby Units) en los que las madres pueden permanecer con sus bebés hasta los 18 meses en las cárceles abiertas y hasta los 9 meses en las restantes cárceles. El acceso a estas unidades es muy limitado ya que sólo hay cupo para 80 madres, información obtenida en www.womaninprison.org.uk.

Hasta el año 1995 la legislación española permitía que un niño permanezca con su madre hasta que cumpla los 6 años de edad; sin embargo, esa estadía se redujo a 3 años dada la asimilación de las costumbres carcelarias que mostraban estos críos, informe del Diario «El País Semanal», Madrid, 16 de julio de 2006.

En el derecho internacional no existe una regla sobre la edad hasta la cual un niño debería permanecer en prisión junto con su madre. Por ejemplo, en China la regla es que si una mujer está embarazada o tiene un bebé de menos de 12 meses, no puede cumplir su condena en la cárcel hasta que el chico haya alcanzado el año de vida, tras lo cual deberá ingresar en prisión sin él. En Italia, los hijos pueden estar en prisión con sus madres hasta los tres años, lo mismo que en Portugal. En Francia, hasta los 18 meses y en Bolivia pueden estar hasta los seis años.

permitiendo que *la interna pueda retener consigo a sus hijos menores de cuatro años*⁹ -art. 195-.

Aquí podemos establecer dos categorías en el tratamiento de los niños¹⁰, los menores de 4 años, quienes pueden permanecer junto a sus madres en prisión; y los mayores de esta edad, que son inevitablemente separados de sus madres detenidas.

Avanzando en el tema, se advierte que existen distintas previsiones legales que tienden a morigerar el encierro en un centro carcelario.

La ley de ejecución penal en su artículo 33 prevé que el condenado mayor de setenta años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal¹¹, podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria.

La posibilidad de aplicar esta alternativa a los procesados¹² está prevista en el artículo 11 de la misma ley, dado que allí se dispone que les resulta aplicable *a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad*.

Por otra parte, esta ley exige que las unidades penales implementen ciertas facilidades para el alojamiento de madres y niños. Así, ha dispuesto que cuando se encuentre justificado se organizará un jardín maternal a

⁹ Similar al art. 141 del Reglamento General de Procesados –decreto 303/1996-.

¹⁰ El artículo 1 de la CDN refiere que a los efectos de esta Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

¹¹ El art. 2 del decreto 1058/97 especifica que se considera enfermedad terminal a la que conforme los conocimientos científicos y medios terapéuticos disponibles no pueda interrumpirse o involucionar y de acuerdo a la experiencia clínica lleve al deceso del interno en un lapso aproximado de seis meses.

¹² Si bien el ordenamiento procesal nada dice sobre los procesados, sería incongruente denegarles derechos a éstos que les son conferidos a condenados, cuando evidentemente sobre los primeros pesa el principio de inocencia -haciéndose inaceptable esta diferencia entre una y otra situación a la luz del principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional-. La CNCriminal y Correcional ha expuesto que: «...si bien el art. 33 de la ley se refiere a quien cumple condena, resulta equitativo que se aplique también a los procesados puesto que, respecto a estos últimos, rige el principio de presunción de inocencia. Tal extensión aparece reafirmada en el art. 11 de la norma citada... conf. sala VI, causa 6545, «Lovecchio, Nicolás», rta. el 10/04/1997 -La Ley, 1998-C, 469; DJ, 1998-1-527».

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

cargo de personal calificado –art.195- y dispone que en los establecimientos para mujeres deben existir dependencias especiales para la atención de las internas embarazadas y de las que han dado a luz, adoptándose las medidas necesarias para que el parto se lleve a cabo en un servicio de maternidad –art. 192-. También establece que la interna embarazada quedará eximida de la obligación de trabajar y de toda otra modalidad de tratamiento incompatible con su estado -cuarenta y cinco días antes y después del parto- y con posterioridad a dicho período, su tratamiento no interferirá con el cuidado que deba dispensar a su hijo.

Además, esta ley especifica que el fin de la ejecución de la pena *es lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social* –art. 1- y prevé que *el tratamiento del condenado deberá ser programado e individualizado* -art. 5, primer párrafo-; y fija que tanto en lo que se refiere al régimen como al tratamiento *deberá atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades para el momento del egreso, dentro de las posibilidades de la administración penitenciaria* –art. 5, segundo párrafo-

Estos artículos definen principios básicos que se deben respetar en la ejecución de las penas en nuestro país; por ende, imponen al Estado la obligación de brindar condiciones de detención que les permita a los recluidos ejercer su derecho a resocializarse, ejecutando condenas que respeten las necesidades personales que amerite cada caso -derecho a la individualización de la pena¹³-, implicando ello la exigencia que sea tenido en cuenta que estas mujeres son madres.

Por su parte, el Código Penal ordena que cuando mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias¹⁴ tengan que cumplir penas de prisión que no excedieran de seis meses, podrán ser detenidas en sus propias casas –art. 10-.

¹³ Derecho entendido en un sentido amplio que abarca los organismos administrativos encargados de la faz ejecutiva de la pena.

¹⁴ Se entiende por personas valetudinarias a aquellas enfermizas, delicadas, de salud quebrada, o bien, a aquella persona que no puede valerse por sí misma en razón del quebrantamiento de la salud. En ese sentido, la doctrina aporta como pauta de interpretación para la procedencia de esta alternativa especial, la circunstancia que el encierro carcelario sea susceptible de poner en riesgo el estado de salud físico o psíquico del penado o de terceros, y que ello pueda representar un trato penológico cruel o inhumano o una detención

En tanto que el artículo 314 del CPP dispone que el arresto domiciliario es una alternativa a la prisión preventiva para el caso de darse los supuestos del código de fondo, el artículo 502 de este cuerpo normativo dispone que la vigilancia de su cumplimiento estará a cargo de la autoridad policial.

El art. 495 del mismo cuerpo legal prevé que el tribunal de juicio podrá diferir la ejecución de una pena privativa de la libertad cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses al momento de la sentencia. Esta norma crea una subcategoría en el caso de los niños menores a 4 años, ya que además las disposiciones mencionadas, contempla expresamente la suspensión de la prisión para casos de mujeres embarazadas o con niños menores de 6 meses.

Se advierte, de este modo, que nuestros legisladores han establecido disposiciones que tienen por objeto humanizar la ejecución de la pena privativa de la libertad a través de un modo de cumplimiento alternativo al mero encierro carcelario.

III. Constitución, derecho internacional y niños

En el ámbito constitucional, la CDN es el documento que fundamentalmente ha plasmado los derechos que asisten a los niños. Expresamente enuncia sus derechos a la preservación de sus relaciones familiares, a crecer y a desarrollarse en el seno de su familia de origen.

Oportunamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al emitir una opinión consultiva¹⁵ sobre esta Convención, ha reafirmado que: «...*la familia -entendida en sentido amplio como abarcativa de las personas vinculadas por parentesco cercano- constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos, por lo que el Estado debe apoyarla y fortalecerla a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo...*».

Conjuntamente, debe recordarse que los apartados 11 y 17 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia

arbitraria rechazadas por los tratados de derechos humanos incorporados a nuestra Carta Magna en la última década (art. 75 Inc. 22 C.N.).

¹⁵ Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicada en LL 2003-F, 108.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Juvenil (Directrices de Riad) definen a la familia como la «*unidad central encargada de la integración social primaria del niño*», estando pues nuestro Estado comprometido a adoptar medidas para fomentar su unión y armonía (resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas), preceptos de carácter obligatorio para tener en cuenta al decidir esta cuestión, en tanto representan la expresión de la voluntad de la comunidad internacional¹⁶.

Además, tanto implícita como explícitamente, la CN dispone el principio de trascendencia minina de la pena, exigiendo que las decisiones estatales tomen en cuenta la situación de los menores con el objeto que no se extienda injustificadamente a ellos la penalidad que se le aplica a su progenitora¹⁷.

IV. Decisiones judiciales sobre el tema

Este fuerte marco constitucional que impone que los niños se desarrollen dentro del seno de su familia se ha visto reflejado en algunas decisiones que han adoptado nuestros Tribunales.

Con la finalidad de organizar el análisis de estos fallos, trabajaré con las categorías formuladas en el punto II de este trabajo. Sin embargo, la realidad indica que estas madres tienen más de un hijo, por lo que generalmente su situación se ve alcanzada por varias de estas categorías.

En un intento de no extenderme en demasía, citaré en cada punto los fallos que me parecieron más relevantes sobre el tema.

a) Madres con niños de hasta 4 años de edad

1. Recientemente, la Sala III de la CNCasacPenal ha dispuesto el arresto domiciliario de una mujer que estaba detenida¹⁸ por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización –art. 5 inc.»c» de la ley 23.737¹⁹.

¹⁶ Conforme art. 31.3.c de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por ley 19.865.

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio, *Derecho Penal, Parte General*, § 11-III, Buenos Aires, 2002.

¹⁸ Por unanimidad, la Sala III de la CNCP no hizo lugar al planteo de excarcelación pedido en forma primigenia dado que la falta de domicilio fijo de la imputada, el hecho de que estuviera indocumentada y la gravedad del delito imputado eran motivos suficientes para presumir el peligro de fuga.

¹⁹ Causa «*Espíndola, Alejandra Karina s/rec. de casación*», rta. el 27/11/2006.

Al momento de presentar la petición, esta mujer tenía consigo 2 niños menores de 4 años de edad –uno de 3 años y 6 meses, otro de 1 año y 6 meses- y se encontraba embarazada.

El voto mayoritario, firmado por el Dr. Tragant y la Dra. Ledesma, otorgó la prisión domiciliaria a la imputada, basándose en que de una interpretación armónica de los artículos 7 y 10 del CP, 314 y 502 del CPP, 33 de la ley 24.660 y de los fundamentos del decreto 1058/97, la prisión domiciliaria puede ser concedida a los procesados. Asimismo, se sostuvo que el artículo 495 inc.1º del CPPN puede ser aplicado analógicamente en *bonam partem*.

Estos magistrados, citando la CDN, la OC-17/2002 y la ley 26.061, afirmaron que debe analizarse el caso a la luz del interés superior del niño, conviniendo que si bien el medio familiar es el que mejor garantiza el crecimiento de los menores, la convivencia familiar no puede realizarse dentro de la unidad penitenciaria, a pesar de la previsión legal de los arts. 192 a 196 de la ley 24.660.

Juzgaron que el alojamiento de los infantes en un centro de detención es un factor de riesgo para los niños, aseverando que «*los complejos penitenciarios no constituyen, al menos en los primeros años de vida de los niños, un ambiente saludable, tanto físico como psicológicamente*».

Por ello, y a pesar de no estar contemplado en la ley el supuesto de prisión domiciliaria para las madres con niños de menos de cuatro años de edad, al juzgar que se encuentran afectados «...*valores jurídicos superiores como son los derechos del niño...*» se hizo lugar al arresto domiciliario impetrado.

2. Avanzando en la tutela de los derechos de los niños, el Juez a cargo del Juzgado Federal Nro. 1 de Mar del Plata²⁰ dispuso suspender la detención de una mujer procesada²¹ por el término de seis meses, ya que ésta se encontraba a cargo de su hijo de siete meses de edad en pleno período de lactancia. Este magistrado consideró que tal criterio incidiría

²⁰ Fallo «*Basallo, María*», rta. el 17 de enero de 2003, publicado La Ley 2004-A, 657, D.J. 03/03/2004, 536 y LLBA 2004, 90.

²¹ Se encontraba procesada por el delito de transporte y tenencia ilegítima de estupefacientes en concurso real.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

favorablemente en la salud y calidad de vida del niño. Agregó que éste último no merecía padecer los avatares de consideraciones formales, toda vez que le asisten derechos constitucionales insoslayables –los que no soportan indebidos retaceos en materia de procedimiento- al momento de proveer a su tutela (sobre las reglas procesales debe primar la impuesta por el art. 3.1 de la CDN).

También aclaró que si bien la edad del lactante supera lo establecido por art. 495, inciso 1º del CPP -lo que en principio generaría un definido obstáculo legal para la concesión de la suspensión respecto de su estado de detención- correspondía hacer primar la regla insoslayable impuesta por el art. 3.1 de la CDN a partir de la cual, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño²².

Se aprecia que este magistrado amplió los presupuestos legales que específicamente se han enumerado en el art. 495 del CPP, al disponer la suspensión de la prisión a una madre de un bebé mayor a 6 meses de edad.

b) Mujeres embarazadas y madres con niños menores de 6 meses de edad

Estos casos, además de estar comprendidos totalmente por la normativa tratada en el punto anterior, tienen una disposición que específicamente trata su situación -art. 495 del CPP-, entendiendo algunos jueces que corresponde el otorgamiento de un arresto domiciliario a mujeres embarazadas o con niños menores de 6 meses. Véase lo que sigue.

Oportunamente, la mayoría de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal²³ decidió que si la Unidad Penitenciaria en la que se encuentra detenida una mujer embarazada

²² Conforme surge del fallo, este criterio es mantenido usualmente por este Juzgado, incluso en la prórroga de la suspensión de prisión en casos de bebés mayores a los 6 meses (vgr. «*Ordas Pamela s/expte.*» n° 13.328 y «*Arce Carmen s/expte.*» n° 13.752; sec. n° 4 Juzgado n° 1 y n° 14.092 «*Caballero M. s/expte.*» y 14.456/1 «*Juárez María Isabel s/expte.*»; sec. n° 2, Juzgado n° 1).

²³ Votos de los Dres. Vigliani y Cavallo en la causa «*Quichua Quispe, Eda*», disidencia del Dr. Freiler, resuelta el 14 de marzo de 2006.

o con su hijo recién nacido, pueden garantizar una adecuada atención sanitaria prenatal y postnatal para éstos, no corresponde morigerar o suspender el cumplimiento de la prisión preventiva.

En tanto, el juez disidente votó en favor de suspender la prisión preventiva impuesta a una mujer embarazada hasta que su hijo por nacer cumpliera los 6 meses de edad²⁴, sin que tenga incidencia en esta decisión las condiciones sanitarias que presenta el presidio donde se hallan recluidos.

Este magistrado aseveró que el art. 495 del CPP faculta al Tribunal de juicio a diferir la ejecución de penas que ha impuesto para casos como el presente, mostrándose que la intención del legislador ha sido apegarse a criterios de humanidad por sobre la efectivización del poder punitivo estatal, postergando el cumplimiento de esta medida en aras de preservar el interés superior de la persona por nacer, quien debe desarrollarse, cuando menos en sus primeros momentos de vida, en un ambiente saludable, tanto física como psicológicamente, circunstancia que, como es sabido, no acontece en absoluto en los complejos penitenciarios de nuestro país, consideración que debe alcanzar también la situación de las mujeres procesadas dado que mantienen su status constitucional de inocencia.

Recientemente este Tribunal, con el voto del Dr. Eduardo G. Farah, ha resuelto que corresponde suspender la ejecución de la prisión preventiva que viene sufriendo una mujer embarazada y ordenar su arresto domiciliario hasta que el niño cumpla los seis meses de vida, pues en el caso resulta procedente la aplicación analógica del art. 495 del CPP ya que, en tanto que dicho beneficio fue previsto a favor de quien ya fuera condenado, sería incongruente sostener que está vedado para quien se encuentra sospechado de la comisión de un delito, pero aún mantiene su status de inocente²⁵.

Por su parte, la sala VI de la Cámara Nacional Criminal y Correccional decidió -por mayoría- que correspondía conceder la detención domiciliaria a una procesada hasta que su hijo cumpliera los 6 meses de vida²⁶.

²⁴ Este magistrado ya había sostenido un criterio similar en las causas «*Huarิงa Padilla*» del 10 de octubre de 2005 y «*Cuenca*» del 14 de diciembre de 2000.

²⁵ Causa «*Sánchez Carranza*», del 10/01/2008, publicado en L.L. 2008-B, 39.

²⁶ Con votos de los Dres. Escobar y Nocetti de Angeleri en la causa 28.737 «*Villa, Miriam*», rta. el 27/12/ 2005.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

El voto de la Dra. Nocetti de Angelieri, al que adhirió el Dr. Escobar, expuso que «...*la privación de la libertad en estos casos implica una grave afectación a los derechos fundamentales, en especial, los vinculados con el trato humanitario, basados en razones físicas y morales, la ley da prevalencia a un interés superior al del pronto cumplimiento de una pena. De esta manera, si frente a quien se ha tenido por acreditada su culpabilidad a consecuencia de lo cual se dispuso imponer una sanción en retribución de su actuar disvalioso, el propio orden normativo, ha privilegiado razones de humanidad provocando la posibilidad de diferir el cumplimiento de la pena impuesta, lleva a disponer igual solución frente a quien se encuentra procesado...*».

Para estos casos surgiría otra opción, que es simplemente la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad o, en su caso, de la prisión preventiva, realizando un estricto apego al texto del art. 495 del CPP.

c) Madres con niños mayores de 4 años de edad.

Si bien estos casos exceden el objeto del trabajo, citaré dos fallos que resultan atinentes al tema ya que aplican en forma efectiva los derechos instaurados por la CDN.

1. La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, por mayoría²⁷, hizo lugar al arresto domiciliario pedido por una madre de cuatro niños de 15, 14, 12 y 11 años de edad.

El núcleo del pedido efectuado radicó en la situación de desarticulación familiar que se generó a raíz de la detención de la madre de los niños. Fue crucial en la decisión que adoptaron las Juezas de la Cámara los completos informes socio-ambientales²⁸ que develaron los problemas que atravesaba esta familia a raíz del arresto de la madre, única figura parental consolidada dada la ausencia afectiva del padre.

Allí se reveló que, desde su detención, el grupo familiar había tenido que reorganizarse en varias oportunidades. Al momento del fallo, los dos

²⁷ Votos de las Dras. Berraz de Vidal y Capolupo de Durañona en causa «Abregú», rta. el 29/08/2006.

²⁸ Estos magistrados aseveraron que: «...cobra fundamental importancia el muy buen informe elaborado por la Prosecretaría de Menores de la Cámara Federal de San Martín, basado en la entrevista *in loco* realizada por la Licenciada Andrea Beatriz Ferro en el domicilio del padre de la imputada...».

hijos mayores vivían con una tía materna; el varón que le sigue, en casa de su abuelo materno; y la hija más pequeña en casa de su abuela materna²⁹. Entre los hermanos había un escaso contacto, ya que los cuatro sólo se veían esporádicamente los fines de semana cuando se reunían en la casa de su abuelo o de su tía. El padre sólo ayudaba económicamente en la manutención de los dos hijos mayores, siendo que los integrantes de la familia de la imputada solventaban lo restante.

Respecto a la situación escolar, y debido a las mudanzas aludidas, los niños cambiaron de escuelas conforme a sus nuevos domicilios, siendo que durante el período escolar de 2005, dos de ellos habían repetido sus respectivos cursos.

Los menores manifestaron su deseo de estar juntos y con la madre. A pesar de que dos de ellos tenían la posibilidad de estar con su padre, esta opción no era vivida por ellos como una alternativa válida ya que implicaba desprenderse de los dos niños más pequeños. El informe concluyó destacando la importancia que tiene para el desarrollo integral de la persona el ámbito familiar y la posibilidad de vivir el vínculo fraterno y materno cotidianamente.

La mayoría sostuvo que comprobado el desarraigo y las carencias afectivas y económicas que sufren los menores, había que superar la literal aplicación de la ley que efectúo el Tribunal Oral en favor de una interpretación que no entre en colisión con la Carta Magna, por lo que la particular situación justificaba que los preceptos legales procesales en juego se interpreten a la luz de las reglas contenidas en la CDN.

En tal sentido consideraron viable el arresto domiciliario solicitado, aplicando analógicamente *in bonam partem* lo dispuesto por el art. 314 del CPP con remisión al art. 10 del CP. En esta interpretación, afirmaron que la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales de los niños, evaluados con un sentido que contemple su interés y conveniencia, debe prevalecer por sobre las razones de cautela que puedan justificar un encarcelamiento meramente precautorio.

²⁹ Entre estos domicilios existe una considerable distancia –km. 31 de la ruta 3, Virrey del Pino y Libertad.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

En dicha tarea sostuvieron que la jerarquía constitucional de los tratados internacionales (art. 75, inc. 22 de la CN), exige replantear las normas del derecho interno para su debida adecuación con la Carta Magna a partir de la reforma constitucional de 1994.

Destacaron que la confección del informe para conocer la voluntad de los menores involucrados -art. 12 de la CDN- ha garantizado que éstos se expresen en cuestiones que los afectan, que ello permitió tener presente los perjuicios que les irroga la detención de su madre y poder estimar las consecuencias y beneficios de mantenerla en una unidad penitenciaria.

Estas juezas resaltaron que la prisión domiciliaria que se otorgaba estaba destinada a la preservación de las relaciones familiares, con el objetivo de mejorar las posibilidades de desarrollo individual de los menores dentro de su núcleo elemental.

De esta manera, se juzgó que los problemas familiares que les ha creado a los menores la ausencia de su madre exigen que prevalezca la plena operatividad de los derechos fundamentales de los niños por sobre las razones de cautela que pueden justificar un encarcelamiento meramente precautorio.

2. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación -al intervenir en una cuestión de competencia- expuso ciertos lineamientos sobre el tema³⁰.

Allí se trataba de un caso donde un tribunal federal había dispuesto que una madre condenada a la pena de cuatro años de prisión³¹ fuera alojada en una prisión distante dos mil quinientos kilómetros del lugar de residencia de sus hijos menores³². La guardadora de los niños interpuso una acción de

³⁰ Competencia N° 387. XLII. *Quintana, Norma Beatriz s/ recurso de amparo - medida de no innovar*, resuelta el 18 de julio de 2006. La Corte intervino en estas actuaciones aún cuando no se suscitó una cuestión negativa de competencia, dado que consideró que existía un evidente conflicto entre tribunales que correspondía ser por ella resuelto en los términos del artículo 24, inciso 7º del decreto ley 1285/58, atendiendo a la necesidad de dar pronto fin a la cuestión y de evitar una efectiva privación de justicia (Fallos 321:602 y D.J. 27/09/2006, 295).

³¹ Se la condenó como coautora por el delito de transporte de estupefacientes por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia.

³² El Tribunal Oral Federal ordenó que la condenada sea trasladada a la U-31 del S.P.F. ubicado en la localidad de Ezeiza, pcia. de Bs. As., en tanto que sus hijos menores se encuentran a cargo de una guardadora en la ciudad de Río Gallegos, pcia. de Santa Cruz.

amparo ante el Juzgado de Primera Instancia del Menor de la ciudad de Río Gallegos, fundada en que los menores residen en esta ciudad y que el traslado de su madre a la provincia de Buenos Aires desatiende sus derechos esenciales, impidiendo el contacto materno filial necesario en niños de corta edad, en violación a la CDN³³.

Por mayoría se decidió remitir el proceso al juez de ejecución del Tribunal Federal para que resuelva la oposición de la guardadora de los menores al traslado de la interna. Sin embargo, el Procurador Fiscal y uno de los Ministros –Dr. Eugenio R. Zaffaroni- no coincidieron totalmente con lo allí decidido. En tal sentido señalaron que, a fin de no tornar ilusorio el derecho de los menores a mantener contacto con su madre³⁴, merecía especial consideración la doctrina del Tribunal que establece que en los casos en que se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (Fallos 324: 975 y 327: 5210), y aún, el abocarse el Tribunal para velar por la primacía de los derechos de los niños (como lo hizo recientemente al pronunciarse en Fallos 327:3632).

Por último, opinaron estos magistrados que -en uso de las facultades previstas en el artículo 36, inciso 4º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Fallos: 322: 2207)- debería disponerse que se arbitren las medidas necesarias para reponer las cosas al estado en que se encontraban y en consecuencia disponer el regreso de la interna a un lugar de detención en la ciudad de Río Gallegos, a fin de restablecer el vínculo materno filial; sin perjuicio de lo que se resuelva, en definitiva, sobre el fondo de la cuestión, a la luz de todos los antecedentes que obran en ambas jurisdicciones y dando prioridad al resguardo del *interés superior del niño*.

³³ Agregó la amparista que en el lugar de residencia de los menores existen instituciones donde la condenada puede cumplir su pena y que la decisión del traslado es arbitraria, en tanto radica en la sola y caprichosa voluntad de quien la dictó.

³⁴ De los informes adjuntados al proceso surgiría que se encontraría comprometida su salud y normal desarrollo de los menores.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Pues bien, se aprecia que las decisiones judiciales apuntadas muestran que algunos tribunales han ido reconociendo los derechos constitucionales que amparan a los menores por sobre las normativas que restringen la libertad ambulatoria de sus madres.

V. Poder Legislativo. Proyecto de Ley

A este panorama sobre algunas decisiones judiciales debe indicarse que la Honorable Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción a dos proyectos de ley³⁵ que prevén modificar la ley 24.660 para que la prisión domiciliaria alcance a mujeres embarazadas y a madres de un niño menor de cinco años³⁶ o de una persona con discapacidad, a su cargo; proyecto que incluye también la reforma de los arts. 10 del CP y 502 del CPP, ordenando que el juez de ejecución, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél, pero que en ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad, reforma que también pretende adecuar la normativa vigente a los preceptos constitucionales que amparan los Derechos del Niño.

VI. Situación del sistema carcelario

A fin de contextualizar la situación de estas madres y menores privados de libertad, son necesarios algunos comentarios sobre la situación actual de los sistemas penitenciarios y de las personas privadas de libertad en general en nuestro país.

En primer lugar, puede señalarse que los ciudadanos recluidos en nuestras cárceles viven en un ambiente violento e inseguro, cuestión que

³⁵ Proyecto de ley conformado con el expediente nro. 269-D.-2006 presentado por la Diputada Diana Conti y el expediente nro. 4820-D-2006 presentado por los diputados Marcela Rodríguez y Emilio García Méndez que el día 6 de noviembre de 2006 había recibido dictamen favorable de esta Comisión.

³⁶ Esta diferencia temporal respecto de la edad de los menores a resguardar se basa en el artículo 206 del Código Civil que presume que es mejor que los niños menores de 5 años queden al cuidado de la madre. Se afirma al respecto que «los hijos menores de cinco años quedan a cargo de la madre y los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedan a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo».

nace de la desatención estatal de estos centros penitenciarios –problemas presupuestarios y concepto de «expiación y castigo carcelario»-, resultando ello violatorio de los derechos humanos más elementales.

Entre los notorios hechos de violencia carcelaria puede mencionarse que sólo durante el año 2005 se produjeron tres motines significativos en unidades de detención. En la cárcel del barrio San Martín de la ciudad de Córdoba, el 10 de febrero murieron cinco presos, dos guardias y un policía. Durante el mes de abril, en la cárcel de Coronda -pcia. de Santa Fe-, un grupo de presos tomó el control de varios pabellones de la cárcel y asesinó a 14 detenidos. Asimismo, en la Unidad Penitenciaria n° 28 -Magdalena, Provincia de Buenos Aires-; durante la noche del 15 al 16 de octubre de 2005, presuntamente tras una pelea entre detenidos, se desató un incendio que provocó la muerte de 16 internos por asfixia, por negligencia del personal penitenciario³⁷.

A este esbozo de los hechos más violentos acontecidos en las cárceles vernáculas, cabe agregarle las muertes que ocurren a diario sin mayor trascendencia periodística o judicial, situación que muestra la notable impotencia de nuestro Estado en garantizar la integridad física de las personas a las que ha privado de su libertad³⁸.

El hacinamiento es otro de los problemas que enfrenta el sistema carcelario. En la actualidad se encuentran privados de su libertad 63.000 personas, representando ello una sobre población carcelaria de un 14,5%³⁹.

³⁷Se encuentran procesados 14 guardias por el delito de abandono de persona seguido de muerte. Según se desprende de las investigaciones efectuadas, la tragedia de Magdalena empezó con una pelea de presos en el pabellón 16. Cerca de la medianoche, eso derivó en una represión con balas de goma. Para protegerse, los internos encendieron colchones y la combustión liberó cianuro. El humo negro y espeso cubrió el lugar y luego se cortó la luz. De acuerdo con las pericias, un penitenciario cerró con candado el pabellón, haciendo que los 33 presos que se encontraban en el mismo murieran por asfixia. Una investigación administrativa del gobierno provincial involucró a 42 agentes —22 oficiales y 19 suboficiales— que fueron relevados de la fuerza.

³⁸ «El sistema de la残酷» Informe sobre corrupción, torturas y otras prácticas aberrantes en el Servicio Penitenciario Bonaerense 2000-2004, elaborado por la Comisión Provincial por la Memoria.

³⁹ Mondino, Eduardo -Defensor del Pueblo de la Nación-, informe «Las Cárcel en Argentina 2006». Algunos centros de detención sufren más intensamente este problema,

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

En esta línea, se observa que el 61 % de los detenidos no ha sido condenado y -en la mayoría de los casos- se registran procesos que superan holgadamente los dos años de duración, por lo que puede conjeturarse que el sistema judicial argentino abusa de la medida cautelar -prisión preventiva-, situación contraria a lo reglado por nuestra Carta Magna⁴⁰.

La cárcel es un ambiente insalubre que mantiene deplorables condiciones sanitarias, al mismo tiempo que el alto índice de enfermedades contagiosas que reportan los reclusos⁴¹ deja en evidencia que la prisión es un medio inadecuado para la crianza de un bebé.

En consonancia con lo aquí expuesto, el Defensor del Pueblo de la Nación⁴² afirmó que «...de espaldas a los fundamentales derechos humanos que han sido reconocidos por el derecho internacional y nacional a todas las personas y, en lo que aquí nos convoca, a las que se encuentran institucionalizadas por el sistema penitenciario, la realidad carcelaria surge como una sistemática violación de parte del Estado de la norma constitucional, de los compromisos internacionales y de las regulaciones legales. El interno es generalmente un excluido social, al igual que su familia y al sector de la comunidad a la que pertenece, que, por distintas causas intrínsecas y de entorno, emprende su accionar en infracción de la ley y que invariablemente, al ingresar al sistema penitenciario, queda expuesto a nuevas formas de vulneración...».

En efecto, estos datos ponen de resalto la negligencia estatal en la ejecución de políticas públicas para las personas privadas de su libertad a

por ejemplo, el Instituto Correccional de Mujeres (U.3) tenía alojadas a noviembre de 2007 unas 626 internas, existiendo una capacidad real disponible de 374 plazas. Es decir que el alojamiento en esta Unidad estaba excedido en 252 internas, representado ello una sobrepoblación del 67,4%.

⁴⁰ El artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que «Toda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso (...).»

⁴¹ Sólo a modo de ejemplo, se advierte que entre los presos recluidos en cárceles del S.P.F. el índice de infectados con el virus HIV es del 4,5%, en tanto que el índice de infectados con el virus HIV en la población argentina es de 0,37% (SNEEP, Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de las Penas, Dirección Nacional de Política Criminal).

⁴² Mondino, Eduardo, op. cit..

fin de garantizarles condiciones humanas de encierro y viabilidad de reinserción social al egreso de la cárcel.

Hoy en día, resulta indiscutible el fracaso en la implementación de las declaradas «políticas penitenciarias re»⁴³, hecho que deja a luz que las cárceles funcionan fundamentalmente como auténticos centros de retención y custodia de los individuos más vulnerables de esta sociedad⁴⁴. Al respecto, Elisabet Almeda señala en su trabajo que: «...muchos educadores/as recalcaron que el objetivo principal de las actividades no era formar a las mujeres presas, sino mantenerlas ocupadas y entretenidas mientras transcurre el tiempo de la condena...»⁴⁵.

Lo expuesto exhibe que a pesar de algunos esfuerzos del Servicio Penitenciario por instaurar condiciones aceptables para la crianza de los menores de 4 años en sus cárceles⁴⁶, la paupérrima realidad carcelaria revela una sistemática violación por parte del Estado de normas constitucionales, de compromisos internacionales y de las regulaciones legales, problemática que puede ser calificada como endémica⁴⁷.

También puede indicarse que no todas las unidades penales cuentan con la infraestructura adecuada para tener niños. Por ejemplo, la ley 12.256 de ejecución penal de la provincia de Buenos Aires establece que en los lugares donde se alojen madres con sus hijos debe formarse un consejo integrado por pediatras, psicólogos, trabajadores sociales y docentes⁴⁸, sin

⁴³ Zaffaroni, Eugenio, *Penitenciario y las normas constitucionales*, en el *Derecho Penal Hoy, homenaje al prof. Baigún*, Editores del Puerto, 1995 y Muñoz Conde, Francisco *La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*.

⁴⁴ Vulnerabilidad por razones, biológicas, morales, psíquicas o sociales.

⁴⁵ Ídem. Elisabet Almeda ha realizado un profundo análisis de las cárceles de mujeres en Cataluña, estudio que resulta perfectamente trasvasable a nuestro sistema penitenciario.

⁴⁶ En las entrevistas que mantuve con mujeres embarazadas y madres que se encuentran detenidas junto a sus hijos en la Unidad 31 del S.P.F. me manifestaron que las condiciones del Penal y el trato del personal a cargo son ciertamente aceptables, aunque dejan en claro que sus hijos tienen severos problemas de contacto con el resto de la familia, y asimismo, el efecto de la prisonización de los menores hace que no se acostumbren adecuadamente a la vida en su hogar al momento de sus egresos.

⁴⁷ Mondino, Eduardo, op. cit..

⁴⁸ Art. 18 -Jardín maternal- A fin de privilegiar la relación materno infantil en los lugares donde se alojen madres que convivan con hijos y en los casos en que el Servicio Penitenciario

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

embargo esta disposición no se cumple en varias de estas unidades provinciales⁴⁹.

No creo que lo que acabo de exponer resulte revelador de la situación del sistema carcelario; sin embargo, me resultan asombrosos los esfuerzos en que se embarca el sistema de justicia para negar esta realidad y justificar la imposición de penas de prisión a madres y niños que se encuentran constitucionalmente amparados.

VII. Perfil de la madre encarcelada

Es necesario señalar que las mujeres encarceladas no cometan generalmente delitos violentos y los ilícitos que perpetran causan una «escasa alarma social». Mayormente las mujeres se encuentran recluidas por conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes -ley 23.737⁵⁰.

Se advierte que esta actividad permite a las mujeres seguir desempeñando los papeles asignados culturalmente -madre, esposa y ama de casa- y les reporta ingresos que difícilmente puedan conseguir a través del desarrollo de trabajos formales o informales, si es que su nivel educativo y capacidades se los permitieran.

Generalmente, desempeñan roles de poca importancia en la cadena del tráfico ilícito de drogas, ya que son las encargadas de entregar las sustancias a los consumidores, o bien, quienes transportan el estupefaciente escondido

Bonaerense cuente con dichos establecimientos, se formará un Consejo asistido integrado por profesionales médicos pediatras, psicólogos, trabajadores sociales y docentes, quienes se ocuparán de estructurar una didáctica acorde con los principios pedagógicos científicos que permitan aplicar métodos activos, para integrar al niño a jardines maternales. Se brindará un ambiente físico que satisfaga los intereses y necesidades infantiles. Los niños podrán asistir a jardines maternales de la comunidad.

⁴⁹ En el ámbito del SPPBA, sólo el Complejo Femenino de Los Hornos tiene pabellones para madres, pero incluso allí no hay lugar suficiente para albergar a los niños que se encuentran en este penal. El resto de las unidades no cuenta con tales dependencias preparadas para los menores, ni con el consejo de profesionales que la ley de ejecución prescribe.

⁵⁰ Sobre el universo de delitos cometidos por las internas, el que predomina es la infracción a la ley 23.737 (41%), le siguen los robos (27%) y los homicidios (13%). -datos obtenidos del informe SNEEP, «Cárceles en Argentina», año 1996, capítulo «Mujeres con condena», pág. 224-. Los casos traídos referidos en este artículo muestran esta tendencia.

en su cuerpo o disimulado entre sus pertenencias -»mulas»⁵¹-, asumiendo los papeles de mayor exposición, ya que son los eslabones visibles de la cadena y -por ende- con mayor riesgo de detección y aprehensión.

Puede marcarse además que aproximadamente la mitad de las mujeres que están condenadas son cabeza de las denominadas familias «monoparentales o mononucleares»⁵², situación que indica que estos niños dependen mucho de sus madres⁵³.

Una diversa cantidad de problemáticas y situaciones personales han llevado a estas mujeres a la cárcel; sin embargo, hay un rasgo que las une y es que todas pertenecen a sectores marginales de la economía y de la sociedad -selectividad por vulnerabilidad-.

Como lo sostiene Elisabet Almeda,»...contrariamente a la opinión general, la incidencia de la violencia en las cárceles femeninas es más elevada que en la de los hombres. Ello queda reflejado en las estadísticas penitenciarias con un mayor número de expedientes, sanciones y partes disciplinarios (Heidensohn, 1985; Mandaraka-Sheppard, 1986; Carlen 1983, 1985, 1987). De hecho, se trata de una violencia que no se basa en la agresión física, sino en la desobediencia y en la falta de respeto hacia el funcionario penitenciario. En las cárceles de mujeres prácticamente no se encuentran objetos peligrosos, se organizan pocos motines y las tentativas de evasión son casi nulas. Sin embargo, se crean unas relaciones muy complejas entre funcionarios e internas, que a menudo deriva en un espiral creciente de acción, represión y provocación. En este sentido los resultados son muy destructivos para las mujeres desde el punto de vista psicológico...»⁵⁴.

⁵¹ El 15% de la población femenina condenada tiene su domicilio en el extranjero -SNEEP, op. cit.-, además de las mujeres que se domicilian en nuestro país que han sido detenidas desempeñando esta actividad.

⁵² Un 32% de las mujeres condenadas vivía en pareja antes de ser detenidas (casadas o concubinas) en tanto que el 78% de ellas tiene hijos a su cargo –datos del SNEEP, op. cit.-.

⁵³ A las posibles repercusiones psicológicas que sufren los hijos de familias monoparentales por la pérdida de contacto afectivo y lúdico con uno de sus padres, la situación de encierro de su madre, sin duda, agrava severamente sus posibilidades de desarrollo (reiteradas mudanzas entre sus cuidadores o falta de preparación de los mismos para cuidar de los menores, entre algunos de los factores de riesgo).

⁵⁴ Corregir y Castigar; El ayer y hoy de las cárceles de mujeres, Ed. Bellaterra, Barcelona, 2002, pág. 230.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Además, Natalia Belmont señala la autoritaria disciplina a la que son sometidas las madres de estos menores al afirmar que: «...*las mujeres resaltaron que cualquier conducta puede ser pasible de sanción de parte del SPF, y que en la mayoría de los casos las mujeres desconocen cómo defenderte frente a esta arbitrariedad..»*⁵⁵.

VIII. Problemática del niño encarcelado

Es un hecho que las cárceles no fueron diseñadas para los niños, constituyendo un obstáculo para su desarrollo.

En efecto, los bebés terminan asumiendo que el encierro es la única forma de vida; por ende, adoptan los «códigos» que se manejan en una prisión →niño institucionalizado←. Son sometidos diariamente a las reglas y rutinas propias⁵⁶ de los penales.

En la cárcel, los menores cuentan con pocos estímulos, rige allí la estricta monotonía del encierro -colores monocordes, escasos objetos, pocos sonidos y olores, no hay animales, pero fundamentalmente hay muy pocas personas y casi no hay hombres-. Su contacto con el mundo es muy limitado.

Es un evidente símbolo del problema que se suscita con el desarrollo de estos menores el hecho que estos niños crezcan en un ambiente carente de la presencia de varones, teniendo escasa o nula relación con sus padres, problema de contacto que también alcanza al resto de la familia, al punto que el menor sólo tiene referencias verbales de algunos de sus familiares⁵⁷.

Finalmente, debe repararse en que estas madres y niños se encuentran dentro de una institución que proyecta un fuerte modelo autoritario sobre los reclusos, que no es el que -con carácter general- existe sobre los ciudadanos libres y que inevitablemente incidirá en forma negativa en el desarrollo de la personalidad de niño.

⁵⁵ *Mujeres en situación de encierro*, informe elaborado por el INECIP.

⁵⁶ Están confinados en un espacio reducido, tienen que usar la vestimenta apropiada al penal e imitan la conducta del personal penitenciario que custodia a sus madres -juegan a la requisa o a la visita-.

⁵⁷ Es muy común que los bebés que se encuentren en una prisión no conozcan a sus hermanos, sabiendo de ellos a través de las referencias que le hace su madre.

Más allá de la perseverancia de la madre y de la preparación del personal de la prisión, el entorno que se crea en un centro penitenciario limita las posibilidades de desarrollo de estos niños, ubicándolos en una situación de riesgo.

IX. Posibles Objeciones

Algunos plantearán que la externación de madres y niños será una forma indiscriminada de «abrir las puertas» de la cárcel y que la viabilidad de ello hará que, hipotéticamente, el resto de las mujeres decida embarazarse en pos de lograr un régimen de prisión domiciliaria⁵⁸.

El razonamiento precedente es absolutamente objetable ya que esta hipótesis de arresto domiciliario encuentra su génesis en la aplicación de derechos constitucionales que amparan a los niños y su otorgamiento no puede estar supeditado a la incidencia que el efectivo cumplimiento de estos derechos reporte en la externación de sus madres.

Además, esta medida contribuirá a mejorar las condiciones carcelarias, ya que disminuirá la tasa de hacinamiento de los centros carcelarios y posibilitará la reasignación de fondos para mejorar la situación de detención del resto de los encarcelados⁵⁹.

Hoy en día, la cantidad de madres y niños que se mantienen detenidos en las prisiones que dependen del S.P.F. representa sólo el 1% de la población carcelaria, dato que muestra que la prisión domiciliaria alcanzará a un ínfimo universo de las encarceladas.

Por otra parte, deben evaluarse los beneficios educativos que implica, para el futuro de estos menores, su desarrollo en un contexto de libertad con un adecuado contacto familiar.

⁵⁸ «¿Quién garantiza que las presas no se embaracen para irse a su casa? Reciben visitas sanitarias y nadie las puede obligar a usar preservativo» (declaraciones efectuadas por una diputada nacional -Mirta Pérez -peronismo-federal- Buenos Aires- publicadas en www.lanacion.com.ar del 5 de noviembre de 2006 en la nota «Cárcel domiciliaria para las madres y embarazadas presas»).

⁵⁹ A modo de ejemplo del ahorro de fondos que implica externar a estas madres y sus hijos, puede citarse que en la U. 31 del S.P.F. funciona un jardín de infantes para estos menores que cuenta con personal estable. Asimismo, se reducirán los costos de manutención de los menores y sus madres –pañales, alimentación, etc.-.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Si bien hay «experiencias carcelarias» en otros países⁶⁰ que tratan de minimizar los efectos de la «prisonización» de los menores, tales prácticas resultan onerosas, y al mismo tiempo, perseveran en la trasgresión al derecho del menor a desarrollarse en libertad, manteniendo sus relaciones familiares, conforme lo prevé nuestra Carta Magna.

X. Epílogo

En efecto, si bien no puede separarse a un bebé de su madre, tampoco resulta atinado confinar a éstos en una unidad carcelaria, ya que el desarrollo del menor dentro de este opresor ambiente incidirá severamente en la salud y la calidad de vida del menor a quien se pretende proteger.

Elocuente es que nos encontramos en un contexto social en que debe disminuirse la tasa de prisonización, ya que la cárcel se reporta como un sitio violento que no cumple sus funciones declarativas, en tanto que la notable impotencia de nuestro Estado en garantizar la integridad física de las personas que ha privado de su libertad ratifica que la cárcel no posee las condiciones adecuadas para el desarrollo de menores de corta edad.

Al mismo tiempo, debe sopesarse que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural donde debe desarrollarse el Niño, por lo que el interés constitucionalmente mostrado por los menores amerita que se atenúe el carácter punitivo de estas medidas de coerción que mantienen a menores dentro de una unidad penal –prisión preventiva o condena a pena de prisión de efectivo cumplimiento-, otorgándosele a la madre, por lo menos, un régimen de detención domiciliaria (ley 24.660), o llegado el caso, la suspensión de la detención en los términos del art. 495 del CPP.

En el supuesto de prisión domiciliaria, si bien el cuerpo normativo infraconstitucional -ley 24.660 (arts. 11, 33 y 195), Código Penal (art. 10) y Código Procesal Penal (arts. 314, 495 y 502)- no prevé específicamente este arresto domiciliario para madres y niños, su interpretación armónica y la prioridad enunciada constitucionalmente por proteger el interés superior

⁶⁰ En España funcionan en el centro penitenciario de Aranjuez –Madrid- los módulos para parejas (celdas con una salida y un cuarto donde cabe una cama matrimonial y un baño para parejas de reclusos con hijos menores).

del niño⁶¹ permiten y sugieren que se morigere el régimen de detención en pos de preservar adecuadamente la salud del niño o del nasciturus, mejorando sus oportunidades de aprendizaje al desarrollarse en el marco de su propio hogar -con el correspondiente y asiduo contacto familiar y alejándolo de las situaciones de riesgo que entraña el alojamiento dentro de una unidad penitenciaria-, entre algunos de los beneficios que implicará el nacimiento o la crianza extramuros de un menor.

En este sentido, debe asumirse que se está ante una hipótesis de detención domiciliaria en la que se conjugan el interés mostrado por el legislador en que un niño menor de 4 años⁶² permanezca con su madre –art. 195 de la ley 24.660-, la viabilidad de disposiciones de prisión domiciliaria y derechos excarcelatorios de las mujeres enmarcadas por el art. 33 de la ley 24.660, art. 314 y 495 del CPP y art. 10 del CP; y el *superior interés* en que se hagan efectivos los derechos constitucionales que amparan a los niños.

Esta interpretación -en todo caso por vía de analogía- que he realizado se encuentra permitida en materia procesal⁶³ cuando es aplicada en favor del imputado, con la finalidad de asegurar los derechos que se encuentran instaurados en nuestra Carta Magna⁶⁴.

El régimen de prisión domiciliaria otorgado a la madre se erige así como un derecho del que goza el menor, que se encuentra tutelado por

⁶¹ Principalmente pueden citarse los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la CDN.

⁶² Al analizarse los diversos proyectos que fueron presentados como antecedentes de la ley 24.660, se constata que los dos años que determinaba el anterior ordenamiento resultaban insuficientes para resguardar el binomio madre-hijo, esencial para el crecimiento y sana evolución del niño, quien corre mayores riesgos de trastornos en su proceso de formación psicobiológica (fundamentos del proyecto presentado por la senadora nacional Fernández Meijide).

⁶³ El artículo 2 del CPPN establece que las leyes penales no podrán aplicarse por analogía, pudiéndose entender claramente que el legislador empleó intencionalmente la palabra «leyes penales»; por ende, no incluye así la interpretación procesal «*in bonam partem*» que realice. A su vez, no es posible interpretar analógicamente la ley cuando se trata de «(...) reglas que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de una facultad que la ley le confiere».

⁶⁴ Conf. CNCP, Sala II, causa nro. 2118 «*Navarro Chaves*», Reg. nro. 2738 del 18/08/99 -La Ley, 2000-B, 630.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

preceptos de orden constitucional, los que protegen integralmente a la familia, madre y niño -arts. 14 bis, 3er. párrafo y 75, inc. 22 -que incorpora diversos Convenios, Pactos y Declaraciones internacionales que legislan al respecto; específicamente la CDN que en su preámbulo enuncia la convicción de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarios para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad⁶⁵.

Pues bien, los tribunales se encuentran entonces compelidos por la CDN a considerar primordialmente el interés superior del niño en las decisiones que adopten, siendo que al respecto nuestra Corte Suprema ha entendido que este precepto apunta esencialmente a dos propósitos, «...cuales son las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido que la decisión se definía por lo que resulta de mayor beneficio para ellos...» (cfr. causa «S., C.», sentencia dictada el 2 de agosto de 2005. Voto concurrente de los doctores Fayt, Zaffaroni y Argibay —L.L., 2005-D, 873—).

Asimismo, la externación de las madres y sus hijos no causará «perjuicio social» alguno, ya que en la generalidad de los casos se trata de mujeres no violentas que se encuentran a cargo de la crianza de sus hijos y cuyos hechos delictivos están relacionados con su situación de pobreza-vulnerabilidad y su expectativa de mejorar el contexto social que rodea a este grupo familiar, aunado al hecho que muchas de ellas ni siquiera han sido condenadas por el delito que las mantiene en prisión –respeto al principio de inocencia-.

La responsabilidad internacional compele a los Estados ha asumir las obligaciones establecidas en los tratados internacionales que han suscrito o ratificado; por ello, la CDN constriñe a nuestro Estado⁶⁶ a arbitrar los

⁶⁵ Avalando lo expuesto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. VII dice que toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales.

⁶⁶ Art. 2.1 de la CDN «...Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin

medios necesarios para que los niños no sean apartados de su medio familiar, que es el ámbito natural para su desarrollo, excluyéndose de este modo los efectos negativos de la «prisonización».

Concluyendo, se aprecia que resulta imperiosa la externación de estas madres y niños dado que los principios constitucionalmente enunciados favorecen fundamentalmente el contacto materno filial necesario en niños de corta edad en un ambiente adecuado para su desarrollo -su propio hogar-, apelando a la preservación de sus relaciones familiares y obligando a una interpretación del marco legal en estos términos en pos de incrementar sus posibilidades de desarrollo.

distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales...».

JURISPRUDENCIA

Informes y decisiones de Organismos Internacionales

Encarcelamiento de mujeres embarazadas o madres de niños pequeños. Uso restrictivo.

1. El uso del encarcelamiento para ciertas categorías de delincuentes, tales como mujeres embarazadas o madres de bebés o de niños pequeños, debe ser restrictiva y debe hacerse un esfuerzo especial para evitar que se extienda el uso del encarcelamiento como sanción para estas categorías.

(*Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto - 7 de septiembre de 1990: informe preparado por la Secretaría*, Documento ONU A/Conf. 144/28, Rev. 1, Cap. C, Resolución 19, (c) 5 (f) (en inglés)).

Derechos de las hijas e hijos de mujeres en conflicto con la ley penal.

1. Al Comité le preocupa que en las sentencias no siempre se tenga en cuenta el interés superior del niño y la función de la mujer como madre con responsabilidades para atender a sus hijos. En lo que respecta a los niños que residen en prisión con sus madres, toma nota de que a algunas mujeres con hijos se las separa de la población carcelaria general, pero se muestra preocupado por el hacinamiento, las malas condiciones de detención y la inadecuación del personal. Cuando la acusada tenga la responsabilidad de atender a un hijo, el Comité recomienda que profesionales competentes consideren cuidadosa e independientemente el principio del interés superior del niño (art. 3) y que ello se tenga en cuenta en todas las decisiones relacionadas con la detención, en particular la detención provisional y la condena, y en las decisiones relativas a la internación del niño.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

(Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales: Tailandia*, CRC/C/THA/CO/2, 17/03/2006, párrs. 47 y 48).

Condiciones de permanencia de las niñas y niños en prisión.

1. En lo que respecta a los niños que residen en la prisión junto con sus madres, el Comité recomienda que el Estado parte garantice unas condiciones de vida en la prisión que sean adecuadas para el pronto desarrollo del niño, de conformidad con el artículo 27 de la Convención. El Comité alienta al Estado Parte a que pida asistencia a este respecto, entre otros, al UNICEF y a otros órganos de las Naciones Unidas.

(Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales: Tailandia*, CRC/C/THA/CO/2, 17/03/2006, párr. 48).

Niñas y niños que viven en la cárcel con sus madres.

1. Se recomienda que el Estado Parte examine la práctica vigente de que los niños vivan con sus padres en la cárcel, con miras a que estas estadías se limiten a los casos en que se atienda al interés superior del niño, y que vele porque las condiciones de vida sean propicias al desarrollo armonioso de su personalidad.

(Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales: Nepal*, CRC/C/15/Add.261, 21/09/2005, párr. 52).

Interés superior del niño.

1. La Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

2. La familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

3. 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, *Opinión Consultiva OC 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño*, 28/8/2002).

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Interés superior del niño.

1. Los niños, máxime cuando se encuentre comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos.

(Dictamen del Procurador General de la Nación, Felipe Obarrio, al que remite la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Neira, Luis M. y otra v. Swiss Medical Group S.A.*, rta. 21/08/2003).

Interés superior del niño.

1. La consideración primordial del interés del niño, que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (art. 3.1) impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a esta Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar —en la medida de su jurisdicción— los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución le otorga. La atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en una pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos».

(Corte Suprema de Justicia de la Nación, *S.C. s/ Adopción*, rta. 2/08/2005).

Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal

Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño. Finalidad de la pena.

1. Nos encontramos frente a un caso de una menor de 10 años que cuenta con graves problemas de relación producto de la enfermedad que padece y que aquellos los había llevado mejor cuando vivía con su madre. Ante esta situación, la solución propugnada por el juez de ejecución, que denegó la posibilidad de otorgar la prisión domiciliaria porque la detenida no cumple con las condiciones fijadas por la ley para la concesión del beneficio, no es la adecuada. El magistrado tenía la obligación no sólo de aplicar la normativa infraconstitucional, sino también de observar la Carta Magna y, en caso de que existiera contradicción, llevar a cabo el control de constitucionalidad. De esta manera, debió haber controlado que, en el caso concreto, las disposiciones de la ley no vulneraran, desconocieran, restringieran o contradijeran los derechos de la infancia. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los estados se comprometerán a evitar que los menores sean separados de su núcleo familiar y sólo en los casos en que esto no sea posible, teniendo en miras el interés superior del niño, deberán intervenir en su defensa. Es así que, en este caso, el juez de ejecución debió haber valorado que, para el normal desarrollo de la menor era necesario el contacto fluido y constante con su madre que se encuentra privada de su libertad. He aquí, cuál era el interés superior del niño en las presentes actuaciones. Del voto en disidencia de la Dra. Ángela Ledesma.

2. La solicitud de prisión domiciliaria –cuyo fundamento final son razones de humanidad- con el argumento en la necesidad de que la niña con problemas físicos y psicológicos que no le permiten una normal adaptación tenga un contacto permanente con su madre, circunstancia que mejoraría la situación de la menor por el lazo afectivo dependiente muy fuerte que existe entre ambas, debía haber tenido una acogida positiva a la

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

luz de las disposiciones constitucionales. Del voto en disidencia de la Dra. Ángela Ledesma.

3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que «la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella» (Opinión Consultiva OC 17/2002, del 28 de agosto de 2002). Por otra parte, es posible agregar que la Constitución Nacional, en su artículo 75 inciso 23, exige garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos en ella establecidos. Si no se permite el contacto fluido de la madre con su hija –cuyo único medio, y también el menos traumático, es a través del arresto domiciliario- entonces no se le garantizará a A.O.M.A. este derecho. Finalmente, «conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere «cuidados especiales», y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que debe recibir «medidas especiales de protección». En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia» (Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/2002, del 28 de agosto de 2002). Del voto en disidencia de la Dra. Ángela Ledesma.

4. Si la finalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad es la reinserción social y es obligación del Estado proporcionar a la condenada las condiciones necesarias para el desarrollo adecuado que favorezca su integración a la vida social al recuperar la libertad, entonces no parece descabellado que como parte de su tratamiento penitenciario, Aliaga cumpla lo que le resta de la condena en prisión domiciliaria, afianzando sus lazos familiares. De esta manera, el Estado, a través de los jueces, está cumpliendo con su obligación de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar en aras de la protección integral del niño. Del voto en disidencia de la Dra. Ángela Ledesma.

(C.N.C.P., Sala III, *Ana María s/recurso de casación*, rta. 7/06/2006).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de una niña.

1. La búsqueda de alternativas para evitar las consecuencias que implica el encierro carcelario es una de las reglas por las que el juez debe velar. La posibilidad de disponer una medida menos gravosa para la imputada resulta ajustada a los enunciados constitucionales que rigen en la materia, pues de lo contrario se estaría limitando la función del juez a un positivismo que prohíbe la interpretación de la ley.

2. Del catálogo de medidas nominadas e innominadas, el juez está facultado a adoptar aquella que resulte menos gravosa. Esto se deriva de numerosas normas internacionales (arts. 6.1 de las Reglas Mínimas sobre Medidas No Privativas de la Libertad, 37.b de la Convención de los Derechos del Niño, 13.1 y 13.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, 20.1 del Proyecto de Principios Mínimos para la Administración de Justicia Penal, la resolución 17 dictada en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente) lo que demuestra que la posición adoptada por el tribunal resulta acertada y en consonancia con lo dispuesto en los arts. 9.3 del PIDCyP y 7.1 de la CADH. De no ser así, deberíamos preguntarnos ¿cuál es el agravio de disponer el arresto domiciliario, que a los fines de la prisión preventiva, sería similar pero en condiciones más dignas? ¿Se han alegado en el caso argumentos sólidos para constatar el peligro de fuga o entorpecimiento en la investigación? La ausencia de respuestas a estos interrogantes — riesgos que debió acreditar el Ministerio Público Fiscal a través del presupuesto *periculum in mora* — nos llevan a concluir que mantener un encierro cautelar en el ámbito carcelario, existiendo la posibilidad de morigerar aquél con el arresto domiciliario, implicaría reafirmar que la medida cautelar no posee fines cautelares. Del voto en disidencia de la Dra. Ángela Ledesma.

(C.N.C.P., Sala III, *Comesaña, Teresa Martina s/recurso de casación*, rta. 7/06/2006).

Arresto domiciliario. Procedencia. Condiciones de los/as hijos/as de la madre encarcelada.

1. Es importante tener en cuenta que el principio del interés superior del niño carece de contenido material, que nada se definiría con apelar

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

vacíamente a su amparo, sino que opera como razón de corrección para superar conflictos entre derechos, partiendo desde esta común base las discordancias hermenéuticas. En este supuesto particular, viene a dar preferencia al derecho de los niños a la preservación de sus relaciones familiares, obligando a una exégesis del marco legal en el que está planteado el caso que comprenda esa jerarquía. Del voto de la Dra. Berraz de Vidal.

2. El Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño reconoce a la familia como «grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños», comprometiendo luego a todos los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, incluyendo particularmente en ese concepto el respeto por las relaciones familiares (art. 8). La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana afirma que «[e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a 'la protección de la sociedad y el Estado', constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana». La Declaración de los Derechos del Niño (Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas), texto que ha servido de fundamento a la redacción de la Convención, como se reconoce en su Preámbulo, advierte que el niño «siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material» (Principio 6). Asimismo, el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (ratificada por ley 19.865), los apartados 11 y 17 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (*«Directrices de RIAD»*) definen a la familia como la «unidad central encargada de la integración social primaria del niño», con la que está nuestro estado comprometido a adoptar medidas para fomentar su unión y armonía (Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas). La reciente sanción de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, incluyó en el derecho a la identidad de sus sujetos (art. 11), los derechos a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley y a crecer y desarrollarse en su familia de origen. Del voto de la Dra. Berraz de Vidal.

3. La vigencia y operatividad de los derechos fundamentales de los niños, evaluados en el caso con un sentido que contempla prioritariamente su interés y conveniencia, ponderando especialmente «las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte» (Fallos 293:273), debe prevalecer por sobre las razones de cautela que pueden justificar un encarcelamiento meramente precautorio. Del voto de la Dra. Berraz de Vidal.

4. La prisión preventiva que viene sufriendo A. T. A. ha generado un impacto negativo en la vida de sus cuatro hijos menores. En consecuencia, corresponde asegurar el «superior interés» de los niños involucrados en el caso, cuya tutela viene impuesta por un orden jerárquicamente superior (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3, incorporada a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22). Del voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia.

(C.N.C.P., Sala IV, A.A. T s/recurso de casación, rta. 29/08/2006).

Arresto domiciliario. Procedencia. Particularidades de la permanencia de niñas y niños en prisión. Principio de igualdad.

1. Las reglas en materia de encarcelamiento preventivo no constituyen una presunción *iure et de iure*, sino que deben interpretarse armónicamente con el principio de inocencia, de tal modo solo constituyen un elemento más para valorar, junto con otros indicios probados que hagan presumir el riesgo de frustración del juicio previo por elusión. La privación de la libertad procesal solo podrá autorizarse cuando sea imprescindible y, por lo tanto, no susceptible por ninguna otra medida de similar eficacia menos gravosa. Del voto del Dr. Tragant.

2. Las prescripciones del artículo 495 del Código Procesal Penal pueden ser aplicadas no solo a los condenados sino que merced de una interpretación analógica *in bonam partem* a aquellos que se encuentran sometidos a proceso. Del voto del Dr. Tragant.

3. Partiendo de la premisa de que el legislador al crear tal disposición le otorgó facultad al juez para aplicarla, deberá evaluarse en cada caso particular la conveniencia o no de disponer la excepción a que se alude. Del voto del Dr. Tragant.

4. La imputada se encuentra detenida para estos actuados desde el 30 de noviembre de 2005, actualmente alojada junto con tres hijos menores de

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

cuatro años y con una niña recién nacida en la Unidad 31 del Servicio Penitenciario Federal. El núcleo familiar de la imputada se encuentra conformado por sus tres hijos y su madre, quien concurre asiduamente al penal y en varias oportunidades retiró a los menores del centro de detención. La imputada es titular de un plan Jefes y Jefas de Hogar además de operar como cartonera. Las particularidades del caso conducen a otorgar el beneficio que se solicita y permitir que la detención continúe siendo domiciliaria pues es la solución que mejor se compadece con la corta edad de los niños implicados (arts. 495 del C.P.P.N. y 33 ley 24.660) y mejor concilia los derechos de los infantes, las facultades y obligaciones que como madre tiene la imputada respecto de ellos, y la necesidad, como se dijo de asegurar su presencia al juicio. Del voto del Dr. Tragant.

5. Sin perjuicio de que el Servicio Penitenciario Federal haya adoptado, en torno a la por entonces embarazada y respecto de sus niños menores convivientes en la Unidad, las medidas apropiadas a fin de asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria y alimentaria necesarias, a la vez que aseguró también la atención sanitaria pre y postnatal apropiada a la madre (art. 24 de la C.D.N. y 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), lo cierto es que los complejos penitenciarios no constituyen, al menos para los primeros años de vida de los niños, un ambiente saludable, tanto física como psicológicamente. En función de ello, el alojamiento en el centro de detención de la procesada y sus tres pequeños hijos aparece como un factor de riesgo para los niños, más allá de que se encuentren alojados en un pabellón diferenciado (arts. 192 a 196 Ley 24.660). Del voto del Dr. Tragant.

6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas sentencias y opiniones deben servir a los jueces como guía en el momento de tomar las decisiones (doctrina de Fallos 318:514) ha establecido que «(l)a protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella». (Opinión Consultiva OC 17/2002, del 28 de agosto de 2002). Del voto de la Dra. Ángela Ledesma.

(C.N.C.P., Sala III, *E., A. K. s/rec. de casación*, rta. 27/11/2006).

Arresto domiciliario. Prueba. Deber de los jueces.

1. Desde su aspecto fáctico, el dictado de la denegatoria a la solicitud de arresto domiciliario exigía verificar previa y obligatoriamente los antecedentes objetivos que fundaban el pedido de la defensa. Si esa parte apeló a normas constitucionales que, según su pretensión, vendrían a tutelar la especial situación personal y familiar que padecen por la prisión de A. sus hijos menores de edad, fundando su ejercicio en dos circunstancias de hecho concretamente especificadas, tal es el desarraigo de los hermanos y sus carencias afectivas y económicas y la imposibilidad física de su tutora para asumir el diligente cuidado de los tres niños, debió el señor juez de ejecución completar el caso verificando ambas suficientemente. Reunidos esos esenciales antecedentes, correspondía al magistrado *a quo*, para completar la exigencia constitucional de fundamentación conforme a derecho, observar la armonía de su posición con los principios constitucionales que fundamentan la pretensión del peticionante.

2. No es correcto resolver un conflicto que se afirma fundado en normas de nuestra Carta Magna apelando únicamente a preceptos de orden legal, sin contrastar la congruencia de su ejercicio en este supuesto fáctico con aquéllas –el juez de grado fundamentó el rechazo al pedido de arresto domiciliario invocando que el caso no se encontraba entre los supuestos contemplados en los artículos. 33, ley 24.660, 495 inc. 1º, CPPN o 10, CPN.

(C.N.C.P., Sala IV, *A., C.E. s/rec. de casación*, rta. 06/02/2008).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer condenada. Interés superior del niño.

1. Resulta desacertada la resolución del Tribunal Oral que consideró abstracto el pedido de arresto domiciliario al haber recaído sentencia de condena. La situación de desamparo en que se hallan los cinco menores por encontrarse su madre intra muros no pierde actualidad por el hecho de que el encierro sea consecuencia de una condena o de un encarcelamiento preventivo. El interés superior del niño puede encontrarse vulnerado independientemente del título jurídico que ordene el encierro de la madre.

(C.N.C.P., Sala IV, *D., E. E. s/rec. de casación*, rta. 02/06/2008).

Jurisprudencia de la Justicia Federal

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada portadora de HIV. Principio de igualdad.

1. La interpretación amplia del beneficio del artículo 495, CPPN es la que mejor concuerda con los derechos y garantías constitucionales y con jerarquía constitucional de una mujer detenida sin condena, embarazada y enferma de sida. Si el legislador contempla el otorgamiento de la suspensión de la ejecución penal, cuando está descartada la presunción de inocencia por una condena a pena privativa de la libertad, con más razón es aplicable la excepción cuando subsiste esta presunción de inocencia a favor de una mujer embarazada y gravemente enferma.

(C.C.C. Fed. San Martín, Sala II, *M.M.A.*, rta. 27/05/1997).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada. Condiciones de detención. Principio de igualdad.

1. La procedencia de la detención domiciliaria de una mujer procesada dependerá de la posibilidad de que el alojamiento en el centro de detención en que se encuentre aparezca o no como un factor de riesgo para el niño por nacer o su madre.

(C.C.C. Fed., Sala II., *Borzuk, Yésica V. s/ arresto domiciliario*, rta. 30/10/1998).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada. Principio de igualdad.

1. Es aplicable el artículo 495, CPPN y los arts. 11 y 33 de la ley de Ejecución Penal nº 24.660 al caso de una mujer embarazada y procesada debiendo la medida cautelar ser cumplida en un domicilio determinado hasta el cumplimiento de los seis meses de vida del hijo por nacer.

(C.C.C. Fed., Sala I, *Cuenca, Viviana s/ arresto domiciliario*, rta. 14/12/2000 y *Riveros Esparza, Ángel s/ arresto domiciliario*, rta. 21/12/2000).

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Arresto domiciliario. Procedencia. Condiciones de detención y peligro de permanencia del niño lactante en prisión. Interés superior del niño.

1. Corresponde suspender la detención ordenada respecto de la imputada —en el caso por transporte y tenencia ilegítima de estupefacientes en concurso real— por el término de seis meses si ésta se encuentra a cargo de un hijo de siete meses de edad y en período de lactancia, pues lo que se resuelve incide en la salud y calidad de vida de un niño, cuyos derechos no pueden ser soslayados. Para ello, no resulta óbice lo establecido en el art. 495, inc. 1º, CPPN, pues sobre las reglas procesales debe primar la impuesta por el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hoy de jerarquía constitucional. A partir de esta norma, los tribunales que tomen medidas concernientes a los niños deben tener una consideración primordial al interés superior del niño.

2. Debe aplicarse el criterio garantista y armonizante sostenido por la Cámara Federal local, en cuanto surge de la propia causa citada por la defensa, que en realidad la Alzada local, más allá del *nomen juris* utilizado en el decisorio citado, ha habilitado tal suspensión en caso de darse determinadas circunstancias que fueron examinadas con relación a la situación del imputado (conf. CFAMDP, *Leguizamón*, rta. 2/11/99). En este caso se acredita la existencia de un niño, lactante aún, que padece, a la fecha, la ausencia del padre del hogar conyugal con motivo de la detención que viene sufriendo en los autos principales, juntamente con la madre del menor.

3. La decisión se funda en el estado de lactancia en que se encuentra L. S. P. y la necesidad de su atención por la madre en un marco mínimo de condiciones adecuadas de salud, higiene y seguridad. El destacamento no es considerado un medio seguro en razón de constar antecedentes de motines y disturbios que en forma indirecta han puesto en peligro la integridad física de ocasionales menores.

(Jdo. Fed. N° 1 Mar del Plata, *Basallo, María N.*, rta. 17/01/2003).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada. Principio de igualdad.

1. El artículo 495, CPPN faculta al Tribunal de juicio que ha dictado sentencia condenatoria imponiendo pena privativa de la libertad a diferir

su ejecución cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses al momento de la sentencia, hasta tanto cesen esas condiciones. Del voto en disidencia del Dr. Freiler.

2. La intención del legislador ha sido apegarse a criterios de humanidad por sobre la efectivización del poder punitivo del Estado, posibilitando la postergación del inicio del cumplimiento de la condena en aras de preservar el interés superior de la persona por nacer, quien debe desarrollarse, cuanto menos en sus primeros momentos de vida, en un ambiente saludable, tanto física como psicológicamente, circunstancia que, sabido es, no acontece en absoluto en los complejos penitenciarios de nuestro país. Del voto en disidencia del Dr. Freiler.

3. Nada dice el Código Procesal Penal de la Nación para casos como el que nos convoca, en que la mujer embarazada no ha sido condenada, sino que se encuentra cumpliendo arresto preventivo. En tal sentido, cabe realizar la siguiente reflexión: si el ordenamiento jurídico, apoyándose en fundamentos humanitarios, prevé el aludido beneficio en favor de quien no existen dudas en torno a su responsabilidad por la comisión de un ilícito, incongruente sería sostener que está vedado el mismo beneficio en provecho de quien sólo pesan sospechas de su participación en un delito, pero aún mantiene su status constitucional de inocente. Del voto en disidencia del Dr. Freiler.

(C.C.C. Fed., Sala I, *Inc. de Excárcelación de Huarina Padilla Yuri Edith*, rta. 19/10/2005 y *Quichua Quispe*, rta. 14/03/2006).

Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño.

1. La idea de que las mujeres cumplan las penas breves de prisión bajo la forma de detención domiciliaria no es nueva y la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, que consagró como norma rectora el principio de prioridad del interés superior del niño, ha venido a consagrar definitivamente esta nueva causal de procedencia del arresto domiciliario.

2. La aplicación del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el principio del interés superior del niño, consagraría la posibilidad de autorizar el cumplimiento de la prisión preventiva bajo la modalidad de arresto domiciliario a las procesadas con hijos menores a su cargo.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

3. Al analizar algunos aspectos problemáticos derivados de la prisión de las madres, constituye un dato criminológico no menor que el incremento exponencial de las mujeres detenidas responde a causas vinculadas al tráfico de drogas. La mayoría de las mujeres son «mulas» o correos pagados por los narcotraficantes, que fueron detenidas cuando intentaban entrar o salir del país con droga.

4. La procesada tiene cinco hijos de 17, 8, 7, 2 años y una bebé de pocos meses que se encuentra alojada con ella. Su hija mayor es, además, joven madre de un niño de 3 años afectado de una incapacidad motriz. Los niños se encuentran al cuidado de su abuela materna quien cursa una enfermedad dérmica. «La situación de una madre encerrada produce consecuencias en todo su entorno. Es casi imposible suplantarla en los años de infancia, ya que toda la familia sabe nuclearse a su alrededor» (Alejandro Slokar, Secretario de Política Criminal del Ministerio de Justicia, en diario Clarín, lunes 13 de marzo de 2006).

(T.O.C. Fed. de Formosa, *C., N. P s/infracción a la ley 23.737*, rta. 27/12/2006).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada.

1. La imputada se encuentra en arresto domiciliario en virtud de su estado de gravidez avanzada, con fecha probable de parto para el 28 de febrero próximo. Sobre esta base, y a fin de dar protección al «nasciturus», por el principio de actualidad en las especiales circunstancias que se observa en el legajo, se estima ajustado no innovar el cumplimiento de la prisión preventiva en detención domiciliaria para que la madre dé a luz bajo la supervisión y control del actual equipo médico que la viene tratando en el Hospital Diego Thompson, a la vez que se juzga prudente el término de 6 meses fijado para velar por la salud u otras necesidades que la persona concebida en el seno materno naciendo con vida pudiera requerir.

(C.C.C. Fed. San Martín, Sala II, *Inc. arresto domiciliario Ayelén Luna*, rta. 15/02/2007).

Arresto domiciliario. Procedencia. Peligro de permanencia de la niña en prisión.

1. Desde la reforma constitucional de 1994, la vigencia de las normas de derecho interno debe confrontarse con las de aquellas normas a las que

— a partir de dicha fecha — el constituyente otorga jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN), por estar incluidas en tratados internacionales suscriptos por nuestro país. Tal es el caso del contenido de la Convención de los Derechos del Niño suscripta por la República Argentina y asimismo, la ley 26.601 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, instrumento éste en el que se alude al interés superior del niño como objetivo prioritario cuya satisfacción corresponde al Estado garantizar, como también se explicita en la ley 26.601 dictada en consecuencia (ver artículos 17 y 18, especialmente). Del voto de los Dres. Carlos Alberto Vera Barros y Omar Osvaldo Paulucci.

2. Sin perjuicio de que la Unidad 31 de Ezeiza del Servicio Penitenciario Federal ha adoptado en torno a la imputada y su hija de diez meses de edad todas las medidas apropiadas a efectos de garantizar la atención médica, alimentaria y sanitaria, lo cierto es que los complejos penitenciarios no resultan el lugar más acorde para los primeros años de vida de los niños. En el caso concreto se verificó que la niña contrajo dolencias que por su recurrencia pueden transformarse en enfermedades crónicas, por lo que no es posible garantizar que el encierro no repercutirá negativamente en su salud psicofísica. Del voto de los Dres. Carlos Alberto Vera Barros y Omar Osvaldo Paulucci.

(T.O.C. Fed. Rosario N° 1, *Maloni, Marcela s/detención*, rta. 20/03/2007).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada. Condiciones de detención.

1. La ejecución de la prisión preventiva de la causante implica un riesgo para su salud y del ser en gestación, situación que se ve agravada por las condiciones de detención que cumple en el Escuadrón Salvador Mazza de Gendarmería Nacional, condiciones que no son posibles de cambiar atento a la emergencia carcelaria que representa el actual régimen penitenciario y que se agudiza en la Justicia Federal.

2. La Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra legislación por Ley N° 23.849, de acuerdo a las atribuciones conferidas por el artículo 75 de la Constitución Nacional, señala en su artículo 24 inc. «d» que los Estados adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la atención sanitaria prenatal y posnatal apropiadas a las madres.

(Jdo. Fed. de Orán, *M., FA. s/ infracción Ley 23.737. Estado Nacional*, rta. 11/04/2007).

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Arresto domiciliario. Procedencia. Integridad psicofísica de los hijos menores a cargo de la imputada.

1. A partir de la reforma constitucional de 1994, la vigencia de las normas de derecho interno debe confrontarse con aquellas normas a las que —a partir de dicha fecha— el constituyente otorga jerarquía constitucional, por estar incluidas en tratados internacionales suscriptos por nuestro país. Tal es el caso de la Convención de los Derechos del Niño, suscripta por la República Argentina y asimismo, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, instrumento éste en el que se alude al interés superior del niño como objetivo prioritario cuya satisfacción corresponde al Estado garantizar, como también se explica en la ley 26.061.

2. La decisión que se adopte obedecerá a cuestiones de índole humanitaria en pos de salvaguardar el interés superior de los siete hijos menores de Graciela Junco, quienes han manifestado problemas de conducta, una gran inestabilidad emocional —acentuada por la detención de la madre y el abandono del hogar por parte del padre—, y las hermanas mayores no han logrado cubrir sus necesidades básicas.

(T.O.C. Fed. Rosario N° 2, *Junco Graciela s/ Ley 23.737*, rta. 9/08/2007).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer detenida con su hijo menor de edad.

1. Este supuesto no se halla contemplado legalmente pero es el conflicto generado entre la normativa vigente aplicable al caso de autos lo que hace indispensable privilegiar el orden jurídico jerárquicamente superior que se encuentra en juego. La Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Constitución Nacional a través del artículo 75 inc. 22 tiene rango constitucional y es obligación de nuestro país garantizar los derechos reconocidos a los niños, actuando como norma rectora el interés superior y prioritario del niño. La prisión domiciliaria a favor de Garay busca amparar y hacer operativos los valores jurídicos superiores como son los derechos reconocidos a los sujetos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2. La detención de Garay en un Centro Penitenciario de la Provincia de Córdoba, tan distante de su ciudad de origen y de sus lazos familiares, genera el agravamiento de la situación extrema de los menores y aún cuando

no se configuren los supuestos previstos legalmente en el artículo 10 del Código Penal y artículo 33 de la ley 24.660 para la procedencia de la prisión domiciliaria, alcanza con evaluar su analogía in bonam parte, a fin de garantizar el interés superior de los niños involucrados, interés mucho más elevado por estar en juego la preservación de sus relaciones familiares.

(T.O.C. Fed. Córdoba N° 2, *Palabéz Machado, María Virginia y otro*, rta. 27/08/2007).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de un niño de diez años.

1. El derecho de los niños a la preservación de sus relaciones familiares obliga a una interpretación del marco legal —artículo 314, CPPN, artículo 10, CPN y 33, ley 24.660— a la luz de la normativa internacional aplicable (arts. 2.2, 5, 7.1, 8.1, 9.1 y 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y art. 10 del Pacto de Derechos Económicos y Sociales).

2. La plataforma fáctica —una madre detenida, un padre ausente hace años y un evidente cuadro de conflictividad del menor— permiten concluir que nos encontramos ante un caso con particularidades que impone adoptar una solución que se compadezca con la corta edad del menor involucrado y sus derechos e intereses, que, de conformidad con lo explicitado, están siendo afectados.

3. La conveniencia de que los niños queden al cuidado de sus padres está reconocida en distintos instrumentos internacionales. Por su parte, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes arriba a idéntica conclusión, en tanto los artículos 7, 35 y 37 privilegian el fortalecimiento y preservación de los vínculos familiares.

(Jdo. Crim. Corr. Fed. N° 12, Sec. N° 24, *Eva Milagros Clemente s/ inc. prisión domiciliaria*, rta. 21/09/07).

Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño.

1. La penada G.F. no reúne los requisitos que regula el instituto de la prisión domiciliaria previsto por el artículo 33 de la Ley 24.660. Ahora bien, el menor a cargo de la interna no se encuentra en un lugar saludable

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

para su crianza y no deja de ser un factor de riesgo, independientemente de las disposiciones que adopte el Servicio Penitenciario en aras de asegurar al infante asistencia alimentaria y sanitaria. Así entonces, dado que se encuentran afectados valores jurídicos superiores como lo son los derechos del niño, es procedente hacer lugar a la detención domiciliaria de la penada G. F.

(T.O.C. Fed. Salta, *Legajo de F, G*, rta.28/12/2007).

Arresto domiciliario. Procedencia. Principio de igualdad. Mujer procesada. Derecho del recién nacido.

1. El hecho de encontrarse la imputada actualmente embarazada permite otorgarle el beneficio que establece el artículo 495, CPPN cuya aplicación analógica puede realizarse a la situación procesal en que se encuentra, ya que «...la prohibición de analogía rige sólo en materia penal y no en la procesal, tanto más cuando se invoca en beneficio del procesado y no en su contra...», y si ese beneficio fue previsto en favor de quien ya fue condenado sería incongruente sostener que está vedado en provecho de quien sólo pesa sospecha de su participación en un delito, pero aún mantiene su status constitucional de inocente.

2. Habiéndose acreditado el estado de embarazo en el que se encuentra la imputada, el derecho reconocido por el ordenamiento procesal resulta extensible y aplicable al presente caso y su denegatoria perjudicaría no sólo los derechos que tiene la encausada sino también el niño por nacer y, luego de nacido, hasta los seis meses de vida.

(C.C.C. Fed., Sala I, S., J. K., rta. 10/01/2008).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de cuatro niños. Interés superior del niño. Preservación del vínculo familiar.

1. La imputada sería madre de cuatro niños de 14, 12, 10 y 2 años, los que residirían con la nombrada. Tal extremo no puede ser pasado por alto y debe ser acreditado sin demora. Conviene recordar las pautas establecidas por este Tribunal y por la Cámara Nacional de Casación Penal en situaciones asimilables, destacando que el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que deberá primar el interés superior del niño en toda decisión que una institución pública o tribunal de justicia adopte. Ello obliga a prestar especial atención a las

consecuencias que la medida de cautela ordenada por el juez a quo pueda generar en los hijos menores de Chirivini.

2. El encierro en una unidad penitenciaria resiente el normal desenvolvimiento de la relación familiar con afectación al derecho de los niños. Más allá de la protección internacional como producto de los instrumentos que en ese orden existen, dentro de los cuales se destaca la Convención sobre Derechos del Niño, no puede dejar de repararse en que la ley N° 26.061 también incluye especialmente en el derecho a la identidad de «las niñas, niños y adolescentes», los derechos a la preservación de sus relaciones familiares, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.

3. La protección del núcleo elemental para el desarrollo de los menores involucrados fuerza a encontrar una solución que priorice su interés al tiempo de procurar, en la medida de lo posible, no frustrar el éxito de la investigación. De esta manera, de comprobarse los extremos apuntados por la defensa en punto a la constitución de la familia de Chirivini, la modalidad de ejecución del encierro a través de una detención domiciliaria puede presentarse, en este caso, como la mejor alternativa.

(C.C.C. Fed., Sala I, *Chirivini, Claudia s/ P.P.A*, rta. 21/02/2008).

Prisión domiciliaria. Procedencia. Principio de igualdad. Protección de la salud. Integridad psico-física de los hijos menores de edad.

1. Este Tribunal ha considerado que la prisión domiciliaria también puede ser obtenida por procesados, y en concreto se resolvió frente a un supuesto no expresamente contemplado en la normativa pero asimilable, que ‘la realidad demuestra que existen otras situaciones que deben ser contempladas para el otorgamiento del beneficio aludido, como en el caso y a favor de la presunción de inocencia’ y ‘... relacionado con los principios que protege claramente la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella’ (rta. 6/07/07, Espinoza, Rita s/excarcelación).

2. Si bien el presente caso ‘madre de hijo menor de edad...’ no encuadra dentro de ninguno de los supuestos excepcionales en que según nuestro ordenamiento positivo sería procedente el arresto domiciliario (art. 314, CPPN, art. 10, CP, y art. 33, ley 24.660), considero que la solución adoptada de otorgar la prisión domiciliaria es la que mejor se compadece con una

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

tutela efectiva de los derechos del menor implicado, haciendo aplicación analógica de lo normado por el artículo 495, inciso 1º, CPPN.

3. La permanencia de S. A. M. y su bebé en la Alcaidía de Mujeres de la U.R. II de Policía -donde estuvo alojada hasta que el juez a quo dispuso la medida aquí impugnada- pondría en riesgo la salud de ambos ante los peligros ocasionados por diversos episodios allí ocurridos y la falta de infraestructura para atenderlos. Debe ponderarse también que la encartada es madre de otros seis hijos menores a su cargo, cuyas edades son de 2, 5, 10, 13, 15 y 18 años, además del varón que dio a luz en fecha 17 de diciembre de 2007.

4. No se han esgrimido razones que hagan presumir, fundadamente, que la imputada intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones, por lo que la medida dispuesta por el juez a quo aparece como la forma más conveniente de conciliar los intereses del proceso con la salvaguarda de la salud -física y psíquica- de los hijos menores de edad a su cuidado y los derechos del niño.

(C. Fed. Rosario, Sala B, *M., S. A. y otros*, rta. 25/03/2008).

Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño. Principio de igualdad.

1. Aún cuando no se configuran en el caso los supuestos previstos para la procedencia de la prisión domiciliaria, tal como lo ha sostenido la C. Nac. Casación Penal «...corresponde asegurar el superior interés de los niños involucrados, cuya tutela viene impuesta por un orden jerárquicamente superior (art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la CN por el art. 75, inc. 22)...» (in re «Abregú» rta. 29/8/2006). Desde estos parámetros, resulta procedente conciliar los derechos constitucionales del niño con el instituto de la prisión preventiva como medida cautelar durante el desarrollo del proceso impuesta a la madre de los cinco menores, uno de ellos lactante, y por ello, mantener el beneficio de la prisión domiciliaria a M. A. N., por ser ésta la solución más adecuada en orden al particular caso que nos ocupa.

2. Tratándose de una procesada, el caso debe ser apreciado a la luz del principio constitucional del estado de inocencia, sin que exista impedimento para efectuar una interpretación in bonam partem, lo que permite extender el beneficio señalado.

(T.O.C. Fed. N° 1 Córdoba, *N., M. A. y otros*, rta. 31/03/2008).

Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño. Preservación del vínculo familiar.

1. Si bien los menores concurren a la escuela y están aseados, lo que es demostrativo que sus necesidades básicas se encuentran cubiertas, no debe olvidarse que la hermana mayor que tiene a cargo a sus ocho hermanos cuenta actualmente con sólo 17 años de edad. Si bien la menor, ante la ausencia de la madre, ha cubierto la atención y cuidados de sus hermanos, ello no implica reconocer que sus propias necesidades no han sido atendidas a través de las obligaciones que significan atender tan numerosa prole y, por otra parte, ella también resulta en situación de ser amparada por las disposiciones referidas a las leyes de minoridad.

2. La concesión del arresto domiciliario es la solución que en beneficio de todos los menores de esta familia resulta ser la más adecuada por el momento, puesto que de este modo se mantienen los vínculos familiares.

(Jdo. Fed. N° 3 Mendoza, *G.M., I. s/Prisión Domiciliaria*, rta. 13/05/08).

Arresto domiciliario. Procedencia. Afectación al desarrollo de la niña. Interés superior del niño. Preservación del vínculo familiar.

1. Lo expuesto por la defensa de F. R. en cuanto a que sería madre de una niña de 11 años que actualmente permanece al cuidado de sus abuelos y que la circunstancia de que carezca de la presencia de su padre sumada ahora a la de su madre podría provocar perjuicios en el desarrollo de la personalidad de la niña, debe ser acreditado sin demora. Conviene recordar las pautas establecidas por este Tribunal y por la Cámara Nacional de Casación Penal en situaciones asimilables, destacando que el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que deberá primar el interés superior del niño en toda decisión que una institución pública o tribunal de justicia adopte. Ello obliga a prestar especial atención a las consecuencias que la medida de cautela ordenada pueda generar en la hija menor de F. R..

2. El encierro en una unidad penitenciaria, resiente el normal desenvolvimiento de la relación familiar con afectación al derecho de los niños. Más allá de la protección internacional como producto de los instrumentos que en ese orden existen, dentro de los cuales se destaca la mencionada Convención, no puede dejar de repararse en que la ley 26.061

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

también incluye especialmente en el derecho a la identidad de «las niñas, niños y adolescentes», los derechos a la preservación de sus relaciones familiares, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.

3. La protección del núcleo elemental para el desarrollo de los menores involucrados fuerza a encontrar una solución que priorice su interés al tiempo de procurar, en la medida de lo posible, no frustrar el éxito de la investigación. De esta manera, de comprobarse los extremos apuntados por la defensa en punto a la constitución de la familia de la encartada, la modalidad de ejecución del encierro a través de una detención domiciliaria puede presentarse, en este caso, como la mejor alternativa.

(C.C.C. Fed., Sala I, *F.R., B. de las M. s/detención domiciliaria*, rta. 24/06/2008).

Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño. Integridad psicofísica de niña que permanece en prisión. Preservación del vínculo familiar.

1. La circunstancia de tener cinco hijos menores de edad, quienes cuentan con dos, cuatro, seis, nueve y trece años, no puede dejar de ser tenida en cuenta al momento de resolver el pedido de detención domiciliaria. En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 3 que deberá primar el interés superior del niño en toda decisión que una institución pública o tribunal de justicia adopte. Esto obliga a prestar especial atención a las consecuencias que la medida de cautela ordenada por el Juez a quo pueda generar en los hijos menores de S. Especialmente, debe repararse en la situación de la menor de sus hijas, quien sumado a los problemas de salud que padece, comparte actualmente el encierro junto a su madre.

2. El encarcelamiento en una unidad penitenciaria resiente el normal desenvolvimiento de la relación familiar, con afectación al derecho de los niños. Más allá de la protección internacional como producto de los instrumentos que en ese orden existen, dentro de los cuales se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, no puede dejar de repararse que la ley 26.061 también incluye especialmente los derechos a la preservación de sus relaciones familiares y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.

3. La protección del núcleo elemental para el desarrollo de los menores involucrados fuerza, entonces, a encontrar una solución que

dé prioridad a su interés al tiempo que procure, en la medida de lo posible, no frustrar el éxito de la investigación. La modalidad de ejecución del encierro a través de una prisión domiciliaria se presenta, en este caso, como la mejor alternativa, debiendo aplicar para su implementación los recaudos del artículo 502 del CPPN y del artículo 32 y siguientes de la ley 24.660.

(C.C.C. Fed., Sala I, *S., M.L. s/excarcelación*, rta. 24/06/2008).

Arresto domiciliario. Procedencia. Principio de no trascendencia de la pena a terceros. Dignidad de la persona. Derechos de los niños. Protección de la familia.

1. El perjuicio o la interferencia perniciosa del encarcelamiento preventivo irrogados a terceros extraños a la relación procesal (en este caso padre e hijos), no sólo desaconsejan tal encierro, sino que razones estrictamente humanitarias y de dignidad de la persona impiden concretar una mortificación innecesaria basada en la mera cuestión de un lugar de alojamiento o proceso de prisionarización.

2. En virtud de lo previsto por los artículos 314, 502, CPPN, artículos 2.1, 3.1, 6.1, 6.2, 24.1, 24.2 de la Convención sobre los Derechos del Niños; artículos 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 17.1 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo 23.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, procede el arresto domiciliario de la imputada, quien asumía el rol central respecto del cuidado y crianza de sus cinco hijos menores de edad y de una hija discapacitada, como así también de su padre de noventa años, quien padece hipertensión y problemas neurológicos.

(C.Fed. Mar del Plata, *B., G. M.*, rta. 10/07/2008).

Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño. Salud del niño. Condiciones ambientales del establecimiento penitenciario.

1. Corresponde conceder la detención domiciliaria a favor de M.L. por cuanto la necesidad de preservar la salud psico-física del menor L.E.L. - lactante, menor de un año de edad- y su relación materno-filial se encuentra acreditada con la historia clínica del menor de la cual surgen las sucesivas internaciones del niño por padecer neumonía y las inconvenientes condiciones

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

ambientales en las que se encuentra el niño en el establecimiento penitenciario (verbigracia: falta de agua caliente, calefacción deficiente, ventajas sin vidrios, ambientes contaminados por el humo de cigarrillos, etcétera).

2. Este Tribunal entiende afectado el interés superior del niño –que mediante la Convención sobre los Derechos del Niño se intenta proteger-, de un modo que justifica atenuar ostensiblemente la medida de coerción personal que pesa sobre la imputada en atención a la gravedad del delito enrostrado y por el cual se encuentra procesada (art. 5 inc. c, con el agravante del art. 11 inc. c, ambos de la Ley 23.737).

(C.Fed. Mendoza, Sala B, *L.,Ms/prisión domiciliaria*, rta. 19/09/2008).

Jurisprudencia de la Justicia Nacional

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de niño menor de seis meses. Principio de igualdad.

1. La privación de la libertad en estos casos implica una grave afectación a los derechos fundamentales, en especial, los vinculados con el trato humanitario, basados en razones físicas y morales, la ley da prevalencia a un interés superior al del pronto cumplimiento de una pena. De esta manera, si frente a quien se ha tenido por acreditada su culpabilidad a consecuencia de lo cual se dispuso imponer una sanción en retribución de su actuar disvalioso, el propio orden normativo ha privilegiado razones de humanidad provocando la posibilidad de diferir el cumplimiento de la pena impuesta, lleva a disponer igual solución frente a quien se encuentra procesado. Del voto de la Dra. Nocetti de Angelieri y el Dr. Escobar.

(C.N.C.C., Sala IV, *Villa, Miriam*, rta. 27/12/2005).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de niño menor de seis meses. Principio de igualdad.

1. La apelante hizo especial hincapié en las disposiciones de la ley procesal que autorizan a suspender el cumplimiento de las penas privativas de libertad de mujeres con hijos menores de seis meses, propiciando su aplicación por interpretación analógica en el caso de autos, en que no se trata de una condena sino de una privación de libertad cautelar. También invocó disposiciones constitucionales y de tratados internacionales celebrados por nuestro país que respaldarían su pretensión. El artículo VII de la Declaración Americana de Derechos Humanos resulta particularmente aplicable al caso. En ella, se establece el derecho de las mujeres en época de lactancia a tener protección, cuidado y ayuda especiales. Según se reconoce hoy en día por la ciencia médica, el período de lactancia se extiende hasta los doce meses de edad. Hasta los seis meses está indicado que sea ése el alimento exclusivo del bebé pero la lactancia se aconseja mantenerla hasta los doce meses. Los derechos mencionados deben prevalecer por sobre las razones de cautela que pueden

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

justificar un encarcelamiento meramente precautorio. El art. 75 inc. 22 CN expresamente indica que la Declaración Americana tiene jerarquía superior a la de las leyes. Del voto en disidencia del Dr. Hendler.

(C.N.PEc., Sala A, *Wozniak, Karina y otra*, rta. 23/03/2006).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer de 68 años, madre de un hijo que padece esquizofrenia.

1. A la luz de la ley 24.660, es posible que la imputada continúe cumpliendo su detención alojada en su domicilio, más allá de que su texto aluda a personas condenadas. Esta afirmación tiene fundamento en lo previsto en el art. 11 de la ley 24660 en cuanto establece que «(E)sta ley...es aplicable a los procesados...», razonamiento que fue convalidado en los autos «Menem, Carlos Saúl s/ régimen de visitas y arresto domiciliario»(C.C. y C.F, Sala II, rta. 21/08/2001).

2. La posibilidad que otorga el art. 33 de la ley 24.660, en lo que hace a los topes de edad se debe analizar a la luz de la necesidad de reducir lo más posible la afectación de las garantías constitucionales de las que gozan todos los ciudadanos. En este contexto, donde la imputada contará en los próximos días con 69 años de edad, afirmar la carencia de 1 año como óbice para la aplicación del instituto me parece irrazonable si se está a la finalidad del instituto.

3. El detalle mencionado debe ser evaluado junto con las demás circunstancias que rodean a la imputada. Su familia ha demostrado de manera acabada lo casi imposible que le resulta mantener a su hijo que padece una enfermedad que exige que cuente con cuidados permanentes. Finalmente, ninguno de los informes recabados en estos actuados revelan la existencia de algún peligro de gravedad tal que imponga la necesidad de que continúe encarcelada, más allá de que el proceso continúe con la restricción mínima e indispensable de su libertad ambulatoria.

(Jdo. Inst. N° 5, Sec. N° 116, *Incidente de morigeración de la prisión preventiva de Serafina Ángela Fárrago*, rta. 30/06/2006).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de niños. Preservación del núcleo familiar.

1. Si bien por las disposiciones de los artículos 10, CP y 33, ley 24.660, no se prevé, en principio, la detención domiciliaria para casos como el

presente, cabe recordar que entre varias interpretaciones posibles de una ley, es necesario elegir siempre aquella que no entre en colisión con la Constitución Nacional.

2. La situación planteada en esta incidencia exige que la interpretación del caso se integre con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional por el artículo 75 inc. 22. Esta Convención exige en su artículo 3 que todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales y otras instituciones públicas o privadas se orienten al principio de prioridad del interés superior del niño (conf. asimismo, Corte IDH, OC 17/2002, del 28/08/2002).

3. El derecho de los niños a la preservación de sus relaciones familiares requiere de una interpretación armoniosa con las disposiciones relacionadas con la privación de libertad. La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de la citada Convención y posterior a la ley de ejecución penal, incluyó entre los derechos de aquéllos, el de la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con aquella ley, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.

(Jdo. Penal Ec. N° 8, Sec. N° 16, *Incidente de solicitud de detención domiciliaria a favor de C.M. Sayago, en causa Boheme y otros s/ contrabando de estupefacientes*, rta. 2/11/2006).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de niños.

1. La imputada no se encuentra condenada ni ha sido juzgada por los hechos que se le atribuyen. La orden de prisión preventiva que le concierne sólo puede tener alcance precautorio y no debe exceder de las necesidades de cautela que, por excepción, autorizan el encarcelamiento anticipado durante el proceso. La aflicción que naturalmente sufre una madre a la que se aleja de sus hijos menores resulta incrementada en el caso por la circunstancia del reciente fallecimiento de uno de ellos. La Constitución Nacional prohíbe adoptar medidas que, bajo pretexto de precaución, puedan mortificar a las personas detenidas. Esa prohibición debe prevalecer por sobre las disposiciones legales que omiten contemplar el caso. Del voto del Dr. Hendler.

2. Los Estados han reconocido que «la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

sus miembros y en particular de los niños» (párr. 6 del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño). Ese mismo cuerpo legal establece, además, la obligación de velar «porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, de conformidad con la ley y procedimientos aplicables [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño» y el compromiso de respetar «el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo [...] de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño» (art. 9 de la Convención). Del voto del Dr. Repetto.

3. De las constancias de la causa surge que: los hijos de Sayago se encuentran viviendo con sus abuelos maternos desde que la nombrada procesada fue detenida, que su marido habría perdido contacto con los niños después de separarse, que en agosto del año en curso falleció uno de ellos, que la edad y los problemas de salud de los padres de Sayago impiden que los menores la visiten en la unidad de detención. Estas particularidades permiten advertir que el cumplimiento de la medida cautelar legalmente dispuesta respecto de Claudia M. Sayago en un establecimiento penitenciario pone en riesgo los derechos que le asisten a sus hijos menores de edad. La pérdida del contacto directo con su madre ocasionada por la imposibilidad de que la visiten en la unidad de detención, la aflicción sufrida por el fallecimiento de uno de sus hijos y la imposibilidad de asistir a los restantes por la pérdida sufrida, demuestran que la concesión del arresto domiciliario solicitado resulta la mejor manera de tutelar los derechos constitucionales que asisten a los menores. Del voto del Dr. Repetto.

4. Los motivos de cautela que puedan avalar el encarcelamiento de Sayago en una unidad carcelaria o las razones que impiden encuadrar la situación en estudio dentro de los supuestos contemplados para la concesión del arresto domiciliario ceden en procura de obtener la plena vigencia y operatividad de esos derechos fundamentales cuando, como en nuestro caso, existe algún riesgo que pueda afectarlos. Ello es así, máxime cuando se trata de una modalidad de ejecución del encierro y no de una suspensión de la ejecución, modalidad que, además, implica la continuidad de la coerción sobre la libertad personal de la imputada en su domicilio. Del voto del Dr. Repetto.

(C.N.PEc., Sala A, *Boheme y otros*, rta. 29/11/2006).

Excárcelación. Procedencia. Mujer madre de una niña. Evaluación del arraigo.

1. Para que exista peligro procesal debe coexistir tanto la voluntad como la capacidad del imputado de fugarse u obstaculizar la investigación. La mera voluntad, sin capacidad, puede resultar intranquilizadora, pero las medidas cautelares no están dirigidas a reprochar actitudes subjetivas sino a resguardar peligros concretos.

2. Debe valorarse que nada acredita que la imputada tuviera poder económico ni claras relaciones sociales u otros vínculos o contactos en este país, al cual habría ingresado dos días atrás, en principio, meramente como pasajera en tránsito. Todo ello debe considerarse un obstáculo material a su posibilidad de fuga y a la posible ingerencia perjudicial en esta investigación. La imputada tiene a su cargo a su hija, una pequeña de 22 meses de edad con la que viajaba, hecho que, además de reforzar las razones para su liberación, constituye un elemento que dificultaría cualquier perspectiva de fuga.

(Jdo. Penal Ec. N°8, Sec. N° 16, *Incidente de Excárcelación solicitado a favor de Sandra Gomez Robles*, rta. 15/12/2006).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada y madre de niña. Preservación del vínculo familiar.

1. Para la detención de una mujer embarazada resulta perfectamente aplicable por analogía «in bonam parte» la disposición del artículo 495, CPPN.

2. Una interpretación más flexible de la letra de la ley procesal no necesariamente resulta desacertada, siempre y cuando ésta sea compatible con los preceptos constitucionales. En el caso, la interpretación adecuada se deberá efectuar considerando la conjunción del estado de inocencia que María Soledad Delgado goza hasta tanto se afirme lo contrario, y el principio de igualdad que debe reinar en el trato de los condenados y los procesados, siempre y cuando tal equiparación redunde en un beneficio para estos últimos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 de la ley de ejecución penal.

3. La circunstancia de la infante de 10 meses de edad exige que la interpretación del caso se complete con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional por el

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

artículo 75 inc. 22. Esta Convención exige en su artículo 3º que todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales y otras instituciones públicas o privadas se orienten al principio de prioridad del interés superior del niño (conf. asimismo, Corte IDH, OC 17/2002 del 28/08/2002).

4. El derecho de los niños a la preservación de sus relaciones familiares requiere de una interpretación armoniosa con las disposiciones relacionadas con la privación de libertad. La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de la citada Convención y posterior a la ley de ejecución penal, incluyó entre los derechos de aquéllos, el de la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con aquella ley, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.

5. Si estas consideraciones resultan atendibles en el caso del cumplimiento de una pena son, sin duda, inexorables cuando alguien se encuentra privado de su libertad como consecuencia del dictado de una orden de prisión preventiva y, por lo tanto, goza aún de estado o presunción de inocencia. Un criterio diferente no resultaría adecuado, sobre todo teniendo en cuenta que de conceder el arresto domiciliario, los fines procesales que la prisión preventiva pretende tutelar, también se encontrarían debidamente resguardados.

6. Toda vez que el arresto domiciliario solo implica una modalidad de cumplimiento de la privación de libertad igual de restrictiva pero menos acuciante para la imputada que una detención institucional, no corresponde examinar la existencia o no de peligro procesal. Sin embargo, no resultaría desacertado expresar que las circunstancias biológicas y socioeconómicas de la imputada y el arraigo familiar referido con anterioridad desacreditan perspectivas de fuga o entorpecimiento de las investigaciones.

(Jdo. Penal Ec. N°6, Sec. N° 11, *Incidente de solicitud de arresto domiciliario a favor de María Soledad Delgado*, rta. 19/01/2007).

Arresto domiciliario. Procedencia. Principio de igualdad. Derechos y obligaciones de atención de los hijos. Preservación del vínculo familiar.

1. Resulta aplicable analógicamente el artículo 495, CPPN. y los artículos 11 y 33, ley 24.660, al caso de una mujer embarazada y procesada.

2. Las particularidades del presente (la imputada se encuentra embarazada, padece HIV, es madre de otros niños de tres, cuatro y diez años, y el padre de ellos también se encuentra privado de su libertad) nos convencen de otorgar el beneficio solicitado y permitir que la detención continúe siendo domiciliaria por ser la solución que mejor se compadece con la corta edad de los niños implicados – cuyo interés superior corresponde priorizar - y mejor concilia los derechos de los infantes, las facultades y obligaciones que como madre tiene E. M. respecto de todos ellos y la necesidad de asegurar su presencia en el juicio.

3. La permanencia de la procesada en la unidad irroga la pérdida de contacto cotidiano con sus hijos de corta edad sumándosele, en caso de permanecer allí luego de dar a luz, la separación del recién nacido de sus hermanos, con el consecuente desmembramiento del núcleo familiar. Lo mismo ocurriría si la más pequeña, que cumplirá cuatro años el 10 de mayo próximo, fuera institucionalizada por tan sólo unos meses, más allá del proceso de adaptación al medio carcelario y readaptación a la separación de su madre que debería atravesar. En casos similares, se ha privilegiado el ámbito familiar y la posibilidad de vivir el vínculo fraterno y materno cotidianamente, pues favorece un mejor desarrollo integral de la persona (*in re mutatis mutandi C.N.C.P, Sala IV, «Abregú», rta. 29/8/2006, C.N.PEc., Sala A, «Boheme», rta. 21/3/2007, entre otras*).

(C.N.C.C., Sala IV, *E.M., M.R.*, rta. 18/02/2008).

Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer condenada. Falta de convivencia anterior con la hija. Interés superior del niño.

1. Si bien es cierto que la interna no convivía desde antes de su detención con la niña, no es menos acertado que ello se debió a que fue sólo para beneficiarla. En el caso de autos procede la concesión de la prisión domiciliaria para que la nombrada pueda revincularse o vincularse con su hija.

2. El interés superior de la hija de la condenada debe primar sobre el modo ordinario de cumplir con la prisión impuesta que viene sufriendo su madre.

3. El interés superior de la niña se encuentra por encima de cualquier otro interés del Estado, sin desconocer que la interna ha sido condenada y que la prisión domiciliaria no importa su liberación, sino otra forma de cumplimiento de condena.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

(Jdo. Nac. de Ejec. Penal N° 1, *B., D.A. s/solicitud de arresto domiciliario*, rta. 25/07/2008).

Arresto domiciliario. Procedencia. Preservación del vínculo familiar.

1. En el caso de autos, no se trata de analizar sólo la juridicidad de la detención de una madre con su hijo recién nacido, sino de que la nombrada es, además, madre de otros cinco hijos –que actualmente viven con su abuela– que tienen el mismo derecho de estar con su madre, a conocerla y a ser cuidados por ella (art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), además del derecho de los hermanos a preservar su identidad y sus relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas (art. 8.1 del mismo cuerpo normativo).

2. El interés superior de los cinco hijos de la condenada, más el de la niña que acaba de nacer intramuros, debe primar sobre el modo ordinario de cumplir con la prisión impuesta que viene sufriendo su madre, para garantizar la efectiva tutela de los derechos de los niños que integran su grupo familiar.

3. El interés superior de los niños debe considerarse por encima de cualquier otro interés del estado, inclusive la ejecución de la pena privativa de la libertad que le ha sido impuesta a la condenada.

(Jdo. Nac. de Ejec. Penal N° 1, *M., FM. s/solicitud de arresto domiciliario*, rta. 25/07/2008).

Arresto domiciliario. Procedencia. Operatividad de los derechos de los niños.

1. En razón de que los tratados internacionales hacen asumir a los estados miembros el compromiso obligatorio de respetar los derechos y libertades que se reconocen, como asimismo garantizar su libre y pleno ejercicio a todos sin discriminación, los derechos reconocidos a los niños gozan de la presunción de operatividad.

(Jdo. Nac. de Ejec. Penal N° 1, *Brito, Débora Alejandra s/solicitud de arresto domiciliario, Leguiza, Alejandra Gabriela s solicitud de arresto domiciliario, y Miranda, Fausta Miriam s/solicitud de arresto domiciliario*, rtas. 25/07/2008).

Arresto domiciliario. Derechos de los niños.

1. El Estado debe proveer los medios necesarios para que el ambiente sea lo «suficientemente bueno», en los términos de Winnicott, y que el niño pueda formarse con la capacidad necesaria para integrar el medio social, que lo excluyó junto a su madre durante los primeros años de su vida.

(Jdo. Nac. de Ejec. Penal N° 1, *Leguiza, Alejandra Gabriela s/solicitud de arresto domiciliario*, rta. 25/07/2008.).

Jurisprudencia de la Justicia Provincial

Alternativa a la prisión preventiva. Procedencia. Condiciones de detención. Mujer embarazada. Principio de igualdad.

1. Con independencia de la escala penal del hecho que se le imputa —robo calificado por el uso de armas—, se trata de una joven respecto de la cual todos los indicadores refieren que se encontraría cursando el cuarto o quinto mes de embarazo. Debido a la falta de certeza en cuanto a su edad, aún no se efectivizó su alojamiento en un establecimiento penitenciario, por lo que se encuentra alojada en un espacio que la propia funcionaria que lo dirige califica como inadecuado para contener a una mujer en estado de gravidez. Basta apreciar que a las razones de infraestructura y escaso espacio con relación a la cantidad de mujeres detenidas, se suma que nos encontramos en una época del año de altas temperaturas.

2. El art. 502, CPP, faculta a diferir la ejecución de una pena de prisión cuando una mujer se encuentra embarazada y la ley de ejecución 12.256 establece en su art. 16, que para el caso que se encuentre detenida una mujer embarazada el establecimiento deberá tener instalaciones especiales para su tratamiento. En el marco constitucional, el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda mujer en estado de gravidez tiene derecho a protección, cuidado y ayuda especial. En consecuencia, la continuidad de la medida de coerción de la joven resulta desproporcionada en función de los riesgos procesales que se intentan neutralizar.

(C.Ap. y Gtías. San Isidro, Sala II, *Inc. de excarcelación a favor de O.*, rta. 23/11/2006).

Excarcelación extraordinaria. Procedencia. Mujer embarazada y madre de dos niños.

1. Conforme los delitos atribuidos a Villarruel —robo agravado por su condición en banda y por la participación de un menor de 18 años—, la situación de la imputada no encuadra en ninguno de los supuestos previstos

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

para la excarcelación (art. 169 «a contrario» del CPP de la Provincia de Buenos Aires). Sin perjuicio de ello, en el marco del art. 435, CPP, resulta procedente disponer una excarcelación extraordinaria por cuanto Villarruel se encuentra embarazada de cinco meses aproximadamente y posee dos hijos de cuatro y dos años de edad. Sin perjuicio de la escala penal prevista para el delito que se le imputa, en caso de condena, el inc. 1º del art. 502 del CPP permitiría diferir la ejecución de la pena privativa de libertad que se le imponga.

(C.Ap.y Gtías. San Isidro, Sala II, *Inc. de excarcelación a favor de Villarruel Carla Viviana*, rta. 20/09/2007).

Prisión domiciliaria. Evaluación de su procedencia. Mujer embarazada portadora de HIV.

1. En principio, el encarcelamiento preventivo sería el único medio asegurativo de la comparecencia de la encartada —imputada del delito de abandono de persona doblemente agravado por ocurrir la muerte de la víctima y por el vínculo— al proceso, a los fines de su normal desarrollo y la eventual aplicación de la ley material. Sin perjuicio de ello, los peligros procesales podrían ser neutralizados mediante una medida menos gravosa a tenor del artículo 163 inc. 1º del Código adjetivo.

2. Se trata de un caso sumamente excepcional donde la situación personal de la imputada —quien sería portadora de HIV y se encuentra cursando un nuevo embarazo— incide en la posibilidad de atenuar la medida de coerción. Por ello, vuelto los autos al origen, el juez «a quo» debe iniciar de oficio un incidente de morigeración de la prisión preventiva, correr vista a la defensa para que aporte un domicilio, tomar audiencia personal a la imputada para ver si presta su consentimiento, tomar audiencia al familiar que la recibiría y realizar un amplio informe socio-ambiental a fin de determinar si el medio social resulta continente.

(C.Ap. y Gtías. San Isidro, Sala II, *Inc. de excarcelación a favor de Q.*, rta. 20/09/2007).

Arresto domiciliario. Arraigo familiar de la mujer encausada. Presunción.

1. La circunstancia de que la imputada se encuentre a cargo de la crianza de su hijo menor, que posea un arraigo junto a éste y a su esposo,

así como la conducta que asumiera durante el proceso y los meses en que estuvo en libertad, hacen presumir que, de mantenerse el arresto domiciliario otorgado como medida morigeratoria de la prisión preventiva, y más allá de la pena impuesta por sentencia no firme, no intentará sustraerse a la acción de la justicia.

(Trib.C.P. de la Pcia. de Bs. As., Sala III, *L. T. N. G.*, rta. 16/10/2007).

Morigeración de medidas coercitivas. Hábeas Corpus. Salud de la niña que convive con madre encarcelada. Atención a las hijas de la mujer encarcelada. Principio de igualdad.

1. El Hábeas Corpus no es la vía para recurrir ante la Casación las resoluciones adoptadas por las Cámaras de Apelación y Garantías o los Tribunales de juicio (Sala I, rta. 13/04/2000, en causa «De la Cruz Rivero»). Ninguna de las hipótesis de excepción en las que se ha abierto excepcionalmente la vía del Hábeas Corpus puede enfocar la situación de la peticionaria. Empero, esto no significa cerrar todas las puertas cuando a la Casación le consta que la situación de los menores debe ser siempre vista a la luz de la Convención, de rango constitucional, que contempla los derechos del niño, proclamando como superior el interés del menor, máxime cuando haya causales como la de impedimento físico de una de las niñas (art. 23). Voto del Dr. Piombo al que adhiere el Dr. Sal Llangués.

2. No puede ser ajeno dotar a la justicia de cierta eficacia cuando se plasma una situación social y jurídicamente atendible, adaptando los medios procesales a la normativa apical (art. 43 de la Constitución Nacional, así como en el 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevén la existencia de un recurso sencillo, rápido y efectivo que legitima el andamiento de la petición impetrada). Así las cosas, debe resolverse este remedio en dos tiempos, uno por enclavarse en esta sede, declarándolo admisible, y otro en sede del Tribunal originario de juicio (art. 463 del Código ritual), el cual procurará, a través de la moderación y adaptación de coerción, brindar una posibilidad de que la madre pueda atender en mayor medida a sus dos hijas; esto con una dosis de prudencia y echando mano, si el caso lo ameritara, a las propias instituciones de la ley penitenciaria nacional (vgr.: salidas transitorias), toda vez que la

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

situación de un procesado no puede ser peor que la aparejada por la calidad de condenado (arts. 145 y 163 del adjetivo). Voto del Dr. Piombo al que adhiere el Dr. Sal Llangués.

(Trib.C.P. de la Pcia. de Bs. As., Sala I, *Chamorro, Carolina Soledad s/ Habeas Corpus*, rta. 29/04/2008).

EXPERIENCIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA

SOLICITA ARRESTO DOMICILIARIO

Señor Juez Federal:

Patricia A.G. Azzi, Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Mar del Plata, y también en representación de la *Comisión sobre temáticas de género*, dependiente de la Defensoría General de la Nación, creada por Resolución D.G.N. N° 1154/07, en el Expediente Nro. 5.240 del registro de la Secretaría Nro. 8 caratulado «Av. Pta. Inf. Ley 23.737», ante V.S. se presenta y respetuosamente dice:

I.- Que G.M.B., detenida actualmente en la Brigada Femenina de esta Ciudad, padece de cardiopatía hipertensiva, diabetes tipo II, hipertensión y litiasis vesicular, es madre de 5 hijos, cuatro de ello menores de edad –de 9, 10, 11 y 16 años- y la mayor –de 22 años- es discapacitada (padece de hipoacusia.), y convivían con la nombrada hasta el día en que se llevó a cabo el procedimiento, que da cuenta el acta de fs. 263/264. Asimismo, se encuentra a su cargo también su padre de 90 años, quien reside en la misma vivienda que la nombrada y su pareja, A.E.M.

Esta compleja situación, brevemente enunciada, revela el enfrentamiento que se verifica entre el derecho de G.M.B. y el de los menores y su padre con la persecución penal, que mantiene el encarcelamiento preventivo de la mencionada durante el proceso. Tal conflicto debe resolverse, según lo entendemos, atendiendo primordialmente a la entidad de los derechos e intereses en juego.

Es que, en efecto, el Estado no puede permanecer indiferente frente a la problemática que se presenta a decisión de V.S., y debe brindar, a nuestro

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

parecer, una respuesta alternativa a la prisión para la Sra. Bugietti, como mejor camino hacia la defensa del interés y derechos, tanto de ella como de su familia, que no pueden ser soslayados.

Nuestra Constitución Nacional sienta la obligación del Estado de legislar y promover acciones positivas en procura de la «protección integral de la familia» (art. 14 bis) y del «pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (y) las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad» (art. 75, inc. 23). Tales normas suponen toda una declaración de principios acerca de la necesidad de amparar a los integrantes del núcleo familiar.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16.3), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VI), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.1), conciben a la familia como «el elemento natural y fundamental de la sociedad», digno de protección por parte de la sociedad y del Estado.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre sustenta el derecho que tiene todo niño a recibir protección, cuidado y ayuda especiales (art. VII). Similar reconocimiento efectúan la Declaración Universal de Derechos del Hombre (art. 25.2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (art. 24.1). En la misma línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala particularmente que «todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado» (art. 19).

La Convención sobre los Derechos del Niño, finalmente, remarca en su Preámbulo el convencimiento de que «la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad»; estableciendo en su art. 3.1 el principio del «interés superior del niño», erigido como verdadero criterio rector de todo el sistema protector de derechos de la infancia.

Por su parte, se encuentran en juego los art.s 1, 2, 3, 4, 5.2 y 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra

la Mujer (CEDAW). En las Recomendaciones Generales N° 19 y 24, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer puso de relieve el derecho que asiste al más alto nivel posible del salud física y psíquica. La Sra. G.M.B. padece de las dolencias apuntadas; no reuniendo el lugar en el que actualmente se encuentra detenida (ni ninguna institución carcelaria) las condiciones como para garantizar dicho nivel.

En el ensayo realizado por Laurel Townhead sobre los problemas específicos de las mujeres encarceladas y sus hijos se destaca certeramente que: «Si bien las mujeres constituyen una pequeña minoría de la población de las cárceles, su número está creciendo a tasas desproporcionadas. Los regímenes penitenciarios, destinados en su mayor parte para hombres, no cubren las necesidades ni los derechos de estas mujeres» (Townhead, Laurel, *Desarrollos recientes en el sistema de derechos humanos de Naciones Unidas*, Quaker United Nations Office, traducción de Gabriela Lozano, abril 2006, pág. 1. El ensayo puede consultarse en el sitio de internet www.quaker.org). Por otra parte, ha resaltado también que ya «Algunos Procedimientos Especiales han señalado la tendencia mundial a aplicar en exceso la pena de prisión, principalmente de dos formas: confiar demasiado en las penas de privación de la libertad y el uso excesivo de las detenciones preventivas, ambas con una duración exagerada en algunas partes» (Townhead, Laurel, *ob. cit.*, pág 11 con cita de Informe del Grupo de trabajo sobre la Detención Arbitraria, E/CN.4/2006/7, entre otros).

Como hemos precisado: «En razón de su género, las mujeres sufren el encierro de una manera más severa... En ese contexto, la situación de las mujeres embarazadas y de las mujeres con hijos merece un tratamiento especial... Para el caso de mujeres con hijos/as, el tiempo en prisión repercute en la ruptura del grupo familiar, pero también tiene un impacto nocivo para cada uno/a de sus hijos/as. En un informe desarrollado por la organización Quaker United Nations Office se ha señalado que los hijos/as de las mujeres reclusas experimentan una gran cantidad de problemas psicosociales; depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o dependiente, retramiento, regresión, problemas de alimentación entre otros» (Comisión sobre temáticas de género de la Defensoría General de la Nación, *Limitaciones al encarcelamiento: La situación de las mujeres embarazadas o con hijos menores de edad*, Edición del Departamento de Comunicación Institucional de la Defensoría General de la Nación, 2007, pág. I/II con

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

cita de Almeda, Elisabet, *Corregir y Castigar: El ayer y hoy de las mujeres en las cárceles*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2002).

La Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata consideró la procedencia del arresto domiciliario en el supuesto de una mujer, madre de tres hijos: «...en caso de verificarse positivamente una situación psicológica, social y familiar disvaliosa para los menores, deberá estarse, excepcionalmente, a una medida alternativa a la prisión preventiva que justamente no interfiera en el vínculo filial-materno, ya afectado por la mera separación de los nombrados con su madre, en tanto y en cuanto, la beneficiada no incurra en violación a las condiciones que se impongan» (C.F.A. Mar del Plata, Expte. N° 5.254/2 del registro de la Secretaría Penal, rta: 1/6/07).

La posibilidad de ordenar una medida menos gravosa encuentra fundamento en los derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional y, además de los instrumentos internacionales de derechos humanos citados, en las Reglas Mínimas sobre Medidas No Privativas de la Libertad y Proyecto de Principios Mínimos para la Administración de Justicia Penal.

En este marco, resulta deseable –por su coherencia y adecuación a los mandatos constitucionales- que el interés tanto de la madre como de los menores a desarrollar de modo pleno y efectivo el mutuo vínculo que los une, sea interpretado por el órgano jurisdiccional como un interés digno de protección en el que coincide también el Estado (cfr. Naredo Molero, M. *Reclusas con hijos en la cárcel. La punta del iceberg de la sinrazón penitenciaria*, en I. Rivera Beiras –coord.- *La Cárcel en España en el fin del Milenio – a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*- Barcelona, Bosch, 1999, pp. 207), disponiéndose a tal fin alguna medida sustitutiva al encarcelamiento orientada a posibilitar el mantenimiento continuo de la relación madre/hijo y a evitar, de tal manera, la profundización de las negativas incidencias de orden psicológico que el desprendimiento de su madre ocasiona a los menores.

La solución alternativa que, por el momento, resulta más acorde con la finalidad perseguida, es conceder a la Sra. B. la detención domiciliaria.

Así, pues, a tenor del contenido, sentido y alcance de las normas de rango constitucional citadas cabe identificar como una necesidad básica de la Sra. B. poder estar con sus hijos, en atención también a que la relación

materno-filial es fundamental para el desarrollo de los menores, y con su padre anciano, que por su edad requiere de cuidados especiales.

En tal inteligencia, la solución que se propugna resulta viable con fundamento en las disposiciones convencionales y constitucionales aludidas, sin que pueda erigirse obstáculo alguno fundado en normas de mero corte legal o procesal. Y aún en este caso, tales obstáculos deben superarse en el entendimiento de que el texto de las normas inferiores debe adecuarse al sentido y alcance de las normas de jerarquía superior.

En la perspectiva de la mujer, hay que tener en cuenta, además, que la permanencia de la Sra. B. en su actual lugar de detención implica, de hecho, una pena anticipada de indudable gravedad, en cuanto no sólo permanece privada de su libertad, sino también de sus vínculos afectivos más cercanos, en primer lugar, de sus hijos (y de su esposo, también detenido) y de su padre de 90 años, lo que hace más ilusorio el fin resocializador que se pretendería, de cumplir su detención a más de cien kilómetros de su hogar (en sentido analógico, cfr. T.O.C.F. Mar del Plata, 14/10/01, c. n° 589/280, *Incidente de ejecución de pena de Carmen Leonor Olmedo*, consid. 3º). Recordemos que el Principio 20 del «Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión», aprobado por Resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1988, afirma el derecho del individuo de estar detenido en un lugar situado a una distancia razonable de su residencia habitual (cfr. Ribera Beiras, I. *Los derechos fundamentales en la privación de la libertad -Análisis socio-jurídico de la normativa internacional-*, en I. Ribera Beiras –coord.- *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 79).

No cabe duda alguna que, a tenor de los mandamientos constitucionales, la detención domiciliaria solicitada resulta procedente con arreglo al principio del «interés superior del niño», a las finalidades de protección del vínculo afectivo familiar señaladas en los referidos instrumentos internacionales y a los derechos que como mujer le asisten.

En cuanto al derecho de los menores, Bidart Campos ha remarcado precisamente cómo la Convención sobre los Derechos del Niño «les impone (a los jueces) pautas, criterios, normas de aplicación directa, descarte de leyes incompatibles, interpretación de las existentes a la luz del tratado, etc. Todo un movimiento de dinamismo eficaz ha de guiar este trabajo tan arduo de la

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

administración de justicia, también en el supuesto de que el legislador sea remiso en cumplir su obligación de reajustar la legislación de conformidad con el Tratado». Y ha agregado que la Convención tiene «fuerza normativa», es decir, «que son normas jurídicas, que son derecho, que obligan y vinculan, que tienen aplicabilidad directa y que, para que esa fuerza normativa desemboque en la eficacia de la dimensión sociológica del mundo jurídico, es menester que cuenten con un mecanismo garantista. Siendo así, reaparece el sistema judicial de control para descalificar las transgresiones, para superar las omisiones en el cumplimiento (que también son transgresiones e inconstitucionales), para desarrollar la interpretación, etc.» (cfr. Bidart Campos, G.J., *Constitución, Tratados y normas infraconstitucionales en relación con la Convención sobre Derechos del Niño*, en Bianchi, M.d.C. –comp.-, *El derecho y los chicos*, Bs.As., Espacio Editorial, ps. 36-37).

Dado que la Sra. B. se encuentra muy lejos del hogar donde reside, ello trae aparejado inconvenientes adicionales en orden a las visitas, a los traslados y, en definitiva, al mantenimiento del vínculo afectivo con sus hijos y su padre anciano; finalmente, porque no es posible descartar que los menores pudiera sufrir iguales o mayores trastornos en su proceso de formación psicobiológico.

Por estas múltiples razones, estimo que lo más aconsejable para el caso es decretar la detención domiciliaria de la nombrada, sujetando dicha modalidad a las condiciones que V.S., en su elevado criterio, crea necesario fijar, entre las cuales, por su razonabilidad, cuadra señalar la concurrencia quincenal a la Comisaría más cercana a su domicilio, y la vigilancia por el Juzgado del cumplimiento de las condiciones impuestas. La inexistencia de probanzas que pudieran hacer presumir que la nombrada pudiera eludir la acción de la justicia, constituye otro elemento que otorga mayor sustento al planteo.

Todo ello acredita la pertinencia de la solicitud presentada a S.S. por lo que, en nuestra opinión, corresponde hacer lugar al pedido de que se modifique la actual situación de encierro preventivo de la Sra. B., decretándose en sustitución su detención domiciliaria, bajo las condiciones que Vtra. Señoría estime prudente establecer.

Proveer de conformidad, que

SERA JUSTICIA

RECURSO DE CASACIÓN

Excmo. Tribunal:

Cristian Barritta, en mi carácter de Defensor Público Oficial ante ese Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 3 de San Martín, en representación de M.E.M., en la causa n° 1688, constituyendo domicilio en el despacho del señor Defensor Público Oficial ante la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, ante VVEE me presento y respetuosamente digo:

OBJETO

Que en legal tiempo y forma, y de conformidad con lo normado por el artículo 463 y cc. del CPPN, vengo a interponer recurso de casación contra la resolución dictada el 15 de marzo de 2007, por la que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3 de San Martín resolvió «*NO HACER LUGAR al pedido de detención domiciliaria de M.E.M. que fuera promovido por el Sr. Defensor Oficial*» (arts. 10 del CP y 314 del CPPN «a contrario sensu»).

PROCEDENCIA FORMAL DEL RECURSO

El remedio procesal que se articula resulta formalmente procedente (artículo 438 del CPPN), en tanto se interpone ante el Tribunal que dictó la resolución dentro del término de diez días de notificada la decisión (artículo 463 de la normativa procedural). En ese sentido, tratándose de un auto resuelto en un incidente de arresto domiciliario y encontrándose comprometida en la resolución de esta encuesta el interés superior de los hijos de mi imputada, dicha decisión deviene equiparable a sentencia definitiva puesto que podría ocasionar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior, debiéndosela considerar a los fines de la admisibilidad del recurso como integrante de las resoluciones taxativamente enumeradas en el artículo 457 del CPPN (conf. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa «*Abregú, Adriana s/recurso de casación*», rta. 29/8/2006 y Sala III, causa «*Espíndola, Alejandrina Karina s/recursos de casación*», rta. 27/11/2006).

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Sobre esta última cuestión, se impone señalar que también se torna de aplicación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a que respecto de la prisión preventiva «... *cualquiera sea la tesis que se adopte acerca de su naturaleza, lo cierto es que importa en la realidad un contenido penoso irreparable, lo que lleva a asimilar las controversias a su respecto a casos de sentencias definitivas, según inveterada jurisprudencia de esta Corte*» (conf. Recurso de Hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa «*Verbistsky, Horacio s/Habeas Hábēas*», CSJN 3/5/05).

A su vez, me encuentro debidamente legitimado habida cuenta la calidad de defensor de M. (art. 459, inc. 2, del CPPN). En cuanto el interés directo que exige el art. 432 del código de rito resulta evidente en la promoción del recurso interpuesto, en tanto que la resolución impugnada tiene objetivamente un contenido desfavorable para mi asistida, que resulta del gravamen propio que le causa la imposibilidad de lograr una morigeración de su detención preventiva que habilite la posibilidad de que sus hijos puedan desarrollarse junto a su madre en el seno natural para el crecimiento y bienestar del grupo familiar.

También considero procedente la vía intentada en función de lo dispuesto en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto consagra el derecho de recurrir el fallo ante un tribunal superior. El deber de asegurar la doble instancia recae no sólo sobre la sentencia sino también respecto de otras resoluciones importantes, como sin lugar a dudas es la resolución que se impugna, puesto que obliga a la imputada a seguir privada de su libertad durante el trámite del proceso. En el fallo «*Giroldi*» la Corte Suprema ha entendido, en consonancia con el informe 24/92 de la Comisión Interamericana, que para garantizar la doble instancia en los procesos criminales, debe removverse cualquier obstáculo formal que impida acceder a una nueva instancia, toda vez que lo contrario podría acarrear la responsabilidad del Estado Nacional.

Asimismo, el deber de asegurar la revisión planteada en el presente acápite resulta compatible con el actual criterio sostenido por la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia (cfr. CSJN causa C.1757.XL. «*Casal, Matías Eugenio y otro s/ causa n° 1681*», rta. el 20/09/05; causa M. 1451. XXXIX. «*Martínez Areco, Ernesto s/ causa n° 3792*», rta. el 25/10/05; y causa S. 1482. XLI. «*Salto, Rufino Ismael s/ causa n° 117/04*», rta. el 07/03/06); el cual viene a consagrar la doctrina del agotamiento

de la capacidad de revisión [con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable] que impone interpretar que los arts. 8.2. (h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos demandan el rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que se pueda llevar a cabo en cada caso.

FINALIDAD DEL RECURSO

La interposición de la presente vía recursiva aspira a demostrar frente a la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, que la citada resolución debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido, en tanto se encuentra privada de la debida motivación, que bajo pena de nulidad, exige el art. 123 del CPPN, requisito que, a su vez, deviene propio de los actos de los órganos que integran los poderes de un Estado de Derecho –CN, art. 1-, así como también condición ineludible de las garantías de debido proceso y defensa en juicio (CN, arts. 18 y 75, inc. 22).

MOTIVO DE LA IMPUGNACIÓN

En los términos del artículo 456, inciso 2do., del código de forma, la vía impugnativa se deduce por la inobservancia de las normas que el código adjetivo establece bajo pena de nulidad (art. 123), recordando en este sentido que la exigencia de que se trata –motivación- deriva principalmente de la Constitución Nacional (CSJN, Fallos: 240:160; 247:256, entre otros) y establece que las sentencias deben ser fundadas y que la motivación no puede ser sólo aparente ni contradictoria.

Así las cosas, el decisorio puesto en crisis debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido en tanto se encuentra privado de la fundamentación que exige bajo pena de nulidad el art. 123 del CPPN, conculcando, de esta forma, las garantías de defensa en juicio y debido proceso legal (CN, arts. 18 y 75, inc. 22; DADyDH, art. 26; DUDH, art. 10 y 11, inc. 1; y PSJCR, art. 8), toda vez que dicho pronunciamiento no constituyó una fundada y razonada derivación del legajo y del derecho aplicable, ya que el Tribunal postuló la decisión adoptada en meras afirmaciones, derivadas de los informes glosados en el presente incidente, sin razones objetivas para ello, recurriendo a una ponderación realizada en forma fragmentaria y aislada, que incurrió en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

conducentes para la decisión, prescindiendo de una visión de conjunto y de su necesaria correlación.

Ello ocasionó, en nuestra humilde opinión, su arbitrariedad por falta de motivación suficiente, en el sentido y alcance otorgado a dicha expresión por la inveterada doctrina de la CSJN, al tachar de arbitrarios aquellos pronunciamientos en que se detectaron apartamientos de la normativa vigente, desconsideración de pruebas decisivas, o autocontradicción (conf. CSJN, «*Instituto Nacional de Vitivinicultura*», Fallos 317:126; «*Smuclir, Gustavo Alberto*», Fallos 320:755; «*Martínez, Saturnino*», rta. el 7/7/88; «*Borthagaray, Carlos R.*», del 24/11/88; «*Scalzone, Alberto*», del 1/12/88"; «*Fiscal c/Piffaretti, J.C.*», rta. el 22/12/92).

Idéntica posición asumió la Cámara Nacional de Casación Penal (conf. Sala III, «*Silvera Silva, José G.*», rta. el 5/5/95, entre muchos otros).

Lo expuesto, desde luego, sin desmedro de la alta consideración y respecto que guardo por los Sres. Jueces que integran el Tribunal Oral.

DESARROLLO

a. En la oportunidad de fundamentar la solicitud de arresto domiciliario aquí propugnada, esta defensa sustancialmente sostuvo que la morigeración de la detención preventiva que viene sufriendo mi ahijada procesal se tornaba procedente en los términos del art. 314 del CPPN y arts. 11, 32 y 33 «in fine» de la ley 24660, cuya aplicación «*in bonam partem*» se impone en el «*sub examine*», por hallarse comprometidas expresas garantías constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos prescriptas en favor de *la protección integral de la familia y, especialmente, de los niños, de su pleno desarrollo físico, mental, social, económico y, en definitiva, su interés superior*. Así, nuestra Constitución Nacional, arts. 1, 14 bis y 33; y la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 2, incs. 1 y 2; 3; 6, incs. 1 y 2; 23, incs. 1 y 2; 24 y 27. En idéntica dirección, no puede soslayarse la necesidad de tutela de diversas garantías de rango constitucional tales como las contenidas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 7; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25, inc. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4, inc. 1, art. 5, inc. 2, art. 17, inc. 1, y 19; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos, art. 10, num. 1, 2 y 3, y art. 12, num. 2; y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 1, inc. 1, y art.

24, inc. 1; todos incorporados a nuestra Carta Magna en virtud del art. 75, inc. 22, segundo párrafo.

En ese sentido, se advirtió que es pacífica jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal que las normas que componen el orden jurídico positivo deben interpretarse de forma tal que todas armonicen entre sí, optando por la intelección que no entre en colisión con la Constitución Nacional (CSJN, Fallos 1905, entre otros), a la vez que se seguirá el mecanismo de preferencia –entre las distintas soluciones posibles- por aquélla que mejor contemple las garantías por ella reconocidas (CSJN, Fallos 296:22, 297:142, 300:1080, 301:460, 303:601, por citar sólo algunos).

Es que ninguna duda puede caber que en supuestos como el de autos el bien jurídico familia debe primar por sobre el rigor procesal. Así, pues, deviene palmario 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»* (conf. Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo). Por ende, no puede sino concluirse que todos los niños tienen el derecho constitucional de crecer junto a sus padres; siendo del caso indicar que la mencionada Convención al regular sobre la materia en trato lo hace con claro contenido imperativo al disponer *«debe crecer en el seno de la familia»*.

Por otra parte, no puede soslayarse que con la reciente sanción de la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, también se consagraron expresamente los derechos a la preservación de las relaciones familiares y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.

Al respecto, no debe perderse de vista que la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales de los niños aquí reseñadas deben ser interpretadas atendiendo prioritariamente a sus intereses y conveniencias, ponderando especialmente *«las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte»* (Fallos 293:273).

Finalmente, este ministerio explicó distintas razones de hecho que explicaban suficientemente la relación directa que se verificaría entre la concesión del arresto domiciliario de M.E.M. y el mejoramiento de la situación de sus hijos menores de edad. Así, en síntesis, se expuso que no puede soslayarse el hecho de que la contención familiar y la permanencia en un ambiente adecuado reanudando el vínculo maternal prematuramente

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

quebrado, sin hesitación alguna redundará en una mejora psíquico-física de la situación de los menores involucrados; a la vez que habilitará el replanteamiento de la condición socio-económica en que se encuentra el para nada reducido núcleo familiar en cuestión, siendo que la presencia de la madre en el hogar seguramente permitirá que otros de sus integrantes tengan mayor disponibilidad para conseguir algún ingreso extra o, en su caso, para adjudicarlo a otros menesteres necesarios como estudios o colaboración en distintos quehaceres.

Adunándose, que en atención a la delicada situación de salud por la que atraviesa una de sus hijas –N.A.F.- quien padece el síndrome de acondroplasia seguido de hidrocefalia y una hemiplejía del lado izquierdo que le impide moverse y valerse por sí misma, además del no menor hecho de que su esposo y padre de los menores, R.M.F, también se halla detenido en estas actuaciones, los niños, sobre todo la menor nombrada precedentemente, requieren un mayor contacto con su progenitora, a la vez que su presencia no sólo redundará seguramente en un estímulo positivo en ellos, sino que habilitará un mayor control de su evolución y la posibilidad de atender de manera expedita a las eventualidades que su crianza demande (conf. se desprende de la pretensión defensista).

b. Sin embargo, a los fines de rechazar el planteo interpuesto, el Tribunal Oral interviniente dividió el análisis en dos cuestiones bien diferenciadas:

b.1 Por un lado, al momento de evaluar la situación de los hijos de M., y en especial la delicada situación de salud de su hija menor –N.A.-, el referido colegio tomó como referencia los informes confeccionados por la delegada tutelar interviniente destacando, a los fines de denegar el planteo defensista, los siguientes párrafos: «*Surge que en la entrevista estaban todos los hijos de la imputada M. –a excepción de N. que se encontraba en la escuela, todos ellos se encontraban saludables y mostraron un nivel intelectual y vocabulario acorde a sus edades, «parecían» hallarse contenidos por su hermana V. y su cuñada C.*».

Asimismo, se agregó que «*Más allá del impacto emocional que pudo haber tenido la detención de los padres para cada integrante de la familia, «parecerían» que han logrado estabilizarse emocionalmente, como también introducir algunos cambios positivos en cuanto a la organización...como por ejemplo la inserción escolar de los niños... y se «podría inferir» que los hijos de los detenidos no se encuentran en una situación de abandono y/o de vulnerabilidad.*

Respecto a la salud de la niña N.A.F, se dijo que «*surge de la historia clínica...que la nombrada es tratada periódicamente en el Hospital de Niños de San Justo, por lo cual se encuentra observada y medicada en cuanto a su dolencia*».

Concluyendo el Tribunal lo siguiente «*Surge claramente que los hijos de la encartada M. se encuentran en buena situación, siendo controlados tanto por su ámbito familiar como judicial, por lo tanto, consideramos que no se encuentran reunidos los extremos pretendidos por su asistencia técnica respecto a los menores en cuestión*».

De lo expuesto, se desprende que las conclusiones a las que arriba el Tribunal resultan meras afirmaciones dogmáticas, toda vez que no explica de qué manera concluye en sostener que los hijos de la encartada M. se hallan en «buena situación».

Es decir, por un lado, semejante aseveración no puede extraerse razonablemente de la referencia a las escuetas citas del informe tutelar, máxime cuando éstas apuntan a un estado de apariencia (*«parecerían»*, *«se podría inferir»* y *«se encontraría»*, entre otras), mientras que, por el otro, se omitió la ponderación de numerosas cuestiones pertinentes a los efectos de la correcta resolución de la incidencia que fueran oportunamente introducidas por esta parte, lo que también impone la descalificación del auto recurrido.

En ese orden de ideas, es preciso señalar una serie de circunstancias que no obtuvieron debida respuesta por parte del citado colegio: *¿cómo afecta a los menores que el representante de la figura paterna, R.F, también se encuentre privado de su libertad?* Teniendo en cuenta que la hermana mayor actualmente a cargo también es madre de menores y tiene su propia relación de pareja que atender, al igual que su cuñada, *¿le pueden brindar la atención, cuidados y contención que los menores demandan, tal como supuestamente surgiría de lo informado por la delegada tutelar?* Tomando como referencia que el padre de los menores era el único integrante de la familia que realizaba tareas laborales, por lo que aportaba el único ingreso económico que hacía su manutención, *¿cómo influye en la condición socio-económica del no menor grupo familiar el hecho de que el único sostén en ese sentido también se encuentra detenido en el marco de estas actuaciones?*, *¿en qué condiciones socio-ambientales –higiene, orden etc.- se halla la vivienda en la que moran los menores?* Teniendo en consideración lo expuesto por la delegada tutelar en relación al impacto emocional que tuvieron los menores luego de la detención de sus padres –

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

conf. fs. 11/12 del incidente-, ¿cuál es la actual situación afectiva de los menores?, ¿cuáles son los efectos de la separación?, ¿tienen deseos de estar con su madre, la extrañan?, ¿reconocen un vínculo parental consolidado?, ¿qué posibilidades de desarrollo individual tienen los mismos?, ¿de qué manera repercutiría en los menores y su situación una hipotética concesión de la solicitud aquí postulada? Y por último, teniendo particularmente en cuenta la delicada situación de salud por la que atraviesa la menor N.A.F., quien padece la enfermedad referenciada en el punto a), si bien se desprende de su historia clínica –agregada a fs. 46/48 del incidente- que la nombrada sería tratada periódicamente en el Hospital de Niños de San Justo, por lo que se encontraría observada y medicada, lo dicho no explica si se encuentran garantizadas las siguientes cuestiones: ¿es suficiente la atención médica que recibe en el referido nosocomio?, ¿a qué se refiere el informe mencionado cuando expresa que es tratada «periódicamente»; esto es, cada cuánto es revisada por los galenos intervinientes? En el ámbito privado, ¿recibe de parte de las personas que se encuentran a su cargo un control de la evolución de su patología?, ¿recibe atención de manera expedita sobre las eventualidades que su tratamiento demanden?, ¿recibe la medicación correspondiente? Por la sensible situación que le toca vivir, ¿requiere un mayor contacto con su progenitora?, ¿se aliviaria su situación en el caso que su madre pueda estar junto a ella, y de ser así de qué manera?

De todo lo expuesto, se infiere que sin contar con tales datos resulta imposible aseverar como se pretendió, que los menores involucrados se encuentren en una «buena situación», puesto que se carece de información vital para poder realizar tal ponderación. Ello así, si lo que se busca es una verdadera consagración del interés superior de los niños y su pleno bienestar, lo cual no es sólo compatible con las paticortas consideraciones apuntadas en el decisorio impugnado.

De lo precedentemente expuesto, es fácil colegir que el Tribunal en el interlocutorio en crisis ha omitido toda consideración de las cuestiones introducidas por esta parte, lo que permite advertir su arbitrariedad y, consecuentemente, su descalificación como acto jurisdiccional válido, máxime cuando de su debido tratamiento y análisis se podría haber arribado a una conclusión diametralmente opuesta a la propuesta por el citado colegio.

En ese sentido, se tiene dicho que «... la omisión de tratamiento de una cuestión conducente para la decisión del caso, constituye un supuesto de arbitrariedad, en clara violación a lo previsto en el art. 123 del Cód. Procesal

Penal de la Nación» (CNCP, Sala I, «*Chighizola, Horacio A. y otros*», DJ 28/12/2005, 1269).

En idéntica dirección, se afirmó que «*La omisión de tratamiento de un argumento conducente para decidir el caso resiente la fundamentación del pronunciamiento hasta convertirlo en nulo*» (conf. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I , «*Kopylow, Andrés*», La Ley 1997-F, 389).

Tal omisión afectó de manera innegable el debido proceso legal y la garantía de defensa en juicio, constituyendo a la vez una flagrante inobservancia del requisito impuesto por el art. 123 del digesto ritual que conlleva su nulidad (conf. arts. 1 y 18 de la CN y arts. 123, 166, 167.3, 168, segundo párrafo, y 172 del CPPN).

Por todo lo expuesto, el proceder descripto precedentemente resulta suficiente para invalidar la resolución adoptada por el Tribunal, imponiéndose su nulidad por haberse omitido el tratamiento de cuestiones esenciales que devenían pertinentes para la recta solución del presente caso, resintiendo, de este modo, la debida motivación de la resolución aquí criticada - art. 123 del digesto ritual-.

b.2 Por otra parte, el Tribunal basó la denegatoria apelada en el hecho de que «*la situación de M. tampoco encuadra en las situaciones descriptas en el artículo 10 del ordenamiento de fondo, ya que la posibilidad de prisión domiciliaria está dada exclusivamente respecto de los condenados a prisión –con penas menores a seis meses– y en determinadas circunstancias –mujeres honestas y personas mayores de sesenta años o enfermas*».

En ese orden de ideas, el Tribunal realiza un desarrollo sobre los motivos que lo llevan a concluir por qué la situación de M. no encuadra en ninguno de los supuestos previstos en el art. 10 del CP para posibilitar su arresto domiciliario, cuando lo cierto es que esta defensa en ningún momento solicitó la prisión domiciliaria por aplicación de la citada norma –ver planteo defensista-, sino que se fundamentó en los términos del art. 314 del código de rito «*in bonam partem*», por verse afectadas expresas garantías que el derecho constitucional nacional -a través del art. 75, inc. 22, segundo párrafo- y el derecho internacional de los derechos humanos (conf. CDN, arts. 2, inc. 1 y 2, 3, 6, incs. 1 y 2, 23, incs. 1 y 2, 24 y 27; DADyDH, art. 7; DUDH, art. 25, inc. 2; PSJCR, art. 4, inc. 1, art. 5, inc. 2, art. 17, inc. 1 y art 19; PIDESyC, art. 10, num. 1,2 y 3 y art. 12, num. 2; PIDCyP art.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

1, inc. 1, y art. 24, inc. 1)- prescriben en favor de la protección integral de la familia y, especialmente, de los niños, de su pleno desarrollo físico, mental, social, económico y, en definitiva, su interés superior.

Así las cosas, es fácil advertir que el Tribunal aborda una situación distinta de la postulada por esta defensa para decidir la encuesta, omitiendo sin motivo la ponderación de las razones normativas que fundamentaban legalmente el planteo impetrado y que, en consecuencia, debieron ser tratadas puesto que resultaban pertinentes para la recta solución de la presente encuesta; no sólo porque esta parte lo postule, sino que, además, porque se compadecen con las razones normativas expuestas por la CNCP (según citas efectuadas), máxime cuando en el auto recurrido se fundamentó una resolución en normas de jerarquía (legal) inferior a las que motivaran la presentación de esta parte (constitucional y derecho internacional de los derechos humanos).

APLICACIÓN PRETENDIDA

En cumplimiento de la manda del art. 463 del digesto ritual, vengo a expresar concretamente cual es la aplicación que se pretende.

En base al análisis precedente, pretendo que la Cámara Nacional de Casación Penal declare la nulidad (por aplicación de los arts. 123, 456 inciso 2do. y 457, todos del CPPN) del auto que no hace lugar al pedido de arresto domiciliario de M.E.M., que fuera promovido por esta defensa oficial.

Lo expuesto, en virtud de lo legislado por el art. 471 del código de forma.

RESERVA CASO FEDERAL

Habida cuenta que a lo largo de este escrito han sido puestas en cuestión garantías de orden constitucional que hacen al debido proceso y a la defensa en juicio, hago expresa reserva del caso federal –art. 14 de la ley 48- para el supuesto de que la decisión que se adopte sea contraria a la pretendida por esta parte.

PETITORIO

1°. Se tenga por interpuesto el presente recurso de casación en tiempo y forma –conf. 463 CPPN.

2°. Lo conceda y le imprima el trámite del art. 464 y ss. CPPN.

MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD

3°. Se tenga presente la reserva indicada en el punto VII. de esta articulación.

4°. Se haga lugar al pedido de arresto domiciliario de M.E.M.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA.

SOLICITO DETENCIÓN DOMICILIARIA*

HAGO RESERVA

Excmo. Tribunal:

Mariana Grasso, Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Rosario, Titular de la Defensoría nº 1, en autos «C., I. d. V. y otra s/ley 23.737», expte. nº 19/08, ante V.E. respetuosamente me presento y digo:

I. OBJETO:

Que vengo por el presente a solicitar a V.E., se le conceda la detención domiciliaria a la señora I. V. C. por aplicación del art. 18 de la Constitución Nacional¹, arts. 11 y 25 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes

* A raíz de la peculiar gravitación de los derechos de los niños en casos de detención domiciliaria, he comenzado a solicitar la fijación de audiencias públicas con participación de asesores de menores en representación de los hijos de las mujeres asistidas por la defensa. Al efecto, he invocado la previsión del art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que hace hincapié en la necesidad de dar intervención al niño en todo proceso que pudiera ocasionarle perjuicios, con cita de la Opinión Consultiva OC -17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial los párrafos 99, 100, 101 y 102 («Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño», Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, Corte IDH, (Ser. A) No. 17/2002). En la misma línea, la ley nº 26.061 declara de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles los derechos y garantías de los niños y adolescentes reconocidos en la CDN y en su propio texto, entre los que se incluye el de intervenir en todo procedimiento que pueda afectarlo y de recurrir, eventualmente, la decisión que pudiera adoptarse (arts. 27, incs. d y e de la ley 26.061).

¹ Art. 18: «Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice».

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

del Hombre², arts. 7 y 10 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³; art. 5 incs. 2º y 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴, art. 11 de la ley 24.660⁵; y art. 314 del CPPN⁶.

II. HECHOS:

La señora C. se halla actualmente detenida en la Unidad 31 del Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza, habiendo sido privada de su libertad el día 31 de octubre de 2007.

Mi asistida tiene 8 hijos: S. D. R. de 11 años, H. M. R. de 13 años, R. A. R. de 15 años, J. R. R. de 17 años, C. R. de 20 años, G. R. de 22 años, H. R. de 24 años y M. C. de 26 años de edad.

El mayor de ellos, M. C., es quien se encuentra a cargo de sus hermanos.

Sólo concurren a la escuela los niños S. D. y H. M., mientras que R. A. y J. R. –a pesar de encontrarse en edad escolar– trabajan con su hermano mayor M., quien se dedica a la confección de pasacalles.

En lo que respecta a G. y C. R., se encuentran actualmente detenidos en la Unidad 1 de Coronda y la Unidad 3 de Ezeiza respectivamente.

² Art. 11: «*Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica...*

Art. 25: «... todo individuo que haya sido privado de su libertad... tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de la libertad».

³ Art. 7: «*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*».

Art. 10, 1: «*Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*».

⁴ Art. 5, 2: «*Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*».

Art. 5, 3: «*La pena no debe trascender de la persona del delincuente*».

⁵ Art. 11: «*Esta ley, con excepción de lo establecido en el artículo 7, es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad. Las cuestiones que pudieran suscitarse serán resueltas por el juez competente*».

⁶ Art. 314: «*El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio*».

Es dentro de este contexto que cabe hacer mención a que la señora C. se separó de su marido hace cinco años, por lo que los niños no cuentan con la presencia del padre en el hogar. De este modo, se ven privados no sólo de su contención a nivel afectivo, sino también del sostén económico que su presencia implicaría, encontrándose así en una situación de desamparo total, toda vez que con los ingresos que aporta su hijo M., no alcanzan a cubrir sus necesidades mínimas. Muestra de ello es que actualmente –con las bajas temperaturas reinantes- carecen en absoluto de ropa de abrigo.

La realidad que les toca vivir a estos niños se ve agravada por el hecho de verse imposibilitados de visitar a su madre en su lugar de detención, puesto que carecen de los recursos económicos necesarios para solventar sus respectivos traslados.

Así, como consecuencia lógica y directa de la ausencia de la señora C. en el seno de su hogar, los niños presentan alteraciones tanto en su potencial escolar –en lo que refiere a aquellos que asisten a clases- como en su comportamiento –en lo que hace a todos ellos-.

En virtud de lo expuesto, vengo a solicitar la detención domiciliaria de la señora C., fundando este pedido tanto en los derechos de nuestra pupila, como así también en los derechos de sus hijos.

III. DERECHO:

La detención de la señora C. perjudica gravemente a sus niños, los que evidencian los perjuicios que les irroga la situación antes expuesta, especialmente en lo que hace a su aspecto psicológico.

La situación generada da una pauta elocuente de que, en el caso puntual, se encuentra gravemente afectado el principio de intrascendencia de la pena, ineludiblemente ligado en el caso, a una lectura holística no sólo de la Convención sobre los Derechos del Niño sino también a los distintos instrumentos internacionales referidos al tema, incluidos aquí la Opinión Consultiva N° 17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, Condición Jurídica y Derechos del Niño, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que «*(l)a consideración rectora del interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior; constituye una pauta cierta que orienta*

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte cuando procede a la hermenéutica de los textos constitucionales» (CSJN, Fallos 324:975).

En otra oportunidad, el más alto Tribunal se pronunció haciendo suyas las palabras del Procurador General de la Nación, en relación a que «*los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés de la autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos*»⁷.

Como consecuencia de todo ello, corresponde hoy a los jueces, en ejercicio del control de convencionalidad, conjugar los derechos en juego y priorizar el interés superior de los niños por sobre el ejercicio de la coerción, tanto más cuanto, en rigor, no se está solicitando aquí la libertad ambulatoria de la encartada sino una forma de detención morigerada.

Es decir, no se sacrifica aquí ningún interés público estatal de coerción personal sino que se lo adapta para conjugarlos con los derechos de protección especial que involucran a la infancia y la adolescencia.

Si se mantuviera en pie el criterio de coerción so pretexto de que no existe norma positiva que contemple la posibilidad de ampliar los supuestos de detención domiciliaria, se estaría llevando a cabo una interpretación inconstitucional por prescindir de un colectivo (la niñez) respecto del cual el Estado posee –insisto– deberes de protección especial.

La casuística de la Convención de los Derechos del Niño, la operatividad de los derechos convencionales y constitucionales y el ejercicio del control de convencionalidad a cargo de la Magistratura dan por tierra con cualquier alegación en ese sentido.

De hecho, si tal fuera el caso, el mismo dictado de precedentes como «Casal, Matías E.», «Llerena» o «Romero Cacharane», todos de la CSJN, carecería de sentido pues, de lege lata, el Código Procesal Penal no prevé

⁷ Del dictamen del la Procuración General de la Nación, al que remitió la Corte, en N.108.XXXIX, «Neira, Luis Manuel y otra c/ Swiss Medical Group S.A.», rta. el 21/8/03.

ni la revisión amplia de la condena, ni la distinción entre juez de instrucción y juez sentenciante en causas correccionales o el control judicial en materia de ejecución de la pena.

Esos precedentes existen porque, precisamente, la CSJN ha llevado a cabo el necesario control de convencionalidad de normas y actos estatales.

Y es indudable que, en materia de niñez y adolescencia, los deberes de especial protección no solo habilitan, sino que obligan a los operadores judiciales a adaptar los esquemas legales de modo de ensamblarlos con el esquema de garantías y derechos reconocidos en la CN y, en general, en el denominado bloque de constitucionalidad.

Así, en la OC 17 ya citada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para el Estado Argentino, reafirma esas nociones: «*88. En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural⁸. En particular, el Comité sobre Derechos del Niño ha enfatizado en su primer comentario general la relevancia del derecho a la educación⁹. Efectivamente, es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia¹⁰, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar¹¹.*»

⁸ Human Rights Committee, General Comment 17, Rights of Child (Art. 24), 07/04/1989, CCPR/C/35, para. 3.

⁹ Committee on the Rights of the Child, The Aims of Education, General Comment 1, CRC/C/2001/1, 17.04.2001.

¹⁰ Human Rights Committee, General Comment 17, Rights of the Child (Article 24), 07.04.1989, para. 6.

¹¹ *Eur. Court H.R., Olsson v. Sweden (no. 1)*, Judgment of 24 March 1988, Series A no. 130, para. 81; *Eur. Court H.R., Johansen v. Norway*, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV, para. 78; y *P.C. and S v. the United Kingdom*, Judgment of 16 July 2002, para. 117.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Una solución que pretendiera negar los deberes de especial protección de la niñez a cargo del Estado no sólo conculcaría la Convención de los Derechos del Niño, sino que lo haría violando elementales pautas de proporcionalidad.

Y es que, de afirmarse que sin ley inferior no puede habilitarse un supuesto de detención domiciliaria, incluso a despecho del interés superior del niño (abarcativo en esta materia de su integridad psicofísica, derecho a ser cuidado por los padres y el deber estatal de protegerlos) tal privación de justicia tendría, en el otro lado de la balanza, una mera diferenciación en el modo de cumplimiento de la pena (en un centro carcelario o en un domicilio) no en la privación de libertad *per se*.

Resulta también oportuno memorar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas sentencias y opiniones deben servir a los jueces como guía al momento de tomar las decisiones¹², ha establecido que «*(l)a protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella*»¹³.

La presente solicitud encuentra, entre sus fundamentos más importantes, la tutela de los derechos de los niños, en virtud de que, debido a la alteración del vínculo natural, con la consiguiente sensible disminución del afecto, proximidad y sostén cristalizado en el apego materno -que resulta de poderosa influencia en la adaptación social del niño y para el desarrollo cognitivo y emocional del mismo-, corren serios riesgos en su salud física y mental con posibles secuelas por el resto de sus vidas.

En cuanto a la prisión domiciliaria, es dable recordar que se trata de un instituto diferente a la excarcelación, ya que deriva de la sustitución de una modalidad de cumplimiento de la prisión preventiva por otra más atenuada y de conformidad con las circunstancias del caso. Si bien la privación de la libertad sigue rigiendo, lo hace bajo ciertas particularidades del caso concreto.

¹² Doctrina de Fallos 318:514.

¹³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/2002, del 28 de agosto de 2002.

«Se trata de una modalidad de ejecución de encierro (pues es detención), y no de una suspensión de la ejecución, lo que corresponde en su caso a la condena condicional»¹⁴.

El proceso penal tutela simultáneamente el interés represivo del Estado y el interés del individuo por la libertad personal; la confluencia de ambos permite reconocer la necesidad de que el sistema de enjuiciamiento asegure el máximo equilibrio posible, a fin de que, en ciertos casos con particularidades características, se tenga acceso a la modalidad de detención peticionada.

Más aún, cuando no existe peligrosidad procesal, no sólo por encontrarnos en etapa de juicio (no corre riesgo el aseguramiento de las pruebas), sino por cuanto la señora C., debido a sus circunstancias particulares (tiene ocho hijos, varios de ellos menores de edad, y una carente situación económica), no podría sustraerse a la acción de la justicia.

Sostuvo al respecto el Dr. Villafuerte Ruzo: «...habiéndose acreditado el estado en que se encuentra la imputada –(en nuestro caso posee ocho hijos, cuatro menores de edad)-..., el derecho reconocido por el ordenamiento procesal resulta extensible y aplicable al presente caso y su denegatoria conculcaría las garantías constitucionales ya indicadas –(la Constitución Nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica)- perjudicando no sólo los derechos que tiene el encausado sino también el niño...»¹⁵.

Al mencionar los peligros concretos y el actual menoscabo psicológico que sufren los niños por la prisión de su madre, verificamos que la medida cautelar adoptada (prisión preventiva), trasciende el ámbito de la persona, deviniendo en inconstitucional.

De esta forma, la falta de contacto con sus hijos de 11, 13, 15 y 17 años, con todo el daño que implica esto para los niños, sumando a ello, los peligros potenciales a que se hayan expuestos, genera daños que van mucho más allá de la medida cautelar que se le ha infringido a mi pupila, trascendiendo tal medida, de manera grosera, la persona del procesado.

¹⁴ De La Rua, Jorge, Código Penal Argentino, pág. 143, Ed. De Palma, 1997.

¹⁵ «Arrua, María Ilma Jaquelina s/ arresto domiciliario en autos 'María Ilma Jaquelina y otros s/ 23.737'», Causa n° 28.173, Juzgado Federal n° 2 de San Nicolás.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

En el supuesto de autos se ha vulnerado claramente el principio de intrascendencia de la pena (y, haciendo una obvia analogía *in bonam partem*, con más razón respecto de las medidas cautelares de encierro, en la que rige el principio de inocencia), previsto en el art. 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que aquella (la pena, o medida cautelar en su caso) no puede trascender la persona del condenado (y con más razón aún la del procesado).

Entiendo que en estos casos la privación de la libertad implica una grave afectación a derechos fundamentales, en especial los vinculados a un trato humanitario, basados en razones físicas y morales; otorgando la ley prioridad a un interés superior al del pronto cumplimiento de la pena, anteponiendo el respeto al «interés superior del niño» y el principio de humanidad de la pena.

Al respecto se expidió el Dr. Tragant, «*En tal sentido debo destacar que la solución que habré de proponer no busca amparar por vía analógica la situación personal de la imputada, sino que tiene únicamente una finalidad tuitiva, fundada en razones esencialmente humanitarias, toda vez que se encuentra en juego la afectación de valores jurídicos superiores como lo son los derechos del niño...*»¹⁶.

En el mismo fallo la Dra. Ángela Ledesma dijo, «*Asimismo, referí que la problemática que rodea al concepto de ‘interés superior del niño’ está dado por la flexibilidad que el término posee, en razón de que «(...) Esta particularidad obliga a los órganos de aplicación de la Convención, ya sea la administración o el Poder Judicial, a asumir la importantísima tarea de ‘descubrir’ qué curso de acción llevará la defensa del interés superior del niño en cada caso particular»* (Martínez Ruiz, Analía: *Interés superior en AA. W. «Convención sobre los derechos del niño»* pag. 101 y 102). *Este mismo criterio, es sostenido por Mary Beloff para quien el concepto implica la permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares (Cfr: La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno en AA. W «La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales» Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 628)»*¹⁷.

¹⁶ CNCP, Sala II Causa nº 7280, «Espíndola, Alejandra Karina s/ recurso de Casación», rta. 27/11/2006, del voto del Dr. Tragant.

¹⁷ CNCP, Sala II Causa nº 7280, «Espíndola, Alejandra Karina s/ recurso de Casación», rta. 27/11/2006, del voto de la Dra. Ledesma.

Por lo expuesto, cuando la prisión preventiva implique la trascendencia a terceros y estén en juego la vida, la salud y la integridad de cuatro niños, se deberá ordenar la detención domiciliaria.

En la presente causa, la detención de la señora C. ha expuesto a todos sus hijos a riesgos concretos en lo que hace a su integridad física y psíquica.

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que debe tenerse presente que «*el niño... necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*».

Dicho ordenamiento legal, en su art. 6 - pto. 1, reconoce que «...*todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida*», y en su pto. 2 que «*Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño*»; debiendo entenderse por niño «...*todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*»¹⁸.

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 4 – pto. 1, afirma el derecho a la vida, expresando que «*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*».

Por lo que, al peligrar la vida cuatro niños –quienes evidencian los perjuicios que les irroga la detención de su madre, tanto en el aspecto físico como psicológico-, de no hacerse lugar a este pedido, se estarían violando normas de raigambre constitucional.

Dicha detención afecta los derechos de estos niños –reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño- que velan por un interés que se encuentra por encima de los derechos de la propia señora C.

A tal fin, también debe partirse de la necesidad de la preservación de las relaciones familiares, puesto 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... Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la*

¹⁸ Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York el 20 de noviembre de 1989. Aprobación. Ley 23.849.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...»¹⁹; «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado»²⁰.

Así lo entiende la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, cuando en su art. 3, al definir el interés superior de la niña, niño y adolescente como «...la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley...», establece que debe respetarse «...c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural...».

Lamentablemente, en el caso que nos ocupa, los niños están muy lejos de poder acceder a su desarrollo dentro de este marco. La ausencia de la figura materna, patrón primordial en la formación de los mismos, los coloca en un estado de inestabilidad que puede llegar a afectar el desarrollo integral de sus personalidades y potencialidades, afectándolos de por vida.

La situación en la jurisdicción adquiere mayor gravedad debido a la ausencia de cárceles federales, extremo que agrava aún más las condiciones de detención al impedir el contacto fluido de mi asistida con su familia de origen.

En este orden, en la OC 17 ya citada se afirma: «77. En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar; salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.»

En virtud de todo lo expuesto, debe entenderse, tal como lo hizo la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa, caratulada «Abregú, Adriana Teresa s/recurso de casación»²¹, voto de la señora Juez Berraz de Vidal en su punto nº VIII, que «*La vigencia y operatividad de esos derechos fundamentales de los niños, evaluados en el caso con un sentido que contempla prioritariamente su interés y conveniencia, ponderando especialmente*

¹⁹ Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño –párrafos 5º y 6º.

²⁰ Art. 23 –pto. 1- del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17 –pto. 1- de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 16 –pto. 3- de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

²¹ Causa nº 6667, resuelta el 29/08/06.

«*las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte*» (*Fallos 293:273*), *debe prevalecer sobre las razones de cautela que pueden justificar un encarcelamiento meramente precautorio. Que, por lo demás, en tanto tratamos con «una modalidad de la ejecución» mantiene la coerción sobre la libertad personal de la imputada en su residencia (De La Rúa, «Código Penal Argentino», pág. 143)».* Agregando luego que «*la forma de actuar ese amparo es reconocer el beneficio... solicitado como alternativa...*».

En igual sentido, en dicha causa se expidió la señora Juez Capolupo de Durañona y Vedia, al manifestar que «*...corresponde asegurar el superior interés de los niños involucrados en el caso, cuya tutela viene impuesta por un orden jerárquicamente superior –Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3, incorporada a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22*».

Cabe citar asimismo, la resolución nº 62/07 de fecha 20 de marzo de 2007 por la que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de Rosario, dispone la detención domiciliaria de la señora Maloni, Marcela Noemí en autos principales «Rodríguez, José María y otros s/ley 23.737», expte. nº 128/06.

En dicha resolución, el citado Tribunal manifiestó que si bien la situación no encuadra dentro de la normativa vigente que contempla la detención domiciliaria –esto es, art. 314 del C.PPN., art. 10 del C.P. y ley 24.660– «*...también debe considerarse que, especialmente desde la reforma constitucional de 1994, la vigencia de las normas de derecho interno debe confrontarse con las de aquellas normas a las que –a partir de dicha fecha– el constituyente otorga jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.), por estar incluidas en tratados internacionales suscriptos por nuestro país. Tal es el caso de la Convención de los Derechos del Niño (Nueva York, 1989) suscripta por la República Argentina y, asimismo, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes...*».

Atendiendo a lo expuesto, el mencionado Tribunal antepone la finalidad de tutelar los inalienables y superiores derechos de los niños, reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, citando a Solari, Néstor E.²², en cuanto sostiene «*...la vigencia y operatividad de esos derechos*

²² En nota a fallo «El Derecho del niño y el arresto domiciliario de una madre con prisión preventiva», publicado en L.L. del 6 de octubre de 2006.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

fundamentales de los niños, evaluados en el caso con un sentido que contempla prioritariamente su interés y conveniencia, ponderando especialmente las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte, debe prevalecer por sobre razones de cautela que pueden justificar un encarcelamiento meramente precautorio».

Dentro de este contexto, debe ser tenida en cuenta la postura del Dr. Gustavo Hornos, quien sin sentar un criterio universal aplicable en todos los casos, no cierra la posibilidad de acceder a una petición como la intentada siempre que se acrediten extremos suficientes y eficaces para hacer valer el interés superior del niño (confrontar voto del Dr. Hornos en causa nº 8687, Sala IV CNCP, caratulada «A., C. E. s/recurso de Casación»).

Por todo lo expuesto, corresponde evaluar en el presente caso la posibilidad de otorgar a la señora C., la detención domiciliaria solicitada.

IV. HAGO RESERVAS:

Al estar en juego en la presente petición derechos consagrados constitucionalmente, para el supuesto caso en que no se hiciera lugar al pedido solicitado, esta defensa hace reserva de recurrir en casación, y del Caso Federal.

V. PETITORIO:

Por todo lo expuesto solicito:

- 1) Se disponga la detención domiciliaria de la señora I. V. C.
- 2) Tenga presente la reserva formulada.

Proveer de conformidad.

SERÁ JUSTICIA.

RECURSO DE CASACIÓN

Exmo. Tribunal:

Cecilia L. Mage, titular de la Defensoría Pública Oficial adjunta N° 11 ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal, en la causa n° 2947 «B.,M.E. – Arresto domiciliario», respetuosamente a V.E. me presento y digo:

OBJETO

Que en legal tiempo y debida forma vengo por el presente a interponer recurso de casación, conforme lo establecido en el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, sobre la base de lo previsto en los incs. 1° y 2° de dicha norma, contra la resolución de fecha 25 de julio y notificada a esta parte el 25 del mismo mes, que rechazó el arresto domiciliario de M.E.B., solicitado el 26 de junio de 2008, todo ello de conformidad con lo normado en el art. 495 del Código Procesal Penal de la Nación, los arts. 11 y 33 de la Ley N° 24.660 y arts. 7, 35 y 37 de la Ley N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

MOTIVOS

El recurso, motivado esencialmente en dos aspectos, radica en primer lugar en la falta de fundamentación exigida por la regulación del art. 123 del Código Procesal Penal de la Nación, por cuanto su descalificación como acto jurisdiccional válido mediante la sanción de nulidad es un imperativo legal por cancelar las garantías del derecho de defensa en juicio, que es manda constitucional. En este sentido, el a quo ha aplicado un criterio estricto y formal sin atender razonablemente las particulares y delicadas circunstancias por las que atraviesa mi asistida y sus hijos, que son reveladas por el legajo de manera objetiva, sin considerar el alcance y las consecuencias negativas que la decisión del Tribunal conlleva para quien represento.

Siguiendo este razonamiento se ha afirmado que: *«...entiendo que a la tesis estricta que propuso el Tribunal Oral, que responde a una significación literal del precepto legal aplicado, aún le correspondía superar ese estadio y observar la armonía*

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

de su rígida posición con los principios constitucionales que fundamentan la pretensión del peticionante, como lo ordena la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver Fallos 318:1905 y sus citas). El dogma de exégesis al que se alude establece que, ante varias interpretaciones posibles de una ley, es necesario elegir siempre aquella que no entre en colisión con la Carta Magna. Es, como lo expone Gullco, precisamente el de interpretar a las normas infraconstitucionales de manera conforme con la Constitución (La preconización del uso de estupefacientes y los límites del control de constitucionalidad, La Ley 2002-C, pág. 425)» (conf. C.N.C.P., Sala IV, voto de la Dra. Berraz de Vidal en la causa «Abregú, Adriana Teresa s/ recurso de casación», causa 6667, rta. el 28/08/06).

En segundo lugar, consideramos que la resolución ha omitido aplicar para dar solución al caso el art. 495 del Código Procesal Penal de la Nación, los arts. 11 y 33 de la Ley N° 24.660 y los arts. 7, 35 y 37 de la Ley N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Asimismo, ha prescindido de las regulaciones que por mandato constitucional del art. 75 inc. 22 estaba obligada a considerar, así como los arts. 2 (inc. 1 y 2), 3, 6 (inc. 1 y 2), 8, 9, 18, 20, 21, 23 (inc. 1º y 2º), 24, 27, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 6 y 7 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre; 16.3 y 25 inc. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 4 inc. 1, 5 inc. 2, 17 inc. 1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1 inc. 1, 23.1 y 24 inc. 1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y finalmente arts. 1, 3, 4 inc. 2, 5 inc. b, 16 inc.d, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; tal como veremos en adelante.

El recurso entonces se encamina a que el Superior case la resolución antedicha y se sirva disponer lo necesario a fin de que le reconozca a la Sra. B. la facultad de cumplir, bajo el régimen de arresto domiciliario, la privación de libertad que actualmente padece. Debo poner de resalto que el pedido tiene como finalidad poner en resguardo los derechos constitucionales que le asisten a mi representada y a sus hijos.

PROCEDENCIA

El presente recurso se articula de acuerdo a las previsiones de los arts. 438 y 463 del Código Procesal Penal. Asimismo, se funda en los motivos previstos en el art. 456 del mismo texto legal.

La resolución resulta recurrible en función de lo dispuesto en el art. 457 del Código Procesal Penal toda vez que es equiparable a sentencia definitiva, ya que impidió a mi asistida la oportunidad de transitar la prisión preventiva bajo la forma de arresto domiciliario, oportunamente presentado. Asimismo, la presentante se encuentra habilitada para realizar el planteo dada su calidad de defensora de la imputada que reviste en el legajo.

Al haberse cumplimentado con todos los requisitos formales de admisibilidad, el recurso se concederá ante el Superior pues, como enseña Fernando De la Rúa, «....el examen debe limitarse a la procedencia o improcedencia de la casación desde un punto de vista meramente formal... con la sentencia se agota la potestad cognoscitiva de la Cámara de Juicio, y le está vedado un examen del fondo del asunto que constituye su objeto... no debe inmiscuirse en la valoración de la exactitud del motivo aducido...» (Cfr. autor citado, «El recurso de casación», pág. 191, Ed. Zavalía).

Por otro lado, debe tenerse especialmente en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció la condición de «tribunal intermedio» de la Cámara Nacional de Casación Penal in re «Casal». De ese modo, resguardó la garantía constitucional de la doble instancia, amparada por los arts. 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, al asegurar al imputado el derecho a un recurso contra la sentencia del tribunal.

Sostuvo entonces el Máximo Tribunal «*Que la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo de rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional y que, por otra parte, es la que impone la jurisprudencia internacional. Es esta la interpretación que cabe asignar a la conocida opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se indica que ‘el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en*

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado’ (Informe 24/92 «Costa Rica», Derecho a revisión del fallo penal, casos 9328, 9329, 9884, 10.131, 10.193, 10.230, 10.429, 10.469, del 2 de octubre de 1992)» (C.S.J.N., «Casal, Matías E. y otro», rta. el 20/09/05, Fallos 328:3399).

Para el caso que V.E. o la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal entendieran que no se trata de resolución equiparable a una sentencia definitiva, formulo expresa reserva de ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, entre muchos fallos ha sostenido que: «*Las sentencias definitivas, a los fines del recurso extraordinario, no son tan solo las que concluyen el pleito, sino también las que causan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior*» (C.S.J.N., «Budano, Raúl Alberto c/Fac. Arquitectura», rta. el 09/06/87, Fallos 310:1045).

ANTECEDENTES DE LA CAUSA

A fin de dotar a la impugnación de autosuficiencia, conforme establece la jurisprudencia elaborada por la Cámara Nacional de Casación Penal (Cfr. Sala I en el precedente «Gargaglione, Filomena» del 06/05/93, causa n° 6, reg. n° 10; Sala II, «Reinaga, Hugo», del 05/03/93, causa n° 3, reg. n° 4; Sala III, «Blanco, Martín» del 16/04/93, causa n° 6, reg. n° 5; entre muchísimos otros), es del caso reseñar el hecho establecido en la sentencia con el objeto de que el recurso se autoabastezca sin que resulte necesaria la remisión a otras piezas del proceso.

En ese sentido, sostuvo la decisión en crisis que: «... *Mediante la presentación obrante a fs. ½ la encartada B. solicitó se conceda el beneficio de arresto domiciliario; mientras que su defensa a fs. 5/7 expresó que la solicitud tiene basamento en que su asistida se encuentra detenida junto a uno de sus hijos de once meses de edad, L.L.B. Señaló que esa sola circunstancia a su criterio ya resultaba suficiente para la concesión del beneficio, sin perjuicio de lo cual B. tiene otra hija de nueve años de edad que vive con su hermana, lo que en definitiva produce un desmembramiento familiar. En definitiva, solicitó se haga lugar a su pedido, por aplicación analógica del art. 459 del Código Procesal Penal de la Nación.*»

«Corrida que fuera la vista pertinente a la Sra. Fiscal General, consideró que debía rechazarse la medida solicitada por no encuadrar la situación de B. en las previsiones de los arts. 10 del Código de fondo, 314 del Código Procesal Penal de la Nación y arts. 32 y ss. de la ley 24.660.»

«Así las cosas, se encuentra el Tribunal en condiciones de resolver el pedido de arresto domiciliario, oportunamente solicitado por la imputada M.E.B., respecto del cual se adelanta habrá de compartirse el criterio propiciado por la Sra. Fiscal General, no haciendo lugar en consecuencia a la medida alternativa de encarcelamiento solicitada por las razones que a continuación se expondrán. Al respecto debe considerarse que la situación fáctica invocada por B. y su defensa para acceder al beneficio impetrado, no encuadra en las claras disposiciones de los arts. 10 del Código Penal, 314 del Código Procesal Penal de la Nación y arts. 32 y ss. de la ley 24.660. En lo atinente a las disposiciones del art. 495 del Código Procesal Penal de la Nación invocado por la Sra. Defensora Oficial, como bien sostiene la Sra. Fiscal General, aluden al diferenciamiento del comienzo de la ejecución de la pena en el caso de mujeres embarazadas o con hijos menores de seis meses, hasta que el bebé llegue a esa edad, momento en que la sentencia debe ejecutarse inmediatamente. Frente al hipotético caso de aplicar analógicamente al caso en estudio el citado art. 495, es decir analizar la concesión del beneficio del arresto domiciliario a personas embarazadas o con hijos menores de seis meses, también debe destacarse que la situación de B. tampoco encuadra en esas previsiones, por cuanto no está embarazada ni su hijo es menor de seis meses de edad. La interpretación referida no importa afectar de manera abusiva los derechos de L.B., ya que no sólo se le permite crecer al amparo de su madre, sino que además conforme el informe actuarial a fs. 285 del cuerpo principal, el menor tiene salidas de recreación, lo retira de la Unidad N° 31 la hermana de la imputada, lo que habla a las claras de integración familiar ya que pasa uno o dos días con su tía y su hermana, para luego regresar con su madre.»

Citando un precedente judicial referente al caso, el Tribunal Oral n° 4 agregó que: *«Asimismo debe descartarse que: «el derecho a que los niños crezcan en el seno de una familia no puede ser interpretado en abstracto y de manera absoluta en contraposición con el resto del ordenamiento legal vigente, sino que debe ser evaluado de acuerdo a las particulares circunstancias de cada caso. Adoptar la postura contraria implicaría además extender la excepción del arresto domiciliario a un sinnúmero de casos, convirtiendo la excepción en regla, en tanto ésta podría ser invocada por todos los padres que de alguna u otra manera, con su ausencia impuesta por el Estado, afecten el normal desarrollo de sus hijos. Es que el art. 33 de la ley 24.660 configura una excepción al principio general de que la prisión debe cumplirse*

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

en establecimientos penitenciarios, por lo que tratándose de una excepción debe ser interpretada de manera restrictiva sin que pueda derivarse ‘per se’ una interpretación extensiva como la solicitada en autos, de principios generales establecidos en los tratados internacionales». «En el caso, -más allá de las lógicas limitaciones e inconvenientes que el encarcelamiento trae aparejado, para quien lo padece como para su entorno cercano- no se advierte que los menores se hallen en situación de desamparo ni de inseguridad material ni moral que habilite a hacer excepción, en aras de garantizar los derechos superiores del niño, al régimen establecido por nuestro Código Penal y en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad». «En todo caso deberá garantizarse el derecho de los niños temporalmente separados de uno de los padres de mantener relaciones personales y contacto directo así como la protección y asistencia mencionadas en la Convención sobre los Derechos del Niño. Existe en nuestro ordenamiento jurídico un régimen legal que prevé proteger los derechos de los hijos menores cuyos progenitores se encuentran intramuros, del que no se advierte en principio conculcación a los derechos de los hijos menores ni violación de los tratados internacionales que los amparan (art. 12 del C.P., arts. 310, 377, 381, 389, 390, 391, 393, 413, 414, 428 y 457)» (C.N.C.P., Sala IV, «Abregú, Adriana Teresa s/ recurso de casación», registro 7749.4., causa 6667).

«En consecuencia, en cumplimiento de las normas legales citadas y de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Fiscal General, el Tribunal Resuelve: NO HACER LUGAR a la solicitud de ARRESTO DOMICILIARIO formulada respecto de M.E.B., por no configurarse a su respecto ninguno de los supuestos contemplados en los arts. 10 del Código Penal, 314 y 495 del Código Procesal Penal de la Nación y 32 y ss. de la ley 24660».

Destaco particularmente que el fallo citado por el Tribunal Oral n° 4 en la decisión que aquí se impugna, corresponde a la opinión del voto en minoría del vocal Hornos, que no fue acompañado por sus colegas de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, quienes postularon hacer lugar al recurso de casación y conceder la detención domiciliaria de Adriana Teresa Abregú bajo la supervisión del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3 de San Martín.

Asimismo, la decisión de la mayoría fue acompañada por el Fiscal ante esa Cámara, resultando que: «durante el término de oficina (arts. 465 y 466 del C.P.P.N.), se presentó el señor Fiscal General ante esta Cámara doctor Juan Martín Romero Victorica, quien afirmó que si bien es cierto que la imputada no

cumple con los requisitos establecidos por el artículo 33 de la ley 24.660, habrá de hacerse lugar al beneficio solicitado y ello así por razones esencialmente humanitarias y toda vez que se encuentra en juego la afectación de valores jurídicos superiores como lo son los derechos del niño, citando los artículos 2.1, 3.1, 6.1, 6.2, 24.1 y 24.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Agregó que los cuatro hijos menores de la imputada se encuentran dispersos por el entorno familiar; al cual se le hace muy difícil proseguir con el cuidado y la manutención de los mismos, sobre todo en el aspecto psicológico, circunstancia que sería perjudicial para la psiquis de los menores. Con esos argumentos, consideró que puede hacerse lugar al recurso interpuesto por la Defensa» (conf. fallo «Abregú» citado).

FUNDAMENTOS DE LOS MOTIVOS DE AGRAVIO

El objeto del recurso es procurar demostrar que el a quo rechazó el arresto domiciliario de mi asistida mediante conclusiones de una aparente logicidad, arribando a conclusiones arbitrarias en cuanto a la inaplicabilidad del instituto, y desoyendo las regulaciones domésticas y regionales que hacen aplicable esa forma de detención.

La interpretación que restrictivamente limita el beneficio a mi asistida pretende dar un viso de excepcionalidad cuando, por el contrario, debe operar el criterio contrario ya que –en consonancia con las regulaciones vigentes por imperio de la Carta Magna-, verificadas las circunstancias o extremos puestos de manifiesto por esta parte al formular y fundar la solicitud de arresto domiciliario, deben entenderse aplicable al caso, a riesgo de contradecir la manda constitucional y convertir la decisión en arbitraría, tal como lo adelantamos.

La solicitud ante el Tribunal Oral en lo Criminal nº 4 tuvo como base el estado de detención en el que se encuentra mi defendida junto a uno de sus pequeños hijos, L.L.B., en la Unidad nº 31 del Servicio Penitenciario Federal. Esta parte considera que dicha circunstancia resulta suficiente para la concesión del beneficio, aunque en el caso en particular se suma a ello que B. es madre de dos niños, L.L.B. nacido el 15/07/07, recién mencionado, y de la niña L.C.R. de 9 años de edad, que actualmente vive con una hermana de la imputada, por lo que su encierro en la unidad carcelaria perjudica severamente al núcleo familiar, máxime si se tiene en cuenta la desmembración que de hecho padece el mismo y la ausencia de la madre que padece la niña.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

No es ocioso destacar que el informe social agregado al legajo (incidente sobre solicitud de arresto fs. 11712), da cuenta de una desmembración prematura del grupo familiar de origen al decir que: *«la causante proviene de un hogar desintegrado tempranamente, no existiendo entre los hermanos lazos afectivos familiares fuertes. A partir de la muerte de su madre (hace unos dieciocho años), la interna y sus hermanos menores mostraron dificultades de conducta y adaptación. (...) En referencia a las actividades laborales, sólo ha realizado actividades laborales de baja calificación, como venta ambulante, no pudiendo acceder al mercado laboral estable.»* Igualmente, no deja de destacar esta parte que el informe aludido, si bien esclarecedor en lo que aquí respecta, no deja de ser sucinto y desprovisto de mayor contenido como el caso lo demanda.

Resulta necesario formular algunas distinciones partiendo de la situación de los niños que viven en las cárceles, y de aquellos que sufren la privación de la libertad de la madre desde afuera de las cárceles, circunstancia ésta que no es de menor gravedad sólo por el hecho de estar extra muros. Ambos casos se ven reflejados en la presente causa, lo cual patentiza o agrava aún más la desintegración aludida.

Nuestra primera afirmación, y que creemos acompañada por un sinfín de argumentos jurídicos y de otras disciplinas como la psicología y la sociología, importa considerar que un niño no debe ser sometido a una primera socialización en un ambiente carcelario. Existirían excepcionales razones para considerar que no sea así y absolutamente ajenas al caso concreto, ya que tal encierro no deja de afectar su evolución madurativa, física y emocional.

La distinción entre los niños que están en la cárcel y aquellos hijos que, por razones de edad como en este caso, quedan afuera de los establecimientos carcelarios, no es en esencia determinante para resolver el caso, en la medida en que existen problemas compartidos (sostén emocional, dificultades económicas, familia disfuncional, etc.), quedando al cuidado de parientes cercanos, abuela materna o tía, o bien en familias con guardas provisionarias cuando el padre no se hace cargo de la crianza de sus hijos. Precisamente éste es el caso de B.

Un niño de hasta cuatro años que vive junto a su madre en un establecimiento penitenciario está también «preso». Recibe por una suerte de propiedad transitiva la misma condena que su madre, aunque con el límite de edad que impone la ley. Los niños se crían en un ambiente violento, y ese

rasgo pasa a ser parte de su modo de vida e identidades personal y social. (conf. B. Richie, «Challenges Incarcerated Woman Faces as They Return to Their Communities: Findings From Life History Interview. Crime & Delinquency», Vol 47,nº 3, 2001, citado por Beatriz Kalinsky y Osvaldo Cañete en «La maternidad encarcelada – un estudio de caso», 2003, CeReID: Centro Regional de Estudios Interdisciplinarios Sobre el Delito Sede: Junín de los Andes – Neuquén, disponible en www.cereid.org.ar). Durante el transcurso de su internación, es objeto de penas suplementarias, además de la restricción ambulatoria, que se consideran como el precio que se debe pagar para no romper el vínculo madre- hijo. El Estado incumple con los derechos del niño de hasta cuatro años, que según lo permite la ley de ejecución penal argentina, vive internado en un establecimiento penitenciario: a la salud, a la recreación, a un ambiente sano y placentero donde pueda alternar momentos de actividad y de descanso genuino, a gozar de vínculos parentales firmes y no ser, sobre todo, destinatario de violencia (conf. Tiendo Fernández, G, «Consideraciones socio jurídicas sobre la violencia contra la mujer», Capítulo criminológico, vol. 29, nº 1, 2001, citado por los mismo autores).

Sobre esta base, es fácil concluir que el informe actuarial al que alude el tribunal de fs. 285 se presenta como insuficiente para paliar la situación ya descripta y menos aún puede razonablemente concluirse que la externación provisoria del niño «habla a las claras de integración familiar», como pretende sostener el Tribunal Oral nº 4 en la resolución en crisis. A ello debe agregarse que –de ahí lo arbitrario de la decisión-, no explica el a quo cómo llega a semejante conclusión de dar por realizada esa integración familiar, por el sólo hecho de que el niño momentáneamente sea separado de su madre para estar con su tía y hermana, sin al menos realizar un estudio serio y específico que lo afirme.

Ningún niño debería ser objeto de penas y menos aún por esta suerte de transitividad. Una socialización temprana dentro del ámbito carcelario deja una huella indeleble en la construcción de su identidad y sus capacidades sociales futuras al igual que el niño o niña que –como L.C.R. -, desde afuera de la cárcel, sufre la privación de libertad de su madre.

A estas alteraciones disfuncionales se suman otras no menos relevantes, como las condiciones materiales y emocionales de vida en prisión y las percepciones y actitudes de la mujer que, además de luchar con el estado de detención que padece, debe realizar su rol materno, cuyas expectativas de

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

cumplimiento dentro de la cárcel se ven frustradas en razón de las condiciones coercitivas propias de un establecimiento carcelario, que impiden los procesos de vinculación tanto con los hijos que, al igual que ella, están encarcelados, como con aquellos hijos que ven imposibilitada su normal relación materno filial cuando se encuentran alejados físicamente de ella.

A ello deben sumarse los aspectos materiales que conlleva el caso, ya que en la situación de autos (y esto es una característica de las madres encarceladas) la insuficiencia de recursos económicos promueve aún más la imposibilidad de relacionarse normalmente con sus hijos. Máxime, si fácilmente se advierte que B. es madre y jefa de hogar, ya que no cuenta con el apoyo de quien resultara ser el padre de los niños. A veces, el quebrantamiento de las normas está entonces en el universo de posibilidades de estas familias, cualquiera sea la razón para cometer un delito, pero que muchas veces parte de la necesidad de dar alimento a los hijos. De ahí que como se afirma razonablemente, las madres que ingresan con sus hijos a las cárceles saben que deberán desempeñar una «maternidad condicionada» (conf. Sandra Enos, «Mothering from inside. Parenting in a Women's Prison», State University of New York Press, 2001, en «La maternidad encarcelada – un estudio de caso», citado más arriba).

Por demás, esta difícil y compleja situación revela la tensión y conflicto de intereses entre los derechos de los niños y su madre con el sistema penal por el cual se mantiene preventivamente detenida a mi asistida. A nuestro modo de ver, y tal como lo expresamos al solicitar el beneficio, dicha problemática no puede resolverse sino procurando atender fundamentalmente a aquellos intereses más sensibles que se encuentran en juego, cuales son los de los menores, adoptando medidas alternativas a la prisión.

En procura del respeto de los derechos de las hijas e hijos de las mujeres en conflicto con la ley penal, manifestó el Comité de los Derechos del Niño que *«le preocupa que en las sentencias no siempre se tenga en cuenta el interés superior del niño y la función de la mujer como madre con responsabilidades para atender a sus hijos»* (conf. Examen de los Informes enviados por los Estados partes en virtud del art. 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Tailandia, CRC/C/THA/CO/2,17/03/2006, párrs. 47 y 48).

En similar dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que: 1. La Convención sobre Derechos del Niño alude al interés

superior de éste (arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. 2. El Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar. 3. 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. (conf. Opinión Consultiva OC 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 28/8/2002).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado este interés y ratificado la aplicación en la jurisdicción interna del Estado de los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado con la preeminencia que la Constitución le otorga, agregando que: «*La atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado [art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño] apunta a dos finalidades básicas, cuales son las de constituirse en una pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos*» (C.S.J.N., «S.C. s/adopción», rta. el 02/08/05).

El Estado, en circunstancias como las de autos, no puede desoir las regulaciones que protegen los intereses de los niños, sin al menos proporcionar una respuesta alternativa a la prisión preventiva que viene purgando en la Unidad penitenciaria, tal como se presenta en este caso, en miras a dar solución y hacer realidad la defensa y el interés superior de los niños, de la familia y, en definitiva, de la propia imputada.

En ese orden de ideas, he de fundar el presente pedido en la aplicación analógica del art. 495 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto dispone que: «*La ejecución de una pena privativa de libertad podrá ser diferida por el tribunal de juicio solamente en los siguientes casos: 1º) Cuando deba cumplirla*

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses, al momento de la sentencia...».

El Tribunal Oral n° 4 no puede desoír el mandato legal bajo la perspectiva de la interpretación restrictiva, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado la aplicación analógica de normas como las analizadas, puesto que la prohibición «... rige sólo en materia penal y no en la procesal, tanto más cuando se invoca en beneficio del procesado y no en su contra...» (C.N.C.P., Sala II, «Navarro Cháves», C. N° 2118, Reg. N° 2738, rta. el 18/08/99).

Con el mismo alcance se ha considerado que: «*es menester señalar que en tanto el caso debate la posibilidad de conceder la detención domiciliaria a un supuesto no contemplado legalmente, alcanza con evaluar su analogía in bonam partem con los supuestos que para la prisión preventiva contempla el artículo 314 del Código Procesal Penal de la Nación, con remisión al artículo 10 del Código Penal*» (C.N.C.P., «Abregú», ya consignado).

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

Es por dichas razones -y también así lo ha entendido la Cámara Federal de San Martín- que la mentada aplicación analógica de dichas normas debe efectuarse «... con más fuerza cuando la interpretación amplia del beneficio del artículo 495 es la que mejor concuerda con los derechos y garantías constitucionales con jerarquía constitucional de una mujer detenida, sin condena, embarazada... En efecto si el legislador contempla el otorgamiento de la suspensión de la ejecución penal cuando está descartada la presunción de inocencia por una condena a pena privativa de libertad, con más razón es aplicable la excepción cuando subsiste esta presunción de inocencia a favor de una mujer embarazada» (C.Fed. San Martín, Sala II, «Maidana», Secretaría N° 4, Causa N° 798, Reg. 676).

En lo que atañe a la analogía, se sostuvo que: «*Es aplicable el art. 495 del Código Procesal Penal de la Nación y los arts. 11 y 33 de la Ley 24.660 al caso*

de una mujer embarazada y procesada debiendo la medida cautelar ser cumplida en un domicilio determinado hasta los primeros seis meses de vida del hijo por nacer» (C.C.C. Fed., Sala I, «Cuenca, Viviana s/ arresto domiciliario», Causa N° 32.673, Reg. N° 1212, Jdo. 7/Sec. 14, rta. el 14/12/2000).

Finalmente, no puede dejar de destacarse que la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su artículo 2.2 que «*Los estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres y con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*», disposición ésta que posee jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN).

A su vez, las garantías aludidas deben hacerse operativas en todos los ámbitos en que se vea comprometida la intervención del Estado. Así, el art. 4 establece que «*Los Estados Partes, adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención.*»

En punto a ello, resulta evidente que la intención del legislador ha sido la de adherir a sanos criterios de humanidad por sobre el efectivo ejercicio del poder punitivo del Estado, posibilitando la postergación del cumplimiento de una medida privativa de la libertad en aras de preservar el interés superior de la persona por nacer, como así también de los niños que han quedado desprotegidos, afectando de este modo severamente sus derechos e intereses. «*La conveniencia de que los niños queden al cuidado de sus padres está reconocida en distintos instrumentos internacionales. Por su parte, la ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes arriba a idéntica conclusión, en tanto los arts. 7, 35 y 37 privilegian el fortalecimiento y preservación de los vínculos familiares*» (Jdo.C.C.Fed. N° 12, Sec. N° 24, «Eva Milagros Clemente s/ inc. prisión domiciliaria», rta. el 21/9/07).

«*El derecho de los niños a la preservación de sus relaciones familiares requiere de una interpretación armoniosa con las disposiciones relacionadas con la privación de libertad. La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de la citada convención y posterior a la ley de ejecución penal, incluyó entre los derechos de aquellos, el de la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con aquella ley, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen*» (Jdo. P.Ec. N° 8, Sec. N° 16, «Incidente de solicitud de detención domiciliaria a favor de C.M. Sayago, en causa Boheme y otros s/ contrabando de estupefacientes», rta. el 2/11/06).

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

De modo que resulta profusa la opinión sentada en los precedentes judiciales que habilitan –merced a los tratados de protección internacional de los derechos humanos-, la prisión domiciliaria en circunstancias como la de autos. Por otra parte, resultaría contrario al principio de igualdad ante la ley reconocido en el art. 16 de la Constitución Nacional, realizar una injusta distinción entre la situación de aquella persona que ha sido condenada y quien aún se encuentra sujeto a una investigación preliminar. Máxime si se considera que, respecto de B., sólo pesan sospechas sobre su responsabilidad en el ilícito que se investiga, manteniéndose plenamente vigente el estado de inocencia al que alude el art. 18 de la Carta Magna.

No es óbice a lo expuesto el hecho que respecto de mi defendida no haya recaído sentencia condenatoria, en tanto el artículo 11 de la ley antes citada regula que «*Esta ley, con excepción de lo establecido en el artículo 7º, es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad....*».

Ni con respecto al niño que se encuentra dentro de la cárcel, ni con relación a la hija que se encuentra fuera, es posible arribar o armonizar los intereses de esta familia, reitero, compuesta por la madre y sus dos pequeños niños, hoy por hoy sin padre y desmembrada, manteniendo el encierro carcelario. Por ello, con razón se ha afirmado que: «*No cabe duda de que las condiciones en las que se desarrolla la vida familiar de los niños implicados, lamentablemente, en esta incidencia de derecho procesal penal, aleja sus posibilidades de desarrollo individual de aquel núcleo elemental, que con tanto celo protege el derecho internacional de los derechos humanos y la normativa interna de relación, en tanto la prisión que por causa legal sufre su madre, además de la consecuente pérdida de contacto directo con ella, les viene turbando, y esto es lo fundamental, la posibilidad de mantener cotidianamente el vínculo entre los cuatro hermanos, escena primaria natural y esencial de la familia*» (conf. considerando 7º del voto de la Dra. Berraz de Vidal en el fallo «Abregú»).

En consecuencia, yerra el Tribunal Oral cuando arriba a una solución que no es compatible con el derecho vigente, ya que el pedido ha sido receptado desde un tiempo atrás por la jurisprudencia para casos análogos al que aquí se presenta, pudiendo traer a colación un pronunciamiento dictado por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en el que se dispuso el arresto domiciliario de una mujer en estado de embarazo, al sostener que «... *la normativa a aplicar en*

el caso será básicamente el artículo 495 del Código Procesal Penal de la Nación y los artículos 11 y 33 de la Ley de Ejecución Penal N° 24.660. Sin perjuicio de lo manifestado, no puede dejar de advertirse que la decisión a adoptar tendrá plena acogida en lo asentado por los artículos 3, 168, 169, 174, 175, 190/6 de la Ley 24.660 y artículos 5 y 145 del Decreto 1136 que reglamenta el Capítulo XI y disposiciones relacionadas de la ley citada; artículos 14 bis, 3er. párrafo, 18 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; artículo 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 4.1, artículo 5.2, artículo 17.14 y artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 10.1, 2 y 3, artículo 12.2^a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 6.1, artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 12.2 de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; artículo 2.1, artículo 3.1, artículo 6.1 y 2, artículo 24.1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño» (C.C.C.Fed., Sala I, «Cuenca, Viviana s/arresto domiciliario», causa N° 32.673, reg. 1212, rta. el 14/12/00. Ver También causa 8965 de la C.N.C.P., «Díaz, Eva Esther s/rec. de casación», rta. el 2/06/08).

También la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, en un reciente fallo, expresó que: «*Interpretamos que resulta aplicable analógicamente el artículo 495, C.P.P.N. y los artículos 11 y 33 de la Ley 24.660 al caso de una mujer embarazada y procesada (in re C.N.C.P., Sala III, causa n° 7280 «Espíndola», rta. 27/11/06, C.C.C., Sala VI, causa n° 28.737 «Villa», rta. 27/12/05 y C.C.C.Fed., Sala I, causas n° 32.673 «Cuenca», rta. 14/12/00 y n° 38.810 «Quichua Quispe», rta. 14/3/2006; entre otras). No obstante, tratándose de una facultad jurisdiccional, corresponde analizar en cada caso la conveniencia de tal excepción» (Sala IV, conf. Causa n° 33.772 «Estrada Mansilla, Mariana Romina s/prisión domiciliaria», rta. el 18/02/08).*

Por ello, no hay duda de que el camino a seguir en estos casos es la búsqueda de alternativas a la prisión. No se trata aquí de justificar que la niña estará acompañada por una tía si justamente de lo que se trata es de la desmembración de este pequeño grupo familiar en el que M.E.B. es la jefa de hogar y único sostén de sus dos pequeños hijos. La inexistencia de probanzas que pudieran hacer presumir que la nombrada pudiera eludir la acción de la justicia constituye otro elemento que otorga mayor sustento al planteo y que, también vale recordar, tampoco ha sido considerado oportunamente por el Tribunal.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Por ello, resulta a nuestro entender reñido con la finalidad de las regulaciones citadas sostener, como lo hace el a quo, que no se limitan los derechos del niño L.B. ya que «*no sólo se le permite crecer al amparo de su madre, sino que además conforme el informe actuarial a fs. 285 del cuerpo principal, el menor tiene salidas de recreación*». Y es que crecer en las condiciones de niño encarcelado abre una brecha de absoluta inconsistencia con los preceptos aludidos ¿Cuál es el concepto de integración familiar que ha delineado el Tribunal Oral con el escaso y adverso material rendido en el legajo? He aquí entonces otro argumento sobre la falta de fundamentación que exhibe el decisorio. Los efectos nocivos e innecesarios de esa primera socialización en la cárcel de L.B. y la situación de desintegración física y espiritual de la niña frente a su madre –único referente familiar de ambos hijos–, parecen evidentes.

«*Por ello consideramos que en el caso de mujeres madres debiera recurrirse a la imposición de sanciones alternativas a la pena privativa de la libertad, toda vez que de comprobarse los efectos nocivos arriba señalados, puede concluirse que la pena en esos casos está siendo cumplida en condiciones de trato cruel, inhumano y degradante, no sólo respecto de la madre, que es a quién se sanciona, sino además extendiéndose hasta sus hijos. Esta situación tornaría inconstitucional la pena aplicada, por violación a los arts. 18 CN, art. 1 de la DUDH, art. 10 del PIDCyP y art. 5.2 de la CADH*» (conf. Ileana Arduino, Leticia Lorenzo y Raúl Salinas, «Mujeres y cárceles: aproximación a la situación penitenciaria en Argentina desde una perspectiva de Género»).

«*La búsqueda de alternativas para evitar las consecuencias que implica el encierro carcelario es una de las reglas por las que el juez debe velar. La posibilidad de disponer una medida menos gravosa para la imputada resulta ajustada a los enunciados constitucionales que rigen en la materia, de lo contrario se estaría limitando la función del juez a un positivismo que prohíbe la interpretación de la ley. Del catálogo de medidas nominadas e innominadas, el juez está facultado a adoptar aquélla que resulte menos gravosa. Esto se deriva de numerosas normas internacionales (arts. 6.1 de las Reglas Mínimas sobre Medidas No Privativas de la Libertad, 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño, 13.1 y 13.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, 20.1 del Proyecto de Principios Mínimos para la Administración de Justicia Penal, la resolución 17 dictada en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delinquiente) lo que demuestra que la posición adoptada por el tribunal resulta acertada y en consonancia con lo*

dispuesto en los arts. 9.3 del PIDCyP y 7.1 de la CADH. De no ser así, deberíamos preguntarnos ¿cuál es el agravio de disponer el arresto domiciliario, que a los fines de la prisión preventiva, sería similar pero en condiciones más dignas? ¿Se han alegado en el caso argumentos sólidos para constatar el peligro de fuga o entorpecimiento en la investigación? La ausencia de respuestas a estos interrogantes, riesgos que debió acreditar el Ministerio Público Fiscal a través del presupuesto periculum in mora, nos llevan a concluir que mantener un encierro cautelar en el ámbito carcelario, existiendo la posibilidad de morigerar aquél con el arresto domiciliario, implicaría reafirmar que la medida cautelar no posee fines cautelares» (del voto en disidencia de la Dra. Ángela Ledesma, C.N.C.P., Sala III, «Comesaña, Teresa Martina s/recurso de casación», rta. el 7/06/2006).

Se advierte entonces que el rechazo a la prisión domiciliaria de B. omite la fundamentación necesaria que exige la regulación procesal (art. 123 del Código Procesal Penal) para finalmente aplicar una solución restringida y contraria a las normas locales que, por vía de una interpretación acorde con los tratados de protección internacional de los derechos humanos, debió haber ponderado en el caso concreto.

Todo ello acredita la pertinencia de la solicitud presentada por lo que, en nuestra opinión, corresponde que V.E. case la resolución haciendo lugar al pedido de detención domiciliaria, modificando el actual encierro preventivo que padece, bajo las condiciones que estime prudente fijar.

PETITORIO

Por todo lo expuesto a VE solicito:

1. Se tenga por presentado el presente recurso de casación en legal tiempo y forma.
2. Se conceda el recurso interpuesto y oportunamente se eleve la causa a la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, a fin de que ese Tribunal haga lugar a los motivos que agravian a esta parte.
3. Se tenga presente la reserva del caso federal.

PROVEER DE CONFORMIDAD.

SERA JUSTO.

SOLICITO PRISIÓN DOMICILIARIA

Señor Juez:

Virginia Sansone, Defensora Pública Oficial ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal, integrante de la *Comisión sobre temáticas de género*, de la Defensoría General de la Nación (Resolución D.G.N. N° 1154/07), me presento ante V.S. en el legajo de ejecución de J.R.,S.Y. y respetuosamente digo:

I. OBJETO

Que vengo por el presente a solicitar la incorporación de S.Y.,J.R. al régimen de prisión domiciliaria previsto en el artículo 33 de la ley n° 24.660, en cuyo sustento acompaña el informe elaborado por el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación.

Si bien esta petición no se sustenta en los supuestos tradicionales de procedencia de esta modalidad de cumplimiento de pena, lo cierto es que pretende evitar que el encierro sufrido por la Señora J.R. se transforme en una medida ilegítima que contravenga derechos consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales, tanto respecto de nuestra asistida, como de su grupo familiar (arts. 14 bis, 16, 18, 75 incs. 22 y 23, CN; arts. 1, 5.1, 17.1, 19, 24, CADH; arts. 1, 4.b y 5.b, CEDAW; art. 9 de la Convención de Belém do Pará; arts. 2.2, 3, 5, 7.1, 8.1, 9.1 y 18.1, CDN).

II. FUNDAMENTOS DE ESTA PETICIÓN

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires condenó a S.Y.J.R. a cumplir una pena de 10 años de prisión, cuyo vencimiento operará el 18 de octubre de 2015.

Dado que el arresto domiciliario no es un beneficio, sino una modalidad de cumplimiento de la pena, nuestra solicitud no persigue que el Estado resigne su potestad de privar de libertad ambulatoria a S.Y.J.R.. En este sentido, nuestra petición sólo pretende mitigar los efectos nocivos del encarcelamiento en el ejercicio de los derechos de nuestra asistida y su

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

familia. Como se verá a continuación, la dinámica del grupo familiar — compuesto por la pareja de S., M.A.M., su madre, S.J.R., sus siete hijos, J.J.R. (17 años), S.M.J.R. (14 años), M.U.J.R. (13 años), L.J.R. (11 años), A.D.M. (7 años), G.J.R. (9 años), R.J.R. (5 años) y su sobrino E.J. (5 años)— nos llevan a fundar esta solicitud, por un lado, en la protección de los derechos de la Sra. J.R., y por el otro, en la protección de cada uno de sus hijos y su grupo familiar.

II. A. La protección de los derechos de S.Y.J.R.

Nuestra Constitución Nacional y los instrumentos internacionales reconocen la importancia de una protección diferenciada para las mujeres (art. 75 inc. 22 y 23, CN). Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos recepta un estándar amplio en términos de igualdad y no discriminación (art. 24, CADH), y lo mismo ocurre con la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, instrumento que insta a los Estados a adoptar medidas protectorias de la maternidad (cf. Preámbulo y arts. 1, 4.b y 5.b, CEDAW). Estas pautas normativas, junto con el artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —el cual destaca la necesidad de que se adopten medidas especiales respecto de las mujeres privadas de libertad— son especialmente importantes para analizar las consecuencias del encierro en la vigencia de los derechos de S.Y.J.R.

En la actualidad existe consenso en punto a que el encarcelamiento tiene un impacto más severo sobre las mujeres que sobre los varones. Se ha estudiado que esto sucede, entre otros motivos, porque en función de su rol social, las mujeres se ven muy afectadas por la ruptura de sus vínculos con familiares y amigos. (Para un examen sobre las diferencias del encierro en las mujeres y sobre las prácticas de discriminación indirecta en las prisiones, ver CEJIL, *Mujeres Privadas de Libertad. Informe Regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay*, Buenos Aires, 2007, p. 11; Almeda E., *Corregir y Castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2002.) Desde la perspectiva de los derechos de las mujeres, y en relación con la vulnerabilidad de las madres que se encuentran en prisión, la doctrina ha destacado que el Estado debe reconocer la necesidad de proteger su interés de desarrollar de modo pleno y efectivo el vínculo con sus hijos (cf. Naredo Molero, «Reclusas con hijos en la cárcel. La punta del iceberg de la sinrazón penitenciaria», en I. Rivera Beiras (coord.) *La*

Cárcel en España en el fin del Milenio —a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria—, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, p. 207). En sentido similar, la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer ha reconocido la importancia de mantener los vínculos para las mujeres detenidas, en especial cuando ellas son las principales responsables de los niños (cf. *Informe de la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer: misión a la Federación de Rusia*, E/CN.4/2006/61/Add.2 Recomendaciones). En efecto, informes recientes sobre las consecuencias del encierro en las mujeres madres han señalado la frecuencia de los problemas de salud mental y emocional debido a la angustia que les provoca la situación de sus hijos, lo que en muchos casos puede exacerbar o provocar serios problemas psicológicos (cf. Quaker United Nations Office, *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas. Informe para los amigos*, Grupo del Proyecto Mujeres en la Cárcel, agosto 2007).

A la luz de estas consideraciones, en casos como el de S.Y.J.R., en el cual el encarcelamiento ha significado la pérdida del contacto cotidiano con sus hijos, la concesión de una medida sustitutiva de la prisión deviene imperativa. En una entrevista mantenida recientemente con mi asistida, ella manifestó que se encuentra muy angustiada por cómo se han dañado sus relaciones familiares. En razón de la lejanía del centro de detención, su pareja tiene escasas posibilidades económicas de afrontar los costos derivados del traslado de toda la familia a la Unidad N° 3 del Servicio Penitenciario Federal, por lo que sólo ve a sus hijos cada dos o tres meses. Una mención especial merece el caso de su hija S.M. Por padecer una enfermedad crónica, el Servicio Penitenciario Federal no autoriza su ingreso al centro penitenciario. En función de ello, desde octubre de 2007, J.R. ha perdido todo contacto con su hija mayor.

El hecho de contar con una familia numerosa y la falta de acceso a recursos económicos que faciliten la visita periódica a su lugar de detención, así como también la fragilidad en la salud de una de sus hijas, no pueden obstaculizar el ejercicio del derecho de nuestra asistida a mantener sus vínculos familiares, más aún cuando el afianzamiento de estas relaciones es una exigencia de la ley para determinar el progreso en el régimen de ejecución de la pena (arts. 2, 16, 17, 158, ley n° 24.660). En supuestos como el aquí tratado, la privación a una mujer de sus vínculos primarios puede tener repercusiones perjudiciales en su integridad física y psíquica y

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

es a la luz de estas consideraciones que resulta necesario encontrar alternativas al cumplimiento de la pena en un centro penitenciario.

En un caso similar al que nos convoca, en el que la salud física y mental de una mujer se encontraba comprometida en razón de la ruptura de sus lazos familiares, la Cámara Nacional en lo Penal Económico confirmó la concesión de un arresto domiciliario a fin de evitar que la pena constituyera una mortificación para la detenida. Para la Cámara, los estándares internacionales obligan al Estado a proteger la integridad física y psíquica de las mujeres que, por su maternidad, padecen el encierro de una manera más crítica (cf. C.N.PEc., Sala A, *Boheme y otros*, rta. 29/11/2006, en especial el voto del Dr. Hendler).

En síntesis, la imposibilidad de S.Y.J.R. de mantener un contacto continuo con sus hijos menores de edad recrudece el aislamiento sufrido por mi asistida y, por lo tanto, profundiza las incidencias negativas de orden psicológico originadas por dicho desprendimiento. En función de estas consideraciones, resulta imperativo contemplar la concesión de su arresto domiciliario a fin de que su encierro no devenga en una medida ilegítima que vulnere sus derechos fundamentales.

II. B. La protección de los/das derechos de los/as hijos/as de S.Y.J.R. y su grupo familiar

Nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales establecen la obligación del Estado de legislar y promover acciones positivas en procura de la protección integral de la familia y de los derechos de los niños (arts. 14 bis y 75 inc. 23, CN y 17.1, CADH). Dichas normas, que refuerzan la necesidad de amparar a los integrantes del núcleo familiar como tales, se complementan con aquellas que otorgan especial protección a la niñez. En relación con la protección de la familia, la Convención Americana impone al Estado la obligación de adoptar medidas para su desarrollo y lo mismo dispone respecto de los niños (arts. 17 y 19, CADH). En similar sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce a la familia como grupo fundamental para el crecimiento y bienestar de la niñez y establece como criterio rector de todo el sistema de protección del «interés superior del niño» (preámbulo, arts. 2.2., 3, 5, 7.1, 8.1, 9.1 y 18.1, CDN).

Sobre la protección de la familia y la niñez, en la Opinión Consultiva nº 17, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el Estado

debe favorecer el más amplio desarrollo de los vínculos familiares y que, para asegurar 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 en la materia (cf. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño*, 28 de agosto de 2002). En sintonía con estos lineamientos, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a todos los tribunales de todas las instancias a prestar especial atención al interés superior del niño, en tanto principio que proporciona un parámetro objetivo para resolver los problemas en el sentido que resulte mayor beneficio para la niñez (CSJN, S.C. s/ *Adopción*, rta.2/08/2005).

Los lineamientos reseñados resultan de especial aplicación al caso que nos ocupa. Esto es así por cuanto las características del grupo familiar de la Sra. J.R. imponen tener en consideración las consecuencias de su encierro para su familia y para sus hijos, tanto desde el punto de vista de su supervivencia económica como desde el estado de salud de cada uno de sus integrantes.

En cuanto a las condiciones de supervivencia, conforme surge del informe elaborado por el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación, desde el encarcelamiento de la Sra. J.R., su grupo familiar afronta grandes dificultades. Si bien la familia recibe algunos subsidios, éstos son insuficientes para el número de integrantes de la familia. En la medida en que el cuidado de sus hijos se lo permite, el Sr. M.A.M. realiza tareas de recolección de papel y de cartón, pero estos ingresos son muy limitados. El Sr. M. no cuenta con ningún tipo de ayuda para la crianza de sus hijos, el cual sería de gran utilidad para permitir la realización de actividades productivas fuera del hogar. Esto es así ya que la madre de la Sra. J.R. tiene serias limitaciones motrices ocasionadas por un accidente cerebro-vascular, un hecho que no sólo le impide asumir tareas de cuidado respecto de los menores de edad, sino que incluso acrecienta las responsabilidades familiares del Sr. M., quien también tiene que hacerse cargo de su cuidado. En este cuadro familiar, durante las horas de ausencia de su padre, los niños J. Y S.M. asumen las tareas del cuidado del hogar. Si bien este hecho fortalece al grupo familiar, también tiene un costo muy alto para el desarrollo personal

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

de los jóvenes que no han llegado a la adultez, más aún si se tiene en cuenta que del relato del padre surge que el ambiente social en el que se desenvuelven es inseguro, lo que exige mayores cuidados, tanto para el Sr. M. como para los adolescentes.

En cuanto a las condiciones de salud psíquica y física de los hijos de S.Y.J.R., es importante tener en cuenta que si bien están al cuidado de su padre, lo acuciante es que se encuentran privados del contacto materno, el cual se ve acentuado por el hecho de que sólo pueden visitar a su madre cada dos o tres meses. Es sabido que el encarcelamiento de una mujer tiene repercusiones negativas en el desarrollo psicosocial de sus hijos ya que ellos pueden experimentar depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o dependiente, retramiento, regresión y hasta problemas de alimentación (Comisión sobre temáticas de género, *Limitaciones al encarcelamiento: La situación de las mujeres embarazadas o con hijos menores de edad*, Edición del Departamento de Comunicación Institucional de la Defensoría General de la Nación, 2007). En el caso de la familia de S.Y.J.R. esta situación es particularmente preocupante. El informe del Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación ha reflejado la congoja que padecen los hijos de la Sra. J.R. ante la ausencia de quien tenía un rol activo en la crianza de cada uno de ellos. Especial consideración merece S.M., a quien por sus problemas de salud, la Jefatura de la Sección de Asistencia Médica de la Unidad Penitenciaria N° 3 le ha prohibido su ingreso al centro penitenciario desde el 19 de octubre de 2007, por lo que desde esa fecha la niña no ha vuelto a ver a su madre. Por otra parte, además de tener un impacto en su desarrollo psicológico, el encarcelamiento de la Sra. J.R. ocasiona perjuicios importantes en la salud física de sus niños. Si bien todos tienen las vacunas al día, ninguno de ellos cuenta con controles regulares de salud dado que el Sr. M. no tiene posibilidades de asumir esta tarea, sin poner en riesgo la alimentación diaria de sus hijos. Nuevamente, la situación más grave es la de S.M., quien no tiene los controles médicos necesarios para su afección. En el legajo de ejecución se han documentado los problemas pulmonares y de diarrea crónica que sufre la nombrada, y el informe elaborado por el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad confirma esta información, agregando que estos episodios serían síntomas de una afección en la médula espinal que requiere un tratamiento continuo en el Hospital Garrahama.

Frente a este panorama, el cual patentiza que el encarcelamiento de una persona afecta derechos fundamentales de niños ajenos al conflicto penal, el Estado no puede permanecer indiferente y debe brindar una respuesta alternativa a la prisión. El principio de trascendencia mínima de la pena exige que la decisión que se adopte tome en cuenta la situación de los niños a fin de que la sanción no se extienda injustificadamente (cf. Eugenio Zaffaroni, *Derecho Penal, Parte General Penal*, § 11-III, Buenos Aires, 2002, p.124). Este tipo de análisis no es más que el resultado de lo estipulado por nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a ella, los cuales expresamente enuncian los derechos de los niños a crecer y desarrollarse en un ámbito familiar que también merece la protección estatal.

J.J.R., S.M.J.R., M.U.J.R., L.J.R., A.D.M., G.J.R. y R.A.J.R. se encuentran creciendo en condiciones que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales consideran violatorias de sus derechos fundamentales. Y esto es así en razón de que, por el momento, el Estado sólo ha privilegiado el castigo de la Sra. J.R., sin haber contemplado las soluciones que más se ajustan a nuestro marco normativo. El informe social agregado a fs. 68/70 es contundente en cuanto a que, desde el punto de vista social, la prisión domiciliaria mejoraría la dinámica intrafamiliar, sobre todo teniendo en cuenta el estado de salud de la menor S.M.J.R.. La misma situación se encuentra corroborada por el informe elaborado por el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación.

Casos similares al aquí planteado han recibido un tratamiento adecuado por parte de nuestros tribunales. En efecto, existen pronunciamientos destacables que, privilegiando el interés superior del niño, han zanjado el vacío legal existente en la ley 24.660 y han dispuesto prisiones domiciliarias en supuestos en los que el encarcelamiento afectaba la salud física y psicosocial de menores de edad que no se encontraban detenidos con su madre. Así, por ejemplo, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata reconoció la procedencia de la prisión domiciliaria en el supuesto de una mujer, madre de tres hijos, al verificar una situación «[...] psicológica, social y familiar disvaliosa para los menores», en tanto la medida alternativa permitía no interferir en el vínculo filial-materno (C. Fed. Ap. Mar del Plata, Expte. N° 5.254/2 del registro de la Secretaría Penal, rta. 1/6/07).

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Asimismo, en otro caso, la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió que «La vigencia y operatividad de los derechos fundamentales de los niños, evaluados en el caso con un sentido que contempla prioritariamente su interés y conveniencia, ponderando especialmente «las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte» [...] debe prevalecer por sobre las razones de cautela que pueden justificar un encarcelamiento meramente precautorio» y por estos argumentos confirmó la decisión que concedía un arresto domiciliario (C.N.C.P., Sala IV, A.A.T. *s/recurso de casación*, rta. El 29/08/2006). En sentido similar, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Rosario concedió un arresto domiciliario para salvaguardar el interés superior de los siete hijos menores de edad de la imputada, quienes habían manifestado gran inestabilidad emocional a partir del encarcelamiento de su madre (TOC. Fed. Rosario N° 2, *J.G. s/ Ley 23.737*, rta. el 9/08/2007). Similares pronunciamientos fueron dictados por el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 12, por el Juzgado de Instrucción N° 5 y por el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 8, cuyas resoluciones confirman el criterio que aquí propugnamos (Cf. Jdo. Crim. Corr. Fed. N° 12, *E.M.C. s/ inc. prisión domiciliaria*, rta. el 21/09/07, Jdo. Inst. 5, Sec. 116, *Incidente de morigeración de la prisión preventiva de S.A.F.*, rta. el 30/06/2006, Jdo. Penal Ec. N° 8, Sec. 16, *Incidente de solicitud de detención domiciliaria a favor de C.M.S., en causa B. y otros s/ contrabando de estupefacientes*, rta. el 2/11/2006).

Finalmente, es importante destacar que en el mes de noviembre de 2007, el Congreso Nacional dio media sanción a un proyecto de ley presentado por las Diputadas Diana Conti y Marcela Rodríguez (OD 1261, 2007), el cual, a través de la modificación de los artículos 32, 33 y 35 de la ley 24.660, habilita al juez de ejecución a disponer el cumplimiento de la pena en detención domiciliaria a la mujer madre de niños. En sus fundamentos, el proyecto destaca la importancia de favorecer el vínculo materno –filial en los primeros años de vida y de adoptar medidas tendientes a la protección de la familia y de la niñez. Este proyecto de ley se ajusta a lo preceptuado por nuestro marco constitucional, pero también recepta los principios plasmados en la ley n° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la cual en los artículos 3, 4, 7, 33, 35 y 37 privilegia el interés superior del niño y el fortalecimiento y preservación de los vínculos familiares.

En síntesis, la precariedad económica en la que se desarrollan los hijos de la Sra. J.R. y su vulnerabilidad en cuanto a su salud psico-física obligan a evaluar la concesión de su arresto domiciliario para cesar con las afectaciones de sus derechos fundamentales.

III. PETITORIO

Por los argumentos desarrollados, solicito a V.S.:

- 1) Que tenga por presentado el informe elaborado por el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación.
- 2) Que disponga la incorporación de S.Y.J.R. al régimen de prisión domiciliaria, bajo las condiciones que V.S. estime correspondan.

Defensoría de Ejecución, mayo de 2008.

**SOLICITA SE DISPONGA ARRESTO DOMICILIARIO EN
CARÁCTER URGENTE - FORMULA RESERVAS.**

Señor Juez:

Ignacio F. Tedesco, Defensor Oficial Ad-Hoc, interinamente a cargo de la Defensoría Oficial ante los Jueces y Cámara en lo Penal Económico N° 2, y de la Defensa de I.N.R.D.A., en la causa N° 11.130, seguida por la presunta comisión del delito de contrabando de estupefacientes, en trámite por ante ese Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 5, a vuestro digno cargo, Secretaría N° 10; y con domicilio constituido en Av. de los Inmigrantes 1950, piso 4°, Of. «424», de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a V.S. respetuosamente me presento y digo:

I. OBJETO DE LA PRESENTACIÓN.

Que atento el estado de detención que pesa sobre la Sra. R.D.A., y de conformidad a lo normado en el art. 495 del C.P.P.N, y los arts. 11 y 33 de la Ley N° 24.660, vengo por la presente a solicitar se le reconozca a mi asistida la facultad de cumplir, bajo el régimen de arresto domiciliario, la privación de libertad que actualmente padece. Ello, sin que el presente pedido implique desistimiento de la solicitud de excarcelación oportunamente efectuada por esta defensa, y que actualmente se encuentra en trámite por ante la Excma. Sala B de la Cámara de Apelaciones del Fuero –Incidente de Excarcelación de la nombrada, registrado bajo el N° 56.681-.

II. ANTECEDENTES DEL CASO. SITUACIÓN PERSONAL Y FAMILIAR DE MI ASISTIDA.

A la Sra. R.D.A. se le imputa el hecho consistente en el intento de exportación de sustancia estupefaciente, que por su cantidad se encontraría destinada a su comercialización. Por ese hecho fue indagada y luego procesada como autora penalmente responsable (art. 45 del C.P.) del delito previsto en el art. 866, párrafo segundo, en función del art. 854 inc. «d», todos ellos del Código Aduanero (ley 22.415), en grado de tentativa (art. 871 del C.A.).

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Esta defensa oportunamente solicitó su excarcelación, y denegada que fuera por V.S., se inició la vía recursiva por ante el Superior a la que hice referencia *ut supra*.

En cuanto a las condiciones personales de mi defendida, no puedo dejar de apuntar que la Sra. I.N.R.D.A. es argentina y tiene arraigo en este país, dado que reside en el Partido de La Matanza, Pcia. de Buenos Aires, junto a sus tres hijos: dos de ellos menores de edad (de 19 y 5 años), y la tercera de 21 años, que a su vez tiene un hijo de tres años que vive con el grupo familiar descripto.

Por su parte, el marido de mi asistida se encuentra detenido en España, motivo por el cual la Sra. R.D.A. resulta ser único sustento de familia e integrante esencial de dicho grupo familiar: reviste tanto la figura materna, como la paterna. Es por ello que resulta necesario poner de resalto que en la actualidad, atento a su estado de detención, la persona a cargo de todo el núcleo descripto (A.V.A. de 19 años, E.F.A. de 5, y S.G. de 3) es su hija G.A., quien contando con sólo 21 años, debe estar a cargo de tres menores, y sin contar con ingresos propios.

Respecto de sus condiciones de vida, debe señalarse que conforme lo ha manifestado en oportunidad en que se le recibiera declaración en los términos del art. 294 del C.P.P.N., la nombrada es ama de casa, por lo que subsiste gracias a ser beneficiaria de un plan familiar, con el que debe satisfacer las necesidades básicas del grupo descripto.

Es decir, a la hora de evaluar el pedido que en este acto impetro, deberán tenerse en consideración las precarias condiciones de vida *ut supra* apuntadas, la compleja situación familiar de mi asistida, como el deteriorado nivel socio económico del grupo a su cargo.

Con relación al domicilio en el que mi asistida deberá permanecer (de tener acogida favorable la presente solicitud) resulta ser el mismo en el que la nombrada vivía hasta al momento de su detención, y en el que actualmente reside el resto de su grupo familiar, esto es en la calle CCC., Partido de La Matanza, Pcia. de Bs. As.

III. FUNDAMENTOS. APLICABILIDAD DEL INSTITUTO.

El presente pedido tiene como finalidad resguardar los derechos que constitucionalmente le asisten tanto a mi asistida, como a sus hijos menores

de edad. Derechos no sólo reconocidos constitucionalmente, sino además contemplados en los Pactos Internacionales a ella incorporados y que revisten igual jerarquía (arts. 14 bis. tercer párrafo, 18 y 75 inc. 22 de la C.N., arts. 5 y 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 5.2., 5.3, 17.4 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y arts. 2.1, 3.1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

En este orden de ideas, he de fundar el presente pedido en la aplicación analógica del art. 495 del C.P.P.N., en cuanto dispone: «*la ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal de juicio solamente en los siguientes casos: 1º) cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses, al momento de la sentencia...*».

Al respecto, cabe destacar que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han aceptado la aplicación analógica de normas como la analizada, puesto que la prohibición «...rige sólo en materia penal y no en la procesal, tanto más cuando se invoca en beneficio del procesado y no en su contra...» (C.N.C.P., Sala II, «Navarro Chaves», reg. N° 2738, rta. el 18/08/99).

Nótese que si el supuesto contemplado en el artículo arriba transcripto tiene un ámbito de aplicación dirigido a personas condenadas respecto de las cuales existió un juicio de culpabilidad (C.P.P.N., Libro V, Ejecución), con más razón debiera aplicarse en el caso, tratándose de una persona procesada, aún en la etapa instructoria del proceso penal, y cuya inocencia se presume (art. 18 C.N.).

Así ha receptado la jurisprudencia el alcance de la aplicación analógica del art. 495 del C.P.P.N., señalando que «...si el legislador contempla el otorgamiento de la suspensión de la ejecución penal cuando está descartada la presunción de inocencia por una condena a pena privativa de la libertad, con más razón es aplicable la excepción cuando subsiste esta presunción de inocencia...» (causa «Maidana», C.F.S.M., Sala II, N° 798, rta. el 27/05/97).

Por su parte, el art. 11 de la Ley 24.660, reza: «esta ley, con excepción de lo establecido en el art. 7º, es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad. Las cuestiones que pudieran suscitarse serán resueltas por el juez competente.»

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

En este sentido, con fecha 2 de noviembre de 2006, el Juzgado en lo Penal Económico N° 8, en el Incidente de solicitud de detención domiciliaria a favor de Claudia Miriam Soyago en causa N° 598/006 «Actuaciones por separado en causa Boheme Francisco Daniel y otros s/contrabando de estupefacientes», resolvió disponer el arresto domiciliario de la imputada, que se encontraba detenida en prisión preventiva. El magistrado a cargo del citado juzgado, señaló en el considerando XIV «*que, asimismo cabe aclarar que esta medida es aplicable tanto a los sujetos que finalmente resulten condenados como a los que se encuentren pendiente de resolución firme o en donde haya de tramitar la totalidad del juicio ya que por aplicación del art. 11 de la ley 24.660 se establece una equiparación legal entre el penado y el procesado».*

IV. ADMISIBILIDAD

Debo señalar que en el evento, si bien no se dan los supuestos contemplados en la ley de 24.660, lo cierto es que jurisprudencialmente se ha hecho lugar a solicitudes equiparables a la presente, en base a un entendimiento armónico de las normas arriba citadas.

En tal sentido, se ha dicho que «...*si bien por las disposiciones del art. 10 del C.P y 33 de la Ley 24.660 no se prevé, en principio, la detención domiciliaria para casos como el presente, cabe recordar que entre varias interpretaciones posibles de una ley, es necesario elegir siempre aquella que no entre en colisión con la Constitución Nacional*» (cons. IV, Incidente de solicitud de detención domiciliaria a favor de Claudia Miriam Soyago en causa N° 598/006, op. cit.).

En la causa «Abregú», la Sala IV de la C.N.C.P concedió la detención domiciliaria solicitada considerando que «...*tal como lo manifestara el Sr. Fiscal General ante esta Cámara al prestar su anuencia al requerimiento de la impugnante, aún cuando no se configuran en el caso los supuestos previstos legalmente para su procedencia (Ley 24.660, art. 33), corresponde asegurar el «superior interés» de los niños involucrados en el caso, cuya tutela viene impuesta por un orden jerárquicamente superior (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3, incorporada a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22)*» (del voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia, Reg. 7749, de fecha 29 de Agosto de 2006).

Por su parte, en el fallo «Espíndola», la Sala III de la C.N.C.P, por mayoría, otorgó el beneficio de la prisión domiciliaria a la acusada del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización «...*pues es la*

solución que se compadece con la corta edad de los niños implicados y concilia los derechos de los infantes, las facultades y obligaciones que como madre tiene la acusada respecto de ellos y la necesidad de asegurar su presencia en el juicio, solución que tiene únicamente una finalidad tutitiva por encontrarse en juego la afectación de valores jurídicos superiores como son los derechos del niño». (C.N.C.P., Sala III, Espíndola, A., K. s/rec. de Casación, rta. 27/11/2007).

V. RESERVAS

Finalmente, en virtud de encontrarse comprometidas garantías de orden constitucional, como ser el derecho a la libertad durante el proceso, el principio de inocencia, el principio de razonabilidad y legalidad, y normas de carácter supranacional, como lo son las Convenciones y Pactos *ut supra* citados, esta parte hace reserva del Caso Federal.

Asimismo, y como consecuencia de estar en juego la correcta interpretación y/o aplicación de la ley de forma, se hace reserva de recurrir en Casación.

VI. PETITORIO

Es por todo lo expuesto que esta defensa solicita respetuosamente de V.S.:

1. Se tenga por presentado el presente pedido, de acuerdo con lo normado por los arts. 495 del CPPN y 11 y 33 de la Ley 24.660.
2. Se conceda a **I.N.R.D.A.** la posibilidad de cumplir bajo la modalidad de arresto domiciliario, su actual detención.
3. Se tengan presentes la reservas efectuadas.

Proveer de conformidad,

SERA JUSTICIA.

APÉNDICE

Ley N° 26.472*

Artículo 1º.- Modifícase el artículo 32 de la Ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera:

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;
- b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
- c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- d) Al interno mayor de setenta (70) años;
- e) A la mujer embarazada;
- f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

Artículo 2º.- Modifícase el artículo 33 de la Ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera:

La detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución o competente.

* Sancionada el 17 de diciembre de 2008. Publicada en el Boletín Oficial el 20 de enero de 2009.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

En los supuestos a), b) y c) del artículo 32, la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social.

El juez, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

Artículo 3º.- Modifícase el artículo 35 de la Ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera:

El juez de ejecución o competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención, cuando:

- a) Se revocare la detención domiciliaria;
- b) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal;
- c) Se revocare la condenación condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal;
- d) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso que el condenado haya violado la obligación de residencia;
- e) La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.

Artículo 4º.- Modifícase el artículo 10 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera:

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 corresponda su alojamiento en un establecimiento hospitalario;
- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;

- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- d) El interno mayor de setenta (70) años;
- e) La mujer embarazada;
- f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

Artículo 5º.- Modifícase el artículo 502 del Código Procesal Penal de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente manera:

El juez de ejecución o competente, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

Artículo 6º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Resoluciones de la Defensora General de la Nación

Resolución D.G.N. N° 1024/05

Buenos Aires, 1º de septiembre de 2005.

VISTO:

Lo dispuesto en el art. 51 incisos d) y m) de la Ley 24.946, y

CONSIDERANDO:

Que resulta necesario diseñar y organizar un régimen de visitas carcelarias que asegure y garantice un estricto control de los plazos y condiciones en que se ejecuta la privación de libertad de quienes cuenten con la asistencia de Defensores Públicos Oficiales.

Que por Resolución DGN 171/01 se resolvió modificar el art. 6 de la Res. DGN 253/99, quedando «a criterio de cada uno de los Sres. Magistrados del Ministerio Público de la Defensa, la periodicidad de las visitas a sus asistidos siempre y cuando ello no afecte la efectiva y adecuada comunicación».

Que la laxitud de la disposición reglamentaria vigente impide un adecuado control de los plazos y condiciones en las que se ejecuta la privación de libertad, razón por la cual corresponde establecer la obligatoriedad de, cuanto menos, una visita mensual a los centros de detención.

Que las referidas visitas han de ser cumplimentadas por el Sr. Defensor a cargo de la dependencia, o bien por quien legalmente lo subrogue o reemplace, pudiéndose autorizar su concreción por el funcionario de mayor jerarquía de la dependencia, siempre que razones de servicio así lo aconsejen. En todos los casos, los Sres. Defensores Públicos Oficiales deberán remitir a la Comisión de Cárcel de esta Defensoría General de la Nación un informe mensual detallando los siguientes datos: a) identidad de la persona entrevistada; b) el órgano jurisdiccional a cuya disposición se encuentra detenida; c) situación procesal; d) en su caso, fecha de cumplimiento de la pena y e) demás información que se detalla en la planilla que como anexo se acompaña a la presente.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Que la obligación de visita del defensor que haya intervenido en la etapa de juicio oral y público, en aquellas jurisdicciones donde no exista defensor de ejecución, no cesa con la condena, sino que se modifica su periodicidad que se establece en tres meses.

Que los señores Titulares de la Comisión de Cárceles y los funcionarios y/o empleados bajo su dependencia deberán confeccionar un listado actualizado de detenidos a disposición de la Justicia Nacional y Federal que posean Defensa Oficial y deberán controlar la periodicidad de las visitas realizadas en el marco de la presente resolución.

Con respecto a las visitas de detenidos alojados en extraña jurisdicción, los Señores Defensores Públicos Oficiales podrán requerir la colaboración del titular de la dependencia más cercana al lugar de alojamiento, o requerir expresa y puntualmente la colaboración del Defensor de Ejecución, en cuyo caso deberán remitir las planillas de visita y demás antecedentes necesarios para que el magistrado mencionado cumpla con el referido cometido.

Por las razones expuestas, y de acuerdo con las atribuciones conferidas por los artículos 11, 51 incisos d) y m) de la Ley 24.946,

LA DEFENSORA GENERAL SUSTITUTA

RESUELVE:

I. REESTABLECER la obligatoriedad de una visita mensual de los Señores Defensores Públicos Oficiales a todas las personas asistidas y/o representadas por la Defensa Oficial que se encuentren alojadas en dependencias del Servicio Penitenciario Federal, sean éstas mayores o menores de edad.

II. HACER SABER que las referidas visitas han de ser cumplimentadas por el Sr. Defensor a cargo de la dependencia, o bien por quien legalmente lo subrogue o reemplace, pudiéndose autorizar su concreción por el funcionario de mayor jerarquía de la dependencia, siempre que razones de servicio así lo aconsejen.

III. DISPONER que, luego de finalizadas las visitas y en forma mensual, los Señores Defensores Públicos Oficiales deberán remitir a la Comisión de Cárceles de esta Defensoría General de la Nación, un informe detallado con los datos de las personas entrevistadas, de acuerdo con la información requerida en la planilla que se anexa a la presente.

IV. SEÑALAR que la obligación de visita del defensor que haya intervenido en la etapa de juicio oral y público, en aquellas jurisdicciones donde no exista defensor de ejecución, no cesa con la condena, sino que se modifica su periodicidad que se establece en tres meses.

V. ORDENAR a los señores Titulares de la Comisión de Cárcel, funcionarios y/o empleados bajo su dependencia que deberán confeccionar un listado actualizado de detenidos a disposición de la Justicia Nacional y Federal que posean Defensa Oficial y supervisar el cumplimiento de las visitas dispuestas en el marco de la presente resolución.

VI. ESTABLECER que, con respecto a las visitas de detenidos alojados en extraña jurisdicción, los Señores Defensores Públicos Oficiales podrán requerir la colaboración del titular de la dependencia más cercana al lugar de alojamiento, o requerir expresa y puntualmente la colaboración del Defensor de Ejecución, en cuyo caso deberán remitir las planillas de visita y demás antecedentes necesarios para que el magistrado mencionado cumpla con el referido cometido.

VII. DEROGAR los puntos I y II de la Resolución DGN 171/01, artículo 2º de la Res DGN 896/99.

VIII. COMUNICAR la presente al Sr. Secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, al Señor Procurador Penitenciario y al Sr. Director del Servicio Penitenciario Federal.

Protocolícese, regístrese, hágase saber a la totalidad de los Señores Defensores Públicos Oficiales y oportunamente, archívese.

Fdo. Stella Maris Martínez

Defensora General Sustituta

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

Resolución D.G.N. N° 896/07

Buenos Aires, 14 de junio de 2007

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que se ha analizado especialmente en este ámbito la preocupación relativa a la necesidad de reasegurar los derechos y garantías de los internos alojados en las dependencias del Servicio Penitenciario Federal en la instrucción de las actuaciones labradas por las autoridades penitenciarias en ejercicio de las atribuciones disciplinarias previstas por la ley (Res. DGN N° 868/07).

Que así se ha señalado la necesidad de reformas concretas en las reglamentaciones de la Ley N° 24.660, para lo que se ha procurado una participación activa de este Ministerio Público de la Defensa en ese sentido; como también distintas acciones para que se lleven a cabo a modo de paliativos en esa transición.

Que por otra parte también resulta esencial a los intereses encomendados «suscitar, bajo los nuevos lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales, la reducción de la aplicación del instituto de la prisión preventiva a su mínima expresión de acuerdo a las directrices internacionales» (Taller «Privación de la Libertad –Alternativas y Estrategias–»; X Reunión Anual del Ministerio Público de la Defensa, coordinado por la Sra. Defensora Pública Oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal, Dra. Eleonora Devoto y del Sr. Defensor Público Oficial ante los Juzgados en lo Criminal de Instrucción, Dr. Sergio Paduczak).

Que ambas problemáticas, cada una con sus cuestiones específicas se encuentran recibiendo tratamiento en este ámbito, pero que resulta necesaria su relación o entrecruzamiento en tanto la restricción a la libertad de la prisión preventiva también puede encontrar reducción mediante la aplicación de los supuestos de la Ley N° 24.660 a los presos preventivos, atenuando la modalidad de su «cumplimiento» (CAFFERATA NORES, José I. ¿*La ley 24.660 da cabida a una «semi-prisión preventiva» o a nuevas hipótesis excarcelatorias?*, en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 3º edición, pág. 211).

Así Zaffaroni afirma que las prerrogativas o atenuaciones en el encierro reconocidos a los penados deben extenderse a los que cumplan pena sin condena, pues la identidad del encierro resulta material (pena) y también deriva del reconocimiento normativo del art. 11, por el que se le reconocen también al imputado (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2000, pág. 959).

No reconocer una «inequivalencia» a favor del imputado en relación con el condenado resulta contrario a principios fundamentales de nuestro Estado, pero lo que causa directa alarma jurídica es ubicarlo en una situación de agravamiento de tratamiento debido a su condición de inocente.

El estado de nuestra normativa y de nuestra jurisprudencia –en términos generales- permite supuestos semejantes. Ello suele justificarse en que si se permitiera a los procesados ser incorporados al período de prueba, estarían en condiciones de estar alojados en sectores abiertos, y hasta de solicitar la incorporación al régimen de salidas transitorias o semilibertad, desvirtuando la prisión preventiva. No se soslaya que en estos supuestos correspondería la libertad –excárcelación-, toda vez que ya se habrían neutralizado los peligros de fuga y de entorpecimiento de la investigación. En este sentido, se ha mencionado que: «...Así, con el fin de determinar el momento en que un preso preventivo debe obtener la libertad antes de que la medida cautelar se transforme en la pena misma, se deben utilizar los plazos que la ley establece para obtener las salidas transitorias y la semilibertad. En ese momento, el preso preventivo obtendrá la libertad y no las salidas transitorias o semilibertad en la prisión preventiva. De este modo, nunca llegará a equiparar la situación de la medida cautelar y la condena, pues, si hubiese sido condenado habría obtenido las salidas transitorias o semilibertad, y no la libertad. Una vez condenado, entonces, podrá cumplir el resto de la condena, en salidas transitorias o semilibertad, o si el tiempo que le resta cumplir lo permite, la aplicación de la prisión discontinua y semidetención.»(Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo», por Natalia Sergi, libro «Homenaje al profesor Julio B. J. Maier», AA.VV, Ed. del Puerto, Bs. As., 2004).

Entonces, al preso preventivo debe posicionárselo en mejores condiciones que al condenado (principio de inequivalencia), o al menos, iguales en aplicación de principios fundamentales de nuestro sistema como el de razonabilidad o proporcionalidad. Ello, especialmente, a aquellos procesados

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

que registran condena no firme y que por imperio de la «reformatio in pejus» no resulta posible el agravamiento de la respuesta estatal.

Algunas normas reglamentarias de la Ley de Ejecución Privativa de la Libertad (v.g. arts. 21, 35 y 37 del Decreto 303/96) obstaculizan soluciones adecuadas a derecho y los magistrados de este Ministerio Público de la Defensa deben instar todos los mecanismos a su alcance para evitar su realización execrable.

Ello no sólo porque se corresponde con los intereses encomendados, sino porque la actuación en este sentido resulta esencial en orden a que los presos sin condena constituyen la gran mayoría de la población carcelaria y, como consecuencia de lo ineficaz que resulta el sistema procesal, y de la extensa duración de los procesos, el encierro preventivo se convierte, en la práctica, en la verdadera y única pena del sistema penal pero sin sus reaseguros. A ello se le suma que el «derecho penitenciario se dedicó a regular minuciosamente el régimen carcelario de los condenados y olvidó precisar qué condiciones especiales regían el encierro carcelario de los presos preventivos» —»Comentarios a la nueva Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad», Marcos Salt, p. 673, en NDP, 1996/B-. «La consecuencia de esto es que los presos preventivos se ven supeditados al mismo régimen que el de los condenados, y, en muchas ocasiones, incluso quedan supeditados a un régimen más riguroso que estos últimos» (cfr. «Sanciones disciplinarias penitenciarias impuestas a los presos preventivos y su forma de impugnación», por Pablo Bolotnikoff, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, Número 17, AD- HOC, Bs. As., 2004).

Por otra parte, también, las limitaciones extremas para el avance de los procesados dentro del régimen progresivo adunadas a interpretaciones restrictivas de institutos liberatorios –v.g. la exigencia de que el interno se encuentre en Período de Prueba para otorgarle las Salidas Transitorias– producen consecuencias irrazonables: la anulación de posibilidades de egresos anticipados como regla y su existencia como excepción (sólo para condenas extensas o de rigurosa aplicación de los tiempos previstos, resultando inaplicables para los supuestos de condenas cortas: entonces a menor disvalor de acto y de acción se responderá con mayor dureza estatal transgrediendo elementales principios fundamentales).

Todo ello se exacerba si se comprende que el fin de la privación de la libertad impuesta a un procesado, más allá del objetivo procesal, debe estar

integrado por la necesidad de evitar o reducir en la mayor medida posible la desocialización del encierro carcelario. De ahí la importancia de que en los supuestos en los que no sea posible la excarcelación, se logre al menos la morigeración del encierro, permitiendo además que el ingreso a la vida libre sea gradual y paulatino. Para ello se impone también una actuación muy laboriosa de los magistrados en materia del control de la aplicación del régimen disciplinario, ya que la imposición de sanciones puede modificar las condiciones de privación de libertad.

El estado actual de la normativa sumado a criterios contrarios a los aquí mencionados propician la situación actual de violencia e inobservancia de las normas que rigen la convivencia en tanto los «beneficios» previstos en el marco de la progresividad resultan intangibles debido a que difícilmente se realizarán en los supuestos concretos (incide en ello la iniciación en el régimen de condenados con una calificación de Concepto y Conducta 5 –contrariando la individualización que debe imperar en la etapa de ejecución–), por lo que se desdibujan los estímulos.

Asimismo el respeto de los principios hasta aquí reseñados contribuirá a una mayor observancia de las normas de disciplina en el ámbito carcelario, propiciando una superior incorporación a establecimientos semiabiertos o abiertos, lo que provocará la disminución de la superpoblación que se registra en los establecimientos penitenciarios.

En las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos al Estado Argentino, informe E/CN.4/2004/3/add.3, se ha expresado: «El grupo de trabajo invita al Gobierno Argentino a revisar su legislación y prácticas en materia de detención preventiva, tanto a nivel federal como provincial». En su punto 67 señala «Debe prestarse urgente atención, tanto a nivel federal como provincial, a la mejora de las condiciones de detención de aquellos sujetos a detención preventiva.» En el punto 68 «Deben adoptarse urgentes medidas respecto al número de la población carcelaria, dado que la superpoblación de los establecimientos penales y de las comisarías de policía, está en la base de los problemas detectados en las condiciones de detención. Particularmente grave es la situación de la provincia de Buenos Aires y Salta. Debe estudiarse la posibilidad de aumentar la capacidad del sistema penitenciario o de disminuir la sobre población a través de medidas alternativas...».

En esta dirección se señalan algunos pronunciamientos judiciales que supieron reconocer los principios constitucionales mencionados, por encima

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

de las normas reglamentarias aisladas (v.g. incorporando al Período de Prueba al procesado que se encontraba con sentencia condenatoria no firme - recurrida únicamente por él; u otorgando salidas transitorias a quienes no se encontraban en Período de Prueba; entre otras soluciones posibles –TOCF N° 2, causa N° 534 «Malatesta, Carlos Antonio y otros s/ inf. Art. 210 del CP y otros», registro de interlocutorios N° 497 con respecto al procesado Adrián Krmpotic; «Gazzia, Martín y otro...» del Tribunal Oral Criminal N° 3 del 28 de mayo de 2007, con respecto al procesado Luciano Casime; «Quero, Daniel Antonio» del 20 de diciembre de 2006, expte. N° 1376 del registro del Tribunal Oral Federal N° 2 de San Martín y la causa N° 1292 del registro de ese Tribunal con respecto al imputado Eulalio Martinez Benitez; Causa n° 2321 del registro del Tribunal Oral Criminal N° 21 con respecto a Ernesto Gustavo Valencia).

En este marco se advierte la necesidad de aunar modalidades de actuación frente a esos casos específicos, a fin de permitir el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a este Ministerio, logrando mecanismos idóneos concretos para producir un impacto favorable en los criterios de los operadores judiciales.

Por ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 51 y ccs. de la Ley 24.946, en mi carácter de Defensora General

RESUELVO:

I. RECOMENDAR a los Sres. Defensores Pùblicos Oficiales que, dentro de los respectivos ámbitos de actuación, arbitren los medios para que los internos procesados y condenados encuentren las más amplias posibilidades de acceder a la morigeración del encierro prevista por la Ley N° 24.660, y en ese sentido se procure la aplicación de los principios constitucionales señalados (principio «pro homine»; «pro libertate»; «mínima intervención»; de razonabilidad, de proporcionalidad, de inequivalencia, entre otros). Ello siempre que este proceder no resulte contrario a la decisión del Defensor interviniénte, justificada en intereses particulares de sus asistidos en los supuestos concretos de asistencia técnica.

II. RECOMENDAR a los Sres. Defensores Pùblicos Oficiales que en la primera oportunidad comuniquen a sus asistidos su prerrogativa de incorporarse al régimen de ejecución anticipada voluntaria.

Protocolícese, hágase saber y, cumplido que sea, archívese.

Fdo. Stella Maris Martínez

Defensora General de la Nación

Resolución D.G.N. N° 491/08

Buenos Aires, 14 de abril de 2008

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que en el taller «Privación de la Libertad –Alternativas y Estrategias» llevado a cabo en el marco de la X Reunión Anual del Ministerio Público de la Defensa, se concluyó –entre otros puntos- en la necesidad de realizar planteos novedosos y coordinados entre los Magistrados de las distintas instancias tendentes a la preservación del derecho a la libertad inferido del estado de inocencia, dejando de lado la condición de «inexcarcelables» de ciertos delitos.

En esa dirección se propuso: 1) suscitar, bajo los nuevos lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales, la reducción de la aplicación del instituto de la prisión preventiva a su mínima expresión de acuerdo con las directrices internacionales; 2) no soslayar como opción de carácter intermedio, posibilidades de aplicación amplia del arresto domiciliario, según las circunstancias concretas de los diversos supuestos; 3) promover la aplicación del instituto del *habeas corpus*, en todas aquellas jurisdicciones en las que las condiciones de detención así lo aconsejen; 4) incentivar la aplicación de sistemas institucionales de semi detención o de prisión discontinua, como alternativas válidas tanto para la ejecución de la pena, como –y con más razón- para los procesados; 5) enfatizar, especialmente en relación con las cuestiones atinentes a la libertad, la misión de la Defensa Pública Oficial en la utilización de mecanismos para obtener pronunciamientos judiciales en su debida temporalidad.

Asimismo se destacó la necesidad de aunar modalidades de actuación frente a esos casos específicos, atendiendo especialmente a la coordinación entre los magistrados de las distintas instancias, con particular incidencia en lo referido a la continuidad de las estrategias, sustento de planteos recursivos y comunicación de los resultados posteriores de las estrategias previamente implementadas.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

En este marco se inserta la propuesta de trabajo realizada mediante la labor de la Comisión que implica -entre otros – realizar todas las acciones tendentes a la aplicación más amplia posible del principio *pro libertate* que debe regir en todas las instancias del proceso y también en la etapa de ejecución de la pena, enfatizando las bases en que se asienta su jerarquía constitucional y determinando los límites a la potestad punitiva del Estado con respecto a los avances sobre la libertad ambulatoria según el plexo normativo imperante -especialmente en relación con la aplicación de los institutos de prisión preventiva y arresto domiciliario-.

De las funciones de este Ministerio Público de la Defensa se deriva el deber de velar para que la tensión existente entre intereses estatales e individuales sea resuelta considerando la misión propia de los principios *pro libertate* y *pro homine*, en orden a asegurar la mayor eficacia a fin de proteger los derechos y libertades fundamentales con criterios de razonabilidad.

La razonabilidad ligada a la idea de justicia en un Estado de Derecho sólo completará su contenido de la mano del valor prevaleciente de la libertad: «...en razón ya de la esencia de los derechos fundamentales en sí mismos que, como expresión del derecho a la libertad en general de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser limitados por el poder público más allá de lo que sea imprescindible para la protección de los intereses públicos...» (Tribunal Constitucional Federal Alemán. BVerfGE. 19, 342).

En esta dirección, se enfatiza que la Nación Argentina ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el año 1984 (ley 23.054), reconociendo la jurisdicción de la Corte Interamericana. Asimismo, no debe obviarse la reforma constitucional del año 1994 que estableció la jerarquía constitucional de los Tratados de Derecho Internacional atinentes a Derechos Humanos.

En este orden de ideas, todas las previsiones legislativas nacionales y extranjeras conforman un plexo normativo, el que siempre debe ser interpretado a la luz de los principios mencionados.

I.

En relación con la legitimación de la prisión preventiva en el caso concreto, la interpretación del conjunto de normas que regulan el instituto avanzará en el sentido correcto si se parte de la premisa fundante que establece que la pena sólo puede ser aplicada después de un debido proceso

legal, y que, entonces, con anterioridad a la sentencia firme de condena debe imperar el estado de inocencia.

El encierro preventivo ha sido aceptado por la doctrina y jurisprudencia dominante, así como también por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pero sólo bajo la condición de estricta excepcionalidad –peligro de fuga y de entorpecimiento de la investigación– y siempre requiriendo sus fundamentos.

Lo anterior permite extraer como primera conclusión que el plazo de dos años contenido en el artículo 1º de la ley 24.390 antes de su modificatoria –ley N° 25.430– no sólo debió resultar suficiente sino también excesivo, en orden a la autorreglamentación de la pauta de razonabilidad que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo mediante esa reforma y de un modo transgresor al principio de progresividad que rige en el ámbito de los derechos humanos, la exigencia estatal fue acotada en orden a que a los efectos del plazo relativo al cese de la prisión preventiva sólo debe considerarse la existencia de «sentencia condenatoria» y no ya de «sentencia condenatoria firme», aún cuando para el imputado no haya cesado el estado de incertidumbre ni mucho menos se haya satisfecho su derecho a obtener pronunciamiento en un tiempo razonable.

Como es fácil advertir, esta reforma no sólo ha soslayado la armonización del principio de inocencia con el derecho a que cese el estado de incertidumbre en un plazo razonable y la garantía del doble conforme condenatorio, sino que también ha desconocido el principio de progresividad de los derechos humanos.

Por otra parte, pero también atendiendo a los principios mencionados, resulta absolutamente necesaria la implementación de acciones que propicien la aplicación más efectiva del principio de subsidiariedad de la prisión preventiva. Esta exigencia no se agota en evitar el encierro, ya que en aquellos casos en que éste se encuentre legitimado deben favorecerse, además, todas las medidas tendentes a evitar que tenga lugar en ámbitos que adunen un sufrimiento mayor a la privación de la libertad.

Como se sabe, tanto este Ministerio Público de la Defensa como otras instituciones y organizaciones vinculadas al problema carcelario se encuentran realizando un denodado esfuerzo para la preservación de los derechos humanos básicos de los internos frente a las condiciones dadas

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

por el hacinamiento, la superpoblación (y el consecuente deterioro en las condiciones de detención), la falta de higiene, la baja calidad de la comida y la violencia -entre otros- que se presentan habitualmente como el factor común de los establecimientos penitenciarios. Ante ello, la exigencia de razonabilidad también contiene, en resguardo de los valores de la personalidad humana como opción de carácter intermedio, por ejemplo, la obligación de una aplicación amplia del arresto domiciliario durante el proceso, según las circunstancias concretas de los diversos supuestos y el principio de analogía *in bonam partem* (tal como lo advirtieron los integrantes de la Comisión de la X Reunión Anual).

Ante todas estas directrices con reconocimiento constitucional que felizmente empezaron desde un tiempo relativamente reciente a encontrarse presentes en las decisiones judiciales (conf. entre otros, «Barbará, Rodrigo Ruy s/exención de prisión», CNCC, Sala I -10/11/03-), el estado que presentan nuestras cárceles y la vigencia innegable de resabios inquisitivos en todo el sistema, resulta necesario, no sólo continuar con las aguerridas acciones de los defensores de este Ministerio Público de la Defensa en los supuestos concretos de asistencia técnica, sino que se torna imprescindible la coordinación de los esfuerzos en este sentido.

II.

En diverso orden se destacan otras normas que según su pertinencia en el caso concreto, también podrían presentarse como el sustento jurídico de una aplicación amplia del instituto de la prisión domiciliaria, especialmente con respecto a la prisión preventiva: la obligación estatal de priorizar el interés superior del niño o el deber de preservación de los núcleos familiares y la prohibición de los tratos inhumanos, degradantes y/o crueles.

Cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que «en los términos del art. 5.2 de la Convención toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal» (Caso Neira Alegría, sentencia del 19 de enero de 1995).

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que «Las ilegales condiciones de vida de los detenidos (...) configuran en sí una violación por parte del Estado a su obligación de garantizar la vida e

integridad personal de las personas bajo su custodia» (Informe 34/00, Caso Carandirú Brasil, 13 de abril de 2000).

Asimismo la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha encargado de hacer notar que «la falta de condiciones elementales de aseo de los establecimientos, la insuficiencia y defectuoso funcionamiento de las instalaciones sanitarias, y la carencia de un servicio de salud adecuado que permita a los detenidos que en ellas se alojan, contar con la celeridad y efectividad que el caso lo pudiera requerir, con un servicio médico permanente y especializado (...) aparecen contrarios a la declaración final del art. 18 de la C.N. (...) las que por su gravedad pueden llevar a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas, revista el verdadero carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias que emanen de este Poder Judicial, ni a la pena establecida por la ley para el delito de que se trata» (Fallos: 310:2413).

En esta dirección, teniendo en cuenta las condiciones actuales de nuestras cárceles, resulta fácil colegir que la aplicación amplia del instituto de la prisión domiciliaria dejó de ser un diseño legislativo «optativo» para convertirse en un derecho humano, civil y político, garantía judicial, y por tanto exigible al Estado. Para tal conclusión, además se atiende especialmente a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en su art. 25 establece que todo individuo tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad, al art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que se señala que «toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto a la dignidad inherente al ser humano» –en igual sentido, conf. art. 5 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos al Estado Argentino, informe E/CN.4/2004/3/add.3, se ha expresado: «El grupo de trabajo invita al Gobierno Argentino a revisar su legislación y prácticas en materia de detención preventiva, tanto a nivel federal como provincial». En su punto 67 señala «Debe prestarse urgente atención, tanto a nivel federal como provincial, a la mejora de las condiciones de detención de aquellos sujetos a detención preventiva.» En el punto 68 «Deben adoptarse urgentes medidas respecto al número de la población carcelaria, dado que la superpoblación de los establecimientos penales y de las comisarías de

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

policía, está en la base de los problemas detectados en las condiciones de detención. Particularmente grave es la situación de la provincia de Buenos Aires y Salta. Debe estudiarse la posibilidad de aumentar la capacidad del sistema penitenciario o de disminuir la sobre población a través de medidas alternativas tales como la liberación anticipada, arresto domiciliario, prisión nocturna, etc....».

III.

Por su parte, el *habeas corpus* resulta un mecanismo idóneo para la protección de las garantías individuales de las personas privadas de libertad si se comprende que el Juez actuante debe ordenar la libertad del justiciable o el reemplazo de la medida por otro mecanismo de coerción como solución al agravamiento de las condiciones de detención comprobadas, cuando no encuentre otro modo de superarlas -en este punto no puede soslayarse la importancia de una aplicación amplia del instituto de la prisión domiciliaria-.

Como se sabe, este instituto resulta procedente para hacer efectivas las garantías que se encuentran previstas en el artículo 18 de la C.N. Lo contrario implicaría la indiferencia ante una privación de la libertad que si bien no sería ilegítima en su origen sí en su forma de ejecución, lo cual deviene absolutamente contrario a nuestro Estado de derecho.

En este sentido, en la mayoría de los supuestos no resulta suficiente que el juez interviniente ordene determinadas medidas a la administración sino más bien resulta imprescindible el seguimiento de su cumplimiento, toda vez que si no fuera así deben adoptarse los temperamentos necesarios para terminar con el agravamiento prohibido (conf. «Los derechos fundamentales de los reclusos», Iñaki Rivera Beiras y Marcos Salt, Editores del Puerto, Bs. As. 2005, obra en la que este último profesor relata, como resolución respetuosa de las garantías constitucionales, el caso en que la Cámara Penal de Morón había hecho lugar al *habeas corpus* correctivo ordenando el traslado de menores a otro centro de detención para superar las transgresiones denunciadas: «...El director del centro penitenciario al que habían sido remitidos los menores se negó a recibirlos por falta de espacio impidiendo, de esta manera, que la resolución del *habeas corpus* haga cesar las condiciones ilegítimas de encierro. Frente al incumplimiento de la administración y la imposibilidad de hacer cesar las condiciones ilegítimas de la privación de libertad de otra manera, el tribunal amplió el contenido de la resolución y ordenó la libertad de los

menores...bajo la guarda de los padres y la supervisión del juez a cargo de la causa...»-pág. 289 y 288-).

A todo lo anterior, se deben adunar los reaseguros existentes para los grupos poblacionales especialmente vulnerables, lo que señala la necesidad de la continua y coordinada invocación de los plexos normativos específicos para lograr soluciones de mayor libertad y preservación de sus derechos (v.g. menores de edad; mujeres -en el punto, especialmente se mencionan los supuestos de las internas embarazadas y madres-; extranjeros –se enfatiza en este universo que, en ocasiones, los Consulados respectivos resultan de utilidad en el cumplimiento de sus funciones para coadyuvar en el ejercicio de la asistencia técnica de los extranjeros, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; Opiniones Consultivas 16/99 y 18/2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-; entre otros colectivos especialmente vulnerables).

IV.

El contraste entre el estado de nuestra normativa y jurisprudencia con las directrices obligatorias para nuestro Estado -en cuanto reaseguros de las libertades fundamentales- evidencia la necesidad de aunar modalidades de actuación frente a los distintos supuestos de privación de la libertad, a fin de permitir el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a este Ministerio, logrando mecanismos idóneos concretos para producir un impacto favorable en los criterios de los operadores judiciales.

Ello implica la coordinación entre los magistrados de las distintas instancias, con particular incidencia en lo referido a la continuidad de las estrategias, sustento de planteos recursivos, y comunicación de los resultados posteriores de las estrategias previamente implementadas.

Especialmente se menciona que los diferentes planteos referidos a institutos liberatorios o medidas alternativas deben ser concretados lo más tempranamente posible dentro de los procesos, propiciando la vigencia del principio *pro libertate*, más allá de los criterios tradicionales que consideran a las distintas instancias como comportamientos estancos.

Todo ello sin perjuicio de las diferentes aristas que frente al supuesto individual justifiquen la decisión del Defensor interviniente, basada en intereses particulares de sus asistidos en los supuestos concretos de asistencia técnica.

Por ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 51 y ccs. de la Ley 24.946, en mi carácter de Defensora General

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

RESUELVO:

I. RECOMENDAR a los Sres. Defensores P\xfublicos del fuero penal de conformidad con los considerandos de la presente que arbitren los medios para la realizaci\xf3n, en sus respectivos \x96mbitos de competencia, de planteos tendentes a la preservaci\xf3n del derecho a la libertad inferido del estado de inocencia. En esa direcci\xf3n, se señala la necesidad de: 1) impulsar la reducci\xf3n de la aplicaci\xf3n del instituto de la prisi\xf3n preventiva a su m\xednima expresi\xf3n, 2) considerar como opci\xf3n de car\xe1cter intermedio la aplicaci\xf3n amplia del arresto domiciliario, 3) promover la aplicaci\xf3n del instituto del *habeas corpus*, 4) incentivar la aplicaci\xf3n de sistemas de semi detenci\xf3n institucionales o de prisi\xf3n discontinua, 5) enfatizar, especialmente en relaci\xf3n con las cuestiones atinentes a la libertad, la misi\xf3n de la Defensa P\xfublica Oficial en la utilizaci\xf3n de mecanismos para obtener pronunciamientos judiciales en su debida temporalidad.

II. RECOMENDAR, con igual sentido y alcance, a los Sres. Defensores P\xfublicos que, dentro de los respectivos \x96mbitos de actuaci\xf3n, atiendan la situaci\xf3n de extrema vulnerabilidad que presentan los distintos colectivos de la poblaci\xf3n carcelaria y al plexo normativo vigente espec\xedfico para cada uno de ellos («menores de edad»; «mujeres»; «mujeres madres»; «extranjeras»). Tambi\xf3n, que se procure la comunicaci\xf3n de sus asistidos extranjeros con los respectivos consulados (Convenci\xf3n de Viena sobre Relaciones Consulares; Opiniones Consultivas 16/99 y 18/2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Protocol\xedcese, h\xfage saber y, cumplido que sea, arch\xedvese.

Fdo. Stella Maris Mart\xednez

Defensora General de la Naci\xf3n

Resolución D.G.N. N° 1844/08

Buenos Aires, 27 de noviembre de 2008.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que con fecha 17 de noviembre del año en curso, la Comisión de Cárcel de esta Defensoría General de la Nación informó acerca de situaciones especialmente problemáticas en la modalidad del traslado de las internas alojadas con sus hijos en la Unidad 31 del Servicio Penitenciario Federal.

Conforme surge de los informes presentados, se advierte que los trasladados efectuados respecto de mujeres con sus hijos y de embarazadas no cumplen con los recaudos para garantizar la seguridad, alimentación, higiene y bienestar de las mujeres y los niños, a lo que se suma la circunstancia relativa a los largos períodos que deben aguardar en las diferentes unidades.

Esta situación impone la necesidad de evitar trasladados innecesarios solicitados por los Defensores Públicos, reafirmando la obligación de los Sres. Magistrados de asistir a las unidades de detención a fin de entrevistar, en este caso, a las mujeres alojadas con sus hijos y a las embarazadas (conforme lo establecido por la Resolución DNG N° 1024/05).

En caso de que el defensor o un funcionario autorizado de la dependencia no puedan realizar la visita correspondiente, deberá informarse esta circunstancia a la Defensoría General de la Nación a fin de que se arbitren las medidas institucionales pertinentes.

Por otra parte, en caso de eventuales trasladados ordenados por los tribunales intervenientes, se solicita a los señores Defensores Públicos que informen a esta Defensoría General de la Nación, con carácter urgente, las modalidades en que se lleven a cabo como, asimismo, dónde permanecen los niños cuando sus madres cumplen con los actos procesales para los que fueron trasladadas.

Por lo expuesto, en mi carácter de Defensora General de la Nación, y conforme lo normado por los arts. 51 y ccs. de la Ley 24.946

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

RESUELVO:

I. INSTRUIR a los señores Defensores P\xfublicos a fin de que no soliciten trasladados innecesarios de mujeres detenidas con sus hijos y de embarazadas y que sean ellos o funcionarios autorizados de la dependencia quienes realicen la visita carcelaria pertinente, por los motivos expuestos en los considerandos de la presente.

II. SOLICITAR a los señores Defensores P\xfublicos que informen a esta Defensor\xeda General de la Naci\xf3n, con car\xe1cter urgente, las modalidades en que se lleven a cabo los trasladados y tambi\xe9n d\xf3nde permanecen los ni\xf1os alojados cuando sus madres cumplen con los actos procesales para los que fueron trasladadas y cualquier otra circunstancia de la que hubieran tomado conocimiento.

Protocol\xedcese, h\xe1gase saber y, cumplido que sea, arch\xedvese.

Fdo. Stella Maris Mart\xednez

Defensora General de la Naci\xf3n

Conclusiones de los talleres de trabajo de las *I Jornadas Nacionales Los derechos de las mujeres privadas de libertad embarazadas o con hijas o hijos menores de edad: hacia la consolidación jurisprudencial y normativa de estándares de derechos humanos*

En las *I Jornadas Nacionales Los derechos de las mujeres privadas de libertad embarazadas o con hijas o hijos menores de edad: Hacia la consolidación jurisprudencial y normativa de estándares de derechos humanos*, desarrolladas los días 14 y 15 de octubre de 2008 en el Salón Auditorio Guillermo R. Díaz Lestrem de la Defensoría General de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, luego del intercambio de opiniones, los talleres de trabajo arribaron a las siguientes conclusiones:

Estrategias de exigibilidad de la prisión domiciliaria y otras medidas de morigeración de la pena

1. Propiciar las peticiones tanto de arresto o prisión domiciliaria (ya sea como prisión preventiva o ejecución de la pena) y de las medidas alternativas de morigeración de las mismas (tales como semidetención, prisión discontinua, salidas transitorias, etc.), fundadas en el cumplimiento de la Constitución Nacional (art. 1, 14 bis, 18, 28, 75 inc. 22 y 23), en los instrumentos internacionales de derechos humanos (teniendo presente los principios de inocencia, *pro homine*, *pro libertate*, mínima intervención, razonabilidad, proporcionalidad, inequivocación, intrascendencia de la pena, entre otros) y, en especial, de los derechos consagrados relativos a la mujer y a los del niños/as y adolescentes (así como, en su caso, a las personas con discapacidad); atendiendo, además, específicamente a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobado por la Comisión IDH en marzo de 2008.

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

2. En ese contexto, tal como ha surgido en las Jornadas y como lo vienen planteando Defensores Públicos de todo el país, se deben exigir tales medidas en virtud de los mandatos constitucionales y de las obligaciones asumidas convencionalmente por el Estado en numerosos compromisos internacionales. Los Defensores Públicos Oficiales deben velar por el control de constitucionalidad y convencionalidad en el ámbito interno, tarea que asume además particular trascendencia, teniendo en cuenta que están a cargo de la defensa de la mayor cantidad de mujeres privadas de libertad.

3. Sin perjuicio, claro está, de la defensa de los derechos de todas las imputadas, se recomienda como estrategia, cuando sea viable, seleccionar casos paradigmáticos, con el objeto de que puedan propiciar jurisprudencia favorable por el impacto de los precedentes.

4. Apelar a los recursos que facilita la Defensoría General de la Nación, como la Comisión de Cárcel, la Comisión sobre temáticas de género, el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad, entre otros, a fin de requerir la colaboración que pueda resultar necesaria, especialmente en este último caso, para la elaboración de informes sociales y/o familiares. Asimismo, cuando resulte necesario, recurrir al Programa para la Aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de la Defensoría General de la Nación.

5. Invocar en los planteos las Resoluciones DGN N° 896/07 y 491/08, dada la importancia de sus fundamentos.

6. Desplegar todas las alternativas defensivas en cada caso en concreto. Producir la propia prueba cuando resulte necesario y conveniente. Solicitar los informes que se requieran en el marco del art. 26 de la ley n° 24.946. Exhibir al Tribunal los hechos que se invocan por todos los medios al alcance (fotos, audiencias públicas con la intervención de distintos actores sociales –asistentes sociales, psicólogos, ONG, etc.).

7. Agotar en todos los casos las vías recursivas, teniendo en cuenta los requisitos de temporalidad de los planteos.

8. Asegurar que, en los casos en que estén en juego los derechos de los niños/as y adolescentes, ellos sean oídos (art. 12, Convención sobre los Derechos del Niño) desde una concepción de sujetos de derecho.

9. Diseñar estrategias comunicacionales entre las Comisiones involucradas, para su oportuna elevación en consulta, con miras a la adecuada difusión y divulgación de la problemática.

10. Los integrantes del Taller se pronuncian sobre la necesidad de exhortar a la Cámara de Senadores para que se dé tratamiento al Proyecto de ley sobre arresto domiciliario, a fin de evitar que pierda estado parlamentario.

11. Procurar la comunicación de los defendidos extranjeros con los respectivos Consulados, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y las Opiniones Consultivas 16/99 y 18/03 de la Corte IDH.

Situación de reclusas extranjeras

1. Representaciones Consulares

Mejorar los mecanismos de articulación entre los defensores públicos y las representaciones consulares a los fines de generar una intervención más activa para la comunicación, para la asistencia genérica, y para el apoyo a las gestiones necesarias para la constitución de un domicilio hábil, a efectos de acreditar el arraigo.

a. Se proponen reuniones entre los Defensores y la Defensoría General con las distintas representaciones consulares.

b. Se propone la intervención conjunta con defensores o defensorías de otros países a los fines de fortalecer estos vínculos, y propender a una representación consular más eficaz, a través de la incorporación del tema en la agenda de AIDEF y el Bloque de MERCOSUR.

2. Acreditación de arraigo

Fortalecer la intervención del Patronato de Liberados y de organizaciones de la sociedad civil para la acreditación de domicilio que posibilite la excarcelación o, en su caso, la prisión domiciliaria.

3. Extrañamiento anticipado

Se proponen como estrategias posibles la solicitud de extrañamiento anticipado, en casos de mujeres embarazadas o con hijas o hijos menores de edad, al amparo del art. 64 de la ley 25.871, o en su caso, asignar prioridad

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

en la tramitación y seguimiento a estos casos, aceitando los mecanismos ante la Dirección Nacional de Migraciones.

Estrategias para impulsar modificaciones a la legislación actual.

1. Instar a los poderes del Estado de cada una de las diferentes jurisdicciones para que sancionen leyes acordes con los estándares internacionales en la materia.
2. Solicitar desde el ámbito de la DGN a las autoridades correspondientes, una audiencia para apoyar la sanción del Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados.
3. Difundir la problemática a través de los medios masivos de comunicación, sobre todo con la publicación de imágenes.
4. Instalar la discusión para comenzar a sensibilizar a la población.
5. Lograr la participación activa de las ONG en la gestión para lograr la sanción del proyecto.
6. Realizar y difundir un informe interdisciplinario que dé cuenta de las deficiencias y problemas de maduración que produce en los niños el crecimiento en el ámbito de una prisión.
7. Solicitar al INADI la cooperación y difusión de la problemática relativa a las mujeres embarazadas y madres de niños pequeños en prisión como, asimismo, de los niños detenidos con sus madres.
8. Procurar que los proyectos que se sancionen establezcan alternativas a las medidas privativas de libertad que resulten lo menos restrictivas de derechos posible y que, en su caso, establezcan la obligación de los jueces de conceder el arresto domiciliario de las madres y mujeres embarazadas.

Aseguramiento de los derechos económicos, sociales y culturales durante el arresto domiciliario

1. Es imprescindible que los operadores judiciales y, en particular, los Defensores Públicos, tomen conciencia de la necesidad de cambiar el paradigma en materia de derechos económicos sociales y culturales (DESC) como auténticos derechos subjetivos y, como tales, exigibles. Esta dimensión no implica dejar de lado todas aquellas herramientas asistenciales capaces de morigerar las dificultades derivadas de la situación de prisión domiciliaria

en el actual estado de cosas, sino procurar la concientización de la operatividad de este grupo de derechos.

2. Es igualmente importante enfatizar el hecho de que el cumplimiento de la prisión domiciliaria por parte de la mujer, no exime al Estado del deber de garante que le compete en relación a las personas privadas de libertad.

3. Se observa, de manera unánime, la falta de política estatal en materia de DESC y la necesidad de incluir, en el marco de las estrategias disponibles, la judicialización de los DESC por vía de la acción de amparo.

4. La falta de regulación legal y de conciencia social en torno a estas problemáticas fuerza a procurar el fortalecimiento de redes de trabajo, no sólo entre los Defensores Públicos de todo el país, sino también aprovechando las redes institucionales que ofrecen el Bloque de Defensores del Mercosur, la Aidef y la reunión especializada de defensores.

5. Entre los DESC más frecuentemente afectados en el caso de mujeres privadas de libertad en detención domiciliaria se cuentan: salud, educación, alimentación y trabajo. En este último caso, se observa una discriminación entre la mujer privada de libertad en un establecimiento carcelario y aquella a la que se concede la detención domiciliaria, situación que debería ser evaluada en función de la garantía de igualdad ante la ley.