



MELLANO DELLA SANTINA, Valeria

# **Igualdad de derechos en el otorgamiento de la prisión domiciliaria**

ABOGACÍA

2015

## **RESUMEN DE TESIS**

Este trabajo apunta a determinar la posible existencia de una laguna legal en nuestro sistema judicial, o mejor que ello la posible existencia de inconstitucionalidad de nuestro artículo 10 inc. F del Código Penal y artículo 32, mismo inciso de la ley N° 24.660, por entender que estaría en franca contraposición con la Convención Universal de los Derechos del Niño y Adolescente incorporados como ley superior asimilable a nuestra Carta Magna en virtud del artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Argentina. De determinarse dicha anticonstitucionalidad trataremos de acercar propuestas de solución para reparar dicho error.

En lo expuesto radica la importancia de la elaboración del presente trabajo de investigación, que tiene como centro de estudio al instituto de la prisión domiciliaria, en relación a la no coincidencia con nuestras normas que establecen determinados requisitos para ejecutar el beneficio de una pena privativa de la libertad a cualquier persona dentro de un domicilio, propio o de terceros.

## **THESIS SUMMARY**

This study aims to determine the possible existence of a loophole in our court, or better than this the possible existence of unconstitutionality of Article 10 inc our system. F of the Penal Code and Article 32, the same subsection of the law 24.660, which it believes would be in clear contrast to the Universal Convention on the Rights of the Child and Adolescent incorporated as higher law comparable to our Constitution under Article 75 inc. Argentina 22 of our Constitution. Determined that unconstitutional attempt to bring proposed solutions to repair the error.

In the above lies the importance of the development of this research, which is central to the institute study of home detention, in relation to the non-coincidence with our rules establishing certain requirements to run the benefit of a custodial sentence freedom to anyone within a home, own or third parties.

## ÍNDICE DEL TRABAJO FINAL DE GRADO

• <b>Introducción al tema</b> .....	<b>6</b>
• <b>Presentación del problema de investigación</b> .....	<b>8</b>
1. Área del Derecho	
2. Tema.	
3. Problema de investigación.	
• <b>Objetivos</b> .....	<b>9</b>
1. Objetivos generales.	
2. Objetivos específicos.	
<b>I. Prisión Domiciliaria</b> .....	<b>10</b>
1. Concepto.	
2. Requisitos.	
3. Orígenes.	

**II. Antecedentes Legislativos.....17**

1. Derecho Penal Constitucional:
  - 1.1 Art. 16 Constitución Nacional.
  - 1.2 Art. 75 Inc. 22 Constitución Nacional.
2. Ley 23.849: Convención sobre los Derechos del Niño.
3. Ley 26.061: Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
4. Ley 24.660 de Ejecución Penal. Art. 32.
5. Art. 10 del Código Penal.

**III. Diversos criterios que confieren Detención Domiciliaria .....33**

1. Informes y decisiones de Organismos Internacionales.
2. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
3. Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal.
4. Jurisprudencia de la Justicia Federal.
5. Jurisprudencia de la Justicia Nacional.
6. Jurisprudencia de la Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

7. Jurisprudencia de la Justicia de la Provincia de Córdoba.

• **Conclusiones y propuestas de solución .....39**

• **Bibliografía .....42**

1. Doctrina.

2. Jurisprudencia.

3. Legislación.

4. Anexos.

## INTRODUCCIÓN AL TEMA

A partir de las modificaciones y reconocimientos legislativos que en las últimas décadas se vienen plasmando en el ámbito de la protección de aquellos grupos que históricamente han sido los más vulnerables, como son los niños, las mujeres y los ancianos; es que se ha decidido encauzar e intentar determinar el porqué es inconstitucional y viola el Principio de Igualdad el Art. 10 Inc. F de nuestro Código Penal y el Art. 32 Inc. F de la Ley N° 24.660 frente a la Convención Universal de los Derechos del Niño y Adolescente al otorgar prisión en detención domiciliaria a la madre de un niño menor de 5 años y no a la de un niño de cualquier edad superior a los 5, mientras tanto tenga menos de 18 años.

El arresto o la prisión domiciliaria es una institución contenida en nuestro derecho positivo y da la posibilidad, frente a determinados requisitos, de ejecutar el beneficio de una pena privativa de la libertad a cualquier persona dentro de un domicilio, propio o de terceros, sin la oportunidad de salir previa aprobación judicial.

El instituto se encuentra regulado en dos normas fundamentales como lo es nuestro Código Penal y en la ley N° 24.660 sobre el modo de Ejecución de Pena, (reformada por la ley N° 26.472) que establecen: *“El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria:...”*, y nos encontramos con los incisos F de estas normas que son los pilares para comenzar ésta investigación y expresan: *“...f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo.”* No es parte del presente trabajo la parte del inciso F que observa la prisión domiciliaria a madres con hijos discapacitados, sino la primera que considera tal beneficio a las madres con niños solamente menores de 5 años.

Propuesto y aceptado el tema de investigación se comienza a recopilar información y nos topamos con la Convención Universal de los Derechos del Niño y Adolescente, plasmada en la Ley N° 26.061 *“Ley de protección integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”*, que en su Art. 2 dice: *“...es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad...”*

Acompañando esta línea de pensamiento, se presenta la necesidad de investigar jurisprudencia, doctrina y legislación, y así intentar argumentar la posible inconstitucionalidad, ataque a los derechos de los niños y resolver la razón por la cual el Código Penal y la Ley N° 24.660, otorga prisión en detención domiciliaria a la madre de un niño menor de 5 años y no a la de un niño de cualquier edad superior a los 5, mientras tanto tenga menos de 18 años.

Uno de los objetivos principales apunta a la existencia de inconstitucionalidad de nuestro artículo 10 inc. F del Código Penal y artículo 32, mismo inciso de la ley N° 24.660 y en crear un análisis completo acerca de la importancia del Principio de Igualdad que debe existir al disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria para toda madre con niños a su cargo y analizar las desventajas de no ser respetado éste instituto frente al Interés Superior del Niño.

Otro objetivo importante es poder responder interrogantes que le incumben a toda la sociedad en general, pero de manera primordial a aquellos afectados por esta posible inconstitucionalidad de los Incisos F del Código Penal y de la Ley N° 24.660.

El Trabajo Final de Grado se estructurará en 3 partes elementales. En la primera, se centra en la introducción, presentación, y objetivos de la investigación. En la segunda parte, que abarca los capítulos 1, 2, 3 y 4 en los que se analiza con profundidad la base de la prisión domiciliaria, los antecedentes legislativos que rigen el instituto del trabajo planteado y doctrinaria como jurisprudencialmente las posturas y decisiones más relevantes de aquellos que han redactado y fallado sobre ésta cuestión. Por último, en el capítulo 5, se elaborarán las propuestas de solución pertinentes al tema y problema de investigación del Trabajo Final de Grado.

## **PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

**1. Área del Derecho:** Derecho Penal y Derecho Constitucional.

**2. Tema:** Prisión domiciliaria y Principio de Igualdad ante la Ley.

**3. Problema de investigación:** ¿Cuál es la razón por la cual el Art. 10 Inc. F de nuestro Código Penal y el Art. 32 Inc. F de la Ley N° 24.660, otorga prisión en detención domiciliaria a la madre de un niño menor de 5 años y no a la de un niño de cualquier edad superior a los 5, mientras tanto tenga menos de 18 años?

## **OBJETIVOS**

### **1. Objetivo general.**

- ~ Analizar la igualdad de derechos en el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

### **2. Objetivos específicos.**

- Destacar la importancia que tiene el Principio del Interés Superior del Menor ante la institución del arresto domiciliario a madres con hijos no sólo menores de 5 años.
- Explicar cuál es el sistema de operación y declaración del arresto o prisión domiciliaria adoptada por nuestras normas en el Art. 10 Inc. F del Código Penal y el Art. 32 Inc. F de la Ley N° 24.660
- Analizar si la doctrina y jurisprudencia es procedente o no al otorgamiento de la prisión domiciliaria tutelada por la ley y el Código Penal.
- Identificar las causas por las que podría ser presentada la inconstitucionalidad del Art. 10 Inc. F del Código Penal y el Art. 32 Inc. F de la Ley N 24.660 frente a la Convención Universal de los Derechos del Niño.

## **I. PRISIÓN DOMICILIARIA**

### **1. Concepto.**

En primer lugar se debe tener en cuenta que este instituto de prisión domiciliaria no debe asimilarse con un cese o suspensión en la ejecución de la pena, sino como una alternativa o modalidad atenuada en dicha ejecución, la cual procede en los casos especiales como los establecidos por las propias leyes de ejecución de la pena; sino que, a los fines de evitar que la propia ejecución de pena tenga un contenido aflictivo de extrema intensidad, se procede a aplicar este instituto.

El arresto o 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.

Es una institución contenida en nuestro derecho positivo que no debe ser concebida como un beneficio cuya concesión dependa 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 de la libertad o de la pena en un establecimiento carcelario a cualquier persona dentro de un domicilio determinado, propio o de terceros, sin la oportunidad de salir previa aprobación judicial; sujeto provisionalmente a una serie de reglas exigidas por el órgano jurisdiccional competente.

El instituto se encuentra regulado en dos normas fundamentales como lo es nuestro Código Penal en el Art. 10 Inc. F y en la ley N° 24.660 Art. 32 Inc. F sobre el modo de Ejecución de Pena, (reformada por la ley N° 26.472).<sup>1</sup>

Los cimientos de esta modalidad mesurada de arresto remiten a atenciones notablemente humanitarias, conferidos con máxima jerarquía normativa en nuestro orden

---

<sup>1</sup> LASCANO Carlos J., (h) “*Derecho Penal Parte General*”, Editorial Advocatus, p. 745

jurídico, y en función de las cuales resultan improcedentes los tratos y las penas crueles, inhumanas o degradantes.<sup>2</sup>

## **2. Requisitos.**

A continuación se establecen los requisitos que fija el Código Penal en el Art. 10 Inc. F y en la ley N° 24.660 Art. 32 Inc. F sobre el modo de Ejecución de Pena, (reformada por la ley N° 26.472) para ejecutar el beneficio de una pena privativa de la libertad dentro de un domicilio, propio o de terceros, en los que hace hincapié en enfermedades terminales, incapacidades y en la protección de los niños afectados por una condena a su progenitora.

*ARTÍCULO 10: Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:*

*a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;*

*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.<sup>3</sup>*

---

<sup>2</sup> Véase Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN, específicamente, los arts. 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 16 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

<sup>3</sup> Artículo 10 Código Penal, sustituido por art. 4 de la Ley N° 26.472, B.O. 20/01/2009.

*ARTÍCULO 32: 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. <sup>4</sup>*

Si advertimos las causas que darían lugar al arresto domiciliario, podemos observar que su justificación principal está dada por el Principio de Humanidad o de Trato Humanitario en la ejecución penal, lo cual encuentra su base en los artículos 15 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Ver Anexo “A”), el artículo 5 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ver Anexo “B”), el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Anexo “C”), así como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes.

Por otro lado, como supuesto independiente a la prisión domiciliaria, pero contemplando a los derechos de las mujeres embarazadas con niños muy pequeños, así como al Interés Superior del Niño, el artículo 495 del Código Procesal Penal de la Nación concede al tribunal de juicio a interrumpir la ejecución de la pena privativa de libertad cuando deba ejecutarla una mujer embarazada o que tenga un niño o niña menor de seis meses en el momento de la sentencia. Consideramos que, más allá de los casos explícitamente previstos en la ley, resulta necesario aplicar la prisión domiciliaria en los

---

<sup>4</sup> Artículo 32 Ley N° 24.660, sustituido por art. 1 de la Ley N° 26.472, B.O. 20/01/2009.

casos de las mujeres embarazadas o menores de edad, esto por cuanto, la privación de la libertad en el medio carcelario daña sus derechos fundamentales.

### 3. Orígenes.

OLMO, Pedro Oliver haciendo referencia a los orígenes de la prisión domiciliaria en su trabajo titulado “Origen y evolución histórica de la pena de prisión”, expresa: “...como pena y como institución, nace recientemente, es un pena moderna: para unos – como **Foucault**- aunque la “forma-cárcel” es muy antigua, la pena de prisión y su institucionalización fue formulada por el pensamiento ilustrado y triunfó en el tránsito del Antiguo Régimen al Liberalismo... Otros, en cambio, como **Ferrajoli**, compartiendo básicamente los planteamientos foucaultianos (y post-foucaultianos), matizan su cronología y dicen que nació realmente con los planteamientos liberales reaccionarios de mitad del XIX y sobre todo con el fin de la codificación a finales de la centuria pasada.”<sup>5</sup>

Muchos tratadistas del derecho acompañan explicaciones formalistas como la de NEUMANN, Elías: “...hubo un período anterior a la sanción privativa de libertad en el que el encierro sólo era un medio para asegurar la presencia del reo en el acto del juicio...”<sup>6</sup>

A partir del siglo XVI, con algunos antecedentes, inician sucesivas etapas, un período de explotación por parte del Estado de la fuerza de trabajo de los presos, un período correccionalista y moralizador desde el siglo XVIII y a lo largo del XIX, y un período final destacado por lo objetivos resocializadores sobre la base de la individualización penal y de distintos tratamientos penitenciarios y post-penitenciarios.

Como primer antecedente en el proceso de codificación comenzado por el Proyecto de TEJEDOR, llevado a cabo en nuestro país, fue hecho por el jurista francés BELLEMARE, Guret, en el mes de noviembre del año 1822.

---

<sup>5</sup> OLMO, Pedro Oliver, “Origen y evolución histórica de la pena de prisión”, Tesis Doctoral “La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado liberal”, (Universidad del País Vasco 2000) p. 5.

<sup>6</sup> NEUMANN, Elías. “Prisión Abierta”, (Buenos Aires 1984) Ediciones Depalma. p. 9.

Este autor, realizó además, encargado por el entonces gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Manuel DORREGO, el Plan General de Organización Judicial para Buenos Aires, publicado en 1829; planteaba aspectos referidos a la legislación Civil, Comercial y Penal. Con relación a nuestra materia, tenía un tratamiento de neto corte liberal, y se ocupaba, no solo de la legislación de fondo, sino también del procedimiento penal y del sistema carcelario.

El primer proyecto de Código Penal fue el de Carlos TEJEDOR; nacido en Buenos Aires el 4 de noviembre de 1817, formó parte de la asociación de Mayo; abogado, se dedicó a su vez al periodismo; fue docente de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires; ocupó incontables cargos públicos, incluyendo el de gobernador de la Provincia de Buenos Aires.

El 5 de diciembre del año 1864, el Poder Ejecutivo Nacional encomendó al Dr. Carlos TEJEDOR la redacción de un proyecto de Código Penal que debía ser presentado en el Congreso.

Este proyecto tenía dos partes y un título preliminar, que establecía la diferencia entre crímenes, contravenciones y delitos; concediéndoles la jurisdicción respectiva.

Aunque sólo regulaba sobre delitos y crímenes; la primera parte refiere a los principios generales y la segunda describe los crímenes, delitos y sus penas.

El proyecto de Tejedor se inspiró en su gran medida en el Código Bávaro de 1813.

Se ha comentado que esta elección de origen bávara no fue arbitraria porque si bien *“... Tejedor no podía comprender claramente las ideas del autor del Código de Baviera, pues Feuerbarbach no fue traducido al castellano, intuyó el profundo sentido liberal del texto bávaro, que lo distingue nítidamente del modelo bonapartista... el texto de Tejedor es más republicano, en este sentido que los de vertiente francesa”*.<sup>7</sup>

El proyecto no alcanzó a ser sancionado por el Congreso, pero igualmente fue adoptado como Código local por once provincias<sup>8</sup>, una vez federalizada la ciudad de Buenos Aires, adquirió sanción federal limitada al ámbito de la Capital.

---

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO, Miguel A., *“Digesto de codificación penal argentina”*, (Madrid 1996) AZ Editora. t. 1, p. 18.

<sup>8</sup> La Rioja, Buenos Aires, Entre Ríos, San Juan, Corrientes, San Luis, Catamarca, Mendoza, Santa Fe, Salta Y Tucumán.

Es así como el proceso de codificación del Derecho Penal argentino se inicia en el camino hacia la unificación de la legislación penal del país. Antes de esa etapa, la legislación penal se formaba de las antiguas leyes españolas y por diferentes resoluciones de naturaleza penal, emanadas de autoridades provinciales y nacionales; que generalmente reglaban delitos específicos como lo eran el robo, lesiones, homicidio, comercio de esclavos, abigeato, etcétera.

Luego se creó una comisión de tres miembros para examinar el Proyecto de TEJEDOR y el 3 de enero de 1881 la comisión presentó al Poder Judicial el producto de su trabajo.

En su labor abandonan la fuente bávara, para aspirarse en el modelo español de 1870.

El Proyecto no obtuvo sanción parlamentaria, pero fue adoptado por Córdoba como código local.

Más tarde por Ley N° 1.920, el 7 de diciembre de 1886, el Congreso de la Nación sancionó sobre la base del proyecto de TEJEDOR, el primer Código Penal Argentino, que entró a regir a partir del 1° de marzo de 1887.

En el año 1890 el Poder Ejecutivo encarga a Norberto PIÑERO, Rodolfo RIVAROLA y Nicolás MATIENZO para planear por primera vez la reforma al Código de 1886.

Posteriormente hubo modificaciones dispuestas por las leyes 17.567, 18.701, 20.043, 21.338, 23.077, entre otras, hasta llegar al decreto 3392/84, publicado el 16 de enero de 1985, que ordenara el Código Penal de 1921 y que en su Artículo 10 anunciaba: ...*“Cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias”*.<sup>9</sup>

Finalmente el mencionado Artículo 10 fue modificado por la ley N° 26.472, modificación que incluyó la ley N° 24.660 para dejarnos su redacción actual.

En virtud de todo lo expuesto, concluimos diciendo que la prisión domiciliaria o casa por cárcel, es una pena que figura, como accesorio de otras y se define

---

<sup>9</sup> LASCANO, Carlos Julio *“Derecho Penal”* Parte General, 1° edición. (Córdoba 2005) Editorial Advocatus. p. 125-137.

como la privación de la libertad de movimientos y comunicación de un condenado o acusado que se cumple fuera de los establecimientos penitenciarios, bien en el propio domicilio o en otro fijado por jueces a propuesta del afectado.

El arresto domiciliario se dispone en situaciones singulares reguladas en dos normas elementales como lo es el Código Penal y en la ley N° 24.660 (reformada por la ley N° 26.472), en las que el condenado no puede o no debe ingresar en prisión. Uno de los supuestos, y el que nos ocupa en esta investigación, se halla en madres con niños a su cargo.

## II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

### 1. Derecho Penal Constitucional.

En este punto trataré el prestigio que conlleva el problema propuesto en las normas consagradas por nuestra Carta Magna y por los tratados que tienen supremacía Constitucional.

En los modernos estados de derecho los ordenamientos jurídicos, la Constitución, en cuanto a ley Suprema, se fundan en el marco normativo de referencia ineludible y limitador del sistema penal. La que guía al legislador en la Ley Fundamental y a la que deberá aspirar al dictar la ley penal.

A partir de la Constitución de 1994, la jurisprudencia y la doctrina dan comienzo a construir un modelo constitucional penal<sup>10</sup> que compone la dimensión antropológica, cultural, social y jurídica del fenómeno penal. El modelo comprende a los derechos fundamentales del hombre; consagrados en la Constitución de 1853 y beneficiados con la del 1994.

En este marco puede hablarse de un Derecho Constitucional Penal, como el conjunto de valores y principios generales que nacen de la Constitución Nacional, y de los preceptos de ella vinculados al sistema penal.

El concepto desarrollado abarca un aspecto sustancial que son los principios generales de la Constitución.

En primer lugar, los principios generales que la Constitución consagra y que tienen relevancia para el sistema penal.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> “...entendemos como modelo, a todo esquema interpretativo y explicativo, que actúa como mediador entre la realidad y el pensamiento. Es también aproximativo, provisional y sometido a revisión.” MARTÍNEZ PAZ, Fernando. *“El mundo jurídico multidimensional”*, (Córdoba 1998) Editorial Advocatus. p. 14.

<sup>11</sup> BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *“Lecciones de derecho penal”* Parte general, (Barcelona 1996) p. 34.

Del preámbulo de la Constitución Argentina, se extraen como fines de la Constitución: afianzar la justicia, promover el bienestar general, asegurar los beneficios de libertad.

La Primera Parte de la Constitución Nacional, en su Capítulo Primero titulado Declaraciones Derechos y Garantías consagra entre otros: adopción de la forma Representativa Republicana Federal de gobierno; principio de igualdad ante la ley.

CARRIÓ, Alejandro manifestó tempranamente, desde la aparición de su ya célebre “GARANTÍAS...”, *“adhiero firmemente al criterio de que valores como los establecidos en la sección declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional deben ser firmemente respetados en forma prioritaria. De lo contrario...habremos convertido a nuestro país, tal vez, en un lugar con bajos índices de criminalidad, pero a costa de hallarnos todos los habitantes a merced de la arbitrariedad, la fuerza y la opresión”*.<sup>12</sup>

El Capítulo Segundo de esta Primera Parte, titulado Nuevos Derechos y Garantías se extraen: consagración normativa del sistema democrático, al que denominamos principio democrático, el principio de soberanía popular, la iniciativa y consulta popular.

A su vez se extraen, además, de la Segunda Parte de la Constitución: tal es el caso del art. 75, que en su inc. 22 otorga jerarquía constitucional a un grupo de tratados en los que se concentran los derechos fundamentales del ser humano; del inc. 23 que consagra la igualdad de derechos reconocidos, una particular protección a los niños, las mujeres, los ancianos, las personas con discapacidad, etcétera.

A partir de lo anteriormente desarrollado podemos sintetizar diciendo que nuestra carta magna se encuentra sobre todas las normas dictadas a partir de ella y es en base a ello es que nos preguntamos si el Art. 10 Inc. F y la ley N° 24.660 Art. 32 Inc. F sobre el modo de Ejecución de Pena, (reformada por la ley N° 26.472) deberían proclamarse inconstitucionales o si bien adaptadas a los tratados y convenciones internacionales de los que Argentina es parte sin tal declaración.

---

<sup>12</sup> CARRIÓ, Alejandro en “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal”, ed. HAMMURABI 4ta. edición actualizada. <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,233,1,0,1,0>

## 1.1 Art. 16 Constitución Nacional.

Según lo que reza el Art. 16 en su Primera Parte, Capítulo Primero: Declaraciones, Derechos y Garantías de la Constitución Nacional: *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”*<sup>13</sup>, tendría que ser declarado inconstitucional por quebrar uno de los principios más importantes como es el de la igualdad

El principio de igualdad ante la ley, instituye una de las reglas constitucionales elementales de los estados civilizados modernos. Sustenta la eliminación de toda discriminación arbitraria, a partir del reconocimiento de una igualdad de status entre los seres humanos dotados de libertad.<sup>14</sup> Esta constituido en nuestra Constitución Nacional como regla vital que debe guiar en toda sociedad civilizada como supuesto básico que puede llevar a alcanzar una existencia civilizada entre todos su ciudadanos.

En cuanto a sus antecedentes más concretos, encontramos su importancia en la Revolución Francesa como punto de partida de la reivindicación y reconocimiento de los derechos del hombre, en el que su emblema estuvo asentado en la triada de Fraternidad, Libertad e Igualdad.<sup>15</sup>

Además considero que en nuestro ordenamiento el origen más definido que encontramos sobre el valor de igualdad se halla en la Asamblea del año XIII con la eliminación de la esclavitud.<sup>16</sup>

Más adelante encontramos reconocimiento al Principio de Igualdad con el voto femenino y actualmente con la aprobación del matrimonio igualitario, lo que muestra una evolución como sociedad.

---

<sup>13</sup> MIGNONE, Emilio F. *“Constitución de la Nación Argentina”*. (Buenos Aires) RUY DIAZ p. 59.

<sup>14</sup> BIDART CAMPOS, Germán J. *“Manual de la constitución reformada”*. (Buenos Aires 1998) t. 1, p. 529

<sup>15</sup> “Fraternidad, Libertad e Igualdad”: <http://www.diplomatie.gouv.fr/es/francia/instituciones-y-vida-politica/simbolos-de-la-republica/article/libertad-igualdad-fraternidad>

<sup>16</sup> PETROCELLI, Héctor B. *“Historia Constitucional Argentina”*  
[http://argentinahistorica.com.ar/intro\\_libros.php?tema=1&doc=57&cap=93](http://argentinahistorica.com.ar/intro_libros.php?tema=1&doc=57&cap=93)

Debo a su vez, abordar sobre un concepto muy importante en esta investigación y sobre todo en función a la igualdad, por ello transcribiré lo que las Naciones Unidas definen en cuanto a “niño”, para que todos los Estados que ratificaron la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre del año 1959, unificaran lo que expresa el Art. 1 de la Convención: *“Se entiende por niño todo ser humano menor a dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

La República Argentina se adhiere a la citada Convención el 27 de Septiembre de 1990 por la ley N° 23.849;<sup>17</sup> siendo en consecuencia parte de la Constitución Nacional.

Por lo anteriormente expresado queda claro en que ampara a todos los menores de 18 años y por ello nuestro Código Penal y las demás normas no deberían quitarles amparo a esa franja de menores por ser contrario al Interés Superior del Niño.

De la misma forma la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad.<sup>18</sup>

## **1.2 Art. 75 Inc. 22 Constitución Nacional.**

Se sustenta en el presente, que respecto a las madres detenidas con niños no menores de 5 años, existe abandono legislativo de un colectivo y por ende, una inconstitucionalidad por omisión. Igualmente existe omisión del Poder Judicial de fijar las normas internas y tratados internacionales que aseguren la obediencia de los derechos humanos vulnerados.

BIDART CAMPOS, Germán José manifiesta que la inconstitucionalidad por omisión es la que acontece cuando el órgano, que ajustado a la constitución, debiendo hacer algo, se abstiene de realizarlo. Vincula, asimismo, que por el principio de la supremacía

---

<sup>17</sup> Ley 23.849: [http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_MNcdn.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_MNcdn.pdf)

<sup>18</sup> Ley 26.061: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

constitucional, el órgano judicial está llamado a hacer actuar la norma programática proporcionándole la operatividad que no pudo conseguir por la reglamentación omitida. Tanto se incumple la constitución cuando no se hace lo que ella manda, como cuando se hace lo que ella prohíbe. La inconstitucionalidad por omisión no invalida ninguna actividad positiva, sino que constata una omisión ofensiva.

Los menores acorde a todos los derechos reconocidos en su favor, no deben bajo ningún modo pagar las penas que en las cárceles pugnan sus madres. Que ellas no estén a su lado cuando más las necesitan, como lo es su infancia y adolescencia, pueden traerles en consecuencia, daños en la mayoría irreparables. Ya no se trata sólo de resocializar a sus madres, sino que debe asegurarse que en el futuro muy cercano no deberán hacer lo mismo para con esos hijos;<sup>19</sup> ya que salvo contadísimas excepciones están abandonados a la nada.

Entre otros que se han pronunciado sobre el tema, en casos aislados y de forma tangencial, encontramos la opinión CAFFERATA NORES, José Ignacio que dice: *“La incorporación de la normativa supranacional a la Constitución Nacional (Art. 75 Inc. 22 CN), influye fuertemente sobre las obligaciones del Estado y los límites a su poder penal pre-existentes, a la vez que precisa mejor los alcances de los derechos y sus salvaguardas que reconoce a la víctima del delito y al sujeto penalmente perseguido.”*

*Porque "tienen como fundamento los atributos de la persona humana" y emanan de su "dignidad inherente", estos derechos son reconocidos por el sistema constitucional, que establece instituciones políticas y jurídicas que tienen "como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre" (Preámbulo de la DADDH), y también procedimientos y prohibiciones para proteger, asegurar o hacer valer su plena vigencia, para resguardarlos frente a su posible desconocimiento o violación, y para asegurar su restauración y reparación, aún mediante la invalidación o la sanción de las acciones u omisiones violatorias, provengan o no de la autoridad pública en el ejercicio de su función penal. Estas garantías son de naturaleza jurídico - política, pues surgen de las leyes fundamentales, imponen obligaciones a cargo del Estado<sup>20</sup> y establecen límites a su poder.*

---

<sup>19</sup> BIDART CAMPOS, Germán José. “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, El Derecho. P. 78-785.

<sup>20</sup> “Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las perspectivas garantías (art. 1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”. (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30/01/87). Ya en Fallos: 239:459, la Corte Suprema de Justicia

*En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros".*<sup>21</sup>

En conclusión, siempre el tribunal debe conseguir que la norma general omitida en su reglamentación funcione directamente por impulso jurisdiccional y que nunca sea lícito al tribunal argumentar que no aplica la norma por falta de reglamentación.

Por lo expuesto es que creo posible la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 10 inc. F del Código Penal y artículo 32, mismo inciso de la ley N° 24.660 ante la violación del Art. 75 inc. 22<sup>22</sup> Capítulo Cuarto: Atribuciones del Congreso de la Carta Magna,<sup>23</sup> al no existir excusa alguna para que no se aplique la Convención a la que la Argentina se incorporó y se analicen los casos en que el niño tenga menos de 18 años y no solo menor de 5 como el Art. 10 Inc. F de nuestro Código penal y el Art. 32 Inc. F de la Ley N° 24.660 expresan.

---

de la Nación sostuvo que la sola circunstancia de la comprobación inmediata de que una garantía constitucional ha sido violada basta para que sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en La Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias..." CSJN, Ekmekdjian c/Sofovich, en JA, 1992-III, p. 194.

<sup>21</sup> CAFFERATA NORES, José. "Proceso penal y derechos humanos". "La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino." (1ª Ed.) (Buenos Aires, 2000). Del Puerto/Centro de Estudios Legales y Sociales p. 13,14.

<sup>22</sup> Art. 75- inciso 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de 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 y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

<sup>23</sup> Artículo 75 inc. 22 Constitución Nacional: "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

El aspecto a debatir no son las facultades que tiene nuestra legislación para estimar sobre la conveniencia o no de dar provecho de la prisión o arresto domiciliario, si lo es la necesidad de estudiar esa conveniencia en todos los casos en que el niño sea menor de 18 años, no solo menos de 5 como se aplica.

Una corroboración más de la anticonstitucionalidad y de la desigualdad de la ley y del artículo del código, es que se pueden advertir casos en que se continúa con la prisión establecida incluso cuando el o los menores cumplieron los 5 años pero no se les dispone a madres que tienen niños que ya los hayan cumplido sin haber obtenido el beneficio.

## **2. Ley 23.849: Convención sobre los Derechos del Niño.**

*“Para los efectos de la presente 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.”<sup>24</sup>*

Por lo tanto se puede manifestar que es clara la Convención Universal de los Derechos del Niño y Adolescente en acoger a los menores de 18 años y no sólo a los que tengan menos de 5 años.

La citada convención fue ligada por parte de la República Argentina por la ley N° 23.849, siendo en efecto parte de la Constitución Nacional, no realizando ninguna reserva en contra del Art. 1 descripto.

Por ello refuerzo la idea de inconstitucionalidad y violación de los principios contenidos en los artículos 3, 4 y 5 de la convención, mencionados a continuación, en los que se refleja claramente lo que compromete al Interés Superior del Niño:

Artículo 3:

---

<sup>24</sup> Parte 1 Art. 1 “Convención sobre los Derechos del Niño”.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas 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, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

#### Artículo 4:

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 lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

#### Artículo 5:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del

niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

La declaración de los derechos del niño es un tratado internacional constituido por 10 artículos, fue sancionado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 de manera unánime por todos los 78 Estados miembros que componían entonces la Organización de Naciones Unidas, en los artículos ajustables a este caso del que trata el presente trabajo, dicen:

Artículo 1:

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Artículo 2:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el Interés Superior del Niño.

Artículo 6:

El niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. 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; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

#### Artículo 7:

El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El Interés Superior del Niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

#### Artículo 8:

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Sobre este tema BARBERÁ DE RISO, María Cristina en su libro expresa: *“La Convención sobre los Derechos del Niño constituye, según entiendo, una verdadera necesidad de la reafirmación de derechos ya consagrados en los otros Tratados y*

*Convenciones. Podría considerarse que es una superposición inútil. Sin embargo, esta Convención persuade sobre la fragilidad de los derechos del niño, su vulnerabilidad y la persistencia en la omisión por respetarlos. Es la necesidad de instalar una mayor protección la que ha dado lugar a esta convención.*

*Es importante destacar que para esta Convención, niño es todo ser humano menor de dieciocho años al margen de la capacidad civil o penal (art. 1°).*

*La protección se traza circunstanciadamente, se profundiza y hasta debe legitimarse la reiteración de los derechos de las personas o derechos humanos, pues no es un caso de tautología legal sino de la necesidad de arraigar un sistema de protecciones...*

*En ese sentido importan el art. 3° inc. 2, según el cual 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, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”<sup>25</sup>*

En función de lo expuesto, resulta justificable aplicar una medida coercitiva de menor magnitud sobre las madres con niños no solo menores de 5 años, sino de cualquier edad superior a los 5, mientras tanto tenga menos de 18 años para poder garantizar su pleno desarrollo.

Finalmente, es necesario destacar que toda presión entre derechos de las niñas y los niños y otro interés público, en este caso, el interés del Estado, en que se ejecute una pena o la medida cautelar en el ámbito carcelario, debe ser solucionado aplicando el estándar jurídico del Interés Superior del Niño; el cual lleva siempre a privilegiar los derechos de los niños menores de edad.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> BARBERÁ DE RISO, María Cristina “Reglas Penales Constitucionales”, Editorial Mediterránea, p. 181.

<sup>26</sup> Ver la apreciación elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “S.C. s/ Adopción”, 2 de agosto de 2005.

### **3. Ley 26.061: Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.**

*“La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”.*<sup>27</sup>

Esta ley fue sancionada el 28 de septiembre de año 2005 y tiene por objeto proteger de manera integral los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos allí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el Principio del Interés Superior del Niño. La omisión en la observancia de los deberes de la ley citada, corresponden a los órganos gubernamentales del Estado que habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

### **4. Ley 24.660 de Ejecución Penal. Art. 32.**

La ley N° 24.660 es una de las normas legales que reglamenta la situación de detención de madres y niños que ordena el modo de Ejecución de la Pena; reformada por la ley N° 26.472.

---

<sup>27</sup> Ley N° 26.061: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

Este precepto dispone que la conclusión de la ejecución de la pena es conseguir que el procesado adquiriera la capacidad de comprender y obedecer la ley procurando su conveniente reinserción social<sup>28</sup> y prevé que el tratamiento del condenado debe ser programado e individualizado<sup>29</sup> y fija que tanto en lo que se refiere al régimen como al tratamiento tiene que atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades para el momento del egreso, dentro de las posibilidades de la administración.<sup>30</sup>

Los artículos 1 y 5 de la Ley Ejecución Penal decretan principios esenciales que se deben respetar en la ejecución de las penas en nuestro país, imponiendo al Estado la obligación de brindar condiciones de detención que les posibilite a los reclusos ejercer su derecho a resocializarse, cumpliendo condenas que respeten las necesidades personales que amerite cada caso, implicando ello, la exigencia que tenga en cuenta que estas mujeres son madres.

La Ley de Ejecución Penal, (reformada por la ley N° 26.472), ordena en su artículo 32: *“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”.*<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Artículo 1 Ley N° 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad.

<sup>29</sup> Artículo 5, primer párrafo, Ley N° 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad.

<sup>30</sup> Artículo 5, segundo párrafo, Ley N° 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad.

<sup>31</sup> Artículo 32 Ley N° 24.660, sustituido por art. 1 de la Ley N° 26.472, B.O. 20/01/2009.

No es parte del presente la parte que observa la prisión domiciliaria a madres con hijos discapacitados, sino la primera que considera tal beneficio a las madres con niños solamente menores de 5 años.

En la Provincia de Córdoba, la disposición legal en este tema, se puede extraer de la ley N° 8.812, en su artículo 1° dispone : *"La provincia de Córdoba adecuará al régimen de la ley nacional 24.660 todas aquellas materias que sean de su competencia exclusiva para lo cual el Poder Ejecutivo dictará, dentro de los ciento veinte días de promulgada la presente, la reglamentación respectiva"*<sup>32</sup> y la ley N° 8.878, que sostiene los principios de la ley nacional; incluyó algunas modificaciones, como por ejemplo, además de contemplar ciertos aspectos no coactivos en el régimen penitenciario, sostiene la obligatoriedad de la obediencia de las normas pertenecientes a la convivencia, disciplina y trabajo.

## **5. Art. 10 del Código Penal.**

*ARTÍCULO 10: Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:*

- a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;*
- 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;*

---

<sup>32</sup> Ley N° 8.812:

<http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/e8a31ee62d359c6d0325723400647b45?OpenDocument>

*f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.*<sup>33</sup>

El pilar de esta modalidad mesurada de reclusión remite a apreciaciones notablemente humanitarias, consagradas con máxima jerarquía normativa en nuestro ordenamiento jurídico y en función de las cuales resultan inaceptables las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>34</sup>

El texto legal admite a las personas que hayan sido condenadas a una pena privativa de la libertad y además a las que se encuentren detenidas en prisión preventiva.

Específicamente establece un modo de cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad que no importa interrumpir ni postergar la ejecución. Sus particularidades la distinguen del encierro en una unidad carcelaria y la asimilan, en algunos aspectos, a la libertad condicional,<sup>35</sup> aunque no debe ser confundida con ésta, ello es así, primordialmente porque el período transcurrido bajo el régimen de detención domiciliaria se computa como efectivo cumplimiento de la condena; pese a que el condenado no es sujeto a tratamiento penitenciario alguno.

La doctrina reseñada no hace más que corroborar y reafirmar un problema que existe indiscutiblemente en nuestro país, sin perjuicio de que sea efectivamente una cuestión globalizada, y que es ciertamente el sistema carcelario.

El régimen carcelario es un asunto de política de Estado cuyo éxito o frustración pasa por que el mismo esté realmente integrado a la sociedad como corresponde. No existe un Estado contenedor que se inquiete por la salud de estos menores que fueron alejados de sus madres, ni por su educación, alimentación, ni siquiera por su suerte; y en eso debemos ser honestos y contemplar que esta cruda realidad es la verdad; ya que si un niño bien

---

<sup>33</sup> Artículo 10 Código Penal, sustituido por art. 4 de la Ley N° 26.472, B.O. 20/01/2009.

<sup>34</sup> La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes es uno de los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y entró en vigor el 26 de junio de 1987, al haber sido alcanzado el número de ratificaciones necesario. Su antecedente más inmediato fue la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes aprobada por la Asamblea de General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975.

<sup>35</sup> Artículo 26 del Código Penal.

asistido llega a ser adulto, seguramente podrá ser un ciudadano con menores conflictos de convivencia.

De la Convención surgen líneas de política legislativa y criminal, según el cual los Estados partes se comprometen a garantizar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas encargadas de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Además deberían adoptar medidas legislativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Asimismo los Estados están obligados a respaldar, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para los niños que eventual o continuamente hayan quedado despojados de su núcleo familiar o cuyo superior interés exija que no se mantengan en ese medio.

#### **IV. DIVERSOS CRITERIOS QUE CONFIEREN DETENCIÓN DOMICILIARIA**

##### **Informes y decisiones de Organismos Internacionales.**

La Convención sobre Derechos del Niño ocupa al Interés Superior de éste como punto de referencia para confirmar la efectiva ejecución de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia posibilitará al individuo el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de abarcarse las acciones de la sociedad y del Estado en lo que respecta a la defensa de los niños y a la preservación y promoción de sus derechos.

Los familiares deben proporcionar el mejor cuidado de los niños contra la injusticia, la explotación y el descuido. Además el Estado se encuentra obligado no sólo a establecer y ejecutar directamente medidas de defensa para los niños, sino también a asistir, de manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

En honor de la tutela efectiva del niño; toda terminación estatal, social o familiar que implique alguna restricción al ejercicio de cualquiera de los derechos, debe tener en cuenta el Interés Superior del Niño y adecuarse estrictamente a las disposiciones que dirigen esta materia.<sup>36</sup>

##### **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

Los niños, principalmente cuando se encuentre expuesta su salud y normal desarrollo, además de la exclusiva atención que requieren de aquellos que están de forma indirecta obligados a su custodia, requieren a su vez la de los magistrados y de la sociedad en su conjunto, siendo que la consideración principal del interés del menor, que la

---

<sup>36</sup> “CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS” Opinión consultiva oc-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Convención sobre los Derechos del Niño obliga a toda autoridad de la nación en los asuntos atinentes a ellos, viene tanto a situar como a condicionar la resolución de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos.

La apreciación esencial del Interés del Niño, que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño obliga a toda autoridad nacional en los asuntos referentes a los menores, orienta y restringe toda determinación de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos comprendidos a esta Corte Suprema, como órgano máximo de uno de los poderes del Gobierno Federal; le corresponde fijar los tratados internacionales a los que la República Argentina está adherida, con la preferencia que nuestra Constitución le concede.<sup>37</sup>

### **Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal**

Nos encontramos frente a un caso de una menor de 10 años que cuenta con graves problemas de relación producto del sufrimiento que padece y que aquellos los había llevado mejor cuando vivía con su madre. Ante este dilema, la resolución promovida por el juez de ejecución, que desestimó la posibilidad de conceder el arresto domiciliario porque la detenida no cumple con las condiciones aseguradas por las normas para el otorgamiento del beneficio; no es la conveniente. El magistrado tenía el deber no sólo de fijar la normativa infraconstitucional, sino a su vez de contemplar la Carta Magna y en caso de que existiera contradicción, llevar a cabo el control de constitucionalidad. De este modo, debió haber verificado que, en el caso determinado, las disposiciones de la ley no transgredan, ignoraran, limitaran o negaran los derechos de la infancia de los niños. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados se involucraran a eludir que los menores sean alejados de su entorno familiar y sólo en los casos en que esto no sea viable, teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño, deberán entrometerse en su amparo. Por ello, en este caso, el juez de ejecución debió haber evaluado que, para el normal

---

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “S.C. s/ Adopción.” 2/08/2005 <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/jurisprudencia/articulo.asp?id=489>

desarrollo de la menor era imprescindible el roce fluido y constante con su madre que se halla privada de su libertad.

Además es posible sumar que la Constitución Nacional Argentina, en su artículo 75 inciso 23, reclama 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 acepta el contacto fluido de la madre con su hija a través de la prisión domiciliaria, entonces no se le garantizará a la menor este derecho. Finalmente, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el menor necesita cuidados especiales, y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que debe recibir medidas especiales de protección. En los dos casos, la necesidad de acoger estos cuidados procede de la situación precisa en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su inmadurez, inexperiencia o debilidad.

Se puede entonces manifestar que no parece disparatado que como parte de su procedimiento penitenciario, Aliaga, Ana María efectúe lo que le queda de la condena en prisión domiciliaria; consolidando de esa forma sus lazos familiares. De esta manera, el Estado, a través de los jueces, está cumpliendo con su compromiso de proteger el desarrollo del núcleo familiar en beneficio de la protección integral del niño.<sup>38</sup>

En el caso “DELGADILLO POZO, Teófila, S/Recurso de Casación” el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal en autos del 4 de junio de 2009, en el que se priorizó el Interés Superior de los menores y se concede una prisión domiciliaria a madre de tres menores no discapacitados y mayores de 5 años cada uno de ellos.<sup>39</sup>

La penada en esta ocasión no reúne los requisitos que regulan el instituto de la prisión domiciliaria previsto por los artículos Art. 10 Inc. F de nuestro Código Penal y el Art. 32 Inc. F de la Ley N° 24.660; igualmente, 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.

---

<sup>38</sup> “Revista MPD 6.pdf - Ministerio Público de la Defensa” C.N.C.P., Sala III, “Aliaga, Ana María s/recurso de casación.” 07/06/2006

<https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mpd.gov.ar%2Farticulo%2FdownloadAttachment%2Fid%2F2238&ei=-No7VfCHBIGeNs30gdgC&usg=AFQjCNE1MqxKvBsnSYmba5bCPjiBFKRK4Q>

<sup>39</sup> Cám. Nac. de Casación Penal “DELGADILLO POZO Teófila, S/Recurso de Casación”. (4 de junio de 2009). <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00019/00031794.Pdf> p. 72

Otro fallo trascendental fue el de “ABREGÚ, Adriana T. S/Recurso de Casación”. Adriana Abregú, madre que fue beneficiada con el arresto domiciliario por la Cámara de Casación Penal.<sup>40</sup> El fallo privilegió el derecho de los cuatro hijos de Adriana, de entre 11 y 15 años, a vivir con ella, por sobre los requisitos que rigen la prisión preventiva y que establecen que la mujer debe estar recluida hasta que se la juzgue por el delito de venta de drogas. Se priorizó el Interés Superior del niño por sobre las leyes procesales.

### **Jurisprudencia de la Justicia Federal.**

La imputada es madre de cuatro niños de 14, 12, 10 y 2 años. La reclusión en una unidad penitenciaria produce el anormal desarrollo de la relación familiar con afectación al derecho de los niños. Más allá del abrigo internacional como producto de las herramientas que existen en ese orden, dentro de los cuales se prepondera la Convención sobre Derechos del Niño, no puede dejar de recomponer en que la ley N° 26.061 igualmente incluye principalmente en el derecho a la identidad de las niñas, niños y adolescentes, los derechos a la perpetuación de sus relaciones familiares, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.

De esta manera, de confirmarse los extremos apuntados por la defensa en favor a la constitución de la familia de Chirivini, Claudia; el modo de ejecución del encierro a través de una detención domiciliaria puede mostrarse como la mejor elección.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Cám. Nac. De Casación Penal, sala IV, ABREGÚ, Adriana T s/Recurso de Casación. [www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/4382](http://www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/4382) p.3 pdf

<sup>41</sup> (C.C.C. Fed., Sala I, Chirivini, Claudia s/ P.P.A, rta. 21/02/2008) <http://www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/2180>

## **Jurisprudencia de la Justicia Nacional**

El siguiente caso afecta a una mujer de 68 años, madre de un hijo que padece esquizofrenia. Haciendo referencia a ley N° 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, es posible que la imputada prosiga cumpliendo su detención alojada en su domicilio, más allá de que su escrito refiera a personas condenadas. Esta aseveración tiene fundamento en lo previsto en el art. 11 de la ley N° 24.660 en cuanto dispone que esta ley es aplicable a los procesados, argumento que fue revalidado en los autos “Menem, Carlos Saúl s/ régimen de visitas y arresto Domiciliario” (C.C. y C.F, Sala II, rta. 21/08/2001).

La probabilidad que adjudica el art. 33 de la ley N° 24.660, en lo que hace referencia a los topes de edad se debe observar a la la necesidad de aminorar lo más posible la forma en que afectan las garantías constitucionales de las que poseen todos los ciudadanos. En este contexto, donde la imputada cumplirá en los próximos días con 69 años de edad, afirmar la falta de 1 año como obstáculo para la aplicación del instituto parece irracional si se está a la finalidad del arresto domiciliado.

La aclaración mencionada debe ser evaluada junto con las demás circunstancias que envuelven a la imputada. Su familia ha comprobado de manera acabada lo casi irrealizable que le resulta mantener a su hijo que sufre una enfermedad que demanda que cuente con cuidados permanentes.

Por último, ninguno de los informes solicitados en los autos revelan la existencia de algún riesgo de gravedad tal que implante la necesidad de que continúe encarcelada, más allá de que el proceso prosiga con la restricción mínima e imprescindible de su libertad ambulatoria.

## **Jurisprudencia de la Justicia de la Provincia de Córdoba**

El próximo fallo concede el beneficio con prisión domiciliaria a madre de 8 hijos menores de edad en situación de abandono, por condena establecida a Vera, Elia del

Carmen como autora responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Como resultado de la reforma constitucional de 1994, ha sido adherida a la Constitución Nacional la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que debe hacerse un análisis integral del ordenamiento jurídico que permita la integración de los derechos humanos constitucionales a las normas de derecho positivo de fondo; art. 33, ley N° 24660, aplicable al caso.

En este orden de ideas, debe declararse la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales del niño, entre otros, a proteger su núcleo familiar como medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros; pudiendo así evitar los perjuicios que sobre los menores está produciendo la ausencia de una figura adulta que cumpla las funciones de cuidado y crianza, como también que, de no mediar prontamente una solución para la situación de abandono de dichos menores, el Estado deberá asumir su tutela, siendo la institucionalización, separación entre los hermanos y desarraigo del hogar la probable consecuencia de tal intervención; con el perjuicio evidente que acarrearía. (Ver Anexo “D”)

Después de todo lo expuesto podemos concluir el presente capítulo, luego de hacer un análisis completo de las decisiones judiciales en cuanto al otorgamiento de la prisión domiciliaria, entendiendo que hay que preponderar el trabajo de aquellos jueces que, más allá de lo que nos pronuncian las norma penales, han resuelto otorgar el arresto domiciliario en aquellos casos en los que las madres tengan a su cargo niños mayores de 5 años de edad y no sólo a las de un niños menor de 5 años; el derecho a pedir el arresto domiciliario corresponde y debe tener en cuenta, en el caso concreto, al Interés Superior del Niño, más allá de la edad. En este sentido, la jurisprudencia argentina, en algunos casos, se ha destacado en sus sentencias y ha examinado los pedidos de prisión domiciliaria sin tener en cuenta lo que puntualmente expresa uno de los requisitos apuntados en el código y en la ley para su otorgamiento.

## CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Estimo que el tema propuesto ha sido sumamente analizado en el presente como punto inicial para lo que debería ser una investigación y tratamiento por el Poder Legislativo y luego por el Poder Judicial o en forma conjunta.

Deduzco que este estudio puede ser el punto de partida para dar voces a los teóricos técnicos, jueces, abogados y doctrinarios en general, al aprendizaje de lo aquí planteado para tratar de comprobar, por un lado la existencia o no de la incompatibilidad designada y por otro la forma o vía más recomendable para el acatamiento de nuestra Constitución Nacional, los tratados y convenciones a ella incorporados.

Considerando el aumento de los mínimos de las penas en los delitos penales, tanto en el orden provincial como en el federal; y sumado la multiplicación excesiva de una población carcelaria entre cuyas particularidades principales encontramos reunidos elementos repetitivos de pobreza; mujeres en situaciones de abandono; mujeres único sostén de familia; y niños desamparados, tanto por sus madres ante el arresto, como por un Estado incapacitado de sustentar, solventar, y custodiar a esos niños, por los que también debe responder.

En consecuencia, se cree que este trabajo “desadormecerá” a quienes se encuentren en posición de dar una solución social que deberá proporcionar un mecanismo por el cual se honren los derechos de los niños, hasta tanto tengamos un Estado en condiciones de dar la atención que se merecen los menores ante la separación de su madre por encarcelamiento. En tal sentido, pasará a tener verdadera adhesión de nuestro país a la Convención Universal de los Derechos del Niño y Adolescente, que hoy por hoy sólo se está considerando y en forma deficiente para el conjunto de menores comprendidos hasta los 5 años de edad, quebrando de igual modo el principio de igualdad consagrado constitucionalmente.

Incuestionablemente, el estudio, toma de posición y propuesta de solución al tema, extenderá sin lugar a dudas las posibilidades de prisión o arresto domiciliario para madre de hijos mayores de 5 y menores de 18 años, que evidentemente dentro del sistema carcelario implica una altísima cifra de esa población.

Con este sondeo y sus consecuencias, comprendo que se podrá profundizar la búsqueda de una ratificación sobre si existe o no un vacío legal o incompatibilidad constitucional en el tema.

Ayudará así mismo, probablemente, para suscitar políticas garantistas asignadas a hacer respetar derechos humanos, no sólo de las mujeres en prisión sino también de sus hijos.

Posiblemente alcance también, para reformular como un primer paso la política de prisión preventiva existente que es en realidad una condena anticipada.

Sostengo firmemente, que como producto del principio contenido en este trabajo, se podrá mejorar la sociedad desde su origen que es la familia; se podrán admirar de mejor modo los derechos humanos e incluso podrá tener efectos económicos favorables para el propio Estado ante la disminución de la población carcelaria y del costo que implica mantenerla.

Tal vez sea la presente exploración el origen de nuevas modalidades de organización carcelaria, de salidas transitorias, de integración familiar y de lo que implique control y coordinación de presos y liberados.

Para concluir entendemos que la población carcelaria de hoy es un grupo desorganizado de individuos en esos establecimientos. Creo que en todo Estado de derecho el miramiento por esos ciudadanos es el origen de toda democracia que se aprecie de tal. Y finalmente opino que el Estado debe concebir una real culpa destinada a responderse la pregunta de hasta qué punto realmente es eficaz al momento de cumplir esta función de arresto.

Ante esa actividad el Estado sigue siendo causante, y más aún ante el alejamiento del detenido, de velar por la familia que ha quedado sin la madre, en el caso que nos ocupa, y acorde el estudio realizado para este trabajo se debe contestar que el Estado es un gran ausentado al momento de cuidar por la salud; física y psíquica, educación, alimentación, higiene y todos los aspectos que bien o a su manera, sí lo hacían esas madres en cada una de sus viviendas y con su grupo familiar.

Nada más claro y contundente que las palabras expresadas por el ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Eugenio Raúl Zaffaroni al decir: *“Hay hipócritas*

*que pretenden que se encierre a todo el mundo y que los jueces se conviertan en verdugos de los pobres y excluidos.”*

Propongo se mejore en forma total la Política Carcelaria, incorporando y no descartando a quienes deben pagar por condenas. Esa incorporación deberá pasar por dar oportunidades no sólo a los hijos de los presos, sino a los mismos detenidos, dando trabajos dignos, estudios, posibilidades de capacitación, educación y porque no hasta esparcimiento.

Entiendo de que es hora de que empecemos a caminar todos unidos como país hacia un sitio mejorador para toda la comunidad, debiendo sin lugar a dudas y tal como lo expresara Nelson Mandela incorporando a quienes son los más marginados como son justamente los presos.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Doctrina

- BARBERÁ DE RISO, María Cristina. *“Reglas Penales Constitucionales”*. (Córdoba, 2005). Editorial Mediterránea.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *“Lecciones de derecho penal”* Parte general. Barcelona 1996.
- BIDART CAMPOS, Germán José. “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *El Derecho*.
- BIDART CAMPOS, Germán José. “Manual de la constitución reformada”. Buenos Aires 1998.
- CAFFERATA NORES, José. *“Proceso penal y derechos humanos”*. “La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino.” (1ª Ed.) (Buenos Aires, 2000). Del Puerto/Centro de Estudios Legales y Sociales.
- CARRIÓ, Alejandro. *“Garantías Constitucionales en el Proceso Penal”*. (4ta. Ed. Actualizada) Editorial Hammurabi.
- Editorial Celtia S.A.C.I.F.
- “CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS” Opinión consultiva oc-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- FRANCE DIPLOMATIE. *“Fraternidad, Libertad e Igualdad”*. Cita Online.
- “Fraternidad, Libertad e Igualdad”:  
<http://www.diplomatie.gouv.fr/es/francia/instituciones-y-vida-politica/simbolos-de-la-republica/article/libertad-igualdad-fraternidad>
- LASCANO, Carlos Julio *“Derecho Penal”* Parte General, 1º edición. (Córdoba 2005) Editorial Advocatus.

- MIGNONE, Emilio F. “*Constitución de la Nación Argentina*”. Buenos Aires RUY DIAZ
- NEUMANN, Elías. “*Prisión Abierta*” (Buenos Aires 1984) Ediciones Depalma.
- OLMO, Pedro Oliver, “*Origen y evolución histórica de la pena de prisión*”, Tesis Doctoral “*La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado liberal*”, (Universidad del País Vasco 2000).
- PETROCELLI, Héctor B. “*Historia Constitucional Argentina*”. Argentina Histórica. Cita Online.
- PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN. “*Arresto Domiciliario*”. Cita Online.
- SCAVONE, Graciela M. “*Cómo se escribe una Tesis*”. 1º ED, Buenos Aires 2002. Editorial La Ley.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO, Miguel A., “*Digesto de codificación penal argentina*. Madrid 1996. AZ Editora.

## 2. Jurisprudencia

- C.C.C. Fed., Sala I, “Chirivini, Claudia s/ P.P.A”.
- Cámara Nacional De Casación Penal “DELGADILLO POZO Teófila, s/Recurso de Casación”.
- Cámara Nacional De Casación Penal, sala IV, “ABREGÚ, Adriana T. s/Recurso de Casación”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ekmekdjian c/Sofovich, en JA, 1992-III.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “S.C. s/ Adopción.”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “S.C. s/ Adopción”,
- Juzgado De Ejecución de Segunda Nominación. Mar del Plata. "DEMAIO María del Carmen, s/ Incidente Prisión Domiciliaria" Causa N° 1045/2.

- Menem, Carlos Saúl s/ régimen de visitas y arresto Domiciliario” (C.C. y C.F, Sala II).
- Tribunal Oral Criminal y Federal N°1 Cba. 12/6/07. A.I. N° 58/07. “Vera, Elia del Carmen s/ Legajo de Ejecución”.

### 3. Legislación

- Código Penal Argentino.
- Constitución Nacional de la República Argentina.
- Convención Universal de los Derechos del Niño.
- Ley N° 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño.
- Ley N° 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.
- Ley N° 26.472.
- Ley N° 26.061 Ley Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

## ANEXOS

“A”

### **Artículo 15 de la Constitución Nacional.**

*“En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.”*

### **Artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.**

*“Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de 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 y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen*

*jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”*

**“B”**

**Artículo 5 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.**

*“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.”*

**“C”**

**Artículo 10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

*1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

*2.*

*a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;*

*b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.*

*3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.*

**“D”**

**“Trib. Oral Crim. Fed. N°1 Cba. 12/6/07. A.I. N° 58/07. “Vera, Elia del Carmen s/ Legajo de Ejecución”.**

#### PRISIÓN DOMICILIARIA

Falta de requisitos para otorgamiento del beneficio. Mujer privada de libertad y madre de varios menores. Abandono material y moral. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Admisibilidad de la concesión del beneficio.

1– A partir de la reforma constitucional de 1994, ha sido incorporada a la CN la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que debe hacerse una interpretación integral del ordenamiento jurídico que permita la integración de los derechos humanos constitucionales a las normas de derecho positivo de fondo (art. 33, ley 24660, aplicable al caso). En este orden de ideas, debe asegurarse la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales del niño, entre otros, a preservar su “...familia como medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros...”

2– Por lo dicho supra, debe ameritarse adecuadamente, en autos, los perjuicios que sobre los menores está produciendo actualmente la ausencia de una figura adulta que cumpla las

funciones de cuidado y crianza, como también que, de no mediar prontamente una solución para la situación de abandono de dichos menores, el Estado deberá asumir su tutela, siendo la institucionalización, separación entre los hermanos y desarraigo del hogar la probable consecuencia de tal intervención, con el perjuicio evidente que acarrearía.

3– El art. 33, ley 24660, configura una excepción al principio general de que la prisión debe cumplirse en establecimientos penitenciarios, por lo que, como tal, debe interpretarse con adecuación a las características particulares de cada caso. Así las cosas, aun cuando no se configuran en autos los supuestos previstos para la procedencia de la prisión domiciliaria, tal como lo ha sostenido la C. Nac. de Casación Penal “...corresponde asegurar el superior interés de los niños involucrados, cuya tutela viene impuesta por un orden jerárquicamente superior (CDN, art. 3, incorporada a la CN por el art. 75, inc. 22)...”, por lo que es necesario conciliar los derechos constitucionales del niño con la pena privativa de la libertad impuesta a la madre de los menores y, por ello, la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria aparece como la solución más adecuada al caso.

4– En atención a la precariedad de la situación socioeconómica de la encartada y su familia, no siendo posible para ésta dejar su vivienda para desarrollar tareas que aseguren un ingreso para la manutención de los menores a su cargo, corresponde requerir al Gobierno provincial, por medio del Ministerio respectivo, la concesión de un subsidio.

16852 – Trib. Oral Crim. Fed. N°1 Cba. 12/6/07. A.I. N° 58/07. “Vera, Elia del Carmen s/ Legajo de Ejecución”.

Córdoba 12 junio de 2007

Y CONSIDERANDO:

1. Que con fecha 22/5/07, el Sr. Defensor Público, Dr. Carlos Casas Nóbrega, solicita se

conceda a su defendida Elia del Carmen Vera el beneficio de la prisión domiciliaria, en los términos del art. 33, ley 24.660, en atención a la situación de abandono que padecen sus ocho hijos menores de edad, a cargo de su madre enferma, Sra. Andrea Elia Vera. 2. Que Elia del Carmen Vera ha sido condenada por el Tribunal (Sent. N° 7/2007) a cumplir la pena de cuatro años de prisión, multa de \$225 y accesorias legales, como autora responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5 inc. “c”, ley 23.737). 3. Que conforme se desprende de las constancias agregadas a la causa (Informe socio ambiental del personal técnico de la Dirección Vulnerables de la Municipalidad de Córdoba de fs. 29/34, partida de defunción de Andrea Vera de fs.21, informe social del Establecimiento Correccional de Mujeres de fs. 38/40 y constancias del Ministerio de Educación de fs. 42 y certificado de discapacidad de fs. 43), la interna Elia del Carmen Vera es madre de once hijos. Los tres mayores se encuentran actualmente detenidos (de 23, 19 y 18 años). Los ocho restantes, son menores de edad: 16, 15, 11, 9, 8, 6, 4 y 2 años de edad. Uno de los nombrados (de ocho años de edad), presenta retraso mental y disfunción cerebral. Todos ellos residen en una vivienda precaria y se encontraban a cargo de su abuela Andrea Elia Vera, quien asumió –a partir de la detención de la madre de los menores– las funciones de cuidado y crianza, pero hallándose gravemente enferma, ha fallecido el día 9 del corriente mes y año. Ninguno de los menores recibe el apoyo económico o afectivo de figuras paternas, siendo hijos de diferentes parejas de Vera con escaso compromiso en la función, quienes mantienen esporádicos contacto con dichos niños. No existe en el entorno familiar de la interna Vera otro familiar adulto que pueda asumir las funciones de cuidado, por cuanto su hermana Adela Stramburgio tiene, a su vez, diez hijos propios a su cargo. Por otra parte, a partir de la detención de la madre de los niños, el niño de 8 años de edad, con retraso mental y disfunción cerebral, quien asistía a tratamiento psicomotor desde el año 2005 con regularidad, ha decaído en su asistencia y rendimiento a partir de la detención de su madre, señalándose en el informe proveniente del Instituto de Psicopedagogía y Educación Especial “Dr. Domingo Cabred” que el apoyo de la interna Vera a su hijo con discapacidad ha sido valioso, necesitando dicho niño –a raíz de sus características– un referente y sostén de sus logros. Con relación a los demás menores, dos de ellos han abandonado los estudios a partir de la detención de su madre, estando actualmente todos bajo el cuidado de la hija de 15 años, quien anteriormente también

cuidaba a su abuela y, actualmente, a raíz de toda la problemática apuntada, la niña habría comenzado a consumir sustancias estupefacientes (inhalación de fana). Lo descripto permite inferir que los ocho hijos menores de Elia del Carmen Vera se hallan en evidente estado de abandono material y moral, sin posibilidad de que otro familiar asuma su tutela y cuidado. 4. Que a partir de la reforma constitucional de 1994, ha sido incorporada a la CN la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que debe hacerse una interpretación integral del ordenamiento jurídico que permita la integración de los derechos humanos constitucionales a las normas de derecho positivo de fondo (art. 33, ley 24660, aplicable al caso). En este orden de ideas, consideramos que debe asegurarse la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales del niño, entre éstos, el de preservar su "...familia como medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros..." (Cfme. Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos del Niño). Por lo dicho, deben ameritarse adecuadamente los perjuicios que sobre los menores está produciendo actualmente la ausencia de una figura adulta que cumpla las funciones de cuidado y crianza, como así también que, de no mediar prontamente una solución para la situación de abandono de dichos menores, el Estado deberá asumir su tutela, siendo la institucionalización, separación entre los hermanos y desarraigo de su hogar la probable consecuencia de tal intervención, con el perjuicio evidente que tal intervención acarrearía. 5. Que el art. 33, ley 24660, configura una excepción al principio general de que la prisión debe cumplirse en establecimientos penitenciarios, por lo que, como tal, debe interpretarse con adecuación a las características particulares de cada caso. Así las cosas, aun cuando no se configuran en el caso los supuestos previstos para la procedencia de la prisión domiciliaria, tal como lo ha sostenido la Cámara Nacional de Casación Penal (in re: "Abregu", 29/8/2006) "...corresponde asegurar el superior interés de los niños involucrados, cuya tutela viene impuesta por un orden jerárquicamente superior (CDN, art. 3, incorporada a la CN por el art. 75, inc. 22)...", por lo que corresponde conciliar los derechos constitucionales del niño con la pena privativa de la libertad impuesta a la madre de los menores y, por ello, la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria a Elia Vera aparece como la solución más adecuada al caso. 6. Que la prisión domiciliaria deberá cumplirse en el domicilio de Elia del Carmen Vera, sito en calle Matra N° 9382, B° Villa Cornú, hasta la fecha de obtención de su libertad condicional (28/3/2009). Asimismo, en atención a las particularidades del

caso y al excelente seguimiento e intervención efectuada por la Dirección de Grupos Vulnerables, de la Municipalidad de la ciudad de Córdoba, corresponde confiar la supervisión de la detención domiciliaria a dicha Dirección, instrumentados bajo la forma de informes sociales mensuales (art. 32, ley 24660). 7. Por último, en atención a la precariedad de la situación socioeconómica de Vera y su familia, no siendo posible para la misma dejar su vivienda para desarrollar tareas que aseguren un ingreso para la manutención de los menores a su cargo, corresponde requerir al Gobierno provincial, por medio del Ministerio respectivo, la concesión de un subsidio a los fines señalados.

Por todo lo expuesto,

SE RESUELVE: 1. Incorporar a Elia del Carmen Vera al régimen de prisión domiciliaria, a partir del día de la fecha, conforme a las condiciones descriptas en los considerandos, debiendo librarse los oficios correspondientes (art. 33, ley 24660). 2. Solicitar a la “Dirección de Grupos Vulnerables” de la Municipalidad de la ciudad de Córdoba, la supervisión del caso con las modalidades especificadas en los considerandos (art. 32, ley 24660). 3. Requerir al Gobierno provincial, por medio del Ministerio respectivo, la concesión de un subsidio económico para Elia del Carmen Vera.

Jaime Díaz Gavier – Carlos Otero Álvarez – José Vicente Muscará.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O  
GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> ( <i>apellido/s y nombre/s completos</i> )	MELLANO DELLA SANTINA, Valeria
<b>DNI</b> ( <i>del autor-tesista</i> )	33.323.983
<b>Título y subtítulo</b> ( <i>completos de la Tesis</i> )	Igualdad de derechos en el otorgamiento de la prisión domiciliaria
<b>Correo electrónico</b> ( <i>del autor-tesista</i> )	valeriadellasantina@hotmail.com
<b>Unidad Académica</b> ( <i>donde se presentó la obra</i> )	Universidad Siglo 21
<b>Datos de edición:</b> <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	Marcos Juárez, Córdoba, Argentina. Año 2015

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de la Tesis</b> ( <i>Marcar SI/NO</i> )	SI
<b>Publicación parcial</b> ( <i>Informar que capítulos se publicarán</i> )	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar y fecha:**

\_\_\_\_\_  
Firma autor-tesista

\_\_\_\_\_  
Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

\_\_\_\_\_ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

\_\_\_\_\_  
Firma Autoridad

\_\_\_\_\_  
Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado