



Trabajo Final de Graduación

PRISION DOMICILIARIA

MENORES DE EDAD

Alumno: Escudero, Martín Jesús

Universidad: Siglo 21

Carrera: Abogacía

Resumen Ejecutivo

Hasta la reforma de la ley 26.472, el instituto de la prisión domiciliaria no tenía en cuenta el interés superior del niño. Se encontraba previsto como un beneficio al cual podían acceder, previa resolución judicial, las personas mayores de 70 años, valetudinarias, mujeres honestas siempre que la pena no excediere de seis meses o independientemente de la extensión de la condena, las personas mayores de setenta años o que padecieran una enfermedad en periodo terminal. Ya con anterioridad a la ley 26.472, se pensó en un trato diferencial para las mujeres. Con la ley 24.660 se tuvo en cuenta por primera vez expresamente a nivel legislativo la relación materna filial, reconociendo la posibilidad que los niños hasta cuatro años de edad convivan en la cárcel con la madre detenida. Lo que hace trascender la pena impuesta a la madre, al menor. Ya que las condiciones de encierro no son las adecuadas para el desenvolvimiento un niño. Recién con la reforma de la ley 26.472 se incluyó la hipótesis de prisión domiciliaria a la madre de un niño menor de cinco. La doctrina y jurisprudencia no es pacífica en la aplicación del instituto. La discusión torna en cuanto la facultad o deber del juez al momento de resolver, así como los requisitos para su otorgamiento entre otros aspectos.

Palabras clave: Prisión domiciliaria. Menores de edad. Ley 26.472.

Abstract

Until the reform of the law 26.472, the institute of home detention was not in the best interests of the child. Was provided as a benefit to which they could access, on judgment, people over 70, valetudinarias, honest women provided the penalty does not exceed six months or whatever the extension of the sentence, people over seventy years or that they suffered from terminal illness period. Already before the law 26,472, he thought of a differential treatment for women. With the law 24.660 was taken into account for the first time explicitly in law of the subsidiary maternal relationship, recognizing the possibility that children up to four years in prison coexist with the arrested mother. What makes the sentence beyond the mother, the child. Since conditions of confinement are not appropriate for a child development. Just to law reform hypothesis 26,472 home to the mother of a child under five prison was included. The doctrine and jurisprudence is not

peaceful in the implementation of the institute. The discussion turns as the power or duty of the judge when deciding, as well as the requirements for granting among others.

Keywords: home Prison. Minors. Law 26,472.

Índice

INTRODUCCION.....	6
CAPITULO I: Aspectos Generales.....	9
I. a. Prisión Domiciliaria.....	9
I. b. Prisión Domiciliaria en Argentina.....	10
I. c. Fundamentos de la Prisión Domiciliaria.....	12
I. d. Conclusiones Parciales.....	16
CAPITULO II: La Prisión Domiciliaria en el Caso de Madres de Menores de Edad.....	17
II. a. Fundamentos.....	19
II. b. Cumplimiento del Fin de la Pena.....	21
II. c. Requisitos para su Otorgamiento.....	22
II. d. Conclusiones Parciales.....	23
CAPITULO III: Interés Superior de Niño.....	25
III. a. Concepto y Encuadre en la Legislación Nacional y en el Derecho Internacional	25
III. b. Interés Superior del Niño Como Limite a la Facultad del Juez.....	29
III. c. Conclusiones Parciales.....	32
CAPITULO IV: Solicitud del Beneficio de la Prisión Domiciliaria.....	34
IV. a. Facultad o Deber.....	34
IV. b. Limites a la Facultad del juez.....	36
CAPITULO V: Análisis Jurisprudencial.....	38
V. a. Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	38
V. b. Cámara Federal de Casación Penal Sala II.....	40
V. c. Cámara Federal de Casación Penal Sala III.....	42

V. d. Cámara Federal de Casación Penal Sala IV.....	44
V. e. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Sala Penal.....	45
V. f. Juzgado de Ejecución de Córdoba. Primera Nominación.	48
V. g. Juzgado de Ejecución de Córdoba. Segunda Nominación.....	49
CONCLUSIONES.....	50
BIBLIOGRAFIA.....	52

INTRODUCCION

En la actualidad argentina no se puede ignorar la situación de aquellos niños y niñas cuyas progenitoras han sido privadas de libertad. Sobre este tema no hay tiempo para perder, pues, la realidad se impone ante cualquier imaginario.

Es imprescindible determinar si un juez puede rechazar la prisión domiciliaria a una madre de un menor de edad sin vulnerar sus derechos fundamentales. Ya que el interés superior de niño ha de primar más allá del fin social de la pena y ello por el solo hecho de ser el sector más vulnerable de la sociedad. Ellos son nuestro presente y nuestro futuro.

Actualmente con la sanción de la ley n° 26.472 se incluyó la hipótesis de prisión domiciliaria a la madre de un niño menor de cinco años. Lo que ha significado un avance legislativo de gran trascendencia. Ya que la reforma legislativa beneficia a la gravísima realidad que vivían los niños al ser alojados junto a sus madres en establecimientos penitenciarios. Significando aquella situación una expresa violación a los derechos del niño.

Es necesario aclarar que el instituto de la prisión domiciliaria no es una eximición de prisión sino una forma alternativa del cumplimiento de la pena privativa de libertad a fin de no vulnerar el interés superior del niño, ni principios como el de intrascendencia de la pena y de humanidad de las penas.

Se puede observar una tendencia de la justicia en no otorgar la prisión domiciliaria a las madres, exigiendo requisitos no establecidos en la norma, excediéndose el juez en las facultades y atropellando los derechos del niño. Siendo, el principal fundamento en cuestión el interés superior del niño. Es indudable, que en este tema rige también el principio de intrascendencia de la pena, de no discriminación, de igualdad, de dignidad. Principios supranacionales y constitucionales.

Hay que preguntarse si un juez puede rechazar la prisión domiciliaria en la hipótesis en estudio, sin vulnerar derechos fundamentales del niño. Así como establecer con claridad

cuáles son los requisitos para su otorgamiento, ello a los fines de evitar en un futuro más arbitrariedades al respecto que tienen como principal perjudicado al menor de edad.

Siendo que la prisión domiciliaria en la hipótesis en estudio no lleva mucho tiempo de aplicación, nos encontramos con un escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial al respecto. Por lo que se pretende desarrollar con una cierta claridad el instituto incorporado por la ley 26.472, a los fines de influir en la protección de los menores.

Existe un interés de la sociedad de que alguien que delinquiró cumpla la pena privativa de libertad en un instituto carcelario, pero ello se contraponen en alguna medida al interés del menor, porque para él existe tal beneficio, para él fue creado. No para la madre como muchas veces se cree. Piénsese que puede esperar la sociedad como respuesta, de un menor que debió crecer sus primeros años de vida en una cárcel, siendo de público conocimiento en las condiciones en que allí se vive. Por ello digo que solo en medida se contraponen ambos intereses. La sociedad toda ha de interesarse en la protección integral de la parte más vulnerable de la misma, en la vigencia y efectivo cumplimiento de los derechos del niño.

En el Capítulo Uno, se expondrán los conceptos generales referidos a la Prisión Domiciliaria, sus fundamentos y aplicación en la Argentina. En el Capítulo Dos se desarrollara la hipótesis de madres de menores de edad. Es objetivo de este trabajo lograr una reflexión general sobre el instituto de la prisión domiciliaria como una forma alternativa del cumplimiento de la pena de privación de la libertad así como una reflexión particular respecto al caso de madres de menores de cinco privadas de su libertad.

El Capítulo Tres es de fundamental importancia para la comprensión del fundamento del instituto en estudio. Se desarrollara el principio del Interés Superior del niño, el cual surge de la Convención de los Derechos del Niño. La cual obliga a los estados ratificantes a crear y subordinar políticas públicas a los derechos del niño. Por lo que el poder legislativo está obligado a legislar, y el poder judicial está obligado a decidir, a favor de los niños respetando todos sus derechos y garantías fundamentales. Así como el poder ejecutivo debe hacer cumplir sus derechos y garantías.

En el Capítulo Cuatro, se expondrá la discusión existente respecto a la facultad o deber del juez de conceder el beneficio. Y se tratará de demostrar que aun se llegara a considerar una facultad, en tal caso la decisión del Juez se encuentra igualmente limitada por principios trascendentales, los cuales no pueden ser vulnerados por ninguna autoridad.

En el Capítulo Cinco se hará referencia a jurisprudencia nacional y provincial a fin de demostrar la existencia de diversidad de criterios respecto a la concesión del beneficio en general y particular al caso en estudio. A fin de reforzar la postura que se tiene del tema. Asimismo se desarrollará el caso de menores que superan la edad de cinco años.

Por último se desarrollará la correspondiente conclusión de lo estudiado. Pretendiendo con ello hacer tomar conciencia de la importancia del tema y la necesidad de establecer un régimen más claro que no lleve a injusticias que provoca responsabilidad nacional e internacional de quienes la provocan.

CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES

1. a. PRISION DOMICILIARIA:

Es necesario explicar el instituto de la prisión domiciliaria en general para así enfocar el trabajo al caso especial de madres de menores de edad. La prisión domiciliaria ha sido prevista a los fines de evitar el encierro carcelario de quienes merecen una protección especial, conforme al principio de humanización de la pena e intrascendencia de la misma. Autores como Axel López y Ricardo Machado se refieren a ella estableciendo que:

La prisión domiciliaria resulta una solución más que aceptable para aquellos casos en que el encierro carcelario implica un desmedro, que va más allá de las restricciones inherentes a la ejecución de la pena. Se intenta humanizar la ejecución de la pena privativa de la libertad, estableciendo un modo de cumplimiento alternativo al encierro carcelario para ciertos casos especiales (...). (López y Machado, 2003, pág. 150).

Es decir que la prisión domiciliaria es un instituto especial mediante el cual se cumple de forma diferente la pena privativa de libertad, a favor de la persona a la cual se le ha concedido por algún motivo de humanidad, y cuyo fundamento se encuentra en principios constitucionales.

Así en el fallo “Pastor” el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba a través de su Sala Penal estableció que la prisión domiciliaria no constituye un cese de la pena impuesta ni su suspensión, sino que se trata de una alternativa para situaciones especiales en las que los muros de las cárceles son sustituidos por un encierro en el domicilio fijado bajo el cuidado de otra persona o institución atenuando la modalidad de ejecución del encierro que implica la pena privativa de libertad¹.

En los casos de prisión domiciliaria de acuerdo con lo referido por López y Machado, se produce el efectivo cumplimiento de la pena de privación de libertad con el encierro del

¹ TSJC., Sala Penal, “Pastor” n° 71, 23/08/2000.

causante en su domicilio. Ello resulta una atenuación para aquellos casos en que la legislación contempla como vulnerables, por lo que su permanencia dentro de la cárcel resultaría cruel e inhumano o significaría un re agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención.

1. b. PRISION DOMICILIARIA EN ARGENTINA

El instituto de la prisión domiciliaria fue previsto al sancionarse el código penal (Ley 11.179), en el art 10. La ley 24.660 al regular el instituto (arts. 32 al 34), ha modificado la regulación originaria sumando hipótesis que amplía la posibilidad de obtener esta modalidad de ejecución de la pena, adecuándose a los estándares de Derechos Humanos los cuales gozan de jerarquía constitucional.

El 17 de diciembre de 2008 el Poder Legislativo aprobó la ley n° 26.472, que modifica tanto la ley n° 24.660, como el Código Penal, ampliando los supuestos en que procede la prisión domiciliaria. La nueva redacción del art. 32 de la ley n° 24.660 establece:

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 cargo².

Hasta la reforma de la ley 26.472, el instituto de la prisión domiciliaria se encontraba previsto como un beneficio al cual podían acceder, previa resolución judicial, las personas

² Artículo 32, Ley 24.660. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

mayores de 70 años, valetudinarias, mujeres honestas siempre que la pena no excediere de seis meses o independientemente de la extensión de la condena, las personas mayores de setenta años o que padecieran una enfermedad en periodo terminal.

Son hipótesis reconocidas legalmente para obtener la prisión domiciliaria; cuando las personas padecen un problema de salud de tal forma que el encierro implique un grave riesgo, o un impedimento para recuperarse o para obtener su tratamiento para su mejoría; las que sufren una enfermedad incurable en periodo terminal; las que tienen una discapacidad que implique que su estadía en un establecimiento carcelario sea inadecuada para su condición, mayores de setenta años, mujeres embarazadas y madres de niño/a menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo.

Los supuestos legales corresponden a personas condenadas a penas de prisión efectivas, aunque el instituto de la prisión domiciliaria es aplicable también a procesados con prisión preventiva, en base al principio de inocencia, art. 75 inc. 22 y art 18 C.N.

Ya con anterioridad a la ampliación de los casos que surgen de la ley 24.660, a nivel jurisprudencial se planteo el carácter taxativo o meramente enunciativo de las hipótesis del art. 10 C.P. Así el Dr. José Daniel Cesano expresa que algunas respuestas se pronunciaron por esta última solución, aplicando el instituto a personas que no se encontraban en los casos puntuales previstos en aquella norma, el art. 10 C.P., recuerda, un caso muy típico, un juzgado criminal y correccional del distrito Judicial de La Plata, hizo una aplicación extensiva del instituto, concediendo la prisión domiciliaria con fundamento en el grave deterioro que representaría para el grupo familiar del interno, su encierro efectivo. En efecto al resolver el precedente “Aberastegui”, argumento el tribunal que aunque el arresto domiciliario está condicionado a la concurrencia de los factores que contempla como causas de concesión respecto del condenado, estableció que puede extensivamente considerarse respecto de los que constituyen su más cercano grupo familiar (Cesano y Perano, 2005).

En los Autos “Yergo Morante s/ recurso de casación” si bien la respuesta del tribunal fue negativa, encontramos fundamentos muy interesantes en cuanto a los argumentos de la defensa, la que solicita la prisión domiciliaria invocando la aplicación analógica *in bonan*

partem de los arts. 10 del Código Penal 32 y 33 de la Ley 24.660, invocando para ello el interés superior del niño y la protección de la familia. En el caso se fundó su pretensión en el estado de salud del hijo de su concubina, la atención permanente que en tal sentido el mismo requeriría, la difícil situación económica en que se encuentra su concubina por no tener disponibilidad horaria para trabajar la falta de contacto general y suficiente por parte del menor por el imputado³.

Se encontró doctrina a favor de la no taxatividad de las hipótesis que contienen los arts. 10 del C.P. y 33 de la ley de ejecución penal. Así, Eugenio Zafaroni, Alejandro Skolar y Alejandro Alagia, refiriendo a lo inadecuado que sería limitar el instituto y han expresado la conveniencia de ampliar las hipótesis abarcadas por el beneficio a aquellas situaciones en que se pruebe que el encierro en un establecimiento sea susceptible de empeorar un delicado estado de salud (Cesano y Perano, 2005).

1. c. FUNDAMENTOS DE LA PRISION DOMICILIARIA

En todos los casos en que es aplicable el instituto de la prisión domiciliaria se puede encontrar el fundamento en el PRINCIPIO DE HUMANIDAD durante el proceso y en la ejecución de las penas, el cual tiene reconocimiento constitucional, el art. 18 CN, establece; “ .. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y azotes. Las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidas en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”⁴.

Así también el art. 75 inc 22 de la CN otorga jerarquía constitucional al Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.1 dispone: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Así también art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos dice; “Derecho a la integridad personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su

³ C.F.C.S. Sala IV, “Yergo Morante, Ramiro s/ recurso de casación” 2013.

⁴ Artículo 18 Constitución Nacional Argentina.

integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido ni a torturas ni penas ni tratos inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”⁵.

Sobre esta base constitucional subyace el principio de humanidad, por lo que se debe evitar todo trato que signifique ampliar el padecimiento que el mal de la pena ya supone, y se debe respetar cualquier enfermedad grave que pudiera afectar al interno, aun cuando la enfermedad no revista la calificación de incurable y terminal. No puede perderse de vista que la ejecución de la pena, no es susceptible de realizarse, de modo que pueda afectar el derecho que tiene todo interno a un trato acorde con la dignidad inherente al ser humano (Cesano y Perano, 2005).

Dicho principio es receptado expresamente por la ley 24.660 art. 9 establece: “La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder”⁶.

Es decir que este principio incluye la protección de la dignidad humana y la protección de la salud de la persona que se encuentra detenida, ya que la privación de la libertad no implica la supresión de los demás derechos fundamentales. Y siendo el Estado quien tiene la obligación de la custodia y cuidado de las personas privadas de libertad, es el mismo quien debe velar por garantizar a la población penal el cumplimiento de los derechos fundamentales constitucionales y supranacionales.

Sobre este principio se pronuncio la Corte Suprema de Justicia en el caso “Arriola”, en el cual se establece que la incorporación de los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75 inc. 22, CN, significó la reafirmación de los derechos a la intimidad, a la autonomía personal y del principio *pro homine*. Así en el considerando n° 23 la Corte refirió que a nivel internacional también se ha consagrado el principio *pro*

⁵ Artículo 75 inc. 22 Constitución Nacional Argentina, Art. 10.1 Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁶ Artículo 9 Ley de Ejecución Penal n° 24.660.

homine. De acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido⁷.

Para comprender el sentido y alcance del principio en estudio, es necesario tomar conciencia que la persona que se encuentra sometida a una pena privativa de libertad conserva los demás derechos que le han sido reconocidos constitucionalmente. Entre ellos el derecho a la dignidad personal, del cual derivan otros derechos de los que el interno sigue siendo titular. Este principio impide abusos o maltratos por parte del Estado hacia las personas privadas de su libertad, obligando a aquel a garantizarle un trato digno. Existe una creencia popular y social de que la gente que cumple la privación de libertad en su domicilio ha sido perdonada o ha incumplido la pena impuesta, habiendo un rechazo del instituto en cuestión más aun para determinados casos con trascendencia social.

Con respecto a lo referido la C.S.J.N en el fallo Arriola⁸, se ha pronunciado en el considerando n° 32) en donde refiere:

Que el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo (Dworkin Ronald, Los Derechos en Serio, págs. 392 y ss., Ed. Ariel, 1999, Barcelona España (..)) De esta manera, nuestra Constitución Nacional y sumado a ello los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos jerarquizados reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y respeto de éstos entre sí, y en ese sentido el estado de

⁷ C.S.J.N. “Arriola”, fallos: 332:1963 (2009).

⁸ C.S.J.N. “Arriola”, fallos: 332:1963 (2009).

derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial.

En el principio *pro homine* se fundamenta en especial la prisión domiciliaria en los casos de enfermedad, o por edad avanzada, discapacidad, y en general es aplicable a toda hipótesis en que se llegue aplicar la prisión domiciliaria. Ya sea que se considere el principio aplicable a la persona privada de su libertad o a un tercero que se viera perjudicado por la privación de la libertad efectiva del primero.

En los casos de mujeres embarazadas o con hijo/a menor de cinco años o con hijo/a con discapacidad, además del principio de humanidad toma vigencia el PRINCIPIO DE MINIMA TRASCENDENCIA DE LA PENA, por el cual la privación de libertad no debe trascender más allá de la sanción aplicada al causante. En estos casos surge además la aplicación del PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, el cual será analizado en el capítulo n° 2.

El principio de intrascendencia de la pena impuesta al reo significa que la misma no puede trascender la persona del delincuente. Dicha intrascendencia impide que a través de la sanción penal se castigue directa o indirectamente a personas ajenas al hecho típico reprochable.

Por lo que la pena impuesta al delincuente no debe extenderse a otros sujetos distintos a él, como sucede con los niños menores de edad que viven en establecimientos carcelarios debido a que su madre se encuentra privada de libertad, así como aquellos niños que debido a la pena impuesta a su madre son separados de la misma sufriendo el desapego.

Así en el caso “Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de Casación”, la Cámara de Casación Penal, Sala II, hizo lugar al recurso de casación y a la prisión domiciliaria solicitada por una mujer embarazada, siendo uno de los fundamentos principales del mismo la intrascendencia de la pena. En el fallo citado el juez Alejandro Slokar dijo que el encierro carcelario constituye una solución más que aceptable para el caso en que implica

una afección que trasciende las restricciones a la libertad ambulatoria propias de la ejecución de la pena⁹.

1. d. CONCLUSIONES PARCIALES

La prisión domiciliaria es una alternativa para el cumplimiento de la pena privativa de libertad o de la detención, aplicable a los casos en que el encierro carcelario significaría para el interno un menoscabo de los demás derechos fundamentales, siendo como fundamento principios universales, reconocidos constitucionalmente.

Por lo que es de advertir que el instituto en cuestión no significa impunidad, por lo que amen de lo que la sociedad exija en determinados casos con relevancia social, ha de estarse al cumplimiento tangencial de los derechos que le asisten a las personas privadas de su libertad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, que toda restricción al ejercicio de un derecho debe estar prevista por ley, ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin que intenta proteger. Además, al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una restricción se debe examinar que no exista una medida alternativa menos gravosa respecto al hecho intervenido¹⁰.

⁹ C.N.C.P., Sala II, “Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de Casación” (2013).

¹⁰ Corte IDH, Opinión consultiva n° 5, caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, sentencia del 21 de Noviembre de 2007.

CAPITULO N° II: LA PRISION DOMICILIARIA EN EL CASO DE MADRES DE MENORES DE EDAD.

La prisión domiciliaria en la hipótesis de madre de menor de edad significa una solución para que el niño cuya madre ha sido privada de su libertad, sufra lo menos posible las consecuencias negativas de la pena que le ha sido impuesta a la progenitora.

Hasta la reforma de la ley 26.472, el instituto de la prisión domiciliaria se encontraba previsto como un beneficio al cual podían acceder, previa resolución judicial, las personas mayores de 70 años, valetudinarias, mujeres honestas siempre que la pena no excediere de seis meses o independientemente de la extensión de la condena, las personas mayores de setenta años o que padecieran una enfermedad en periodo terminal.

El art. 10 del C.P. establecía: “Cuando la prisión no excediere de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de setenta años o valetudinarias”¹¹. Es decir que el instituto de la prisión domiciliaria para las mujeres fue previsto al sancionarse el código penal, esta especial legislación para el caso de mujeres honestas ha sido estudiada por la doctrina. A lo que José Cesano y Jorge Perano refieren:

Consideraciones económicas se unieron aquí a la constatación de la baja criminalidad femenina, al consenso sobre la mala influencia de la prisión sobre las mujeres, a la preocupación por el abandono de los hijos de las encarceladas, así como presupuestos sobre el mercado laboral al que dichas internas estaban destinadas: el trabajo domestico o el trabajo domiciliario (Cesano y Perano, 2005, pag.116).

De lo que se puede inferir que con anterioridad a la ley 26.472, se pensó en un trato diferencial para las mujeres, probablemente siendo uno de los motivos; el cuidado de sus hijos. También es analizable el calificativo cultural que se agrego a la condición de mujer, el hecho de ser honesta, lo que la doctrina también ha estudiado mostrando discrepancias, en general sobre si se trata del comportamiento sexual, o de una mujer sin procesos

¹¹ Artículo 10, Código Penal Argentino.

pendientes o condenas anteriores que afecten su vida que ha sido decente.(Cesano y Perano, 2005).

Se hace referencia a ello porque hay casos en que el juez para otorgar la prisión domiciliaria a la madre, pareciera que evaluara el requisito de honestidad, lo que sería discriminatorio, y excedería de sus facultades exigiendo requisitos que la ley no exige.

Con la ley 24.660 se tuvo en cuenta por primera vez expresamente a nivel legislativo la relación materna filial, en el art. 195; “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”¹², reconociendo la posibilidad que los niños hasta cuatro años de edad convivan en la cárcel con la madre detenida. Lo que hace trascender la pena impuesta al menor. Ello en expresa contraposición al principio de intrascendencia de la pena. Ya que las condiciones de encierro no son las adecuadas para el desenvolvimiento espiritual ni físico de un niño, cualquiera sea su edad.

Con la reforma de la ley 26.472 se incluyo la hipótesis de prisión domiciliaria a la madre de un niño menor de cinco años. Esta reforma legislativa beneficia la gravísima realidad que vivían los niños que crecían en establecimientos penitenciarios.

Con anterioridad a la ley 26.472, la concesión del beneficio de prisión domiciliaria en el caso de madres de menores de edad, tuvo recepción jurisprudencial en el fallo "Espíndola, Alejandra Karina s/rec.de casación", en el que si bien se trataba de una mujer procesada, se plantearon en el fallo los derechos del niño por encima de la legislación penal vigente en ese momento. En el fallo, 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 aplican la Convención de los Derechos del Niño y se otorga a la imputada la prisión domiciliaria¹³.

¹² Artículo 195, Ley 24.660. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹³ CNCP., sala III, "Espíndola, Alejandra Karina s/ rec. de casación", 27.11.2006.

Se puede observar que antes de la reforma ya se cuestionaba jurisprudencialmente una solución al problema de las madres con hijos menores de edad que estuvieran en prisión, avanzando la legislación en beneficio de los menores que no tienen por qué sufrir las consecuencias negativas de los hechos cometidos por sus padres.

II. a. FUNDAMENTOS

La prisión domiciliaria de madres de menores de edad tiene como fundamento además del principio de humanidad, e intrascendencia de la pena, el interés superior del niño, si bien el instituto es regulado recién con la ley 26.472 en el art. 32, la protección de los derechos del niño es anterior en el tiempo. La Convención de los Derechos del Niño, que fue aprobada por la Ley 23.849 e incorporada a la Constitución del año 1994, ya preveía la protección del interés superior del niño.

Así La Convención de los Derechos del Niño establece que “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”, en el propio preámbulo la Convención establece que; “... en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tienen derecho a cuidado y asistencias especiales...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, debe recibir la protección y asistencias necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad...el niño para el pleno y armónico desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...”¹⁴.

Por lo que la necesidad de que los menores queden al cuidado de sus padres y de igual modo la necesidad de que en determinados casos no queden al cuidado de sus padres, tiene sustento en normativa de orden supranacional, la CDN en su art. 9.1. Establece: “Los

¹⁴ Convención de los Derechos del Niño.

Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño¹⁵.

Entonces con la finalidad de impedir que la pena impuesta a los padres, en principio a la madre, trascienda al niño menor de edad es que el Juez debe otorgar la prisión domiciliaria a la misma teniendo en cuenta el interés superior del menor, el que es analizable en cada caso en particular. El juez deberá tener en cuenta principalmente que el contacto entre la madre y el niño no implique algún riesgo para el mismo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto en los autos: "S., C. s/ adopción" en el considerando n° 4 menciona el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y establece que la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso el de los padres. Así la Corte expone que la premisa de que es mejor para el niño la convivencia con sus padres no puede ser tomada como una verdad autoevidente, lo que sería una petición de principio afirmando en la premisa lo mismo que se pretende demostrar. Se resalta que el niño es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir, pero no se reducen a los de sus mayores. Así en los considerandos n° 5°) la Corte manifestó:

Que ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, la obligación del Tribunal es dar una solución que permita satisfacer las necesidades de este último del mejor modo posible para la formación de su personalidad. Esta decisión corresponde hacerla en función de las particulares

¹⁵ Artículo 9.1 Convención de los Derechos del Niño.

circunstancias en que transcurre la vida del niño y no por remisión dogmática a fórmulas preestablecidas, generalmente asociadas a concepciones sustantivas de la vida. Esto último, por más que parezca de acuerdo a derecho, no lo será¹⁶.

Así también en esta línea interpretativa la Cámara Federal de Casación, Sala II en el fallo “Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de casación”, se ha pronunciado a fin de fundamentar su criterio, sobre lo expresado por la C.S.J.N., respecto a “la consideración primordial del interés superior del niño, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la C.S.J.N. a quien corresponde aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado....”¹⁷.

El otorgamiento de la prisión domiciliaria a madres de menores de edad, tiene fundamento también en el principio de mínima trascendencia de la pena. Así en el fallo mencionado precedentemente la Cámara señaló que “En la mayoría de las sociedades, las mujeres son las principales responsables de la familia, en especial si hay niños implicados. Ello supone que cuando una mujer es enviada a prisión, las consecuencias para la familia que queda detrás pueden ser muy graves”. El instituto en estudio al caso en particular tiene fundamento también en el principio *pro homine*, de igualdad y no discriminación.

II. b. CUMPLIMIENTO DEL FIN DE LA PENA

En primer lugar el instituto de prisión domiciliaria no ha de interpretarse como un cese de la ejecución de la pena, sino como una modalidad atenuada de la misma. Así en el voto disidente la Jueza Ángela Ledesma en la causa n° 33/12 (Fernández Ana María s/

¹⁶ C.S.J.N. "S., C. s/ adopción", fallos 328:2870 (2005), consid. 4 y 5.

¹⁷ C.N.C.P., Sala II, “Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de Casación” (2013).

recurso de casación) refiere que: “el arresto domiciliario es una modalidad del cumplimiento de la pena y no un sinónimo de impunidad”¹⁸.

La potestad punitiva del estado cobra pleno efecto y simplemente la ejecución de la pena pasa a realizarse en un lugar distinto a la prisión. Por lo que la prisión domiciliaria no es asimilable a la impunidad como suele pensarse en determinadas ocasiones. Es una forma de cumplimiento alternativo para situaciones especiales con fundamento en principios supranacionales.

La ley 24.660 establece en el art. 1 como fin de ejecución de la pena “Lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social”¹⁹. La resocialización como principio de la ejecución penal, obliga al Estado a proporcionar al condenado las condiciones necesarias a fin de obtener su integración a la vida social al recobrar la libertad. El principio también es aplicable al caso de las personas que cumplen la pena en su domicilio, a fin de poder adaptarse al mundo social una vez cumplida la condena.

Se puede afirmar que no hay contradicción entre el cumplimiento del fin de la pena y el cumplimiento de la pena privativa de libertad en el domicilio en los casos en que procede su otorgamiento conforme a los principios que hemos visto supra. Por lo que al respecto podemos concluir que una correcta aplicación del régimen de ejecución penal, en cuanto busca lograr la reinserción social del condenado, significaría positivamente una mejora tanto para el condenado que se encuentra privado de su libertad en su propio hogar como para la sociedad toda.

II. c. REQUISITOS PARA SU OTORGAMIENTO

Con anterioridad a la ley 26.472, solo se reconocía la posibilidad de que los niños menores de cuatro años convivieran en la cárcel con su madre detenida, para luego ser

¹⁸ C.N.C.P., Sala III, “Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156”, (2013), Jueza Ángela Ledesma, en disidencia.

¹⁹ Artículo 1 Ley de Ejecución Penal n° 24.660.

entregados al otro progenitor o quedar a cargo de las autoridades administrativas y judiciales. Con la reforma se incluyó la hipótesis de madres de menores de cinco años para acceder a la prisión domiciliaria.

Es decir que legislativamente existe un avance positivo hacia la mayor protección del interés superior del niño. Existiendo la posibilidad de que el menor no sea separado de su madre. Existe un vacío legislativo respecto al futuro del niño cuando cumple los cinco años, lo que será tratado en un capítulo III donde se desarrollara ampliamente el principio rector en la materia “el interés superior del niño”.

Para que prospere la prisión domiciliaria en el caso de análisis, debe existir en principio una relación materna filial entre madre e hijo. Y aclaro que solo en principio porque el hecho de que sola la madre pudiera solicitar la prisión domiciliaria constituiría una clara violación al principio de igualdad y no discriminación.

En los Autos “Yergo Morante s/ recurso de casación” si bien la respuesta del tribunal fue negativa, la cámara debió decidir sobre una pretensión fundada en el estado de salud del hijo de su concubina, la atención permanente que en tal sentido el mismo requeriría, la difícil situación económica en que se encontraba su concubina por no tener disponibilidad horaria para trabajar, la falta de contacto general y suficiente por parte del menor con el imputado²⁰.

De lo que surge que la cuestión central a tener en cuenta es el interés superior del niño. Se trata de respetar el principio de personalidad de la pena y de los derechos del menor de crecer y formarse en un ambiente sano, y no desmembrar en núcleo familiar. Respecto a si su otorgamiento es una facultad discrecional del juez o no, se verá en otro capítulo, al cual remito.

II. d. CONCLUSIONES PARCIALES

²⁰ C.F.C.S. Sala IV, “Yergo Morante, Ramiro s/ recurso de casación” 2013.

La prisión domiciliaria en el caso de las madres de menores de cinco años, es un instituto que tiene fundamento en el principio de mínima transcendencia de la pena y en el interés superior del niño. Existe un interés de la sociedad que alguien que delinquiró cumpla la pena privativa de libertad en un instituto carcelario, pero ello se contrapone en alguna medida al interés del menor, porque para él existe tal beneficio, para él fue creado. Existe una errónea convicción que el instituto equivale a impunidad.

Piénsese que puede esperar la sociedad como respuesta, de un menor que debió crecer sus primeros años de vida en una cárcel, siendo de público conocimiento en las condiciones en que allí se vive. Por ello digo que solo en medida se contraponen ambos intereses. La sociedad toda ha de interesarse en la protección integral de la parte más vulnerable de la misma, en la vigencia y efectivo cumplimiento de los derechos del niño.

CAPITULO N° III: INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

III. a. CONCEPTO Y ENCUADRE EN LA LEGISLACION NACIONAL Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

La reforma constitucional del año 1994 incorporo la Convención de Los Derechos del Niño, conformando el plexo normativo constitucional de mayor jerarquía en el orden jurídico (art. 75 inc. 22). En el art. 3 dispone que: “todas las medidas concernientes a los niños que adopten las instituciones públicas, privadas, tribunales, los órganos legislativos o las autoridades administrativas, deberá entenderse primordialmente al interés superior de las niñas, niños y adolescentes”²¹.

La noción de interés superior no es de fácil conceptualización, se encuadra dentro de las llamadas definiciones marco, no es sencillo establecer su alcance, varía según los diferentes estados ratificantes de la Convención según sus pautas culturales y sociales. Pero en principio implica que toda medida o acción que involucre derechos del niño debe respetar y ser acorde a los derechos fundamentales del mismo. Del principio surgen dos funciones normativas fundamentales: es un principio garantista, en el sentido que obliga a la autoridad pública y por otro lado es una pauta interpretativa respecto a las disposiciones de la convención y de todo conflicto entre derechos del menor (Julia Rossi - María Denise Theaux, 2009).

El Interés superior del niño también es receptado en el orden nacional en la Ley N° 26.061, en su primer párrafo el art. 3 establece: “Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”²². En el mencionado principio también giran las legislaciones provinciales respecto a la minoridad y adolescencia.

²¹ Art. 3 Convención de los Derechos del Niño.

²² Art. 3 Ley Nacional 26.061.

La doctrina identifica pautas de interpretación del principio. Así Nora Lloveras considera algunas pautas para definir el concreto interés del niño, niña y adolescente en situaciones de conflicto. En primer lugar considera el principio de mantenimiento de la situación existente del menor, como lugar físico, el lugar donde se encuentra integrado, la escuela, la ciudad, la provincia.

En segundo lugar la mencionada autora tiene en cuenta la improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados de alguna manera, salvo razones que lo justifiquen. Por lo que sería improcedente modificar el estilo de vida consolidado del menor, salvo cuando razones fundadas en interés del menor lo justifiquen.

La tercera pauta es la conservación del vínculo con los hermanos, lo que es aplicable a aquellos casos en que el menor teniendo hermanos es alojado junto a la madre con fundamento en el art. 195 de ley 24.660. Esta pauta se conjuga con el interés familiar. A fin de no distorsionar el núcleo familiar. Los lazos de parentesco deben desenvolverse en la vida cotidiana a fin de no transformarse en lazos abstractos desprovistos de contenido real.

La cuarta pauta tiene relación con el factor económico, la situación económica real de los progenitores también contribuye a solucionar el conflicto. No se puede admitir o desestimar una solución porque el progenitor no ostente recursos básicos. Existen caminos ante los poderes del estado a fin de hacer cumplir la protección efectiva de los derechos. Por lo que la pobreza no podría erigirse en obstáculo para la concesión de la prisión domiciliaria de la madre de un menor. Como así tampoco la mayor riqueza de quien se encuentra con la guarda del mismo durante el encierro de la madre.

Otra pauta es la opinión del Ministerio Público de Menores, siendo parte esencial en todo asunto que sea parte un menor de edad. Así la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo “Yergo Morante, Ramiro s/ Recurso de Casación”, de acuerdo al voto minoritario correspondía anular la resolución recurrida con fundamento en la ausencia de intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces que garantizara el

derecho del niño a ser oído en el marco del incidente de detención domiciliaria, no habiéndose ponderando los intereses del menor a través de su representación promiscua²³.

La opinión del niño es fundamental, el Juez debe escuchar al niño, a la persona sobre la cual se toman decisiones, o sobre las decisiones que implican a los menores. Dicha pauta ha de tenerse en cuenta principalmente en aquellos casos en los menores que superan los cinco años y su progenitora se halla privada de libertad o con prisión domiciliaria.

La última pauta a tener en cuenta sería la necesaria intervención de un equipo interdisciplinario; el sistema familiar compromete varios aspectos que exigen una mirada global. Debe abordarse con aportes integradores de la situación particular que permitan la protección del interés del niño.

Asimismo la ley 26.061 sienta pautas interpretativas o descriptivas del principio rector, así en el art. 3 segundo párrafo establece; "... Debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; c) El respeto a su pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida, se entiende por centro de vida el lugar donde los niños, niñas y adolescentes hubieren transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros"²⁴.

En determinadas ocasiones se produce un conflicto de derechos del menor, es decir entran en coalición más de un derecho del menor debiéndose optar por la protección de uno de ellos en desmedro del otro. Tal contradicción podría ser solo falaz si se piensa que en el

²³ C.N.F.P. Sala IV, "Yergo Morante, Ramiro s/ recurso de casación" voto minoritario Dr. Mariano Hernán Borinsky, 2013.

²⁴ Art. 3 Convención de los Derechos del Niño.

caso de existir tal conflicto ha de llegarse a la solución que ampare en mejor medida sus derechos fundamentales, logrando en términos de la ley nacional la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos al menor.

En el caso de niños menores cuyas madres se hayan privadas de libertad, pareciera que en ocasiones se contraponen; el derecho del niño a la adecuada comunicación con sus progenitores y el derecho del niño al pleno desarrollo de su personalidad. Cuando en realidad la comunicación de los menores con sus progenitores es parte integrante y fundamental del desarrollo de la personalidad. En base a esto es que me adelanto en decir que la comunicación de los niños, niñas y adolescentes con sus padres solo podría ser restringida cuando la misma provocara un peligro para la salud síquica o moral del niño.

En el caso del menor cuya madre se halla privada de libertad, lo expuesto con anterioridad es de plena aplicación, si se piensa que lo más razonable es que la mujer que ha sido condenada a la pena privativa de libertad cumpla la misma en su propio domicilio, junto a su hijo, a fin de no vulnerar sus derechos fundamentales. Salvo en los casos que ello pusiera en peligro la salud síquica o moral del mismo.

Sin embargo hay casos en que el conflicto de intereses surge entre los derechos del niño y terceros, ya sea con el progenitor privado de su libertad o la sociedad en su conjunto. La solución es más simple, ya que se debe estar al interés superior del niño, encontrándose el mismo sobre cualquier otro interés. No debiendo vulnerarse los derechos de los niños en amparo de los derechos o intereses colectivos, como podría ser la necesidad de la sociedad de que la persona privada de su libertad cumpla la pena en encierro carcelario, siendo ello medido de acuerdo al delito atribuido.

Comparto el criterio de José González Del Solar, en cuanto refiere que la situación de conflicto referida denota algo más, cualitativamente trascendente: la persona, con estado civil de minoridad, con un emplazamiento a la sociedad civil que le dispensa protección jurídica, se encuentra no obstante en situación de conflicto. Encontrándose indefenso cuando sus derechos fundamentales son vulnerados, por inexistencia, impedimento, omisión u ofensa de quienes deben legalmente protegerlo. Tratándose de un principio

constitucional, que impregna todo el ordenamiento normativo, hasta la misma norma individual con que sentencia en cada caso, cabe esperar que los jueces tengan de él un concepto claro y preciso. (José González Del Solar, 2009).

En este orden de ideas es propicio mencionar que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el fallo: “Álvarez Contreras, Flor de María S/ recurso de Casación” sostuvo: “Criterios similares han sido reafirmados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al expresar: “La consideración especial del interés del niño (...) orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema a quien corresponde aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75 inc. 22). La atención principal al interés superior del niño (...) apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión en un conflicto de intereses y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, 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”²⁵.

III. b. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO COMO LIMITE A LA FACULTAD DEL JUEZ.

El instituto de la Prisión Domiciliaria se encuentra regulado en cuanto lo sustancial en el Código Penal, en la Ley de Ejecución Penal, como también por los principios constitucionales y supranacionales ya analizados. Por lo que al aplicarse el instituto no debe estarse solamente a la interpretación estrictamente gramatical del texto de la ley sino que ha de realizarse una interpretación hermenéutica teniendo en cuenta el orden jurídico imperante en su totalidad.

El art. 32 de la ley 24.660, establece: “El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria...”; por lo que la mayoría de la doctrina interpreta que el otorgamiento de la prisión domiciliaria es una

²⁵ C.F.C.P. “Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de Casación”. 20/09/2013.

facultad del Juez, quien se encontraría en condiciones de decidir sobre la admisibilidad del instituto.

Lo que no puede entrar en discusión es que el Juez ha de tener en cuenta en su decisión el Interés Superior del Niño lo que será una pauta de interpretación y límite, convirtiéndose en un deber de orden supranacional, el que se encuentra por encima de cualquier otro interés que se desee proteger. Por lo que es importante reiterar lo dispuesto en el art. 3 inc. 1 de la Convención de los Derechos del Niño establece que “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”²⁶.

Los niños tienen el derecho a crecer y desarrollarse bajo el cuidado de los padres. Es esencial para el pleno desarrollo de las niñas y niños el vínculo con sus progenitores. Siendo fundamental el contacto de la madre con las hijas o hijos en los primeros años de vida. Lo cual es reconocido por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular por la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo que el Juez al momento de decidir sobre la materia, no debe vulnerar los derechos del niño, amparándose en la facultad que le otorgaría una ley de rango inferior a los tratados ya mencionados.

El encarcelamiento de la madre provoca la interrupción del vínculo filial. Produciéndose una desorganización familiar lo que muchas veces repercute en el desmembramiento de la familia. Y lo más grave es que ante la ausencia de personas del entorno familiar que puedan asumir el cuidado de las menores, ellos pueden ser institucionalizados. Todo ello debe ser ponderado en las decisiones que dispongan la privación de la libertad de una mujer que tenga hijas o hijos menores de edad. En estos supuestos, se debe otorgar el arresto domiciliario.

²⁶ Art. 3 inc. 1 Convención de los Derechos del Niño.

La Convención de los Derechos del Niño reconoce en su Preámbulo²⁷ 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”.²⁸ En el artículo 7.1 se reconoce el derecho del niño o niña a “...conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos...”.²⁹ 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”³⁰. Asimismo el art. 37 establece que “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”³¹.

Todo ello tiene relación con el principio de intrascendencia de la pena, la detención de una madre trae aparejado el castigo a sus hijos, dado que es impensable la relación materno-filial en una situación de desapego. 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 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, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

²⁷ Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño.

²⁸ Art. 5 Convención de los Derechos del Niño.

²⁹ Art. 7.1, ídem.

³⁰ Art. 8.1, ídem.

³¹ Art. 37, ídem.

III. c. CONCLUSIONES PARCIALES.

Los niños son el sector más vulnerable de la sociedad, y como sociedad estamos obligados a protegerlos. Tenemos derechos y obligaciones ante ellos. Ellos necesitan de nosotros, están obligados en confiar en que sabemos lo que hacemos. Todas las decisiones que tomamos respecto a los niños, deberían estar dirigidas a realizarles un bien. Hay cuestiones en la crianza de un niño en las que el Estado no puede intervenir, rigiendo con plenitud el principio de intimidad, art. 19 C.N. Pero hay otras en las que el Estado se encuentra obligado a intervenir, a fin de preservar su integridad síquica y física, a fin de lograr el desarrollo pleno de su personalidad.

El Estado tiene que garantizar todas aquellas medidas necesarias para que todos los niños disfruten de sus derechos sin ningún tipo de distinción entre ellos. El vínculo materno filial es de suma importancia positiva. Hay situaciones en que la permanencia del vínculo puede ser perjudicial para el menor, y en esos casos el Estado interviene desmembrándolo a fin de que el niño goce de sus derechos al máximo posible. Quien no diría que en esos casos el Estado hace justicia.

Cuando la madre de un menor de edad comete un delito con pena privativa de libertad, hay detrás de esa situación un niño que se encuentra por alguna razón del destino, en el que no intervino, separado de su madre. Y una vez separado de su madre, tal vez lo cuide su padre, su abuela, algún tío o deba ser institucionalizado. Cuando ese niño no es víctima del hecho por el que su madre es privada de la libertad, y no corre ningún tipo de peligro físico ni síquico ante ella. Me pregunto si es justo que el niño sufra las consecuencias del hecho delictivo de su madre. Con seguridad no es justo para el menor y no creo que lo sea para la madre quien a una condena privativa de libertad se suma un dolor extramuros, la separación con su hijo.

El Estado debe conciliar el derecho del niño, con el interés del Estado en que la persona que cometió un ilícito con pena privativa de la libertad, cumpla con su pena. La prisión domiciliaria aparece como una medida alternativa, en la que se priva de libertad a la madre en su propio domicilio, en el que puede convivir con su hijo a fin de que el menor

mantenga el vínculo materno filial. De lo contrario, si no se busca una solución alternativa, el niño es perjudicado en sus derechos constitucionales, produciéndose un injusto irreversible.

**CAPITULO N° IV: SOLICITUD DEL BENEFICIO DE LA PRISION
DOMICILIARIA.**

IV. a. FACULTAD O DEBER.

Como se menciona con anterioridad la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria es considerado por la mayoría de la doctrina como una facultad del juez, con fundamento en una interpretación gramatical del texto de la ley. Lo correcto sería que dados los presupuestos facticos establecidos por la norma, el juez debería otorgar el beneficio a fin de garantizar los principios supranacionales que cada hipótesis contempla, extendiendo su interpretación en caso de ser necesario, para lograr una aplicación armónica y coherente con todo el orden jurídico constitucional. Lo que en ciertos casos parecería simple, por ejemplo cuando el causante padece una enfermedad incurable en periodo terminal. Pero aun en ese caso se presentan complicaciones, ya que a veces los jueces tienen en cuenta la naturaleza del delito para su otorgamiento.

Así por ejemplo en el caso “S., M.”³² resuelto por la sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, en su voto el Dr. Vélez Funes expreso; “que el beneficio del arresto domiciliario es una facultad discrecional exclusiva del juez y no una obligación imperativa y automática dispuesta por la ley...”. En el caso se revoco la decisión que había otorgado la prisión domiciliaria a un imputado mayor de ochenta años acusado de delitos de lesa humanidad.

Se comparte el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Fernández, Ana María”³³ en el cual deja sin efecto la sentencia apelada, en la que se denegaba la petición de prisión domiciliaria, haciendo lugar al recurso de queja considerando que la sentencia recurrida carecía de sustento suficiente siendo descalificable como acto jurisdiccional valido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad. Expone la

³² C.F. de Apelaciones de Córdoba “S.M.” voto del Dr. Vélez Funes. 23/06/09.

³³ C.N.C.P., Sala III, “Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156”, (2013), Jueza Ángela Ledesma, en disidencia.

Corte que el a quo omitió tratar el agravio en cuanto la decisión de negar la prisión domiciliaria estuvo basada no solo en un entendimiento contrario al principio constitucional que proscribe la discriminación sino también que se limitó al hecho de si el bienestar del menor se veía o no afectado por la situación de encarcelamiento de la madre y ante la opinión negativa negó el arresto domiciliario.

Es importante determinar las facultades y límites del juez al decidir sobre la concesión de la prisión domiciliaria, especialmente en la hipótesis de madres de menores de cinco años. A fin de garantizar el interés del menor, el principio de igualdad y el principio de no arbitrariedad. De acuerdo a prestigiosa doctrina; si se pretende equiparar la expresión legal “podrá” a una suerte de discrecionalidad del órgano jurisdiccional, que por cierto no lo es. Tal exigencia sería dejar el camino abierto a la arbitrariedad. (Zaffaroni Eugenio Raul- Alagia Alejandro- Slokar Alejandro, 2000).

En base a lo expuesto considero que el juez se encuentra obligado a otorgar la prisión domiciliaria en aquellos casos en que se cumplen los requisitos exigidos por la norma, siempre teniendo en cuenta el principio que se ha deseado proteger en cada hipótesis contemplada por la ley. En el caso que nos ocupa, se debe tener en cuenta en primer lugar el interés del menor, y la denegatoria del beneficio ha de fundarse en el mismo. Es decir que solo sería constitucional negar la prisión domiciliaria a la madre de un menor de cinco años, cuando tal circunstancia ponga en peligro cierto la salud moral o física del menor, siempre que ello surja razonablemente del caso.

Soy de la opinión que no ha de tenerse en cuenta la naturaleza del delito para el otorgamiento de la prisión domiciliaria a las madres de menores de edad, siendo ello ajeno al derecho del niño, al pleno desarrollo de su personalidad, al contacto permanente con sus progenitores. Excepto cuando de la naturaleza del delito o por los vínculos con la víctima, exista un peligro para la salud del menor. Por ello comparto lo resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal de Buenos Aires, Sala IV, A., A. T. s/ Recurso de Casación, en cuanto manifiesta que basta que exista un riesgo, razonablemente fundado, para que el

Estado se convierta en garante y responsable al momento de conceder una autorización, máxime teniendo en cuenta la vulnerabilidad del menor³⁴.

IV. b. LIMITES A LA FACULTAD DEL JUEZ.

El juez al momento de otorgar o no el beneficio de la prisión domiciliaria, ya sea que tal decisión sea considerada una facultad o un deber, se encuentra obligado a la aplicación de los principios que rigen en cada hipótesis. Así por ejemplo en el caso del inc. a del art. 32 de ley 24.660 el cual establece; "...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..."³⁵, este inciso se fundamenta en el principio de humanidad y de reserva penal, y han de ser un límite para el juez, quien no debería rechazar el beneficio si tal actitud significara la inobservancia de los mismos.

Ya se vieron algunos principios como fundamento de la prisión domiciliaria. En este capítulo se volverán a tratar a fin de determinar los lineamientos generales a tener en cuenta al momento de decidir sobre el otorgamiento del beneficio. De acuerdo a Gustavo A. Arocena quien cita a Dworkin:

Se tratara de un principio jurídico, cuando más allá de la estructura lógica y la función que desempeñe, determine de modo genérico ciertos objetivos económicos, sociales, políticos o de una índole equivalente, o materialice exigencias de tipo moral, ello mediante estándares que enuncian razones que discurren en una sola dirección, pero sin exigir una decisión en particular. Son enunciados que pueden interferir con otros, sin que ello los prive de su carácter de principios jurídicos. En dicha hipótesis quien debe resolver un conflicto deberá ponderar el peso relativo de cada principio, para así desentrañar la preponderancia de uno sobre el o los restantes.

³⁴ C. N. C. P. Bs. As., Sala IV, A., A. T. s/ Recurso de Casación. 7749.4. 29/08/2006.

³⁵ Art. 32 inc. a de Ley 24.660.

Los principio que rigen la Prisión domiciliaria; el PRINCIPIO DE MINIMA TRASCENDENCIA DE LA PENA; el PRINCIPIO DE HUMANIDAD; el PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DE NIÑO; el PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL; el PRINCIPIO DE IGUALDAD; el PRINCIPIO DE NO ARBITRARIEDAD; actuarían como parámetros dentro de la facultad que tiene el juez al decidir el beneficio. Como así también son aplicables a aquellos casos no contemplados por la ley pero que son amparados por los principios mencionados, como es el caso de los niños que cumplen cinco años y sus madres se encuentran privadas de su libertad en su domicilio o de los niños hijos de personas de sexo masculino.

CAPITULO N° V: ANALISIS JURISPRUDENCIAL.

V. a. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION:

En el caso “**Estrada Mansilla, Mariana Romina s/ prisión domiciliaria**”³⁶; la CSJN se pronuncio concediendo la prisión domiciliaria a una madre de 27 años de edad, embarazada, con HIV, madre de otros niños de tres, cuatro y diez años, el padre de todos ellos se encuentra también privado de libertad por la misma causa.

Como cuestión preliminar, lo que resulta interesante resaltar, es que la Corte interpreta que resulta aplicable analógicamente el art. 495, CPPN, y los arts. 11 y 33 de la ley 24.660 al caso de una mujer embarazada y procesada. No obstante considera la Corte que tratándose de una facultad jurisdiccional, corresponde analizar en cada caso la conveniencia de tal excepción. Se piensa que dándose los requisitos necesarios, ya analizados en los capítulos anteriores el Juez debe otorgar el beneficio a fin de garantizar el cumplimiento igualitario de los principios que rigen la materia.

La CSJN en el caso citado establece que la solución es la que mejor se compadece con la corta edad de los niños implicados, y mejor concilia los derechos de los infantes, las facultades y obligaciones que como madre tiene Estrada Mansilla respecto de todos ellos y la necesidad de asegurar su presencia en el juicio. Alega la Corte que aun cuando el Servicio Penitenciario Federal haya adoptado los recaudos para brindar tanto a la procesada como a su hijo por nacer los cuidados médicos necesarios, cierto es que a raíz de la detención sus otros hijos de corta edad han quedado al cuidado de sus abuelos por encontrarse su padre también privado de libertad y que la permanencia de la procesada en la unidad ha ocasionado la pérdida de contacto con sus hijos menores, sumándose en el caso de permanecer allí luego de dar a luz, la separación de su hijo recién nacidos con sus demás hermanos, con el consecuente desmembramiento del núcleo familiar. Y agrega la Corte que lo mismo ocurriría si la más pequeña que cumpliría cuatro años próximamente, fuera institucionalizada por tan solo unos meses. Tal fundamento es aplicable a una madre

³⁶ CSJN “Estrada Mansilla, Mariana Romina s/ prisión domiciliaria”, 18/02/08.

condenada, debiendo en ese caso conciliarse el interés de los menores con el cumplimiento de la pena impuesta, lo que creo es a todas luces posible.

Es relevante el argumento de la Corte, en cuanto respeta el principio del Interés Superior del Niño, teniendo en cuenta la defensa del núcleo familiar, el contacto de la madre con sus hijos, como de los hermanos entres sí. También establece que 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* CNCP, Sala IV, “Abregu”, 29/08/06; CNPE, Sala A, “Boheme”, 21/03/07, entre otras).

Es oportuno citar nuevamente la causa “**Fernández Ana María s/ causa n° 17.156**”³⁷ en donde la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, rechaza el recurso de especialidad interpuesto por el abogado defensor de la imputada Ana María Fernández, dejando firme el pronunciamiento del tribunal Oral n° 24, el que había negado la petición acerca de que la nombrada cumpliera la pena de prisión bajo la modalidad de prisión domiciliaria. Contra aquella decisión la defensa deduce recursos extraordinarios cuya denegación dan lugar a la Queja bajo la invocación de la doctrina de la arbitrariedad. La defensa considero que en el pronunciamiento cuestionado se habían afectado los principios “*pro homine*”, “de debido proceso”, “de legalidad sustantiva”, así como “la garantía de igualdad ante la ley” consagrados en los art. 16 y 18 de la CN y en los tratados internacionales incorporados a dicho cuerpo normativo. La Corte hace lugar a la queja, declara procedentes los recursos extraordinarios interpuestos por la defensa y deja sin efecto la sentencia apelada la cual la califica de arbitraria.

En la resolución del recurso la Corte deja traslucir la importancia de los principios que rigen la materia. Por lo que se puede afirmar que no existe la posibilidad de que la discrecionalidad de un juez soslaye su reconocimiento y aplicación, fundando su decisión en criterios personales. Es necesario determinar los parámetros de actuación a fin de dar efectivo cumplimiento al interés superior del niño. No bastando analizar si la ausencia de la

³⁷ CSJN , “Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156”, 2013.

madre por encierro carcelario afecta al menor y en el caso negativo, negar la prisión domiciliaria. Porque tal circunstancia atenta contra todos los principios ya analizados con anterioridad.

V. b. CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL SALA II

En el fallo “Varela, María Paola s/ recurso de casación” la cámara rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa de María Varela contra la resolución del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1 de Capital Federal al no hacer lugar al pedido de arresto domiciliario.

Afirmó la defensa que del informe elaborado por profesionales del Programa de Atención a las problemáticas sociales y relaciones con la comunidad se desprende que también es madre de una niña de 9 años quien presenta una extrema angustia por la separación con su madre y de su otra hija, Nicole de 5 años la cual nació en la unidad N° 33 donde actualmente se encuentra alojada su madre.

Es resaltable la defensa quien fundamentó sus dichos encontrando apoyo en distintos principios constitucionales, entre los cuales mencionó el de reserva, culpabilidad, legalidad y la garantía de no forzar a un extremo nuestro ordenamiento jurídico y convertirlo en un derecho penal de autor. Citó también la Convención de los Derechos del Niño incorporada en nuestra Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) la cual tiene rango constitucional por lo que es obligación del Estado garantizar los derechos de los menores. Por lo que expuso la defensa que la prisión domiciliaria de María Varela busca amparar y hacer operativos los valores jurídicos superiores.

La defensa expone adecuadamente los fundamentos, tal vez debería haber hecho mayor hincapié en el interés superior del niño y en la importancia y reconocimiento del núcleo familiar. Si bien argumentó que el otorgamiento del beneficio no es perjudicial, por el contrario del informe de entrevista se desprende que “el núcleo conviviente es favorable y que está en condiciones de poder ayudar para la reinserción social de la interna... sería

beneficioso para los hijos de la interna, de manera de garantizar el vinculo afectivo madre - hijo”.

También expuso la defensa que la causante ostenta buenas calificaciones, en conducta 7 (siete) y en concepto Bueno. Por otra parte, remarcó que corresponde la aplicación de lo previsto en los artículos 3 y 4 inc. a) de la ley 24.660 según lo establecido en la Convención antes mencionada, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 10 y 12) y la Convención Americana sobre Derecho .

Es importante exponer la mayor parte de la defensa, por que se expone todo lo requerido por otros tribunales que resolvieron el beneficio en forma negativa y plantearon requisitos a cumplir para su otorgamiento. Y aun así no se le concedió a la madre de menores de edad un derecho que le correspondía en miras a satisfacer los intereses de sus hijos no los propios.

Cabe recordar que el art. 9 de la Convención de los Derechos del niño ³⁸ reza:

“los Estados Parte velarán para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño... . Cuando esta separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte de uno de los padres del niño, o de ambos...”

La cámara expuso que la normativa no se aplica automáticamente, por el contrario, debe ser el Juez quien, analizando las circunstancias particulares de cada caso, deberá determinar si corresponde aplicar el instituto. Reconoce que la situación de la imputada encuadra en éste ordenamiento jurídico invocado ya que una de sus hijos es menor de cinco años, Ian de dos años de edad el cual convive con ella en la unidad carcelaria. Pero razona de la siguiente manera; como sus restantes hijas, Nicole y Ludmila, se encuentran al

³⁸ Art. 9 CDN

cuidado de la hermana y hermano de la recurrente llega a la conclusión que no existe en el caso una situación de desamparo y en consecuencia aplica al caso lo resuelto en la causa “Mendoza Bravo, Nydia Norminha s/ recurso de casación” (Registro N° 13.211 de esta Sala II, resuelta el 19/09/2008), donde se señaló que: “el derecho que asiste a los menores de edad crecer dentro del seno familiar no puede ser interpretado en abstracto y de forma absoluta, sino que debe ser evaluado en cada caso en particular”.

La Cámara llega a la conclusión que de acuerdo a los argumentos brindados por la defensa de Varela, no se está frente a una situación extraordinaria que amerite revocar la solución a la que arribó el juez de grado y que fuera confirmada por el a quo. Teniendo en cuenta para decisión la pena que le fuera impuesta y que los menores no se encontraban en una situación de desamparo ni de inseguridad material ni moral que habilite hacer lugar a la excepción prevista en el art. 33 de la ley 24.660.

V. c. CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL SALA III

Un fallo con contenido muy valioso y anterior a la reforma de la ley 24.660 es el fallo “Espíndola, Alejandra Karina s/ recurso de casación”³⁹ de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en el cual se dispuso el arresto domiciliario de una mujer que estaba detenida por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Al momento de presentar la petición, esta mujer tenía consigo dos hijos menores de 4 años de edad 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. Determinando que la prisión domiciliaria puede ser concedida a los procesados. Estos magistrados, citando la Convención de los Derechos del Niño 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

³⁹ CNCP., sala III, "Espíndola, Alejandra Karina s/ rec. de casación", 27.11.2006.

que mejor garantiza el crecimiento de los menores, y que 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 no constituye un ambiente saludable. Por ello al juzgar que se encontraban afectados valores jurídicos superiores como los derechos del niño, se hizo lugar al arresto domiciliario.

También es muy interesante como se pronunció la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en **“Salinas, Noemí Marcela s/ recurso de casación”**⁴⁰ al rechazar un recurso de casación interpuesto por el defensor de Noemí Salinas, madre de tres hijos de 10, 13 y 15 años. El defensor funda el recurso en la arbitrariedad en la valoración de las constancias de la causa y por fundamentación aparente. La cámara rechaza el recurso, divergencia que por sí, no acarrea vicio de arbitrariedad o lesión constitucional. Ello con fundamento en que el a quo se ajusto en términos expresos a la normativa aplicable, siendo que lo que habría planteado la defensa se encontraría fuera de los supuestos taxativos contemplados por el legislador. Es decir que la Cámara realiza una interpretación exegética de los términos jurídicos empleados. Considero que en el caso era posible plantearse una aplicación analógica in bonam partem de la norma. Teniendo en cuenta los principios que se intentan proteger. Es importante este análisis por que es aplicable a los casos en que una madre que se encuentra beneficiada por el instituto se le es revocado y debe ingresar a un establecimiento carcelario, porque su hijo menor cumplió los cinco años de edad.

Otro punto que ha de resaltarse del caso mencionado, es que luego que la Cámara determina que el otorgamiento del beneficio, además de encontrarse taxativamente enumerado en los supuesto del art. 32 de ley 24.660, establece que es una facultad del juez. Y expone que la redacción de la norma impone evaluar en cada caso la posibilidad o no de disponer la excepción a que se alude. Es decir que ve la posibilidad de que el instituto sea aplicado a otras hipótesis no establecidas en la norma. Y en base a ello desarrolla los

⁴⁰ CNCP., sala III, “Salinas Noemí Marcela s/ recurso de casación” 06/06/2011

fundamentos expuestos en la sentencia recurrida para negar el beneficio los cuales son defendidos por la Cámara. De los que quiero resaltar dos de suma trascendencia.

Uno de los argumentos se basa en el informe ambiental del cual surge que los niños si bien extrañan a su madre, se encuentran cuidados y con contención afectiva, poseen educación y todas las necesidades básicas satisfechas. Y luego la Cámara expone que no se advierten circunstancias excepcionales que justifiquen lo solicitado. Tal argumento atenta contra el principio del interés superior del niño, a quien se le ha de garantizar un desarrollo pleno de su personalidad, en lo que es determinante el contacto con su madre. Lo que no es reemplazable o sustituible por la situación de cuidado en que se encuentren los menores, pues el vínculo que se protege es el materno filial. Lo cual se encuentra amparado por la Convención de los Derechos del Niño, incorporada en nuestra Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22.

Como el argumento expuesto parecía poco, también se hace referencia al delito cometido por la madre, como un delito de suma gravedad, vinculado con el tráfico de estupefacientes. Considero que aquí la Cámara exige requisitos no exigidos por la norma, *in mala partem*. Asimismo expone la Sala que la defensa no logro demostrar razones humanitarias sobre las que apoya su agravio. Yo me pregunto si acaso la convivencia de una madre con sus hijos menores no es una razón humanitaria. Entonces entraríamos al análisis de lo humanitario. Pero en estos casos hay que centrar el análisis, en el interrogante de si se le garantiza o no a esos niños la protección de sus intereses. Los cuales se encuentran regulados con supremacía constitucional.

V. d. CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL SALA IV

En la causa “**Yergo Morante, Ramiro s/ recurso de casación**”⁴¹ la Sala VI de la Cámara Federal de Casación Penal rechaza un recurso de casación contra la sentencia que

⁴¹ C.N.C.P. Sala IV, “Yergo Morante, Ramiro s/ recurso de casación” voto minoritario Dr. Mariano Hernán Borinsky, 2013.

deniega la prisión domiciliaria a Yergo Morante concubino de la Sra. Epifanía Mery Vargas, madre de un niño de siete años con un estado de salud delicado y su madre no tenía disponibilidad horaria para trabajar. La cámara comparte los argumentos del a quo y del Fiscal General. Plantean la falta de regulación del supuesto planteado. Sin embargo analizan la inconveniencia de otorgar el beneficio al imputado. Basado ello en el informe social y el delito atribuido al causante a quien se le imputa fabricación de cocaína y su tenencia con fines de comercialización al tiempo que vivía con el menor. Si bien en el caso en concreto comparto la solución no ha así los argumentos. Existe una tendencia en tener en cuenta el delito cometido o atribuido a quien solicita el instituto, lo cual no surge de la norma. En el único caso en que debería ser determinante para el otorgamiento del beneficio debería ser cuando el delito resulte ser contra la integridad del menor, o tenga relación con el mismo. Ya que lo se pretende proteger es el interés superior del menor. Por otro lado en el caso no se había dado intervención a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces. No se garantizo el derecho al niño a ser oído. Por lo que el Dr. Mariano Hernán Borinsky en su voto disidente expuso que correspondía anular la resolución recurrida y hacer lugar al recurso, por no haberse ponderado los intereses del menor a través de su representación promiscua.

Es fundamental la intervención del Ministerio Público de Menores en todo asunto concerniente a la persona de un menor, a fin de reforzar la garantía de protección del principio del interés superior del niño. Siendo su necesaria intervención una pauta de interpretación del principio aludido tal como fue expuesto en el cap. III.

V. e. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CORDOBA, SALA PENAL.

En las actuaciones labradas por el Juzgado de Ejecución n° 2 de Capital, con motivo de la presentación efectuada por el Sr. Defensor de los Derechos de la Niña, Niños y adolescentes de la Provincia de Córdoba, Dr. Hector R. David, Acción colectiva

innominada ⁴² es de destacar la defensa expuesta por el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Córdoba, al interponer un recurso de casación ante el rechazo de la solicitud presentada ante el Tribunal Superior a fin de que se inicie de oficio a los trámites de prisión domiciliaria a las madres que les correspondería.

El a quo al momento de establecer el bien jurídico protegido por el art. 32 incs. “e” y “f” de la Ley 26.472, sostuvo que el beneficio de la prisión domiciliaria fue instituido a favor de la niña o niño y no de su madre luego establece que se trata de un derecho de la interna y en consecuencia rechazó parcialmente la solicitud deducida por el recurrente considerando que el beneficio impetrado a favor de ellas es un derecho que solamente puede ser ejercido por cada interesada, resultando improcedente que así los solicite un tercero, como también la disposición oficiosa del órgano judicial.

El defensor manifiesta que el iudex por un lado sostiene que la prisión domiciliaria para la mujer madre fue instaurada a favor del niño o niña, por el otro afirma que ese beneficio fue creado a favor de aquéllas. Señala que ambas afirmaciones no pueden ser verdaderas de modo simultáneo.

Alega que si el Tribunal hubiera advertido que ese beneficio se estableció en aras de garantizar los derechos de los niños y no para favorecer a la madre privada de la libertad, jamás podría haber concluido que la detención domiciliaria sólo debe disponerse si así la interna lo requiere. Debió resolver que debe ordenar la prisión domiciliaria a menos que exista un riesgo para el niño o la madre se oponga fundadamente.

La defensora enumera que dos son las condiciones para que proceda la detención domiciliaria instada de oficio: que la madre a cargo del niño o niña, con domicilio extra muros, no tenga oposición fundada, y que la detención domiciliaria no perjudique al menor. Expone el defensor que exigir más como evaluar la gravedad del delito o exigir menos

⁴² Actuaciones labradas por el Juzgado de Ejecución n° 2 de Capital, con motivo de la presentación efectuada por el Sr. Defensor de los Derechos de la Niña, Niños y adolescentes de la Provincia de Córdoba, Dr. Hector R. David, Acción colectiva innominada.

como no verificar si la madre tiene domicilio extra muros, resultaría contrario al principio de legalidad y de razonabilidad, y por tanto inconstitucional

En segundo lugar, expresa que el a quo violenta el principio de congruencia, dado que al iniciar la acción se adujo que satisfechas las dos condiciones supra mencionadas la prisión domiciliaria debe disponerse, una interpretación diferente del art 32 de la Ley 26.472 tornaría a la norma en inconstitucional. Coincido con la defensora en cuanto establece que una vez reunidos los requisitos que establece la norma el juez debe disponer la medida, lo contrario sería repugnante a las normas y principios constitucionales que le dieron origen.

Es interesante el planteo del defensor en cuanto refiere que el fallo inobservó las normas que el código de rito estatuye bajo pena de nulidad, por ello debe ser revocado y debe ordenarse la prisión domiciliaria de todas las madres con niños menores de cinco años a su cargo que se encuentren actualmente en el establecimiento penitenciario, o que ingresen o sean dados a luz allí en el futuro, a menos que ello represente un riesgo para el niño o niña y siempre que no haya oposición fundada de la madre.

La cámara resuelve que le asiste razón al recurrente en cuanto afirma que no sólo la interna embarazada o madre de hijos menores de cinco años de edad a su cargo pueden requerir el beneficio de la prisión domiciliaria, sino que también y en aras del interés superior de la niña o niño los Jueces de Ejecución, pueden iniciar de oficio el incidente de ejecución a fin de tramitar el cumplimiento de la pena a ellas impuestas bajo esta modalidad especial de detención domiciliaria. En efecto la cámara cita el art. 2 de la Ley 26.061 establece que “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”, en consecuencia, ante cualquier proceso judicial en el que se advierta la potencial afectación de los derechos que conforman el interés superior del niño, el Juez que intervenga debe custodiar que los mismos no sean vulnerados, puesto que esos derechos y garantías son de orden público (art. 2 de la Ley 26.061).

V. f. JUZGADO DE EJECUCION DE CORDOBA. PRIMERA NOMINACION.

En los autos "**Salguero, Miriam Raquel s/ Ejecución de Pena Privativa de Libertad**"⁴³ el magistrado resolvió no hacer lugar a la prisión domiciliaria peticionada argumentando que el inciso e) del mismo artículo 32, permite el acceso a este instituto respecto de la mujer embarazada: hay, pues, una relación de continuidad; que se inicia con la gestación y se prolonga (merced al inciso f) hasta que el niño adquiera los cinco años. Agrega que además el menor debe estar a cargo de su madre lo que se produce cuando una interna concibe el niño en la institución y reteniéndolo en los términos del artículo 195 de la ley 24.660.

El fallo contradice los principios explicitados supra, limita hasta el máximo posible la aplicación del beneficio. Desvirtuándose los fundamentos del mismo. Este fallo fue casado por el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Córdoba, mediante el uso de una tesis amplia resolvió hacer lugar al recurso de casación y conceder el beneficio de prisión domiciliaria a la interna.

Al evacuar las vistas tanto el Fiscal como el Asesor Letrado estuvieron de acuerdo en que el instituto era procedente por encontrarse la causante dentro de una de las hipótesis previstas por la normativa y por no advertirse nada perjudicial para los intereses de la menor; por otra parte confluye en sentido favorable que la interna ha sido condenada a una pena de corta duración y se encuentra próxima a la etapa de prueba.

Es preciso señalar que el Tribunal establece que la concesión del beneficio es una atribución facultativa del Juez y deberá comprobar la existencia de un vínculo real y afectivo entre la madre y el niño, y ponderar que la presencia de la madre no signifique un riesgo para el menor. Además expresa que hay que tener en cuenta la conflictiva delictual, la conducta y concepto de la interna observado durante su encierro en tanto proporcionarían parámetros para determinar la conducta de la madre con el menor.

⁴³ Juzgado de Ejecución Penal N°1, "**Salguero, Miriam Raquel s/ Ejecución de Pena Privativa de Libertad**" 7/04/2009.

Se puede observar una tendencia jurisprudencial de considerar el instituto como una facultad discrecional del juez, con fundamento en que el art. 32 de ley 24.660⁴⁴ en su parte pertinente establece que el juez “podrá”. Pero tal atribución está limitada tal como lo expuse con anterioridad. El Juez no puede realizar una interpretación en perjuicio del causante. En el caso que se den los requisitos en principio el instituto debe otorgarse, salvo que se pruebe que tal concesión ocasionaría un perjuicio para el menor.

V. g. JUZGADO DE EJECUCION DE CORDOBA. SEGUNDA NOMINACION.

En el fallo “**Díaz María Nieves**”⁴⁵ el Juzgado de Ejecución Penal n° 2, consideró que en el caso no se cumplían todos los requisitos exigidos por la norma para la concesión de la prisión domiciliaria. Destaca que una de las exigencias objetivas requeridas por la ley no es satisfecha. Una de las condiciones objetivas; es ser madre de un niño menor de cinco años, lo que se encuentra acreditado en autos; y la segunda condición no acreditada es que el menor se halle a cargo de la madre. Ya que los menores se encuentran institucionalizados bajo la órbita de un Juzgado de Menores, asumiendo el cuidado de ellos con autorización del juez el padre de los menores.

Siendo el criterio en el presente caso, similar al del Juzgado de Ejecución n° 1 me remito a los comentarios ya realizados. Queriendo resaltar la importancia de tener en cuenta en todo momento de razonamiento sobre la materia los principios jurídicos que deben regir y los mandatos constitucionales sobre los mismos.

⁴⁴ Art 32 de ley 24.660

⁴⁵ Juzgado de Ejecución Penal N° 2, “Díaz María Nieves” 20/10/09

CONCLUSIONES

Luego de analizar jurisprudencia sobre prisión domiciliaria en casos en los que se ha debido tener en cuenta el interés superior del niño, es preocupante como se desvía el fin del interés superior del niño. El principio reza que debe procurarse la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos a los niños.

En los casos de madres de niños menores que han sido condenadas a la pena privativa de libertad, si se dan los requisitos exigidos por la norma, el juez se encuentra obligado a su otorgamiento. Del mismo modo que se encuentra obligado el Estado a tomar todas las medidas necesarias a fin de proteger el interés superior del niño. Para ello se debe empezar a reconocer que el beneficio de la prisión domiciliaria en esta hipótesis tiene un valor a proteger, el interés superior del niño. Es decir que la norma que predica el supuesto de prisión domiciliaria en el caso de madres de menores de cinco años, conlleva en su estructura una valoración imprescindible de tener en cuenta al momento de resolver. Y esta estructura axiológica de la norma es interpretada de diferentes maneras. Parte del problema se centra en que la mayor parte de la sociedad ve con recelo la posibilidad de que alguien que delinquirió no vaya a prisión, no hay una aceptación social de la tal conducta, podría decirse que no se la considera adecuada. La sociedad se siente más segura si quien cometió un injusto es llevado a la cárcel. Relacionándose el instituto de la prisión domiciliaria con la inseguridad.

Más aún, la sociedad suele considerar negativo para un niño que su madre quien delinquirió y merece una pena privativa de la libertad cumpla la pena en su domicilio. Pero la solución del juez no debe ser el reflejo de lo que piensa o desea la sociedad. Para determinar que una madre no puede criar a su hijo porque sería perjudicial para el mismo, es imprescindible la realización de informes sicosociales, que lo fundamenten y concluyan que sería perjudicial para el niño.

Es observable la cantidad de requisitos que se exigen para su otorgamiento, mas allá de lo que establece la norma, creando el juez derecho in mala partem. En ocasiones se tiene en cuenta la naturaleza del delito, aun cuando no tiene relación con el menor, se

piensa en una relación proporcional entre la entidad del delito y la valoración positiva o negativa de la maternidad. En otros casos a un más preocupantes se exige que el menor halla estado a cargo de la madre, a un durante el encierro. Otras veces se rechaza el beneficio por que el niño se encuentra bien cuidado con otro familiar. Se deja de lado lo que se debe proteger, la relación - filial, aquella a la que todo niño tiene derecho y solo se lo puede privar cuando le es perjudicial.

Todo ello tiene relación con el principio de intrascendencia de la pena, la detención de una madre trae aparejado el castigo a sus hijos, dado que es impensable la relación materno-filial en una situación de desapego. 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 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, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Lo que no puede entrar en discusión es que el Juez ha de tener en cuenta en su decisión el Interés Superior del Niño lo que será una pauta de interpretación y limite, convirtiéndose en un deber de orden supranacional, el que se encuentra por encima de cualquier otro interés que se desee proteger. La concesión del beneficio en esta hipótesis debe ser la regla y no la excepción, debe aplicarse asimismo aquellos casos no regulados en la ley de ejecución penal, pero que surgen de la normativa supranacional. Así en los casos en que el menor tiene más de cinco años, o la cuando el menor los supera. Pues ha de conciliarse el ordenamiento jurídico en beneficio de los niños.

Una adecuada interpretación de la nueva normativa que sea coherente con la especial protección que la Constitución Nacional y los Tratados internacionales de derechos humanos que consagran los derechos del niño, debe llevar a considerar que los jueces deberán disponer la sustitución del encierro en prisión por el arresto domiciliario, salvo casos excepcionales y con la debida motivación. Caso contrario su no otorgamiento daría lugar al recurso de inconstitucionalidad, siendo responsable el Estado de un injusto irreparable.

Con el presente trabajo se trata de crear conciencia respecto de la importancia de la temática y la necesidad de establecer un régimen claro que no dé lugar a diferentes interpretaciones, lo que deja librado a la suerte una solución que se encuentra subordinada al derecho nacional e internacional. Se espera crear mayor discusión, e interés en el tema a fin de lograr mejores propuestas y soluciones.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina:

- Cesano, J. D., Perano, J. (2005). *El Derecho de Ejecución Penal; Un análisis del ordenamiento jurídico de la provincia de Córdoba*. Córdoba: Alveroni.
- Guereño, I. La Prisión Domiciliaria: solo para buenas madres. *Análisis de una sentencia que restringe lo que la ley amplía*. Ed. 141. Recuperado de www.pensamientopenal.com.ar/articulos/prision-domiciliaria-solo-para-buenas-madres-analisis-una-sentencia-que-restringe-que-ley .
- Informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación sobre la nueva regulación del arresto domiciliario.
- Laje, S., Alasino, A. (2010). *Derecho de Ejecución Penal*. Córdoba: Alveroni.
- López A. y Machado R., (2003). *Análisis del Régimen de Ejecución Penal*. Buenos Aires: FD Editor.
- Rivera Beiras, I. y Salt, M. (2005). *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina (tomo 1)*. Buenos aires: Del puerto.
- Tagle de Ferreyra, Graciela (2009). *El Interés Superior del Niño*. Córdoba. ED Nuevo Enfoque Juridico.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal*. Parte general (2ª Ed.). Buenos Aires: Ediar.

Jurisprudencia:

- Juzgado de Ejecución Penal N° 1 Córdoba. “Salguero Miriam Raquel s/ Ejecución de Pena Privativa de Libertad” (2008) A.I 127.
- Juzgado de Ejecución Penal N° 2 “Díaz María Nieves” 20/10/09.
- TSJC., Sala Penal, “Pastor” n° 71, 23/08/2000.
- T.S.J.C., “Actuaciones Labradas por el Juzgado de Ejecución n 2 - Capital- c/ motivo de la presentación efectuada por el Sr. Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Córdoba, Dr. Héctor R. David - Acción Colectiva Innominada -Recurso de Casación” (2010) Sent. N° 66.
- CNCas. Penal sala III, "Espíndola, Alejandra Karina s/rec. de casación", (2006).
- CNCas. Penal Sala II, “Varela, María Paola s/ recurso de casación”, Registro N° 18.480, (2011).
- C.NCas. Penal Sala IV, “Yergo Morante, Ramiro s/ recurso de casación” voto minoritario Dr. Mariano Hernán Borinsky, 2013.
- CSJN, “Estrada Mansilla, Mariana Romina s/ prisión domiciliaria”, 18/02/08.
- CSJN, “Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156”, 2013.
- C.S.J.N. "S., C. s/ adopción", fallos 328:2870 (2005), consid. 4 y 5.
- Corte IDH, Opinión consultiva n° 5, caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, sentencia del 21 de Noviembre de 2007.

Legislación:

- Constitución Nacional Argentina.
- Código Penal Argentino.
- Convención de los Derechos del Niño.
- Convención Universal de los Derechos Humanos.
- Ley de Ejecución Penal 24.660.

**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:

Autor-tesista	Escudero, Martín Jesús
DNI	30.212.611
Título y subtítulo	Prisión Domiciliaria. Menores de edad.
Correo electrónico	martinescudero2004@hotmail.com
Unidad Académica	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <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>	

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:

Texto completo de toda la Tesis	SI
Publicación parcial	

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: Mendoza, 24 de Septiembre de 2014.

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado